

pensar JUSBAIRES

| Revista de distribución gratuita | año X N° 34 | septiembre-octubre 2023 | Editorial Jusbaire |

INFORME

Editorial Jusbaire en la Feria del Libro Jurídico

OPINIÓN
PASAJES ENTRE TÉCNICA Y JUSTICIA
HERNÁN BORISONIK Y NICOLÁS PÉREZ FELICIONI

OPINIÓN
ALGUNOS COMENTARIOS AL MENSAJE 87/2023 O PROYECTO
DE LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
VÍCTOR ATILA CASTILLEJO ARIAS

OPINIÓN
SOLUCIONES JURÍDICAS PARA LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES DE CONSUMO
LUCIANA B. SCOTTI

RESEÑA
FICCIONES DE LA LEY, DE RAÚL RODRÍGUEZ FREIRE
ANA LEVSTEIN

ENSAYO
VIDAS PRECARIAS Y FORMAS MENORES ANTE LA LEY
JULIETA RICHELLO



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura





AUTORIDADES



Vicepresidenta 1ª
Dra. Genoveva María Ferrero



Presidente
Dr. Francisco Quintana



Vicepresidenta 2ª
Dra. Fabiana Haydeé Schafrik

Consejeros/as



Dr. Javier Concepción



Dr. Alberto Biglieri



Dra. Ana Salvatelli



Dr. Jorge Rizzo



Dra. María Julia Correa



Dr. Rodolfo Ariza Clerici

Contenido

pensarJUSBAIRES

AÑO X Nº 34 | SEP-OCT 2023

EDITORIAL 3

INFORME

EDITORIAL JUSBAIRES
EN LA **FERIA DEL LIBRO JURÍDICO** 6

OPINIÓN

PASAJES ENTRE TÉCNICA Y JUSTICIA
HERNÁN BORISONIK Y NICOLÁS PÉREZ FELICIONI 8

OPINIÓN

ALGUNOS COMENTARIOS AL MENSAJE 87/2023
O PROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS
PERSONALES
VÍCTOR ATILA CASTILLEJO ARIAS 16

OPINIÓN

SOLUCIONES JURÍDICAS PARA LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES DE CONSUMO
LUCIANA B. SCOTTI 28

RESEÑA

FICCIONES DE LA LEY, DE RAÚL RODRÍGUEZ FREIRE
ANA LEVSTEIN 46

ENSAYO

VIDAS PRECARIAS Y FORMAS MENORES ANTE LA LEY
JULIETA RICHIELLO 54

REVISTA

pensarJUSBAIRES

AÑO X. Nº 34 | SEP-OCT 2023

Dirección:

Alejandra García

Coordinación:

Jorge Lannot

Corrección:

Leticia Muñoa, Manuel Vélez
Montiel, Pablo Leboeuf y Mariana
Palomino

Diseño y producción

Editorial Jusbaire

Diag. Julio A. Roca 530

www.editorial.jusbaire.gov.ar

Pensar Jusbaire

Bolívar 177, 1º piso

www.pensar.jusbaire.gov.ar

Desarrollado por la Dirección de Informática y
Tecnología del Consejo de la Magistratura de la
Ciudad de Buenos Aires.

RL-2022-32474857-APN-DNDA



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura





pensar JUSBAIRES ha tenido desde su primera edición el propósito de aportar a la reflexión y al debate sobre los temas que hacen a la vida cotidiana en la ciudad y más particularmente sobre las normas, la jurisprudencia y la doctrina jurídica. Buscamos ser una herramienta valiosa en las actividades académicas y de investigación, y generar recursos de calidad para el ejercicio diario de todos aquellos que de una u otra manera forman parte de la actividad judicial de la CABA.

Reafirmar nuestros objetivos en momentos en que se ponen en debate las bases mismas de la convivencia es nuestra manera de continuar trabajando para la construcción de la sociedad justa, plural y democrática que todos anhelamos.

En este número, presentamos un informe sobre la **Feria del Libro Jurídico** que se llevó a cabo en el Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal donde Jusbaire presentó sus títulos y además realizó diversas presentaciones junto con los autores de nuestro sello editorial.

Además, brindamos al público lector una contribución de **Hernán Borisonik y Nicolás Pérez Felicioni** que reflexionan a partir de la obra del destacado pensador Günther Anders. El disparador es el texto *Günther*

Anders. Una política de la técnica escrito por Édouard Jolly, que forma parte de la edición 2023 de la Colección “El bien común” de Editorial Jusbaire. Los autores exploran los desafíos éticos y políticos que la era digital plantea a la justicia, a través de un análisis de las principales obras y la vida de Günther Anders. El pensador expresó un pesimismo notable en cuanto a la relación entre el ser humano y la tecnología, advirtiendo sobre la creciente sumisión de lo humano a lo tecnológico. Esta lectura les permite incorporar reflexiones de autores como Paul B. Preciado y Antoine Garapon planteando en definitiva un debate muy interesante de renovada actualidad en momentos en que las herramientas de Inteligencia Artificial están al alcance de todos.

También publicamos un aporte de **Víctor Atila Castillejo Arias** que comenta el Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales recientemente presentado por el Poder Ejecutivo de la Ciudad para su análisis y debate en nuestra Legislatura. En su texto se destaca la importancia de la actualización de la normativa en el actual contexto de avances tecnológicos y proliferación de plataformas basadas en Inteligencia Artificial y Big Data; pero al tiempo que se resaltan los aciertos y se reconocen avances en la materia, se marcan

deficiencias que deberían ser atendidas durante el proceso legislativo para generar una norma que pueda ser ejemplo en la región.

Otro valioso aporte que presentamos en este número es el de **Luciana B. Scotti**, quien actualmente se desempeña como Secretaria de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En su detallado artículo, desarrolla el estado de la cuestión en relación con las soluciones jurídicas para los contratos internacionales de consumo. Además, aborda el extenso camino que el Derecho Internacional Privado aún debe recorrer para establecer un marco jurídico que garantice a nivel internacional y regional derechos análogos a los que nuestra Constitución Nacional avala para los consumidores en nuestro país.

Por otra parte publicamos también un texto de **Ana Levstein**, quien a partir de la obra *Ficciones de la ley* de Raúl Rodríguez Freire nos introduce en un inspirador análisis de la intrincada relación entre la ley, la ficción y nuestra forma de vivir la realidad. En su planteo, el concepto de “verdad objetiva” termina siendo cuestionado desde las ficciones legales que, al igual que las ficciones literarias, una vez compartidas socialmente pueden terminar generando transformaciones reales. La autora rescata emotivamente la materialidad del libro como objeto, su textura, su belleza, su aroma, el casi etéreo devenir de sus páginas en manos de los lectores ávidos de ser transportados al mundo que se les presenta y las profundas implicancias que este acto genera en la relación entre la ficción, la justicia y la realidad.

Otro de los textos que publicamos también tiene como disparador a la literatura y su relación con la ley y la justicia. **Julieta Richiello** es Licenciada y Profesora en Letras, especializada en Teoría y Análisis Literario, y partiendo de dos clásicos de la literatura argentina como *Una excursión a los indios ranqueles* y la ida del *Martín Fierro* explora cómo la literatura del siglo XIX refleja la relación entre la ley y la vida de aquellos que, colocados en situaciones de marginalidad, en las fronteras del sistema, o en contextos extraordinarios, entran en conflicto con una legalidad que no parece contenerlos. La conflictiva coexistencia de percepciones antagónicas de lo legal donde colisionan la ley del Estado, las leyes particulares de una comunidad y un derecho percibido como natural y anterior al derecho positivo no puede ser resuelta por una oralidad que se demuestra frágil para expresar estas contiendas.

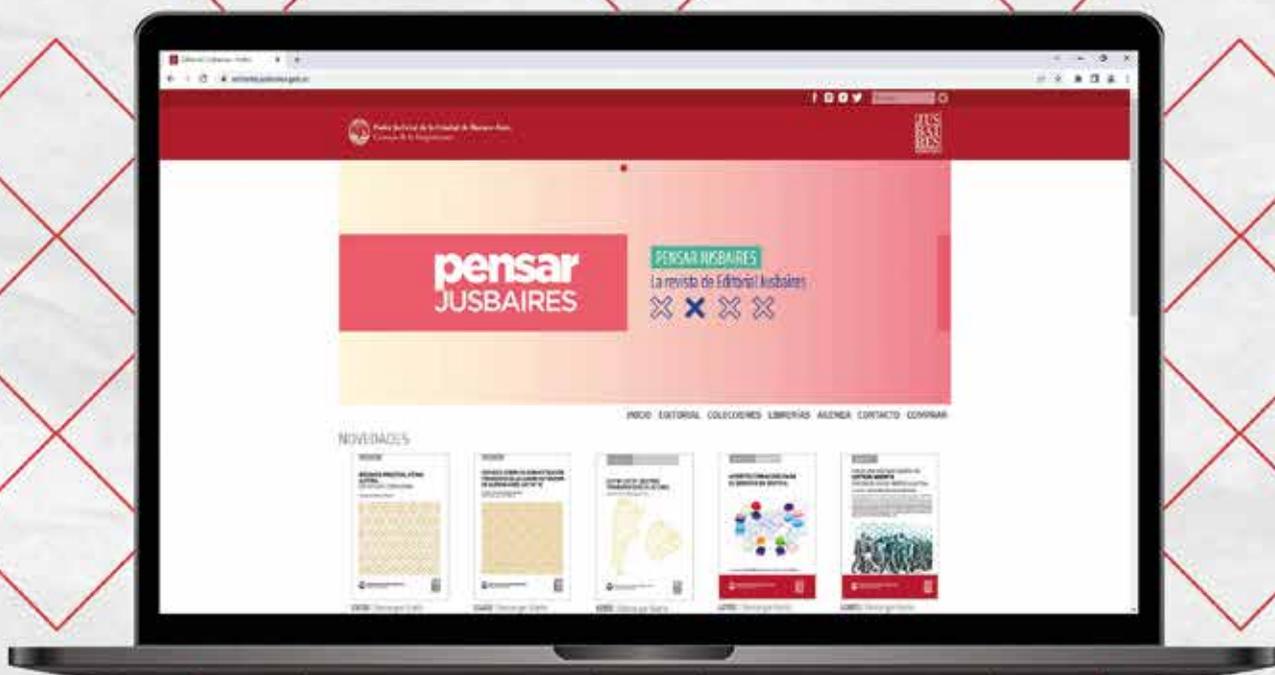
Esperamos que la lectura de estos textos les genere interés y les sea de utilidad para el ejercicio cotidiano de su actividad profesional.

© pensarJUSBAIRES





WEB EDITORIAL JUSBAIRES



Escaneá, leé y descargá todas
nuestras publicaciones gratuitas
www.editorial.jusbares.gov.ar



QR



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



Editorial Jusbairens en la Feria del Libro Jurídico

*Del 28 de agosto al 1º de septiembre del corriente se realizó la **Feria del Libro Jurídico** en la sede del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal.*

Editorial Jusbairens estuvo presente con su stand y en la organización de diferentes disertaciones con autores de su sello editorial. Junto con otras editoriales y el Colegio Público se ofrecieron a la comunidad jurídica diversos conversatorios que abordaron temáticas relevantes como cuestiones sobre derecho del consumidor, derecho penal, derecho informático, género y familia, derecho constitucional, entre otras. **Desde ya agradecemos profundamente la participación de Diego Dedeu, Vanesa Ferrazzuolo, Lucas Bellotti, Diana Maffía y Marcela Bastera quienes representaron a nuestro sello editorial en las diversas charlas que se ofrecieron al público.**

El stand estuvo ubicado en el salón de la planta baja del edificio de Av. Corrientes 1441, de 10 a 15 hs., junto con las siguientes editoriales participantes: Ediciones

DyD, Erreius, El Dial, Thomson Reuters, Editores del Sur, Praxis Jurídica libros, Ediciones Didot, Editorial B de F Buenos Aires, Editorial Ediar, Rubinzal Culzoni, Marcial Pons, Editorial Estudio, Editorial Astrea y Editorial Ad-Hoc.

La Coordinadora General de Editorial Jusbairens, Alejandra García, fue la encargada de dar el discurso de apertura de la Feria. Estuvo acompañada por el Presidente del CPACF, Ricardo Gil Lavedra y el presidente de la Cámara del Libro, Martín Gremmelspacher. Además, contamos con la presencia de la Directora del Consejo Editorial, Ana Salvatelli, y el Presidente del CMCABA, Francisco Quintana y los consejeros Alberto Bliglieri, Javier Concepción y Fabiana Schafrik.

Agradecemos la compañía de todos/as los/as asistentes y esperamos que haya sido de su agrado.



De izquierda a derecha se encuentran en la foto Alejandra Perrupato, Martín Casares, Ana Salvatelli, Francisco Quintana, Ricardo Gil Lavedra, Alejandra García, Javier Concepción y Alberto Biglieri.



Stand de la Editorial Jusbaire en la Feria del Libro Jurídico.

Pasajes entre técnica y justicia

Breves consideraciones a partir del libro sobre Günther Anders de la Colección El Bien Común.

HERNÁN BORISONIK* Y NICOLÁS PÉREZ FELICIONI**

Introducción

A partir del libro *Günther Anders. Una política de la técnica*, de Édouard Jolly, haremos referencia a un autor de inmensa importancia para pensar la técnica en el mundo contemporáneo. El libro, de 2017, forma parte de la valiosa colección “El bien común” (originalmente, publicada por la editorial Michalon de Francia), que permite un acercamiento a grandes figuras del pensamiento occidental a

través de la traducción de la lengua gala de textos accesibles, pero no por eso triviales, que conceptualiza sin simplificar y habilita una aproximación al fondo mental y espiritual de la Modernidad occidental.

Jolly es un especialista contemporáneo en filosofía y periodismo, y es uno de los comentaristas más importantes de la obra de Anders, pero también es un prestigioso académico en estudios de la guerra y la estrategia. Por su

* Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires e investigador del Conicet. Es profesor adjunto en la Escuela de Humanidades de la Universidad Nacional de San Martín, donde coordina el Centro Ciencia y Pensamiento. Su campo de exploración abarca problemas vinculados al dinero, la sacralidad, la política y las artes. Dirige y forma parte de diversos proyectos vinculados a la filosofía y la teoría política. Realiza episódicamente tareas de curaduría, performance y crítica de artes. Editó varios volúmenes académicos y de divulgación y escribió los libros *Dinero sagrado. Política, economía y sacralidad en Aristóteles* (2013) y *Soporte. El uso del dinero como material en las artes visuales* (2017), que obtuvo el segundo lugar en el Premio Nacional de ensayo.

** Abogado (UBA). Máster en “Cultura jurídica” por la Universidad de Girona (tesis en curso). Profesor adjunto de la materia “Genealogía de la Justicia”. Áreas de trabajo e investigación: Filosofía del derecho y Derecho constitucional (historias e ideas de los modelos del *common/civil law*, tensiones entre derecho, justicia y cultura; efectos epistemológico-jurídicos de la comunicación informática). Actualmente se desempeña en el área de contenidos de la Editorial Jusbaire.

parte, Günther Anders, a cuyo pensamiento está dedicado el volumen en cuestión, fue un muy perspicaz filósofo, pionero en la introducción de las preocupaciones ambientalistas en ese campo. Anders vivió entre 1902 y 1992, es decir, acompañó al siglo XX. Un siglo que tuvo muchas formas de ser conceptualizado, más allá de los cien años que duró en términos cronológicos.

Una ya clásica es la propuesta por Hobsbawm que va desde 1914 (revolución Rusa y comienzo de la Primera Guerra Mundial) hasta el colapso de la Unión Soviética en 1991.

También fue un siglo signado por grandes genocidios, desde el armenio en 1915 hasta el tutsi en 1994, pasando sin dudas por el horror perpetrado por el nazismo, que tocó de muy cerca a nuestro pensador. Incluso puede ser pensado como el siglo atómico, desde la teoría especial de la relatividad en 1905 hasta el *Accidente de Chernóbil* en 1986, pasando por la bomba atómica. Asimismo, fue un siglo en el que los medios técnicos y de comunicación avanzaron enormemente. Por ejemplo, Agustín Berti y Eva Cáceres, siguiendo a Bernard Stiegler, hablan del “siglo XX analógico”,¹ desde 1895, con la llegada del cine, hasta la irrupción de Internet en 1993.

De algún modo, Günther Anders acompañó todos estos siglos XX, que fueron el mismo, los padeció y fue capaz de sintetizarlos en su pensamiento. Es un pensador conocido principalmente por sus posiciones (radicales y pioneras) en defensa de la ecología y en contra de la energía nuclear. Pero, como se puede ver a lo largo de su obra, como se recupera

1. Berti, Agustín; Cáceres, Eva Belén, *Memoria y soportes: Sobre los montajes de imágenes heterogéneas*, CEA, UNC, Córdoba, 2015. Disponible en: <https://www.aacademica.org/agustin.beriti/56.pdf> [Fecha de consulta: 12/07/2023].



con particular claridad en el libro de Jolly, sus posiciones políticas estaban basadas en profundas reflexiones filosóficas que le permitieron ver con gran acierto muchos de los problemas que se estaban gestando durante su vida y que hoy son mucho más evidentes y preocupantes.

Anders no tuvo una vida totalmente dedicada a lo académico. Con sólo 16 años debió luchar en la Primera Guerra Mundial. En el período de entreguerras trabajó como periodista y luego comenzó a estudiar filosofía en Viena, momento en el que también se unió al Partido Comunista de Austria. Fue alumno de grandes figuras del pensamiento de comienzos del siglo XX, como Ernst Cassirer, Edmund Husserl y Martin Heidegger. Y fue contemporáneo de otros grandes pensadores, como Walter Benjamin, Theodor Adorno, Bertolt

Brecht, Gilbert Simondon, Vilém Flusser y de la importantísima teórica política y escritora Hannah Arendt, que fue además su primera esposa, a quien conoció en París y con quien migró de la Alemania nazi hacia los Estados Unidos.

Se dice que se puso el seudónimo “Anders” (su apellido original era Stern) como un pequeño chiste y juego de palabras con “Arendt”. El término “Anders” del idioma alemán puede ser traducido como “otro”, “de otro modo”. Cuando se divorciaron, tras siete años de matrimonio, ella dijo que él era demasiado pesimista. De todas maneras, como bien se observa en este libro, entre *La obsolescencia del hombre* de Anders y la obra de Arendt hay varios puntos de contacto. Especialmente, se da una intensa afinidad de fondo en relación con las vicisitudes históricas que debieron atravesar en su tiempo vital, más allá de que Anders haya sido un filósofo moralista pesimista y Arendt una teórica política de algún modo esperanzada.

En toda su obra se puede encontrar una gran preocupación por la sumisión de lo humano a lo tecnológico. Anders pensaba que la humanidad había creado su propia cárcel y que la experiencia vital humana estaba al servicio de un “totalitarismo tecnológico”. Gran parte de sus escritos giran alrededor del tema del control que los avances tecnológicos fueron estableciendo sobre las personas (desde la televisión hasta la bomba atómica) y también fue un precursor en observar y denunciar la manipulación de las emociones como objetivo central de la arena tecnopolítica.

En 1950 dejó el exilio en Estados Unidos y volvió a Europa (se instaló en Austria), donde fue uno de los precursores del movimiento antinuclear y un importante impulsor del repudio del uso de la bomba atómica sobre

Hiroshima, tema no tan trabajado por otros filósofos de la época. De hecho, ese es el tema menos abordado por los miembros de la Escuela de Frankfurt, que concentró mucha más atención en el mundo de la teoría crítica. Justamente, se opuso siempre a la idea de simplemente “cambiar el mundo”. Dijo en varias entrevistas que primero era preciso pensar cómo “conservar el mundo” y no llevarlo a una situación de “daño sin retorno”,² cuestión que evidentemente no fue escuchada.

El impacto de la técnica

Para poder conformar una primera imagen del pensamiento de Anders, nos referiremos en estas páginas a dos de sus obras más conocidas: primero, *La obsolescencia del hombre* (cuya primera parte fue publicada en 1956, una segunda parte que profundiza los argumentos en 1980 y existe una tercera, inconclusa por su muerte e inédita) y, luego, *El piloto de Hiroshima* (1962). Anders no fue un autor demasiado leído en su momento, y no fue hasta hace relativamente poco tiempo que comenzó a circular en los circuitos académicos internacionales.

El primer libro mencionado, *La obsolescencia del hombre*, es su obra más célebre y leída. Ahí, Anders despliega varias categorías para comprender el mundo contemporáneo, como la idea de una “vergüenza prometeica” para referirse a la transformación producida en la relación entre el hombre y la técnica. Según Anders, en esta época ya no se busca el bien de la humanidad, como en el imperativo

2. Este reparo también se encuentra esbozado en la cita que da comienzo a al segundo volumen de su libro *La obsolescencia del mundo* (vol. II). *Sobre la destrucción de la vida en la época de la tercera revolución industrial*, Valencia, Pre-Textos, 2011.

Esa vergüenza de “no ser una cosa” es algo nuevo y apunta a una historia de la cosificación de las personas, es decir, una historia de la alienación, de la pérdida de la autonomía, que era el fin que la humanidad había perseguido durante toda su existencia anterior.

categorico kantiano, sino el servicio a los aparatos. De modo que el hombre mismo se ha vuelto obsoleto. Las máquinas son de una precisión, de una rapidez y de una potencia tal que superan con mucho las capacidades humanas, y los humanos sienten una vergüenza humillante ante la comparación. Nos avergüenza haber “nacido” y “devenir”, es decir, existir como seres naturales y mortales, en vez de haber sido “fabricados” (eficaces y duraderos). Nuestro cuerpo y nuestras capacidades de cálculo y trabajo son mucho más débiles que los de nuestras máquinas y por eso sentimos vergüenza: a los humanos les gustaría ser cosas, haber sido fabricados.

Anders está alerta frente a un mundo técnico del que no somos más que accesorios. *La obsolescencia del hombre* es una obra filosófica que aborda los efectos (que valora negativamente, en general) de la tecnología y la sociedad de consumo en la humanidad. El libro plantea una serie de desafíos éticos y políticos relacionados con el uso de la tecnología y la necesidad de una reflexión crítica sobre sus consecuencias para la humanidad y el medio ambiente. A contrapelo de muchas de las lecturas actuales, Anders vio con gran desesperanza el fin del antropocentrismo.

Esa vergüenza de “no ser una cosa” es algo nuevo y apunta a una historia de la cosificación de las personas, es decir, una historia de la alienación, de la pérdida de la autonomía, que era el fin que la humanidad había perseguido durante toda su existencia anterior.

La obsolescencia humana está vinculada con la gran dependencia, con la pérdida de la autonomía (o de la búsqueda de autonomía). Las máquinas contemporáneas forman una red (una especie de *megamáquina*, por decirlo en términos de Mumford)³ que tiende a desarrollarse por sí misma y avanza hacia una inversión en la clásica relación entre sujeto y objeto o entre lo humano y lo inorgánico. Las máquinas contemporáneas funcionan sobre la base de una serie de procesos automáticos de los que el hombre (como individuo y como especie) pierde el control. Así, la técnica se convierte en una catástrofe y con la bomba atómica se convierte en catástrofe final.

Por eso, Anders pensaba que era fundamental no perder el miedo, seguir temiendo, porque en eso había una afirmación de lo moral y de

3. Mumford, Lewis, *El mito de la máquina. Técnica y evolución humana*, Logroño, pepitas de calabaza ed., 2017.

lo humano. Vean algunas frases de la segunda parte de *La obsolescencia del hombre*:

Los seres humanos estamos siendo adiestrados en la pasividad. [...] la 'servidumbre' nos llega a casa y se nos expone como producto de entretenimiento y como una comodidad.⁴

Para Anders, la obsolescencia humana se expresa como una profunda derrota psicológica ante los aparatos que nosotros mismos hemos creado y que ahora dominan nuestras acciones. Anders, de manera similar a Heidegger, piensa que el ser humano, en el marco de la tecnología moderna, se convirtió en un simple recurso, en parte de un mecanismo que lo supera. También coincide en ese sentido con Arendt, al pensar que la producción como acción con sentido fue reemplazada por un hacer que no tiene sentido, que se repite incansablemente. Hoy no entendemos cómo funcionan las máquinas, sino que supervisamos y asistimos a un funcionamiento maquínico que nos supera en cualquier sentido posible. Así, también, la técnica se convierte en una especie de nueva deidad a la que se le rinde reverencia. Pero es preciso advertir que en Anders no hay ni pura melancolía ni tecnofobia, sino un análisis y un diagnóstico muy precisos sobre los tiempos actuales. Pudo ver cuestiones muy tempranamente y pensar no sólo en la matriz económica que conduce este avance destructivo, sino también las consecuencias psicológicas y filosóficas que esto trae aparejadas.

La obsolescencia es una idea interesante para describir este momento en el que la

humanidad parece estar volviéndose superflua. Pensemos que la obsolescencia es una forma de pensar lo inútil, lo que va quedando en el olvido, lo que va quedando en desuso, lo que no puede acceder a la eternidad. Entre los aparatos y máquinas, si algo no se puede interpretar, se vuelve información no decodificable y en algún punto deja de existir (por ejemplo, formatos de música u otros tipos de archivos que ya no se pueden leer: simplemente son interpretados como ruido por las computadoras).

Dejamos aquí el comentario sobre *La obsolescencia del hombre*, que se encuentra muy bien trabajado en el libro de Jolly.

Continuamos con el segundo de los libros mencionados, *Cartas al piloto de Hiroshima*,⁵ una compilación de la relación epistolar entre Anders y el soldado Claude Robert Eatherly (1918-1978) que manejaba el avión desde donde se lanzó la bomba atómica sin saber lo que llevaba. Ahí, se deja ver otra de sus alarmas, también de enorme actualidad, que era la pervivencia del totalitarismo bajo gobiernos "democráticos" como el de los Estados Unidos.

También plantea que vivimos una época en la que la "tecnificación de la existencia" produce nuevos problemas morales que afectan a toda la humanidad, ya que somos "inocentemente culpables" de hacer daño sin buscarlo inmediatamente y eso hace que cualquiera pueda generar un gran daño en cualquier momento, sin planificarlo, pero como consecuencia de

4. Anders, Günther, *La obsolescencia del mundo* (vol. II)..., *op. cit.*

5. Anders, Günther, *El piloto de Hiroshima. Más allá de los límites de la conciencia*, Buenos Aires, Paidós, 2012.

una matriz que se instaló y que marca nuestras vidas irremediabilmente.

Pero además, plantea que los efectos de la técnica moderna ya no caben en la imaginación de ninguna persona, no tenemos representación o imagen posible de lo que nuestro paso por el planeta produce. Es notable que esta cuestión pueda funcionar como una forma de preanunciar lo que en este siglo llamaremos el Antropoceno.

En la primera de esas cartas hay algunas muestras centrales de su pensamiento. Por ejemplo, le dice al soldado que está bien que no pueda superar el hecho que sin saberlo desencadenó. Que no acepte la idea de una cura o una superación, porque eso sería naturalizar el horror. Veamos un fragmento de esa carta:

Usted –le dice al soldado–, ha demostrado que, pese a haber cumplido su función como una simple pieza de aquella máquina, a diferencia de los demás ha seguido siendo un ser humano o ha vuelto a serlo.⁶

Es decir, somos todos pedazos de una maquinaria automatizante, y la “humanidad” quedó como algo obsoleto, sólo presente en algunas personas en algunos momentos. Recordemos, justamente, que “lo humano” o “el humano” siempre es una construcción. Por dar un ejemplo, en Rousseau se ve muy bien esta idea de llegar a ser humano, de acceder a la humanidad como algo que puede ser producido y destruido, activado y desactivado. En tal sentido, Anders está viendo la desactivación de ese dispositivo y la conversión de nuestras

vidas en algo “peor” para nosotros y para el planeta.

La “desespacialización” de la justicia

De este tipo de reflexiones de Anders también se hace eco Paul B. Preciado en su libro, *Dysphoria Mundi*, de reciente publicación. El filósofo español calibra la percepción filosófica del alemán –al que distingue como uno de los primeros pensadores en darse cuenta de que la globalización era la “mundialización de las industrias de la muerte”– y advierte que del mismo modo que después de 1945 Hiroshima deja de ser una ciudad para convertirse en un atributo del mundo bajo la amenaza nuclear, hoy Wuhan ha dejado de ser la ciudad china en la que supuestamente comenzó la pandemia para convertirse en una condición del capitalismo cibernético contemporáneo. Wuhan está en todas partes.⁷

Esta lectura de *El piloto de Hiroshima*, le sirve a Preciado para señalar una condición de posibilidad determinante (la pandemia) para instalar distintos tipos de conectividad forzada que transformaron el entorno social contemporáneo.

La conexión, a partir de Anders, entre técnica y espacio en clave digital delineada por Preciado, nos da el pie para comentar brevemente un trabajo en particular sobre los efectos en el ámbito jurídico de las transformaciones mencionadas anteriormente.

Antoine Garapon –director original de la Colección *El bien Común* en Francia, y autor del libro “Justicia digital”, de próxima publicación por la Editorial Jusbaire– posee una

6. Carta del 3 de junio de 1959 (Publicada en la revista *Artefacto*, N° 5, Buenos Aires, 2003).

7. Preciado, Paul B., *Dysphoria Mundi*, Anagrama (versión digital), 2022, pp. 80-81.

extensa obra en la que ha estudiado la administración de justicia desde perspectivas y temáticas diversas que se extienden, por nombrar algunas, desde el rol de los medios de comunicación en la conformación de las decisiones jurisdiccionales y la judicialización de conflictos sociales en contextos de deslegitimación de los partidos políticos,⁸ hasta la aplicación de técnicas de gerenciamiento propias del ámbito privado en el derecho.⁹ En todos los casos, poniendo de relieve los efectos –positivos y negativos– que implican tales experiencias sobre el aspecto democrático del modelo de justicia moderno.

En *La despazializzazione della giustizia*, un texto publicado en italiano en 2021 a partir de las conversaciones y lecciones suscitadas en el marco de la vista del jurista francés a la Universidad de Bologna, se plantea como hipótesis de trabajo los alcances de una revolución que, en términos espaciales, produce una alteración en el carácter histórico y simbólico de la forma de organizar la convivencia humana.¹⁰

Si bien la cuestión del *espacio* es un tema recurrente en los trabajos de Garapon como, por ejemplo, cuando señala en su libro sobre el ritual judicial que con el surgimiento y la posterior consolidación del Estado de bienestar (llamado también de providencia) opera –por los reclamos para una justicia

“más cercana y veloz”– una desformalización generalizada de las reglas procesales que culmina en el desplazamiento del *escenario* judicial desde la sala de audiencias a la oficina del juez (o al lugar mismo de los hechos);¹¹ es posible identificar un denominador común en los estudios realizados acerca de la lógica del *management*, por un lado, y los recientes sobre programación digital: la sustitución del espacio discursivo por la forma “desespacializada” del cálculo.

Tal desplazamiento trae aparejado que el modelo discursivo de “una discusión humana, un intercambio argumentativo, un sistema probatorio en torno a una comprensión de lo real”¹² sea convertido en un formato que se reduzca a parámetros objetivos, con la finalidad de que permanezca fuera de todas las contradicciones de la actividad humana.

Este proceso de *traducción* de la realidad compleja al sistema binario formalizado propio del lenguaje digital se realiza a partir de una operación que implica la elección de criterios (generalmente con relación al tiempo y al dinero) que escanden la realidad en busca de parámetros cuantificables para luego clasificarlos en indicadores que otorguen la medida (en la apariencia de juicios incontestables, o sea objetivos) a la decisión judicial.

Como consecuencia de esta “desespacialización”, Garapon indica además que esas valoraciones “no son discutidas por aquellos que asumirán sus consecuencias”, así como también pone de relieve el hecho de que “esta

8. Garapon, Antoine, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, París, Éditions Odile Jacob, 1996.

9. Garapon, Antoine, *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, París, Éditions Odile Jacob, 2010.

10. Garapon, Antoine, *La despazializzazione della giustizia*, Milán, Mimesis, 2021, p. 14.

11. Garapon, Antoine, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, París, Éditions Odile Jacob, 2001.

12. Garapon, Antoine, *La despazializzazione...*, *op. cit.*, p. 136.

Tal desplazamiento trae aparejado que el modelo discursivo de “una discusión humana, un intercambio argumentativo, un sistema probatorio en torno a una comprensión de lo real” sea convertido en un formato que se reduzca a parámetros objetivos, con la finalidad de que permanezca fuera de todas las contradicciones de la actividad humana.

invisibilidad e incuestionabilidad” impide tanto “la discusión sobre el modo en que fueron recogidas las pruebas, su admisibilidad procesal” cuanto “la misma interpretación del derecho, que requiere muchas veces remitirse hacia la intención del legislador y la finalidad perseguida”.¹³

Para finalizar, quisiéramos volver al libro de Jolly para destacar la vigencia de sus comentarios y la forma de explicar algunas ideas fundamentales de este pensador de la técnica tan fundamental que fue Anders, y que nos alertan de situaciones acuciantes hasta el día de hoy como la destrucción del entorno vital, la hostilidad que trae este nihilismo técnico y la inversión de las relaciones entre hombres, instituciones y máquinas.

En este sentido creemos que el gran problema filosófico-político al que debemos prestar

atención a partir de este libro es dónde encontrar y cómo se podrían generar las posibilidades para políticas y modelos de justicia democráticos en un mundo tecnificado y automatizado, en un mundo que tiende a excluir o destruir eso que nos habíamos acostumbrado a llamar “el hombre”. Bajo las perspectivas que abre tal pregunta, podremos comprender mejor el legado de Anders y dialogar con él en el presente de manera fructífera.

13. *Ibidem*, p. 147.

Algunos comentarios al Mensaje 87/2023 o Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales

VÍCTOR ATILA CASTILLEJO ARIAS*

Introducción

En fecha 30 de junio, el Poder Ejecutivo a través de la Agencia de Acceso a la Información Pública, presentó lo que en mi opinión es una de las innovaciones legislativas de mayor importancia y relevancia en el contexto actual. Me refiero, por supuesto, al Proyecto de Ley de la Protección de Datos Personales que busca reemplazar y actualizar a la Ley Nacional N° 25326. Una ley que supo ser un ejemplo en la región, pero después de 20 años de innovaciones tecnológicas que han cambiado nuestras condiciones materiales de existencia, ha quedado desactualizada.

Sin ir más lejos, pensemos en el ya famoso aplicativo de ChatGPT cuyo uso ha generado una primavera en el uso de la inteligencia artificial y los LLM; las redes sociales y sus capacidades para perfilar a cada uno de sus usuarios dentro de categorías sobre las

cuales se tiene muy poco control; los distintos productos y servicios a los cuales accedemos todos los días y que se han transformado en indispensables.¹ El sector público tampoco se ha quedado atrás y la Pandemia de COVID-19 ha dejado en evidencia la absoluta necesidad por parte del Estado de poder utilizar tecnología a los efectos de proveer de la manera más eficiente posible todos los servicios que ofrece a sus administrados. Todos estos tipos distintos de productos o servicios de alguna u otra manera deben recolectar, procesar, categorizar e interpretar datos personales que identifican a un individuo particular sin este necesariamente estar completamente al

-
1. Desde proveedores de servicios como Netflix, hasta suscripciones a los distintos portales de noticias a los cuales estemos inscriptos o distintos aplicativos necesarios para cumplir con nuestras labores todos los días.

* Víctor Atila Castillejo Arias. Abogado (UBA). LLM en Derecho y Nuevas Tecnologías (Birkbeck, Universidad de Londres).

Precisamente por lo anterior, la existencia de una norma que regule los aspectos más relevantes sobre el tratamiento que los distintos proveedores de servicios hagan sobre los datos personales de los ciudadanos argentinos resulta completamente fundamental. No solo porque el tratamiento que se haga de nuestros datos personales es un aspecto de importancia mayúscula para entendernos como “sujetos de derecho” plenos del siglo XXI, sino porque el contexto internacional también nos ha imprimido cierta urgencia en la creación de esta norma.

tanto acerca de las particularidades de ese procesamiento.

Precisamente por lo anterior, la existencia de una norma que regule los aspectos más relevantes sobre el tratamiento que los distintos proveedores de servicios hagan sobre los datos personales de los ciudadanos argentinos resulta completamente fundamental. No solo porque el tratamiento que se haga de nuestros datos personales es un aspecto de importancia mayúscula para entendernos como “sujetos de derecho” plenos del siglo XXI, sino porque el contexto internacional también nos ha imprimido cierta urgencia en la creación de esta norma. En efecto, desde el 25 de mayo de 2018 el “Reglamento General de Protección de Datos Personales” se encuentra en vigencia en el territorio europeo y este ha demostrado ser un nuevo estándar mundial en lo que hace a la protección de datos personales y la privacidad. Uno de entre

tantos aspectos relevantes de su vigencia es la importancia de que Argentina se encuentre clasificado como un país con “legislación adecuada” desde el año 2003. A partir de dicha calificación, según se ha estudiado recientemente, el intercambio comercial digital ha tenido un aumento significativo². Por lo tanto, de no readaptar nuestra normativa local, nos podríamos encontrar ante efectos realmente negativos en lo que hace al comercio digital.

Este breve comentario no busca ser exhaustivo. Por el contrario busca resaltar los aspectos que considero más importantes del proyecto y las posibles consecuencias

2. Martina F. Ferracane, Bernard Hoekman, Erik van der Marel, and Filippo Santi, ‘*Digital Trade, Data Protection and EU Adequacy Decisions*’, Junio 2023. El texto completo puede encontrarse en https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/75629/RSC%20WP%202023%2037_V5.pdf?sequence=1&isAllowed=y

derivadas de sus incorporaciones. Adelanto que si bien podemos encontrar una serie de injertos y modificaciones normativas que resultan positivas, hay también deficiencias en otros aspectos que deberían tenerse en cuenta en el debate parlamentario. Este trabajo estará dividido en dos secciones. En la primera sección haré un breve comentario acerca de los principales aciertos normativos introducidas por el proyecto ley. En la segunda intentaré señalar aquellos cambios que considero preocupantes e intentaré explicar las principales razones por las cuales los califico de esa manera. Finalmente, intentaré hacer un breve comentario general acerca de la norma esperando proveer un resumen lo suficientemente entendible como para que el lector se lleve las herramientas principales para poder evaluar críticamente dicho proyecto normativo.

Los aciertos

Como he dicho anteriormente este proyecto de Ley de Protección de Datos Personales busca actualizar la Ley N° 25326 que se encuentra vigente desde el año 2000 y que desde hace años ha quedado completamente desactualizada. Esto así porque el mundo ha cambiado a pasos agigantados y las razones o causas que motivaron la implementación de aquella norma eran completamente distintas a las que hoy nos motivan a actualizarla. Principalmente porque el procesamiento de datos personales ha cambiado de tal manera que hoy se han transformado en la materia prima que mueve a gran parte del mundo y que es utilizada para proveer a los usuarios finales de una cantidad de productos y servicios realmente inabarcables. Especialmente después de la pandemia del COVID-19 que motivó un mayor uso de las tecnologías de la información.

En síntesis, encuentro lo siguiente en lo que hace a los aciertos de las novedades normativas:

Incorporación de la categoría de “Responsable” y “Encargado”

Como las distintas empresas, organismos públicos y otras organizaciones usan cada vez más datos personales para proveer sus productos y servicios, los consumidores y usuarios buscan tener un entendimiento más acabado de lo que sucede con sus datos personales. Esto ha generado un fuerte escrutinio en la manera en la cual estas organizaciones utilizan sus datos y ahí es donde aparece la figura del “Responsable” y “Encargado”. Figuras que se derivan directamente de su incorporación en la legislación europea.

El Responsable se encuentra definido como aquella “Persona humana o jurídica, pública o privada, que solo o conjuntamente con otros decide sobre la finalidad y el tratamiento de datos personales”. Esto esencialmente quiere decir que aquellas personas que decidan sobre la finalidad de la recolección de los datos personales en cuestión y el tratamiento específico que se haga sobre esos datos serán aquellas personas que sean tratadas como “Responsables”. Es preciso destacar que es el Responsable sobre quien recaerá la mayor cantidad de requisitos en lo que hace al cumplimiento de la ley.

Por el otro lado, el Encargado de datos personales se encuentra definido como “Persona humana o jurídica, pública o privada, que trate datos personales por cuenta del Responsable de tratamiento”. En este sentido, el Encargado es aquel quien por cuenta y orden del Responsable realiza el tratamiento de datos personales en los términos y parámetros solicitados por el Responsable.

En este sentido, la diferencia entre uno y otro es bastante clara. Mientras que el primero es aquel que toma las decisiones de índole más general acerca del tratamiento de datos específico que se hagan sobre los datos personales en cuestión, el segundo será aquel que realice dicho tratamiento efectivamente. Obviamente, la calificación de uno y otro puede recaer en la misma persona (en el caso que esa persona cumpla con esos dos roles) pero usualmente, si dicha categorización recae sobre individuos distintos, habrá una relación contractual que definirá específicamente las condiciones de tratamiento de los datos cedidos por uno al otro para su tratamiento.

Incorporación del Delegado de Protección de Datos

Otra de las grandes innovaciones de la norma es la incorporación del Delegado de Protección de Datos. El “Delegado” será una persona humana o jurídica designada por el Encargado y/o el Responsable cuya función será la de actuar como intermediario entre ellos y la Autoridad de Aplicación de la Ley. Así también, deberá asesorar a los Encargados y Responsables acerca de sus obligaciones y responsabilidades en lo que hace al cumplimiento de la Ley así como que deberá participar en el diseño e implementación de políticas de privacidad y protección de datos personales. Adicionalmente, deberá asesorar a los Responsables y Encargados en el eventual caso de que estos tengan que realizar una evaluación de impacto en la privacidad o la protección de datos personales, entre otras responsabilidades.

No obstante lo anterior, es preciso señalar que no todas las organizaciones deberán tener un Delegado. Si bien la Ley señala generalmente cuando deberá ser necesario asignar uno (cuando el volumen o complejidad del

tratamiento lo ameriten), la norma delega los requisitos específicos a la reglamentación. Esto es particularmente importante ya que, dependiendo de los estándares por encima de los cuales se necesitará un Delegado de Protección de Datos, se requerirá o no un Delegado que deberá ser un profesional idóneo para ese puesto.

El ámbito de aplicación territorial

La norma también aclara el ámbito de aplicación territorial de la Ley. Es decir, aclara quiénes son aquellas personas que deberán cumplir con las disposiciones de la norma. Principalmente divide a los Encargados y Responsables que se encuentren debidamente establecidos en el territorio de Argentina de aquellos que no se encuentren establecidos en Argentina. En el primero de los casos, independientemente del origen de los datos personales, si el Encargado o Responsable se encuentra registrado en la Argentina, deberá cumplir con las disposiciones de la norma. Esto es particularmente importante ya que Argentina cuenta con varias empresas internacionales de tecnología que hoy por hoy se encuentran registradas en nuestro territorio y que proveen servicios a distintas jurisdicciones.

Por el otro lado, la norma también aplica a aquellos Responsables o Encargados que no se encuentren registrados en Argentina pero que realicen tratamientos de datos personales de personas que se encuentren en dicho territorio. Esto es importante por que hace que la norma tenga una aplicación extraterritorial a todos aquellos proveedores de bienes y servicios que traten los datos personales de residentes argentinos. Esto también es bastante relevante ya que esencialmente significa que cualquier empresa que provea sus servicios a residentes argentinos también tendrá la

obligación de cumplir con la presente norma o enfrentarse a multas posiblemente muy importantes como veremos más adelante.

Tratamiento de datos de niñas, niños y adolescentes

Otra de las innovaciones que considero relevantes es la incorporación del artículo 19 relativo a las previsiones que todo Responsable o Encargado debe tener en cuenta para procesar y/o dar tratamiento a los datos personales de niñas, niños y adolescentes. Como no se le escapará al lector, los proveedores de servicios a través de internet que utilizan y procesan datos personales pueden eventualmente estar dando tratamiento a datos que pertenecen a quizás uno de los grupos sociales más vulnerables que puede haber en una sociedad: las niñas, niños y adolescentes.

Esto es particularmente alarmante si se entiende que, por cuestiones netamente biológicas, dicho grupo no posee las facultades críticas necesarias para poder tomar una decisión verdaderamente libre si se le presenta la oportunidad de aprobar o desaprobar algún tratamiento específico sobre sus datos personales. Si bien del artículo no surge con claridad si la única base legal para dar tratamiento a los datos personales de los niños, niñas y adolescentes es el consentimiento, la norma regula expresamente la manera en la cual tiene que manifestarse este consentimiento. En primer lugar, el consentimiento será legítimo siempre y cuando el mismo sea provisto por el titular de la responsabilidad parental de esa niña, niño y adolescente. Para ello, el Responsable (no el Encargado) deberá establecer los procesos necesarios para asegurarse que dicho consentimiento haya efectivamente sido provisto por dicho titular de la responsabilidad parental.

Asimismo, la norma establece una clara prohibición de procesamiento de los datos personales sensibles³ a no ser que se cuente con el consentimiento de la persona titular de la responsabilidad parental a no ser que fuera indispensable para salvaguardar su vida. Si bien se aprecia que el objetivo del artículo es proteger esta específica categoría de datos de los niños, también se abre la puerta a interpretaciones en las cuales se pueda hacer tratamiento de los datos personales de niños, niñas y adolescentes haciendo uso de una de las otras bases legales que autorizan su procesamiento. Es decir, sin el consentimiento por parte de los padres o titulares de la responsabilidad parental. Entiendo que esto es algo que valdría la pena aclarar en la discusión del proyecto para evitar interpretaciones que pongan en peligro los datos personales de las niñas, niños y adolescentes.

Evaluación de Impacto a la Protección de Datos Personales

Otro de las grandes incorporaciones de esta norma es la necesidad de realizar una “Evaluación de impacto relativa a la protección de datos personales” siempre y cuando el Responsable del tratamiento prevea realizar

3. Datos Personales Sensibles se encuentra definido como: “Datos personales sensibles: Aquellos que se refieren a la esfera íntima de la persona Titular de los datos, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para esta. De manera enunciativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen étnico; creencias o convicciones religiosas, filosóficas y morales; afiliación sindical u opiniones políticas; datos relativos a la salud, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, o datos genéticos o biométricos cuando puedan revelar datos adicionales cuyo uso pueda resultar potencialmente discriminatorio para la persona Titular de los datos y que estén dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona humana”.

Esto es particularmente alarmante si se entiende que, por cuestiones netamente biológicas, dicho grupo no posee las facultades críticas necesarias para poder tomar una decisión verdaderamente libre si se le presenta la oportunidad de aprobar o desaprobar algún tratamiento específico sobre sus datos personales. Si bien del artículo no surge con claridad si la única base legal para dar tratamiento a los datos personales de los niños, niñas y adolescentes es el consentimiento, la norma regula expresamente la manera en la cual tiene que manifestarse este consentimiento.

algún tipo de tratamiento que “entrañe un alto riesgo de afectación a los derechos de las personas Titulares de los datos amparados en la presente Ley”. Dicha evaluación de impacto debe (1) describir el tratamiento realizado y la finalidad por la cual se realiza tratamiento a los datos personales; (2) poseer una evaluación acerca de la necesidad y proporcionalidad de las operaciones de dicho tratamiento; (3) identificar los riesgos específicos a la protección de los datos personales del tratamiento y (4) las medidas que se deberán realizar para mitigar dichos riesgos.

La Evaluación de Impacto de la Protección de Datos Personales será obligatoria solamente en 3 casos claramente identificados. En primer lugar, siempre y cuando se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas humanas mediante procedimientos automatizados o semi automatizados, será necesario la Evaluación

de Impacto. Asimismo, siempre y cuando el tratamiento se realice sobre datos sensibles, o relativos a antecedentes penales o contravencionales a gran escala. Finalmente, también resultará mandatorio cuando se observe sistemáticamente una zona de acceso público. Este último apartado posiblemente se haya incorporado debido a las recientes controversias derivadas de la utilización de un sistema de reconocimiento facial de prófugos en el sistema de videovigilancia del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sin haber este realizado una evaluación de impacto en la protección de datos personales de manera previa a su implementación. Situación que fue sopesada por los jueces que resolvieron (en primera y segunda instancia) a los efectos de declarar su inconstitucionalidad.⁴

4. EXP J-01-00409611-4/2020-0 “Observatorio de Derecho Informático Argentino O.D.I.A. y Otros

Multas y sanciones

Finalmente, la otra modificación que considere positiva es la actualización de las multas y sanciones aplicables a todos los Responsables y Encargados de datos por incumplimientos a las normas previstas en este instrumento regulatorio. Desde hace años que las multas que aplican actualmente a incumplidores de la Ley N° 25326 son completamente irrisorias y han quedado desactualizadas. De esta manera se ha perdido cualquier tipo de incentivo para las empresas y personas que poseen bases de datos de cumplir con la Ley de Protección de Datos Personales, ya que su incumplimiento representa básicamente un costo cero. Esto explica, por lo menos parcialmente, las razones por las cuales cada vez suceden mayores filtraciones de datos personales cuyas consecuencias son difíciles de predecir.

En la Ley N° 25326 la norma establece multas de un monto máximo de AR\$ 100.000,00 por cada infracción que, después de décadas de inflación, se ha tornado absolutamente intrascendente. Las nuevas multas sugeridas por el proyecto de ley alcanzarán a los Responsables y Encargados de tratamiento y a sus representantes “en el caso de aquellos Responsables y Encargados que no se encuentren en el país”. Las sanciones pueden representar un apercibimiento, una multa, la suspensión de todas las actividades relacionadas al tratamiento de datos personales, el cierre temporal de las operaciones y finalmente el cierre definitivo de las operaciones.

De manera contraria a lo que sucedía en la Ley N° 25326, las multas monetarias serán determinadas en “Unidades Móviles” que irán siendo actualizadas por la autoridad

de aplicación el último día hábil de cada año calendario. Las multas podrán ir desde 5 unidades móviles hasta el 1.000.000 de unidades móviles, comenzando el valor de unidad móvil en ARS \$10.000,00. Alternativamente las multas también pueden consistir desde el 2% al 4% de la facturación total anual global del infractor en el ejercicio financiero anterior a la aplicación de la sanción. Así como la versión europea, el hecho de que el infractor se tenga que enfrentar a multas que consistan en un porcentaje de su facturación global debería funcionar como un mecanismo de incentivo para que los distintos proveedores de productos y servicios hagan las inversiones necesarias para cumplir con su deber de seguridad y evitar infracciones a la Ley. Si bien el diablo está en los detalles y es preciso esperar a la reglamentación de la norma para ver cómo se implementará este texto en la práctica, no puedo dejar de señalar que es un avance favorable y que ya venía siendo esperado en la industria.

Los desaciertos

Si bien es cierto que la ley trae algunas innovaciones normativas, que podrían traer consecuencias positivas para la protección de datos personales de los individuos, también es cierto, a mi entender, que la norma no es adecuada en algunos aspectos claves o simplemente se queda “corta” en la implementación de algunos institutos.

Las bases legales para el tratamiento de datos personales

Quizás uno de los aspectos principales de cualquier norma de protección de datos es la base legal que los Responsables y Encargados pueden utilizar a los efectos de realizar tratamientos de datos personales de manera legítima. En la ley N° 25326 el Consentimiento

c/ GCBA s/ Amparo-Otros”, Sala I. Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

expreso, libre e informado era la base legal por excelencia y había una breve enumeración de excepciones para las cuales el consentimiento no se necesitaba. En el caso del nuevo proyecto, el mismo establece una multiplicidad de bases legales sobre las cuales los Responsables y Encargados podrán realizar el tratamiento de datos personales de una manera legítima. Estas bases legales son, esencialmente, las siguientes:

El consentimiento

- Que el tratamiento se realice en ejercicio de las funciones del Estado y sean necesarios para el cumplimiento de sus competencias.
- Que sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al Responsable o al Encargado de tratamiento.
- Que sea necesario para el cumplimiento de un contrato en el que el sujeto titular sea parte.
- Que sea necesario para salvaguardar la vida del titular de los datos.
- Que sea necesario para la satisfacción del interés legítimo del Responsable del tratamiento, siempre que sobre dicho interés no prevalezcan los intereses o los derechos de la persona titular del dato.

En este orden de ideas es preciso señalar que el formato de estas bases legales se encuentra tomado casi textualmente del Reglamento General de Protección de Datos europeo. Sin embargo, después de casi 5 años de vigencia del mismo, ha quedado evidenciado en la jurisprudencia comparada que algunas de estas bases legales suelen ser utilizadas por las empresas para evitar cumplir con los principios

que la norma incorpora y sostiene (licitud, lealtad, transparencia, minimización, etc.). En particular, las bases legales que más dolores de cabeza han traído son “para el cumplimiento de un contrato” y para la satisfacción de un interés legítimo.

El mejor ejemplo de ello es una reciente decisión de la EDPB (European Data Protection Board)⁵ en la cual se multó a META por un total de 390 millones de Euros precisamente por utilizar la base legal de “cumplimiento de un contrato” como la base legal adecuada para realizar un tratamiento de los datos personales de sus usuarios que les permitía ofrecer publicidad específica basada en el comportamiento de los usuarios de la plataforma. En otras palabras, los hechos descritos en esas decisiones señalan que META consideraba que la provisión del servicio de publicidad basada en el comportamiento de los usuarios (que en sí representa un tratamiento específico de datos personales generados en el uso de sus diversas plataformas) era un servicio esencial de Facebook y, por lo tanto, era razonable procesar los datos personales de sus usuarios confiando en la autorización de dicho procesamiento en base al cumplimiento de un contrato. Como se imaginará el lector, esto le permitiría a META esencialmente utilizar los datos personales de los usuarios sin pedir su autorización expresa y sencillamente procesar todos aquellos datos que se generen por el uso de la plataforma para ofrecer estos servicios de publicidad, los cuales a esta altura

5. “Binding Decision 3/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Facebook service (Art. 65 GDPR)” y “Binding Decision 4/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Instagram service (Art. 65 GDPR)”, ambas con fecha 5 de diciembre de 2022.

sabemos que pueden tener consecuencias reales acerca de las decisiones que toman los usuarios fuera de línea.

La EDPB encontró que esta base legal no era la adecuada para confiar dicho procesamiento en dicha base legal y le ordenó a META a que utilizara otra base legal de manera previa a dicho procesamiento. Sin ir más lejos, algo que también se señaló en dicha decisión es que antes del GDPR, META basaba el mismo procesamiento en el consentimiento, mientras que pocos días después de la implementación empezó a utilizar esta otra base legal que obviamente atenta contra la posibilidad de controlar el procesamiento de los datos por parte de los usuarios.

Hasta cierto punto esto no necesariamente es culpa de META. Esta base legal es muy amplia y se encuentra abierta a diversas interpretaciones. Es por ello que muchas de las grandes empresas pueden ver una salida a la base legal por excelencia “el consentimiento expreso, pleno e informado” a los efectos de realizar el procesamiento de los datos personales de los ciudadanos y residentes argentinos. Esto último se debe obviamente a que, desde el punto de vista de la empresa, siempre es más fácil mantener el procesamiento en lo oscuro. La autora Shoshana Zuboff describe esto de una manera bastante pintoresca llamándolo “Capitalismo de Vigilancia”.⁶

En relación con lo anterior, después de estas recientes multas META tuvo que cambiar la base legal utilizada para poder procesar los datos personales de sus usuarios y poder ofrecerles propaganda personalizada. Quizás el lector esperaría que después de multas

tan grandes META empezara a utilizar el consentimiento como una base legal razonable para poder realizar ese procesamiento específico. Sin embargo, esto no ocurrió. Cambiaron la base legal no al consentimiento sino al “interés legítimo”.⁷ Esta base legal también es muy problemática ya que nuevamente es amplia y ofrece una salida fácil para evitar utilizar el consentimiento. Si bien la misma obliga al Encargado y Responsable a sopesar la necesidad del tratamiento, debido a que esa necesidad puede ser interpretada de varias maneras los mismos suelen utilizar como un mecanismo de evasión del consentimiento.

No obstante ello, por diversas presiones que no vienen al caso en este comentario finalmente Meta se vio obligada el 1 de agosto del 2023, a cambiar dicha base legal al consentimiento.⁸ Lo que pretendo demostrar en este breve comentario, sin ahondar demasiado en las especificidades de cada una de las bases legales para el procesamiento de datos personales, es que de nada sirve incorporar a nuestro entramado normativo instituciones extranjeras sin discutir críticamente la razón por la cual vamos a permitir la existencia de bases legales distintas al consentimiento. Máxime cuando esas otras bases legales se encuentran siendo fuertemente discutidas en diversas jurisdicciones.

6. Zuboff, Shoshana, “The age of surveillance capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power”, Profile Books, 2019.

7. Lomas, Natasha, “Meta tries to keep denying EU users a free choice over tracking - but change is coming”, Techcrunch, 30/03/2023. Ver en <https://techcrunch.com/2023/03/30/meta-facebook-gdpr-ads-tracking/>

8. Ver decisión y razones en <https://about.fb.com/news/2023/01/how-meta-uses-legal-bases-for-processing-ads-in-the-eu/>

Representantes de los Responsables y Encargados del tratamiento (art. 46)

El artículo 46 del Proyecto de Ley establece que aquellos Responsables y Encargados que no se encuentren en el país pero que realizan algún procesamiento en la República Argentina o hacen algún tratamiento de datos personales ofreciendo sus servicios a residentes argentinos, deberán tener un Representante en Argentina. Lo primero que se debe señalar es que el Representante es distinto al “Delegado” y ambos cumplen funciones muy diferentes. El Delegado juega un rol mucho más activo en la manera que el proveedor va a procesar los datos personales y la forma en la cual internamente la empresa cumplirá con sus obligaciones relativas a este proyecto de ley.

Por el otro lado, la figura del Representante se pensó en el GDPR para exclusivamente actuar como intermediario entre la autoridad de aplicación y el Responsable o Encargado del procesamiento de datos personales. De manera tal que la autoridad de aplicación tuviera una manera de ponerse en contacto con el responsable o encargado en el caso que este se encuentre fuera del territorio europeo. El proyecto de ley argentino se aleja inexplicablemente de esta lógica al poner al Representante no solo como intermediario entre la autoridad de aplicación si no también como responsable directo contra el usuario. Esto es particularmente importante ya que implica que el representante tiene que tener un rol activo en responder las solicitudes de los usuarios sin necesariamente tener toda la infraestructura que el responsable o encargado seguramente tiene para responder activamente a dichas solicitudes.

Es decir, el Representante no necesariamente tiene acceso directo a los datos o al procesamiento que realice el Encargado o Responsable de los datos personales pero, aún así, deberá asegurar (lo que en última instancia es responsabilidad del Responsable o Encargado) el cumplimiento de la norma por parte del Responsable para con el sujeto titular del dato sin necesariamente tener un control activo sobre el procesamiento o siquiera tener capacidad alguna para obligar al Responsable a cumplir con la norma.

Si a lo anterior se le suma el hecho aún más importante de que “También puede ser objeto de un procedimiento sancionatorio ante el incumplimiento por parte del Responsable o del Encargado de tratamiento. En caso de falta de respuesta por parte del Responsable o Encargado de tratamiento, el Representante será responsable por cualquier sanción impuesta en el marco de dicho procedimiento”. Entonces podemos llegar a la conclusión que la figura del Responsable es completamente innecesaria ya que obviamente un Representante no puede hacerse cargo del cumplimiento o incumplimiento del Encargado o Responsable sobre el Proyecto de Ley. Esto así porque el mandato del responsable es sumamente restringido. No solo porque este no tiene control o capacidad alguna sobre el cumplimiento o incumplimiento que hagan los Responsable y Encargados de la ley si no por que esa sencillamente no es su función. El representante jamás “actúa” en nombre del Responsable o Encargado. El mandato que este tiene (o que se pensó en una primera instancia que tuviera) es sencillamente el de actuar como intermediario para con la autoridad de aplicación para que esta pudiera notificar eficientemente a los Responsables y

Encargados de procesamiento que no se encuentren registrados localmente. Para todo el resto de las cuestiones que hacen al cumplimiento de la ley se tiene al Delegado. El cual, obviamente, no tiene responsabilidad personal sobre el cumplimiento de sus funciones que son muchísimo más activas que las del Representante.

Obviamente este artículo parecería verse implementado por la sencilla razón que se buscó una manera de ejecutar las sanciones, que, como hemos visto anteriormente, pueden llegar a ser bastante costosas. Sin embargo, es de “por lo menos” dudosa constitucionalidad hacer responsable a un tercero que lo único que tiene es una relación contractual en la cual actuará como “oficina postal” del cumplimiento de una norma que establece responsabilidades específicas para los Encargados y Responsables sobre tratamiento de datos personales de los cuales el Responsable no tiene ningún tipo de injerencia. Esto, lógicamente, puede generar que ni los Responsables ni los Encargados de tratamiento de datos personales que no se encuentren en el país puedan conseguir un Representante que le provea sus servicios ya que las posibles consecuencias de un incumplimiento hacen inviable la relación contractual. Destinando a los Responsables a sencillamente proveer sus servicios sin un Representante (en violación a la norma) y perdiendo la autoridad de aplicación el punto de contacto para con el Responsable o Encargado en cuestión.

Ausencia de obligaciones de Localización de Datos Personales

Otro de lo que a mi criterio es un desacierto es no haber incorporado ningún tipo de artículo o normativa que exija el resguardo en

el territorio argentino de determinados datos personales. Esto es importante no sólo porque es necesario pensar los datos personales como un recurso valioso cuya residencia local quizás pueda ser estratégicamente aprovechada por proveedores de servicios locales para exportar (y no solo importar) servicios, sino porque cuando se permiten libremente las cesiones transfronterizas de datos personales las mismas quedan expuestas a riesgos locales que quizás podrían ser mejor controlados en el territorio.

Obviamente, esto podría eventualmente generar determinados problemas a los Encargados y Responsables pero, por el otro lado, también nos hubiese permitido poner en la balanza el desarrollo local de determinadas industrias como puede ser la del *cloud computing*, desarrollo de *software*, etc. Sin lugar a dudas exigir cierta residencia de datos personales en el territorio no es poca cosa. Pero sí encuentro que podría ser beneficioso exigir la custodia y procesamiento local de ciertos datos personales. A modo meramente ejemplificativo, exigir legislativamente que los datos personales cuyo Responsable o Encargado sea el Estado, no parecería ser algo excesivo. Lo que sí no es razonable, en mi opinión, es permitir que los datos de los ciudadanos en custodia del Estado se encuentren en servidores en el extranjero en jurisdicciones que quizás no tengan legislación adecuada en materia de protección de datos personales o, peor aún, puedan ser fácilmente accesibles por actores estatales sin que nos enteremos.

También se podría encontrar la utilidad de prever la residencia de datos para industrias específicas y estratégicas. Por ejemplo para las entidades financieras, para los proveedores

de servicios estatales, para los proveedores de servicios de KYC/AML en el territorio argentino, y otros que se puedan enumerar. En este sentido entiendo que en la discusión en las cámaras legislativas esto podría ser un debate valioso que podría eventualmente mejorar el entramado normativo.

Conclusión

Como adelanté en la introducción de este trabajo, el objetivo del mismo no es abarcar completamente todas las innovaciones y/o deficiencias del proyecto de ley en cuestión. Sin embargo, entiendo que las aclaraciones o comentarios realizados pueden dar un buen punto de partida para seguir construyendo legislativamente sobre las bases ofrecidas por esta norma. Sin lugar a dudas la misma actualiza nuestra norma anterior y va a tener efectos realmente positivos en lo que hace a la protección de datos personales en el territorio argentino. No obstante ello, también se debe señalar que existen ciertas deficiencias o puntos que deberían ser por lo menos discutidos en el recinto legislativo. A mi criterio no es suficiente con hacer injertos normativos de otras jurisdicciones sin evaluar críticamente sus consecuencias y sus implicancias en el rol geopolítico que Argentina puede cumplir en el siglo XXI. Es una oportunidad realmente envidiable, no solo para actualizar la norma sino para que la misma sea un ejemplo en la región más allá del GDPR.



SOLUCIONES JURÍDICAS PARA LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO

LUCIANA B. SCOTTI*

I. Introducción

La existencia de una sociedad de consumo, en la que todos participamos como consumidores, la evidenció en 1962, el entonces presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, en su célebre discurso ante el Congreso norteamericano:

Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas. Dos tercios del gasto total en la economía provienen de los consumidores. Pero son el único grupo importante en la economía que no están organizados eficazmente, cuya opinión es a menudo ignorada.

A partir de entonces, la protección de este colectivo de sujetos vulnerables ha dado pasos significativos. En ese sentido, no podemos

obviar que, en la República Argentina, la protección de consumidores y usuarios fue potenciada desde su reconocimiento en los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, sin perjuicio del tratamiento de los derechos de los consumidores, en tanto derechos humanos, lo cierto es que coincidimos con Boggiano, para quien corresponde admitir el carácter interdisciplinario del tema: “la problemática, en consecuencia, supera las normas de derecho civil, comercial, procesal, penal, administrativo, etc., para comprenderlas e integrarlas sistemáticamente”.¹

Las distintas ramas del derecho involucradas han buscado mecanismos para intentar equilibrar las asimetrías de las relaciones

1. Boggiano, Antonio, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo 2, 6ª edición, Ed. La Ley, 2017, p. 753.

* Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Secretaria de Investigación de la Facultad de Derecho de la UBA. Vicedirectora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, UBA. Contacto: lucianascotti@derecho.uba.ar

de consumo, entre ellas destaca el Derecho Internacional Privado. Así lo señala Dreyzin de Klor:

Más allá de la situación de “vulnerabilidad” en la que se encuentra el consumidor en general, debemos destacar que los contratos de consumo en el ámbito internacional presentan particularidades y especificidades que han llevado a la reformulación de las reglas y los principios característicos del DIPr clásico (la autonomía de la voluntad, el apartamiento de reglas generales de jurisdicción, el establecimiento de normas imperativas y de orden público, entre otras).²

Sin perjuicio de las definiciones de relación y contrato de consumo que prevé el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1092 y 1093 CCyCN),

... podemos decir que nos encontramos ante un contrato de consumo internacional cuando: la celebración del contrato o la adquisición del bien o servicio se contrate o se establezca entre partes que tengan su residencia en diferentes Estados; o bien cuando la parte contratante publicita en el domicilio del consumidor incitando la compra, o cuando el lugar de cumplimiento de la entrega del bien o servicio se deba realizar en el domicilio o la residencia del consumidor.³

A continuación, profundizaremos sobre las normas vigentes en nuestro país en la materia.

2. Dreyzin de Klor, Adriana, *El Derecho Internacional Privado Actual*, tomo 2, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 2017, pp. 343-344.

3. *Ibidem*, p. 344.



II. Las fuentes normativas relativas a contratos internacionales de consumo

En el tema que nos ocupa, no contamos con normas convencionales vigentes. Existen, sin embargo, acuerdos aprobados en el marco del Mercosur, sobre los que realizaremos más adelante algunas consideraciones aun cuando no se encuentren en vigor. En consecuencia, las principales disposiciones destinadas especialmente a regular los contratos internacionales del consumo provienen de la fuente interna, es decir, del Código Civil y Comercial de la Nación. Se trata de dos normas, sin antecedentes en el Código derogado: una relativa a la jurisdicción internacionalmente competente y la segunda sobre el derecho aplicable.

II. 1. Las soluciones del Código Civil y Comercial de la Nación

II. 1.a. La jurisdicción internacionalmente competente

En materia de jurisdicción internacional, resulta comúnmente aceptada la exclusión o al

menos, la limitación de la autonomía de la voluntad. En efecto, en los contratos de adhesión, en especial aquellos que se celebran con consumidores, es frecuente que estén

... prohibidas las cláusulas de elección de jurisdicción, con las que se suele pretender someter el caso a jurisdicciones inaccesibles para el consumidor, desprovistas de una protección mínima para este, o simplemente coincidentes con el país del empresario, así como buscar la aplicación de una legislación de fondo menos favorable para el consumidor.⁴

En similar sentido, se pronuncia la Profesora Najurieta para quien

La elección de un juez extranjero –unida o no a una cláusula de elección de un derecho extranjero– puede entrañar graves consecuencias para el consumidor, pues se lo puede privar de la protección prevista por las normas sustanciales del Estado de su residencia habitual. Es decir, al riesgo de una indefensión procesal [...] se une el riesgo de una indefensión sustancial, por el sometimiento del contrato a un marco jurídico distinto del razonablemente conocido por el consumidor.⁵

Además de dicha limitación, se observa la recepción normativa de varios foros de jurisdicción concurrentes y disponibles en favor del consumidor. En ese sentido, Fausto Pocar al respecto señala que la parte débil

... peut ainsi porter l'action devant le tribunal le plus favorable: soit parce

qu'il s'agit du tribunal le plus proche de sa résidence, ce qui lui permettra de réduire les frais et en tout cas de faciliter sa défense; soit parce qu'il s'agit du tribunal du pays dont le système de droit international privé conduira à l'application d'une loi plus favorable en tant que contenant plus d'éléments de protection; soit au motif que la loi matérielle interne du tribunal saisi, bien que non compétente en vertu des règles de conflit du for, s'inspire de principes fondamentaux plus protecteurs, amenant ainsi, en vertu du jeu de l'ordre public, à l'application au cas concret d'une règle plus favorable au demandeur.⁶

En sintonía con estas tendencias, nuestro art. 2654, CCyCN,⁷ veda a las partes de un contrato de consumo la posibilidad de celebrar un

6. Pocar, Fausto, “La protection de la partie faible en droit international privé”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, tomo 188, 1984, pp. 398-399. La parte débil “puede presentar la demanda ante el tribunal más favorable: bien sea porque es el tribunal más próximo a su domicilio, lo que le permitirá reducir costos y, en todo caso, facilitar su defensa; bien sea porque es el tribunal del país cuyo sistema de Derecho internacional privado conducirá a la aplicación de una ley más favorable en la medida en que contiene elementos más protectores; o porque el derecho material interno del tribunal que conoce del litigio, aunque no sea competente en virtud de las normas de conflicto del foro, se inspira en principios fundamentales más protectores, lo que conduce, en virtud del funcionamiento del orden público, a la aplicación al caso concreto de una norma más favorable al demandante” (traducción propia).

7. Artículo 2654. “Jurisdicción. Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

4. Fernández Arroyo, Diego P., *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Ed. Zavalía, 2003, pp. 1031-1032.

5. Najurieta, María Susana, “Prórroga abusiva de la competencia en un contrato de adhesión”, en *ED*, t. 181, p. 301 y en *Microjuris*, MJ-DOC- 939-AR

acuerdo de elección de foro⁸ y en consecuencia determina para distintos supuestos, los criterios atributivos de jurisdicción internacional.

Dispone que las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los siguientes foros concurrentes: 1) los jueces del lugar de celebración del contrato, 2) los del lugar del cumplimiento de la prestación del servicio, 3) los de lugar de la entrega de bienes, 4) los del lugar del cumplimiento de la obligación de garantía, 5) los del domicilio del demandado o 6) los del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

En consonancia con lo dispuesto en el art. 2650, inc. c), también son competentes los

También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro⁹.

8. Compartimos la reflexión de Iud: “Cabe preguntarse si la posición adoptada en relación a los acuerdos de elección de foro en esta materia es realmente protectora. Tal vez hubiese sido conveniente otra solución, por ejemplo, admitiéndolo cuando fuese posterior al nacimiento del litigio o, aun cuando siendo anterior, fuera no exclusivo y se configurara en favor del consumidor; incluso podría cobrar importancia en un caso en el que el acuerdo hubiese sido hecho en favor de los tribunales del domicilio del consumidor en aquellos supuestos en los cuales las normas de jurisdicción internacional no le atribuyeren, en principio, jurisdicción”. Iud, Carolina, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, elDial.com, 2020, p. 395.

jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La Profesora Dreyzin de Klor nos explica que esta

... norma atributiva de foros de jurisdicción internacional en materia de consumidores responde a los principios que informan la legislación de esta materia. Así, el consumidor se encuentra bajo el manto de axiomas fundamentales entre los que se destacan: el principio protectorio [...], el principio antidiscriminatorio o derecho a un trato equitativo, que veda toda desigualdad que pueda generarse por diferencia de recursos de una persona que la torna vulnerable. Involucra, pues, el derecho a la libre elección, a la información, a la seguridad, a la garantía y a la privacidad; la proscripción de cláusulas abusivas, la protección de intereses económicos tales como el derecho de reparación de daños, el derecho a acceder a la organización colectiva para la defensa de derechos de los consumidores y usuarios y el acceso a la justicia de manera fácil y eficaz.⁹

Iñiguez, por su parte, aclara que estos foros

... son personales del consumidor con legitimación activa propia, pero no son transferibles a una asociación de consumidores y usuarios a cargo de la defensa de intereses colectivos por cuenta de consumidores. Tampoco se transmiten

9. Dreyzin de Klor, Adriana, *El Derecho Internacional Privado Actual*, op. cit., pp. 339-340.

las conexiones de jurisdicción en casos en que el consumidor ceda su derecho material en favor de un tercero. En suma, es una elección exclusiva del consumidor.¹⁰

Sin embargo, en el caso en que la demanda sea entablada contra el consumidor, la otra parte contratante sólo puede interponerla ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.¹¹ Es un supuesto de jurisdicción única, no concurrente, pero no tiene por efecto el rechazo del reconocimiento extraterritorial de una sentencia procedente de jueces extranjeros que, en el caso de considerarla jurisdicción exclusiva, serían por definición incompetentes.

Martinoli sintetiza, entonces, que el CCyCN “instaura varias conexiones procesales cuando la parte débil actúa como demandante; a la vez que recoge una solución restrictiva, limitada con carácter general al domicilio del consumidor, cuando la parte débil es la demandada”.¹²

A su turno, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata sostuvo que:

10. Iñiguez, Marcelo, “Comentario al art. 2654 CCyCN”, en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo 6, Buenos Aires, Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ-INFOJUS), 2022, p. 430.

11. Cuando demanda el proveedor al consumidor es competente únicamente el tribunal del domicilio del consumidor, salvo el supuesto de que sea reconvenido el consumidor, adonde el proveedor se le habilita la instancia procesal en virtud de que la elección del primero perpetra el foro legitimado por su actuación procesal. Cfr. Iñiguez, Marcelo, “Comentario al art. 2654 CCyCN”, *op. cit.*

12. Uriondo de Martinoli, Amalia, “El consumidor internacional”, en SJA 20/09/2017, 128. Cita Online: AR/DOC/4048/2017.

... esta notable amplitud del citado artículo 2654 en beneficio de la parte débil de la relación de consumo responde a una clara finalidad, la cual consiste en evitar los abusos que pueden originarse al consumidor en el caso de verse obligado a tener que acudir a una jurisdicción extraña.¹³

Tal como podemos observar, la disposición que comentamos sigue con algunas modificaciones al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (decisión CMC 10/96 del 22 de diciembre de 1996), no vigente, que contiene una regla general en materia de jurisdicción, indicando en el art. 4 que “tendrán jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor”. A su turno, el proveedor de bienes o servicios podrá demandar al consumidor ante el juez o tribunal del domicilio de este. El art. 5 brinda otras opciones excepcionales, a disposición exclusiva del consumidor, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda, el Estado: a) los jueces del lugar de celebración del contrato; b) los jueces del lugar de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes, o c) los jueces del lugar del domicilio del demandado. Finalmente, a tenor del art. 6, si el demandado tuviere domicilio en un Estado parte y en otro Estado parte filial, sucursal, agencia o cualquier otra especie de representación con la cual realizó las operaciones que generaron

13. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, “Spektor Verónica Viviana y otro/a c/ Rincón Club de los Andes s/ daños y perj. incump. contractual (exc. Estado)”, 06/12/2017.

Como diferencia significativa, advertimos que el art. 2654, CCyCN, no habilita al consumidor a demandar a su contraparte ante los jueces del lugar de su residencia habitual o domicilio, como contempla la regla general del Protocolo de Santa María ni siquiera bajo las condiciones que exige el Reglamento 1215/2012 de la UE (en el caso del llamado “consumidor pasivo”).

el conflicto, el actor podrá demandar en cualquiera de dichos Estados.

Como diferencia significativa, advertimos que el art. 2654, CCyCN, no habilita al consumidor a demandar a su contraparte ante los jueces del lugar de su residencia habitual o domicilio, como contempla la regla general del Protocolo de Santa María ni siquiera bajo las condiciones que exige el Reglamento 1215/2012 de la UE (en el caso del llamado “consumidor pasivo”).

Al respecto, Iud manifiesta:

Si bien la prescindencia del domicilio del consumidor como criterio atributivo de jurisdicción –abstractamente considerado– podría aparecer como grave y poco compatible con su debida protección, a poco que se analice la amplia gama de casos en los cuales el art. 2654 del CCyCN permite al consumidor domiciliado en la República Argentina acudir ante los tribunales locales, se advierte que en la realidad concreta serían muy pocos los casos en los que el consumidor domiciliado en la Argentina no podría acudir a los tribunales locales [...]. La admisión de un amplio abanico de foros y la no consagración

de domicilio del actor como criterio atributivo de jurisdicción más bien obedece a la preocupación del legislador por hallar un punto de equilibrio entre la protección del consumidor y la protección del proveedor con el propósito de promover el comercio.

Concluye:

Si pese a ello, el consumidor se viese expuesto a una situación de riesgo de denegación internacional de justicia, podría explorarse la posibilidad de requerir la intervención de los tribunales locales con fundamento en el foro de necesidad previsto por el art. 2602 del CCyCN.¹⁴

Por último, es de destacar la jurisprudencia del caso “Perez Morales, Gonzalo Martin c/ Booking.com Argentina S.R.L. y otros s/ ordinario”¹⁵ para la determinación del juez

14. Iud, Carolina, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, elDial.com, Buenos Aires, 2020, p. 394.

15. Gonzalo Martín Pérez Morales demandó a Booking.com Argentina SRL y otros por la suma estimada en \$ 78.314,83. Cuenta, en su escrito de inicio, que con fecha 25 y 26 de

competente en un contrato de consumo celebrado por medios electrónicos. En efecto, el 16 de febrero de 2017 el Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo Comercial 28, secretaría

febrero de 2016 reservó y abonó la estadia en hoteles en la ciudad de Madrid –España– y en París –Francia– para ser utilizadas en los establecimientos hoteleros con fechas del 20 de diciembre al 01 de enero de 2017. Un día después, y por problemas personales, decidió cancelar las reservas vía correo electrónico y por comunicaciones telefónicas. Relata que Booking.com se negó a la devolución de lo abonado debido a que las condiciones de contratación eran “sin devolución” invitándolo a realizar los reclamos ante los tribunales de Ámsterdam, Holanda, violándose el derecho de arrepentimiento que posee por su calidad de consumidor.

Se agravia ante esta exigencia por considerarla absurda, ilegal y de imposible cumplimiento para un consumidor argentino que adquiere el producto a través de una página web identificada en nuestro país, muestra la bandera argentina, posee una sociedad con domicilio aquí y la adquisición fue abonada en pesos con una tarjeta de crédito Argentina, a través de un banco que opera en Argentina.

Para sostener su reclamo, invoca como aplicable el artículo 2654 del CCyCN donde es el propio consumidor quien puede optar entre los criterios jurisdiccionales en él reconocidos siendo, en el caso en concreto, el lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato, es decir, el ingreso a la página web de la empresa que ofrece el servicio es en Argentina, y la tarjeta con la que se pagó el servicio es argentina, además del banco donde se posee la cuenta que garantiza el pago de dicha tarjeta.

Al momento de contestar demanda, Booking.com se presenta mediante apoderado invocando la excepción de incompetencia de los tribunales argentinos. Para sostener ello argumenta que la empresa Booking.com B.V, dueña del dominio web, es una persona jurídica constituida y domiciliada en los Países Bajos, siendo ella quien participó en la celebración del contrato siendo, entonces, tanto la ley como la competencia la de ese país la que corresponde aplicar y entender. Ver CNCCom., Sala C, “Pérez Morales, Gonzalo Martín c/ Booking.com Argentina S.R.L. y otros s/ordinario”, 11/08/17.

55, desestimó la excepción de incompetencia frente a lo cual Booking.com presentó formal recurso de apelación. El 18 de agosto de 2017, la Cámara Nacional de Apelaciones en los Comercial, Sala C, resolvió rechazar la apelación. Para llegar a esta conclusión descartó como relevante la ubicación del *server* mediante el cual se logra la conexión a la red (Ámsterdam, Países Bajos), o la localización física de sus computadoras –como pregona la excepcionante– pues si estos criterios fueran aceptados, el deudor en caso de ser perseguido podría modificar a distintos Estados la ubicación de los servidores y/o el punto de conexión a la red a su propio albedrío dificultando la posibilidad de ser sometido a justicia alguna, generando inseguridad jurídica en la relación de comercio electrónico en cuestión. Es decir, en búsqueda de una protección al consumidor, descartan esta posibilidad para evitar el *forum shopping*. Sumado a ello, y ante la dificultad en la determinación de la jurisdicción en los contratos celebrados en el ciberespacio, los jueces de la Cámara entendieron que aún prima el punto de conexión domicilio real frente al domicilio virtual porque este ofrece un principio perenne de localización, que como ocurre en el caso, resulta ser el domicilio de la excepcionante fijado en nuestro territorio.

II. 1.b. El derecho aplicable a los contratos internacionales de consumo

En el derecho comparado, a la hora de determinar el derecho aplicable a los contratos de consumo,

... la fórmula central no parece pasar por evitar la autonomía de la voluntad absolutamente sino en impedir que la elección de un derecho lleve a la inaplicación de las normas imperativas que serían aplicables de no existir elección [...] Además, fuera de la elección del derecho o prohibida totalmente la misma, las normas indirectas aplicables pueden orientarse materialmente hacia la protección del consumidor.¹⁶

El CCyCN, en su art. 2655,¹⁷ a diferencia del artículo en materia de jurisdicción, distingue entre “consumidor pasivo” y “consumidor activo”, a los fines de determinar la ley

16. Fernández Arroyo, Diego P., *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, op. cit., p. 1035.

17. Artículo 2655.- Derecho aplicable. Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos:

- a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y este ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato;
- b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor;
- c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido;
- d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración.

aplicable. En efecto, “la protección beneficia al consumidor (siempre persona física) ‘pasivo’, que sería el que es ‘atacado’ por la ofensiva contractual del empresario, pero no al consumidor ‘activo’, que es aquel que motiva la contratación”.¹⁸

En tal sentido, sigue en líneas generales, las reglas del Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I, que sustituye al Convenio de Roma de 1980).

Efectivamente, el art. 6 del Reglamento europeo dispone que

... el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (el consumidor) con otra persona (el profesional) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

El ámbito material del precepto se extiende a cualquier contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, para lo cual se califica al consumidor pasivo en consonancia con el art. 15 del Reglamento de Bruselas (Reglamento 1215/2012). Y eliminó la exigencia de que el consumidor hubiere realizado en

18. Fernández Arroyo, Diego P., *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, op. cit., p. 1029.

el Estado de su domicilio o residencia habitual los actos necesarios para la celebración del contrato, de difícil individualización en el comercio electrónico.

Entonces, el art. 2655, CCyCN, diferencia dos supuestos. Si se configura una de las siguientes condiciones, los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor pues se trata de un consumidor pasivo:

- a) Si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y este ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato. Sería el caso, por ejemplo, de una empresa con sede en otro Estado que ofrece un determinado producto a través de publicidad en Internet y el consumidor con domicilio en Argentina que accede a aquella, realiza el pago del precio desde nuestro país.
- b) Si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor. En este supuesto, la empresa con sede en el extranjero, tiene una representación en Argentina y el consumidor con domicilio en nuestro país celebra el contrato con dicho representante.
- c) Si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido. En este caso, el consumidor con domicilio en Argentina, se traslada al extranjero para contratar, pero porque es especialmente estimulado para hacerlo por parte de la empresa con sede en otro país.
- d) Si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento. Sería el típico ejemplo de los cruceros

con todo incluido. Conforme Boggiano, entonces, el resto de los servicios turísticos —excursiones guiadas, *city tours*— quedan regidos por el derecho del país del lugar de cumplimiento y, en su defecto, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración.¹⁹

Al respecto, la Profesora Uzal advierte que si bien la regla que prioriza la protección al consumidor es aquella que coincide con la ley del lugar del domicilio o de la residencia habitual del consumidor, que presuponemos mejor conocidas por él,

... han de armonizarse sus derechos con los de las demás partes de la transacción, y esta regla, en este marco, solo resultará razonable y admisible —como justa solución— si se da la concurrencia de algún elemento fáctico determinante, que marque proximidad con la parte oferente. En tal sentido, resulta razonable la solución legal que aplica, en materia contractual, la ley del lugar del país de “domicilio del consumidor” si, además, se da alguna otra conexión acumulativa que resguarda los derechos del proveedor...²⁰

En cambio, si no se dan esas condiciones, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento (consumidor activo). En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración. Es decir, ante la ausencia de las mencionadas circunstancias, se siguen las reglas para la determinación de la ley aplicable a los contratos

19. Boggiano, Antonio, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo 2, 6ª edición, Ed. La Ley, 2017, p. 746.

20. Uzal, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Ed. La Ley 2016, p. 574.

en general en ausencia de elección de ley aplicable (art. 2652).

Nos recuerda Carolina Iud, que, en relación con la calificación de lugar de cumplimiento,

... la doctrina ha destacado que podrían surgir algunos inconvenientes, sobre todo en términos de justicia material, si se partiera de la teoría de la prestación más característica para la interpretación del punto de conexión “lugar de cumplimiento” en contratos concluidos por consumidores.

Sin embargo, la especialista concluye que antes de acudir a la definición brindada por el art. 1109 CCyCN,

... debería partirse de la calificación proporcionada por el art. 2652 CCyCN, porque goza de mayor proximidad material, sin perjuicio de la posibilidad de apartamiento ante alguna situación puntual [...] Que esta vía pueda conducir a domicilio de proveedor que es obviamente la parte más fuerte de la relación, no lo torna descalificable *ab initio*, asumir dicha posición podría pecar de cierto dogmatismo puesto que ese derecho podría ser más favorable para el consumidor que otros de potencial aplicación. En otro orden, no ha de olvidarse que la aplicación del derecho extranjero no es irrestricta.²¹

En relación con esta disposición, la doctrina ha expresado con acierto:

Si bien la norma en principio protege al consumidor pasivo, podríamos preguntarnos si, tal vez, no hubiese sido conveniente la adopción de una norma de

conflicto materialmente orientada en su protección, de modo tal de dar la posibilidad de que tenga cabida un sistema jurídico que, no siendo el del domicilio del consumidor, pudiese resultar más favorable a sus intereses [...] Por otro lado, la consecuencia de excluir a los contratos de consumo de la posibilidad de ejercicio de la autonomía de la voluntad podría traer como consecuencia la aplicación de un derecho menos favorable para el consumidor.²²

En similar sentido, se expidió la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) en una de sus conclusiones en oportunidad del XXVII Congreso Argentino AADI (Puerto Madryn, septiembre de 2015):

11. Hacer hincapié en la regulación de los contratos de consumo internacionales como contratos con parte débil, sin perjuicio de considerar que la protección es insuficiente y que hubiera sido deseable incluir una norma materialmente orientada a favor del consumidor.²³

Por último, cabe poner de relieve que, en materia de protección del consumidor, juega un rol muy preponderante los principios de orden público internacional, así como las normas de aplicación inmediata.

Asimismo, las disposiciones sobre cláusulas abusivas, es decir, aquellas que habiendo sido o no negociadas individualmente, tienen por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (arts. 1119 y ss.), y que, por tal razón, se tiene

21. Iud, Carolina, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, elDial.com, 2020, pp. 401 y 403.

22. Ídem, pp. 227-228.

23. Las conclusiones están disponibles en: <http://www.aadi.org.ar/index.php?acc=4>.

por no convenidas, bien pueden considerarse normas internacionalmente imperativas.

La norma que analizamos ha tenido oportunidad de ser interpretada por nuestros tribunales. Así, por ejemplo, en el caso “Faes, Nicolás c. Buenas Vibras S.R.L.”,²⁴ la Sala A

24. Nicolás Faes interpuso demanda contra Buenas Vibras S.R.L., por el cobro de las sumas de \$105.000 y u\$s 3.311, con más sus intereses, daño punitivo y las costas del juicio. Señaló que, en diciembre de 2017, contrató con la agencia de viajes demandada un paquete turístico con destino a la India por un total de u\$s 3.311, con fecha de salida pautada para el día 18 de febrero de 2018. Afirmó que, debido a una serie de episodios producto de la extrema negligencia e impericia de la demandada, nunca pudo concretar el mentado viaje. Consideró que, en definitiva, no pudo realizar el viaje por culpa de la demandada, quien en dos oportunidades le informó erróneamente datos claves referidos a la tramitación de la visa, primero, indicando equivocadamente el sitio web para el trámite y luego, afirmando que el formulario obtenido era válido para ingresar al país de destino. La demandada en su contestación afirmó que la tramitación de la documentación necesaria para viajar es, en todos los casos, de exclusiva responsabilidad del pasajero. Aseguró que cumplió con todas las obligaciones a su cargo y atribuyó exclusiva responsabilidad al actor por la frustración del viaje, calificando de maliciosa la actitud asumida de acusarla de intentar obtener una ventaja económica de la situación, cuando, en definitiva, solo se limitó a cotizar el valor de los nuevos vuelos disponibles.

En el fallo de primera instancia, la Magistrada de grado resolvió rechazar la acción intentada por Nicolás Faes contra Buenas Vibras S.R.L., a quien absolvió, imponiendo las costas del juicio en el orden causado y las comunes por mitades. Concluyó en que no aparece configurada conducta u omisión por parte de la demandada que autorice a atribuirle responsabilidad por el perjuicio sufrido por el actor al no poder realizar el viaje programado (arts. 1716, 1717 y 1721 CCyCN), determinando el rechazo de la demanda. Asimismo, y para decidir de esa manera, la sentenciante consideró que la accionada satisfizo, aunque parcialmente, la pretensión del actor de obtener el reembolso del pasaje aéreo

de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con fecha 30 de diciembre de 2012 consideró que se encontraba ante un

... contrato de intermediación de viaje internacional que además, según sus características, puede inscribirse en la categoría de los contratos de consumo internacionales y, bajo este encuadramiento legal, cabe preguntarse, en primer término y dada la índole internacional de los sujetos y prestaciones comprometidas, cuál es el derecho aplicable a las relaciones del tipo que se examina. El tribunal de alzada señaló que, en ausencia de fuente convencional, el derecho aplicable debía determinarse conforme a las disposiciones vigentes en el derecho internacional privado de fuente interna.

En consecuencia, sostuvo que:

... dentro de nuestro Código Civil y Comercial, los contratos de viaje internacionales, cuando resultan encuadrables dentro de una relación de consumo internacional tienen una regulación específica, aunque solo parcial, en el art. 2655, inc. d) CCyCN que prevé muy precisamente, solo al contrato “de organización de viaje internacional”, cuando se refiere “al contrato de viaje, por un precio global, que comprende prestaciones combinadas de transporte y alojamiento” y lo somete a la ley del domicilio del consumidor. Es claro pues, que hallándose el accionante

no utilizado, conforme el derecho que indudablemente le asistía. Y, aunque fue cuestionada la suma finalmente reintegrada (\$ 17.971), tampoco se justificó que ella no se correspondiera con la tarifa abonada y la deducción que realizan las aerolíneas cuando el pasajero no aborda el avión, procedimiento que es de conocimiento público. Ver CNCCom., “Sala A, Faes, Nicolás c. Buenas Vibras S.R.L.”, 30/12/19.

domiciliado en Argentina, es el derecho argentino de fuente interna, el ordenamiento el que habrá de proporcionar la solución en el caso.²⁵

II. 2. Las soluciones proyectadas en el Mercosur

A nivel de la fuente convencional del Mercosur, fueron aprobados en el seno del Consejo Mercado Común (CMC): el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo (Decisión 10/1996), y el Acuerdo del Mercosur sobre Derecho Aplicable en materia de Contratos Internacionales de Consumo (Decisión 36/2017). Además, más recientemente, el 29 de abril de 2021, fue adoptado el Acuerdo sobre Comercio electrónico que contiene algunas disposiciones pertinentes al tema que nos ocupa.

En primer lugar, debemos recordar que el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción

Internacional en materia contractual (Mercosur\CMC\DEC N° 1/94) excluye de su ámbito de aplicación los contratos de venta al consumidor (artículo 2.6).

Sin embargo, en diciembre de 1996, el Consejo Mercado Común suscribió el *Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo* (Decisión CMC N° 10/96 del 22 de diciembre de 1996), fruto del trabajo de la Reunión de Ministros de Justicia. Este Protocolo fija el procedimiento y los tribunales competentes para entender en cuestiones controvertidas nacidas de las relaciones de consumo, cuando proveedor y consumidor tengan su domicilio en distintos Estados del Mercosur, o cuando teniendo domicilio en un mismo Estado la prestación característica de la relación de consumo tenga lugar en otro Estado parte.

El Protocolo de Santa María contiene una regla general, como vimos, que indica que “tendrán jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor” (art. 4). A su turno, el proveedor de bienes o servicios podrá demandar al consumidor ante el juez o tribunal del domicilio de este.

Sin embargo, el artículo 5 brinda otras opciones excepcionales, a disposición exclusiva del consumidor, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda, el Estado: a) los jueces del lugar de celebración del contrato; b) los jueces del lugar de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes; o c) los jueces del lugar del domicilio del demandado. Si el demandado tuviere domicilio en un Estado Parte y en otro Estado Parte filial, sucursal, agencia o cualquier otra

25. La Cámara resolvió, en función de toda la prueba producida, que, en el *sub examine*, no se advierte acreditado que la agencia accionada haya incumplido con el deber de información, tras haber sido demostrado el asesoramiento desplegado para con el accionante, quien limitó su accionar al rellenado del formulario y solicitud de la visa requerida, empero sin presentarse en el aeropuerto con la visa expedida y otorgada por la embajada luego de ser procesada su solicitud.

En el caso, no puede predicarse una incorrecta información acerca de la tramitación de la visa necesaria para viajar a la India, como señaló el actor recurrente, menos aún, que lo haya inducido a error, cuando el dictamen pericial informático corroboró que, mediante el link oportunamente informado, se podía realizar el trámite de la visa requerida para viajar y la demora en procesar el documento, todo lo cual corresponde a una gestión que el actor debía efectuar personalmente.

En consecuencia, la Alzada confirmó la sentencia de primera instancia y rechazó la demanda.

especie de representación con la cual realizó las operaciones que generaron el conflicto, el actor podrá demandar en cualquiera de dichos Estados (art. 6).

El Protocolo de Santa María no contempla la posibilidad de acordar un foro jurisdiccional para que dirima una controversia de consumo.

Ahora bien, hasta la fecha este Protocolo no ha podido entrar en vigor ya que su propio artículo 18 dispone expresamente que la tramitación para su aprobación en el ámbito de cada uno de los Estados Partes, con las adecuaciones que fueren necesarias, solo podrá iniciarse después de la aprobación del “Reglamento Común Mercosur para la Defensa del Consumidor en su totalidad, incluidos sus anexos, si los tuviere, por el Consejo del Mercado Común”. Es decir que autoexcluye su aplicación y la supedita a la aprobación de dicho Reglamento, que con el correr de las negociaciones posteriores, se transformó en un tratado o protocolo, que cobró forma a través del Acuerdo sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo, aprobado por el Consejo Mercado Común en diciembre de 2017, sobre el que nos detendremos seguidamente.

De todos modos, cabe señalar que en la Opinión Consultiva N° 1 de 2007, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR) deja asentada la posibilidad de aplicar el Protocolo de Santa María, aun cuando no se encuentre vigente, pero en calidad de *soft law*:

Asimismo, cabe consignar que precisamente el PSM (Protocolo de Santa María) de relaciones de consumo a la fecha no internalizado por ningún Estado parte, solamente puede ser invocado como un marco referencial doctrinario o como

“soft law” dado que aún no se encuentra en vigor.²⁶

En relación al *Acuerdo del Mercosur sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo*, el camino hasta su aprobación fue largo y sinuoso, y comenzó a poco de haberse aprobado el Protocolo de Santa María.²⁷ Fue finalmente el 21 de diciembre de 2017 cuando el Consejo Mercado Común aprobó este Acuerdo a través de la Decisión N° 36/17), que requerirá al menos la ratificación de dos Estados parte para su entrada en vigor.

El artículo 2 del Acuerdo define como consumidor a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella. En cambio, excluye del concepto de consumidor a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo, a otros productos o servicios

26. Disponible en: https://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2007_es.pdf.

27. Puede ampliarse en: Scotti, Luciana B., “Avances con miras a la protección de los consumidores en el Mercosur”, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, año 16, número 49/2019, La Plata, UNLP – La Ley, 2019, pp. 295-329. DOI: <https://doi.org/10.24215/25916386e013> y en “La protección del consumidor en el Derecho Internacional Privado del Mercosur”, en Lima Marques, Claudia, Klein Vieira, Luciane y Barocelli, Sergio Sebastián (dirs.), *Los 30 años del Mercosur: avances, retrocesos y desafíos en materia de protección al consumidor*, Buenos Aires, IJ Editores, 2021. Cita: IJ-MMVIII-613. Disponible en: <https://ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=836>

en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Nos encontramos con una calificación de consumidor amplia dado que abarca no solamente a la persona física o humana, sino también a la persona jurídica y al consumidor por equiparación (*bystander*).^{28 29}

En tanto que considera como proveedor a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública y en este último caso, estatal o no estatal, así como los entes descentralizados de la Administración Pública de los Estados Partes, que desarrolle de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de fabricación, producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, distribución y/o comercialización de productos y/o servicios (artículo 2).

Como podemos observar, estas definiciones coinciden con las adoptadas en la Resolución GMC N° 34/2011. Pero el acuerdo añade algunos otros conceptos necesarios.

En tal sentido, califica contrato internacional como aquel en el que el consumidor tiene su domicilio, al momento de la celebración del contrato, en un Estado Parte diferente del domicilio o sede del proveedor profesional que intervino en la transacción o contrato.

28. El consumidor *bystander*, equiparado o por equiparación, o expuesto es aquel que, sin haber celebrado un contrato con el proveedor de bienes o servicios, sufren un perjuicio por la utilización de los mismos, derivado de su exposición a la relación de consumo.

29. Klein Vieira, Luciane, "El concepto de consumidor y el Mercosur ampliado. Un análisis del derecho de fuente convencional e interna de los Estados partes del bloque", en *Revista de Direito do Consumidor*, año 25, volumen 107, Brasilia, 2016, pp. 169-196.

Según este acuerdo, se considerará como lugar de celebración, en los contratos de consumo a distancia, al "domicilio del consumidor", mientras que si el contrato no es a distancia "se entiende por lugar de celebración el lugar donde el consumidor y el proveedor se encontraren físicamente para la celebración del contrato".

Por su parte, el domicilio del consumidor es el "informado al proveedor profesional de productos o servicios, al momento de celebrarse el contrato entre las partes".

Los artículos 4 y 5 son centrales, ya que se ocupan de determinar el derecho aplicable a los contratos celebrados en el estado de su domicilio, y cuando se celebran fuera de este. Una versión preliminar se refería a este último supuesto como el turista y visitante.

En el primer caso, los contratos internacionales celebrados estando el consumidor en el Estado Parte de su domicilio, especialmente en caso de contratación a distancia, se rigen por el derecho elegido por las partes, quienes pueden optar por el derecho del domicilio del consumidor, del lugar de celebración o cumplimiento del contrato o de la sede del proveedor de los productos o servicios. El derecho elegido será aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor.

En el segundo caso, es decir cuando los contratos internacionales de consumo son celebrados por el consumidor estando este fuera del Estado Parte de su domicilio, se rigen por el derecho elegido por las partes, quienes pueden optar válidamente por el derecho del lugar de celebración o de cumplimiento del contrato o por el del domicilio del consumidor. El derecho elegido también será

aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor.

En este último supuesto, el legislador del Mercosur eliminó la opción a favor del lugar de la sede del proveedor de los productos o servicios.

Podemos apreciar que el acuerdo sigue la tendencia predominante en la materia, que consiste en admitir la autonomía de la voluntad, pero limitada y en tanto la elección del derecho aplicable resulte en beneficio del consumidor. Es decir, la elección debe recaer en algunas de las leyes alternativas que menciona la norma de forma taxativa a modo de catálogo.

Así lo ha destacado la doctrina:

... la fórmula conveniente no implica evitar la autonomía de la voluntad de forma radical; de lo que se trata es de impedir que la elección de un derecho que lleve a la inaplicabilidad de normas imperativas que resultarían de aplicación si esa elección no procede. Es decir, no tendría por qué haber problema alguno en que se aplique un derecho u otro siempre que se resguarden los criterios de protección de la ley normalmente aplicable que se reflejan en sus normas materiales imperativas que deben considerarse como tales en la relación internacional. Por otra parte, en una u otra hipótesis, las normas de conflicto aplicables pueden ser orientadas materialmente hacia la protección del consumidor.³⁰

Ahora bien, para el caso en el que las partes no hayan ejercido la autonomía de la voluntad, se aplicará: 1) el derecho del domicilio del consumidor en el caso de la contratación internacional a distancia cuando el consumidor está en el país de su domicilio, y 2) el lugar de celebración para el caso de contratación internacional cuando el consumidor está fuera de su estado de domicilio.

Es sencillo de apreciar cómo el legislador del Mercosur optó por la ya clásica diferenciación en la materia, entre consumidor pasivo y activo. Si bien en ambos casos, se prioriza la autonomía de la voluntad de las partes, y rige el principio de aplicación de la ley más favorable al consumidor, existe una importante distinción respecto a los criterios subsidiarios adoptados. Mientras que el consumidor pasivo, en su beneficio, goza de la protección de la ley de su domicilio, en el caso del consumidor activo, resulta aplicable la ley del lugar de celebración del contrato.

A su turno, el artículo 6 establece que la elección del derecho aplicable por las partes debe ser expresa y por escrito, conocida y consentida en cada caso. En caso de elección del derecho aplicable por el proveedor para obtener la adhesión del consumidor, el derecho elegido por este como aplicable debe estar expresado de forma clara tanto en las informaciones previas brindadas al consumidor, como en el contrato mismo.

Por su parte, en caso de contratación en línea (*online*), la elección del derecho aplicable debe estar expresada en forma clara y destacada en todas las informaciones brindadas al consumidor. No es un dato menor que el Acuerdo se haya puesto a la altura de la realidad actual de la contratación internacional de

30. Dreyzin de Klor, Adriana, "El derecho internacional privado y las relaciones consumo", en *Revista de la Facultad*, volumen V, número 1, Nueva Serie II, Córdoba, 2014, p. 16.

En tal sentido, califica contrato internacional como aquel en el que el consumidor tiene su domicilio, al momento de la celebración del contrato, en un Estado Parte diferente del domicilio o sede del proveedor profesional que intervino en la transacción o contrato.

consumo, que en muchas ocasiones se celebra a través de medios electrónicos. El texto convencional se ocupa, además, de los contratos de viaje y turismo, y del tiempo compartido.

A su turno, el 29 de abril de 2021, en la ciudad de Montevideo, el CMC aprobó el *Acuerdo sobre Comercio electrónico del Mercosur*, que entrará en vigor una vez que cuente con al menos dos ratificaciones (art. 14). Define de modo amplio “comercio electrónico”, como la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos.

En lo que respecta a la protección al consumidor en línea, el art. 5 dispone que los Estados Partes reconocen la importancia de proteger a los consumidores de prácticas comerciales fraudulentas y engañosas cuando participan en el comercio electrónico.

Asimismo, se hacen eco de los beneficios de la protección de la información personal de los usuarios del comercio electrónico y la contribución que esto hace a la mejora de la confianza del consumidor en el comercio electrónico (art. 6).

Finalmente, el art. 10 dispone que cada Estado parte procurará proteger de manera efectiva

a los usuarios finales contra las comunicaciones comerciales directas no solicitadas (conocidas como “spam”).

Por último, cabe mencionar que el Grupo Mercado Común³¹ aprobó la Resolución N° 11 de fecha 26 de agosto de 2021 relativa a la protección de los consumidores en situación de hipervulnerabilidad. Se considera consumidores “hipervulnerables” a aquellas personas humanas que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Comprende también, a aquellas personas jurídicas sin fines de lucro que

31. La protección de los consumidores en el Mercosur nace en el ámbito del Grupo de Mercado Común (GMC), más específicamente del Sub Grupo N° 10 de Coordinación de Políticas Económicas que contaba con la Comisión de Estudios sobre Derecho del Consumidor. Esta Comisión compuesta por ministros de los Ministerios de Economía, de Relaciones Exteriores y de Justicia fue instituida en 1993 y se transformó en Comité Técnico (CT N° 7) de la Comisión de Comercio (CCM) en 1994. Por ello, contamos una importante cantidad de Resoluciones en temas afines a la protección de los consumidores, que, por cuestiones de extensión, no han sido objeto de tratamiento en este trabajo.

Si bien es una realidad vigente desde muy antiguo que prácticamente todas las personas, en mayor o menor medida, son consumidores, en la actualidad, con la proliferación de los medios electrónicos, la reducción de las distancias y la irrupción del comercio electrónico B2C, las relaciones de consumo han adquirido nuevas características y en especial, se han internacionalizado a gran escala.

orienten sus objetos sociales a aquellos sujetos. La presunción de hipervulnerabilidad “no es absoluta y debe ser atendida en el caso concreto, en función de las circunstancias de la persona, tiempo y lugar”. Los Estados parte del Mercosur deberán favorecer procedimientos eficaces y expeditos para la adecuada resolución de los conflictos de los consumidores hipervulnerables.

III. A modo de colofón

Los sistemas jurídicos que reconocen constitucionalmente y con carácter de derechos humanos a los derechos de los consumidores cumplen con la loable finalidad de proteger a estos sujetos especialmente vulnerables, procurando restablecer el equilibrio en una relación asimétrica como es la que se configura entre aquellos que consumen bienes y productos o utilizan servicios y quienes se los proveen. El derecho argentino claramente está alienado desde la reforma constitucional de 1994 en esa virtuosa tendencia.

Si bien es una realidad vigente desde muy antiguo que prácticamente todas las personas, en mayor o menor medida, son consumidores, en la actualidad, con la proliferación de los medios electrónicos, la reducción de las distancias y la irrupción del comercio electrónico B2C, las relaciones de consumo han adquirido nuevas características y en especial, se han internacionalizado a gran escala.

Es por ello, que el Derecho Internacional Privado no puede permanecer ajeno a esta realidad. Por el contrario, debe asumir su rol de herramienta indispensable para proveer a los consumidores, usuarios, turistas, de un marco jurídico transparente y confiable que les brinde un alto grado de certidumbre respecto del derecho que resultará aplicable así como del juez que será competente en caso que surja una controversia, así como de mecanismos alternativos de resolución de disputas eficaces y rápidos que les permitan resolver todo tipo de conflicto que se suscite en torno de la relación de consumo.

El sistema de fuente interna contribuye a cumplir este papel. Aún queda mucho camino por recorrer en el Mercosur, en tanto los Estados parte deben asumir el compromiso político y jurídico de ratificar los acuerdos aprobados en la materia. Asimismo, en la

esfera internacional, los foros de codificación deben seguir avanzando para la armonización en el tratamiento de las relaciones internacionales de consumo, para afianzar los derechos de estos sujetos vulnerables.



Ficciones de la ley, de Raúl Rodríguez Freire*

POR ANA LEVSTEIN**

No conocía personalmente a Raúl Rodríguez Freire, cuyo texto *Ficciones de la ley*—del cual, además de autor, es editor de la Colección “I. Materialidades” de la editorial chilena Mimesis—. Este doble oficio lo vuelve *fictor* o ficcionador, hacedor, ya que plasma el texto escribiéndolo pero también lo materializa publicándolo y editándolo. Sabemos la ímproba tarea que esto implica.

Durante estas semanas, mientras lo leía, en esa atmósfera de magia ensoñada que hace de los libros esos amigos irremplazables, fui tomando una gran cantidad de notas. Veía iluminarse cuestiones de Argentina, de Chile y de Latinoamérica del presente, como también de investigaciones mías en proceso, para las que siempre estoy al acecho, cual garrapata esperando el ácido butírico y la temperatura adecuada. De allí que esas notas crecían como una masa leudante, mientras el libro de Raúl se transformaba en una “máquina de lectura”

con infinitos disparadores, y también en “máquina de guerra” que desea la paz y los paraísos en esta tierra, como él mismo lo dice en el libro.

Entonces, de todas las entradas posibles, obviamente por definición infinitas, que tengo para hablar de esta obra, elijo esos *punctums*, diríamos con Barthes, esas interpelaciones urgentes y dramáticas. Ese latigazo a las neuronas que Raúl reparte durante la lectura. Aclaro que me gustó la idea de *latigazos neuronales* porque no los relaciono con algo violento sino todo lo contrario. Como si alguien desde el libro me dijera: “¡Despertá!, observá cómo funciona esto, desarmalo, no te deslumbrés por la auto-evidencia”. Latigazos buenos, como una máquina de desnaturalizar que te hace reconfigurar el disco rígido. Todo el mapa de esta historia del presente, de lo que vivimos en el día a día, Raúl en Chile, y esta lectora en esta Argentina tumultuosa.

* Versión del texto de la presentación del libro de Raúl Rodríguez Freire, *Ficciones de la ley* (Santiago, Mimesis, 2022) en el espacio DocumentA/Escénicas (Lima 364, Córdoba), el 2 de junio de 2023.

** Magíster en Sociosemiótica y Doctora en Letras Modernas. Docente jubilada de la Facultad de Ciencias de la Comunicación (“La Comunicación y la emergencia de Nuevas Subjetividades”) y de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la UNC. Actualmente dicta cursos de posgrado y es miembro del Programa de Derechos Humanos de la Facultad de Filosofía y Humanidades. (Programa DD. HH. FF y H de la UNC).

Desde 1997, año en que fuera invitada por Jacques Derrida a cursar sus Seminarios en la E.H.E.S.S. de París (Questions de Responsabilité: Hospitalité/Hostilité), lleva adelante investigaciones, docencia y traducciones basadas en el estudio de la obra del filósofo argelino-francés. Su producción abarca temas literarios (“El don de Don Quijote. Locura y Deconstrucción”) y literario-musicales.

Ficciones de la ley es un libro que atraviesa, toca, interpela. Hay algo sobrenatural de la lectura, seguramente por su dimensión precisamente ficcional que la vuelve un viaje alucinante. Del derecho Romano o, más lejos aún, desde la tabla de Moisés al *Decamerón*, como a Kieslowski y a Passolini. De Gorgias, Platón y Quintiliano a Derrida, Cassin o Foucault. Y así.

Del Derecho a la Ficción. De la Ficción al Derecho y de la contaminación o parasitamiento entre ambos. Ficciones legales y ficciones literarias, cinematográficas, y otras, unidas en su dimensión de materialidad, de efectos concretos, que se plasman como entidades de la realidad. La argumentación potente, convincente, con referencias muy documentadas y eruditas. La puesta en diálogo de textos muy diversos, las búsquedas etimológicas, los enojos con ciertos “diccionaristas” un tanto inclinados a la taxidermia y al gusto por lo fijo, convierten la lectura de *Ficciones de la ley* en un deleite.

En cuanto a la materialidad del libro: la letra y la tipografía nos llevan a las máquinas de escribir del siglo pasado, las de mi niñez y adolescencia, cuando precisamente aprendía a amar a estos amigotes de papel y palabras, al igual que el tinte amarillo envejecido y recién nacido a la vez. Un libro recién salido de imprenta que estamos bautizando, pero en simultáneo un libro que materializa un legado de milenios. O también el detalle del espesor, textura y aroma de sus hojas, que nos transportan a una cierta intemperividad de un presente que nos cae encima. Mientras oscila y fulgura entre los mundos retroactivos y mundos proyectivos, entre pasatismos y futurismos.

Entonces: erudición y análisis coordinados y combinados para producir lo inesperado,

para desnaturalizar lo dado, para barrer con mitos y dogmas. El poder performativo del lenguaje en acción, la materialidad de la palabra y sus efectos igualmente materiales.

Y de a poco emerge la cadena: ficción, *fingere*. Modelar con los dedos, arcilla o cualquier materia = ficcionar = imaginar = fingir = plasmar = crear, tanto literaria como legalmente. Ficcionar, modelar, plasmar, tanto la literatura como el derecho. Es decir, crear mundos alternativos al que se nos impone.

Hay en *Ficciones de la ley* una elaboración muy rigurosa y minuciosa, muy nietzscheana en la búsqueda genealógica, filológica. La verdad reaparece en su forma histórica y dinámica –es decir ficticia– de palimpsesto, invención, como “la chispa de las espadas” en una historia de luchas, a las que refería Nietzsche. Chispitas y chispazos, circuitos y cortocircuitos, como en el espectacular ensayo sobre las anti-robinsonadas, “De cabras, teoremas y leyes. Ficciones a la deriva”. Una de las tantas narrativas desmitificadoras o (re)ficcionalizadoras de este libro.

Habría dos momentos bisagra en esa reconfiguración de la verdad. J. Bentham y J. Lacan. Comenzamos por Bentham, quien entendía por entidad ficticia “un objeto cuya existencia ha sido inventada por la imaginación – inventada para fines discursivos– y, una vez creada, es mencionada como si fuese real.” *Como si fuese real*, y acá Raúl trae, como otro latigazo para nuestras neuronas, la pregunta y respuesta del Pécuchet de Flaubert diciendo: *¿Dónde está la prueba del contrato? ¡En ninguna parte!* Y ¿por qué no está la prueba? Porque no está, porque no existe. Nunca jamás encontraremos el fundamento, porque es místico. Es decir secreto, abisal, desfondado y sin suelo, como lo vieron Pascal, Montaigne y Derrida. Es decir, en términos de Rodríguez

Freire: ficticio, construido, plasmado. La prueba del contrato tiene la consistencia de una *ficción legal*. Y ello, lejos de oponerse a lo real, acarrea efectos materiales, transformadores de lo real. Y si no, basta detenerse brevemente en las instalaciones, en las performances, de ficciones en los relatos mediáticos: ejercicio, ya no de un latigazo que me saca del sopor, sino de tergiversación cotidiana. A fuerza de machaque, como la gota que orada la piedra, logra instalar una realidad paralela, sin sustento objetivo. O también reparar en la ficción científica de las nuevas tecnologías digitales, que directamente prescinden del lenguaje humano, y pretenden reemplazar, a partir del cálculo y el gobierno total de la estadística, la actividad cognitiva humana; bajo el manto de legitimidad otorgado por la “infalibilidad matemática” del cálculo que, sin embargo, oculta los criterios de patronización con los que se programan –en otra gran actividad ficcional– los ya célebres *algoritmos*.

Así entendemos lo que decía Foucault –y que Raúl recupera– acerca de que el discurso no tiene infraestructura, no habla de *algo*, no refiere a algo como un referente o realidad que están ahí desde antes, siendo el discurso fiel a ese objeto, referente o realidad. No vehiculiza una realidad preexistente, la construye mientras la enuncia. Hacer y mostrar juntos y a la par. El lenguaje, la palabra, son materialidades y moldean y fabrican materialidades. Y no existirían sin la ficción, nos dice Raúl. Pero, también, al costado de ficciones mediáticas, legales, legitimantes de la violencia, nos encontramos con las ficciones transformadoras, las que se expresan a la manera de Ana O –la primera paciente de Freud– cuando dice “*La palabra cura*”, está aludiendo también a esa materialidad terapéutica, poética, poética,

productora de sanación. Palabras que son materiales igual que las materialidades visibles, empíricas, tocables.

El lenguaje, como la ficción, da forma, informa, deforma, transforma, performa cosas, personas, mundos.

En este sentido, *ficciónar* es producir lo que no existe como si fuese real, total, que importa; la prueba del contrato no está en ninguna parte. Cuestión que hará que la ficción comparta con la performatividad tres puntos claves: a) es un tipo de discurso que actúa, que tiene efectos; b) a semejanza del performativo, la ficción no tiene referente externo; c) la ficción y el performativo tienen en común que se sustraen de la oposición Verdadero/Falso. Son así, extramORAles, o al menos amORAles. Hasta este punto nos ha inspirado el pensamiento de Bentham.

Nos dirigimos entonces a Jacques Lacan, quien señala en el seminario sobre *La ética*, atravesado por la figura de Antígona que: “La verdad tiene una estructura de ficción”. En *Antígona* de Sófocles y en la lectura de Lacan, vemos claramente que, como dice Raúl recuperando a Derrida, “la justicia es heterogénea al derecho”. La fuerza que autoriza la ley y que por eso se llama “legítima”, es estructuralmente equívoca, indecible, porque es también, y a la vez, la fuerza violenta que la desobedece y busca instituir otra ley en su reemplazo, y por lo que se dice de ella que es fuerza ilegítima o violenta. Aporía de las ficciones legales. Si no, basta reflexionar acerca de qué significa “terrorismo” o “persona terrorista”, según quién pronuncie estas palabras-materialidades. O por qué, el hecho de que el Estado tenga el monopolio de la violencia legítima para hacer cumplir las leyes, lejos de tranquilizar, hace, a

... ocurre que la ley, el derecho, a diferencia de la literatura, funciona *como si* no tuviera historia y *como si* no fuera arte ni ficción. O, en palabras de un Quintiliano, muchos siglos atrás: “la primera virtud del arte es no parecer arte”.

la vez, del terrorismo de estado y la violencia institucional un peligro constante.

Raúl zanja este dilema recordando a Plutarco, cuando decía que “quien ilusiona es más justo que quien no ilusiona, y quien es ilusionado más sabio que quien no es ilusionado”, vinculando así con la ficción a la justicia, la pedagogía y la política, que son las que convierten las ficciones en plasma creador, en materialidades. Nos dejamos mecer, acunar por las buenas ficciones, como decía León Felipe acerca de los cuentos que nos cuentan. Porque, dice Raúl: “Si la ficción tiene estructura de verdad es gracias a que se encuentra vinculada a la justicia, no a la fuerza, lo que hace que la verdad opere en ella sin violencia ni intimidación”.

Pero ocurre que la ley, el derecho, a diferencia de la literatura, funciona *como si* no tuviera historia y *como si* no fuera arte ni ficción. O, en palabras de un Quintiliano, muchos siglos atrás: “la primera virtud del arte es no parecer arte”.

Afirma Raúl: “si no se pudiera hablar de aquello que no existe, a riesgo de caer en la falacia, sencillamente el mundo no sería posible”. De ahí recuerda las palabras de Jacques Derrida, quien en *Prejuzgados. Ante la ley* plantea que la ley “aparece como lo que no aparece en

cuanto tal en el curso de una historia”. Y ese *en cuanto tal* es clave, porque nos desliza hacia la fenomenología. Entonces, uno de los argumentos vertebradores del texto de Raúl es que “La ficción de la ley consiste en producir una ley sin ficción, ocultando así su violencia instauradora”. El derecho es una ficción performativa. No importa lo que el derecho *es* sino lo que *hace*. Por eso para Kafka, drama, teatro y mundo son homólogos.

Pero, Raúl (junto a Derrida) también advierte acerca de la imposibilidad de (más allá de los esfuerzos), reducir el artificio, porque: “No hay naturaleza. Solo efectos de naturaleza: desnaturalización o naturalización”. Se trata de una naturaleza que no *da* tanto como *presta*. Que presta más que da. Concede crédito. Y de eso se trata también la ficción, el plasma, la *performance*, tanto cuando se cree en ella como cuando cae en descrédito y no se la cree más: un pacto de fe, un contrato de creencia, ya la que experimentemos como una información verídica, un arte, un juego, o un catecismo. Ya como palabra, ya como lenguaje musical, olfativo, visual, gestual, no verbal. Una de las tantas derivas a explorar que este libro deja abierta.

Ocurre que, a lo largo de esta historia, “para operar, la ley debe actuar como si no tuviera

nada que ver con lo artificioso, excluyendo su propia historicidad, al tiempo que es desde sus ficciones legales que se contribuye a endilgarle a la ficción literaria, una supuesta capacidad para el engaño, capacidad de la cual el derecho estaría excluido”. Pero siguiendo las premisas de Bentham y Lacan, según las cuales no puede haber verdad ni realidad sin ficción, son también corroboradas en la búsqueda que, como ya dijimos, Raúl emprende recurriendo al griego, al latín y al indoeuropeo, donde, además de fingir, *finger* (dedo) y *fictor* (hacedor), encuentra un término que considera “determinante para la experiencia humana y que los condensa a todos los otros en su dimensión hacedora y material: plasmar, plasma, que tiene que ver con darle forma a las materias que nos rodean”. Es decir, plasmar mundos: artísticos, culturales, científicos, legales, etcétera. Artefactos donde la palabra artificio, lejos de colar alguna falsedad, sirve para crear ese puente de comunicación, de fe, de creencia para la vida en común.

Entonces la ley, según Raúl, al aparecer como lo que no aparece en *cuanto tal* en el curso de una historia, haría emerger a la literatura como aquel *apocalipsis nuclear*, que es por suerte *todavía no*, hasta ahora, –y por eso podemos estar acá escribiendo, hablando y fabulando– *un no-acontecimiento*, un *referente significado*, nunca un *referente real* presente o pasado de un discurso o un texto. ¿Nos animamos a pensar realmente quiénes, con qué lenguaje, en qué lengua o idioma hablaríamos de una guerra nuclear que sí tuvo lugar como acontecimiento? Esas son las preguntas que Raúl tira al aire para pensar deconstructivamente, con la menor metafísica posible, esta literatura, este derecho, que, en tanto escritura, artefactos mortales y vitales,

nos permiten pensar en lo peor y en evitarlo. Desde la paradoja del referente, desde eso que por suerte “no es más que literatura”, o, en el caso del derecho “es solo escritura”, donde lo horrible y distópico queda en una fabulosa y literaria suspensión. La guerra nuclear no ha tenido lugar, es una especulación, una invención en el sentido de una fábula o una invención que hay que ¿plasmar? tanto para dar lugar a ella o para impedir que tenga lugar (se necesita –y a esto, confieso que da escalofríos pensarlo– tanta invención para lo uno como para lo otro) pero por el momento no es más que literatura y escritura.

En este sentido, Raúl plasma otro colofón magistral: “De esta contienda me interesa resaltar que la ficción en tanto plasma, volverá a recuperar su lugar, gracias a su vínculo con la justicia, no con la verdad”. “Porque su acento está en su capacidad hacedora y solo desconociendo su capacidad con la materia es que se lo puede vincular con la mentira”.

Y este vaciamiento de la historia de la ficción como no-verdadera, la neutralización de su potencia política y poiética, tiene consecuencias materiales en cuanto a cómo pensamos, hacemos, contamos y tramamos memoria. Leyendo estas *Ficciones*, recordé una anécdota que contaba Jorge Semprún, sobreviviente de Buchenwald, cuando pensó junto a otros sobrevivientes en dar testimonio de sus experiencias. Dijo: *no nos van a creer*. Tendremos entonces que “crear un artificio”, es decir, contar esta verdad con arte, con poesía, con un lenguaje como materialidad que produzca un verosímil ahí donde lo verdadero del holocausto, por horroroso, dejaba de ser creíble. Una ficción que, paradójicamente, volvía creíble una realidad, no solo posible, sino

... a lo largo de esta historia, “para operar, la ley debe actuar como si no tuviera nada que ver con lo artificioso, excluyendo su propia historicidad, al tiempo que es desde sus ficciones legales, que se contribuye a endilgarle a la ficción literaria, una supuesta capacidad para el engaño, capacidad de la cual el derecho estaría excluido”.

histórica, fáctica, horrorosamente real. Este sería un punto nodal cuya atención reclama este libro: si pensamos las ficciones legales, como constitutivas y estructurales de todo lo que existe como derecho y literatura, como plasmas, materiales, es porque sin ellas, sin las ficciones, no hay progreso histórico, no hay mundo y no hay especie humana. Tan simple y complejo como eso.

Otro latigazo a mis neuronas: el *basanos*, que Rodríguez Freire rescata de los diccionarios. Con este concepto entendí, de golpe, cosas difíciles de explicar. Como esa reversibilidad víctima/victimario o “inversión de la carga de la prueba”. Esas tautologías de la justicia, por las que “vamos por lana y salimos esquilados”. El *basanos* o piedra de toque, piedra dura, de color negro como el basalto, permite testear la pureza de metales como el oro. Ese test que, en lugar de hacerse sobre una piedra, era una “indagación física hecha sobre un cuerpo, siempre de un pobre, un esclavo, dado que se asume que este siempre miente y que solo bajo fuerza contará la verdad”. El *basanos* muestra claramente la tautología de las leyes escritas y dispuestas por poderosos

que se pretenden siempre impunes, para que las cumplan los débiles.

Otro *punctum* o latigazo neuronal fue el espectacular ensayo “De cabras, teoremas y leyes. Ficciones a la deriva”, del que me gustaría decir algo.

Nunca había leído un ensayo con esta contundencia acerca de la desmitificación de una ficción muy cara al neoliberalismo, como Robinson Crusoe, con tremendos, siniestros, efectos materiales. Vemos aquí cómo deconstruir es, como dice Raúl, *leer literalmente para ficcionalizar*, pluralizar las ficciones. Y que, ficcionalizar, se vuelve sinónimo de deconstruir. Y para ese “deconstruir” no es menor recordar lo que Barthes decía: el discurso normal, espontáneo es ficcional. El discurso informativo que aparece como natural es un trabajo, un artificio deliberado.

Siempre me ha obsesionado lo que Derrida llama la *fantología*, la mitificación y la despolitización que hay en este mito de Robinson, donde: “Llama la atención la capacidad fabuladora de los robinsoneadores, que hacen desaparecer precisamente lo que le permite al naufrago sobrevivir, de la misma manera

que niegan las relaciones de explotación (o la división internacional del trabajo) que mantienen a los pobres en condiciones de indigencia”. Este teorema da lugar a tantos y tan falaces y perjudiciales mitos acerca de los *self made man and women*, de gente exitosa que se hizo sola, que se salva sola, etcétera. Raúl narra, como en una novela, que el objetivo del humanitario reverendo Townsend, cuando publica su ensayo en 1786, no era otro que mantener a los pobres en un lugar del que no pudieran moverse y lo logró con creces con esta historia, cuyo meta-mensaje es que la pobreza es un resultado de la pereza. Lo cual, sabemos de sobra, responde a una retórica de la intransigencia para la que no existen pruebas ni contratos, como diríamos con Pécuchet, sino “tremendas montañas de prejuicios y clasismos”.

Lo que resulta impactante en este ensayo es que no hay base fáctica en cuanto a la existencia y cantidad de cabras, perros y focas para el teorema de Townsend sobre la pobreza y su reproducción. Y, en tren de ficciones, tampoco es “Selkirk, el náufrago escocés, quien contribuye a configurar a Robinson sino al revés”. Aquí es donde Raúl comprueba que, cuando la realidad parece equiparar o superar la ficción, el efecto borgiano de Kafka y sus precursores es inexorable. Acá, “el original” parece ser más bien Robinson quien, como Kafka, termina modelando, plasmando, a sus “reales” precursores, como Selkirk. La isla, chilena, da lugar al pensamiento de teoremas-ficciones-legales-científicas de la “frazada corta” o del “barco donde no hay lugar para todos”. Entonces, todo parece, *naturalmente*, designar quiénes quedarán en primera, en segunda, en la bodega o a mar abierto. En

todos estos teoremas, Rodríguez Freire muestra cómo se activa una temporalidad y una ficción legal, vinculables con la definición de un problema o conflicto, donde se juega el privilegio de unos y la condena de otros. La ficción se vuelve *real* gracias a la ficción-teorema de Milton Friedman: *Hasta que lo políticamente imposible se vuelva políticamente inevitable*. Y, por supuesto, como lo recuerda Rodríguez Freire, gracias a la fuerza “legal” de ciertas ficciones instaladas a sangre y fuego: “teniendo a sujetos como Pinochet de su lado, sus ficciones se desarrollan bajo un suelo asegurado y protegido”.

Sin embargo, pensamos esa fuerza, ese golpe de fuerza que da lugar a que las ficciones de ley nos sometan, puede, al ser estructuralmente equívoca, revertirse, contra-replicando a Friedman desde el mayó francés: *Seamos realistas, pidamos lo imposible*. O sea, nuevamente, *hasta que lo políticamente imposible se vuelva políticamente inevitable*, pero al revés del sentido egocéntrico y ombliguista del neoliberalismo. Hacia una construcción, invención del pueblo que falta, de los paraísos que (nos) faltan.

Por suerte, también James Joyce, nos cuenta Rodríguez Freire, vino a contrarrestar las robinsonadas cuando señaló a Robinson como “el verdadero símbolo de la conquista británica, el prototipo del verdadero colonialista”, iniciando la saga de las anti-robinsonadas, de la que el autor de *Ficciones de la ley* se reconoce deudor.

A partir de Townsend, a quien conocí gracias al libro de Raúl, concibiendo “una ley de la naturaleza para aumentar el stock de felicidad humana, consistente en que los pobres

Siempre me ha obsesionado lo que Derrida llama la *fantología*, la mitificación y la despolitización que hay en este mito de Robinson, donde: “Llama la atención la capacidad fabuladora de los robinsoneadores, que hacen desaparecer precisamente lo que le permite al náufrago sobrevivir, de la misma manera que niegan las relaciones de explotación (o la división internacional del trabajo) que mantienen a los pobres en condiciones de indigencia”.

son más aptos para las tareas pesadas, serviles e innobles de la comunidad”, las ficciones literarias de J. Swift, sobre “Qué hacer con los niños pobres de Irlanda para que no sean una carga para sus padres y el país”, o como decía Townsend para contribuir al “stock de felicidad humana”, desemboqué, (porque a esa altura, admito que ya mi cabeza se había limado) en mi bálsamo de siempre: “La máquina de ser feliz” de Charly García.

Dos frases en diálogo hacia el mismo horizonte. Dice Raúl: *No hay ley natural sino arbitrio desnatural*. Dice Charly en esa canción: *No tiene que hacer bien, no tiene que hacer mal, es inocencia artificial*.

Y entonces, pensaba, imaginaba, entonces, entre lectura y escucha del libro, en cómo venían a mi encuentro las ficciones de ley, robinsonas y anti-robinsonas, que respaldan esa máquina de ser feliz. Y, en el otro extremo, las ficciones legales, horriblemente distópicas del lado de las dictaduras latinoamericanas,

que se respaldan solamente, como dice Raúl, “con policías y ejércitos”.

Y, entonces, además por supuesto de la recomendación vehemente de lectura de estas *Ficciones* en Departamentos de Literatura pero también, y sobre todo, de Derecho y de Epistemología, necesito retomar ese párrafo del libro donde Raúl Rodríguez Freire dice: “A punto de cumplirse tres años de iniciada la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2, espero por una novela que tenga la fuerza de formar el paraíso en la tierra, antes de que sea demasiado tarde”.

Pues bien, nos hacemos eco, desde este aquí-ahora, de la promesa de esa novela por venir. Deseo de Paraíso para Chile, para Argentina, para nuestra Región y para el Mundo.

Vidas precarias y formas menores ante la Ley

Oralidad y la “otra legalidad jurídica” en *Una excursión a los indios ranqueles* (1870) y *La ida del Martín Fierro* (1872)

JULIETA RICHIELLO*

*Vencen los bárbaros, los gauchos vencen.
Yo, que estudié las leyes y los cánones.
“Poema conjetural”, JORGE LUIS BORGES*

Pensar el espacio conjetural entre el derecho y la literatura

En “Poema conjetural” Jorge Luis Borges (1899-1986)¹ realiza lo que mejor le sale: conjetura, a modo de monólogo interior, los momentos previos a la muerte de su antepasado unitario el doctor Francisco Laprida, asesinado el día 22 de septiembre de 1829 por los montoneros (tropas federales) de Aldao. En este poema, publicado en el diario *La Nación* un 4 de junio de 1943 y que se compone en clave en una Argentina un mes después del golpe de Estado, Borges ilustra el carácter frontero del territorio nacional; aquello a lo que

David Viñas² se refería al señalar que este no estaba dado por el estrabismo entre América y Europa, sino por las relaciones especulares que se constituyen sobre la tierra nacional: esa escisión fundamental entre civilización y barbarie, o bien entre los hombres de leyes y los hombres de hierro. Laprida, sanjuanino, forma parte del grupo de fugitivos que huyen de Facundo Quiroga cuando invade la provincia, y es quien resiste el avance del caudillo sobre la provincia de Mendoza en el Batallón “El Orden”, que tenía entre sus fuerzas, y con

1. Borges, Jorge L., “Poema conjetural”, en *Poesía completa*, 3a ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2015.

2. Viñas, David, “Los dos ojos del romanticismo”, en Viñas, David [et al.], *Contorno*: edición facsimilar, 1ª ed., Buenos Aires, Biblioteca Nacional, 2007, pp. 2-5.

* Licenciada y profesora en Letras (UBA), especializada en Teoría y Análisis Literario. Actualmente realiza correcciones freelance para distintas editoriales y se desempeña como lingüista de español en el Centro de Escritura de Marval O’Farrell Mairal, donde revisa producciones escritas que circulan dentro y fuera del Estudio y dicta cursos de redacción para abogados. Trabajó en el equipo de corrección de Editorial Jusbares y como docente de nivel secundario.

tan solo dieciocho años, a un joven Domingo Faustino Sarmiento (1811-1888).

Años más tarde Sarmiento, ya exiliado en Chile, pone en funcionamiento la máquina teratológica de escritura, productora de cuerpos y subjetividades monstruosas,³ para asentar a Rosas y a Quiroga en el imaginario nacional. Sin embargo, si bien Fermín Rodríguez observa que el gesto del *Facundo* (1845) es territorializar el espacio vacío y asignificante del desierto, un eufemismo para civilizar las “fuerzas ingobernables de la barbarie”, cuando se descubre de forma innegable que el desierto sí está poblado, y que allí germina un potencial-exceso de (la) vida, una zona de indeterminaciones o “hervidero de fuerzas”,⁴ este texto fundacional de la literatura argentina realiza de este *leitmotiv* una “exclusión inclusiva”⁵ que permite hacer jugar al sistema, en apariencia rígido, de oposición dicotómica en el texto.

Pero ¿qué sucede con este exceso de vida (caudillos, gauchos, indios, forajidos, desertores) una vez ya allanado el “problema del desierto” tras la consolidación del Estado, sus instituciones y discursividades –Constitución Nacional⁶ (1853), Código rural (1865), Código

Civil (1872) y Código Penal (1887, para el territorio nacional en 1886)⁷–? Allí en ese escenario acontece una operación parecida a la que realiza Borges en su poema: se desplaza el objeto; en este caso, a un *problema de frontera*, o bien un problema militar-estatal: qué hacer con los cuerpos menores como una materia a la que el derecho moldea “a fin de producir un efecto deseado”⁸ –o cuerpos errantes– del indio y el gaucho; cómo estos encarnan órdenes discursivos heterogéneos, y cómo homologarlos en un fuerte logocentrismo *de o ante* la Ley.

El exceso de estas vidas retorna, entonces, en forma de frontera que “tiene de límite, de separación entre dos territorios, pero también de zona de intercambio, de lugar de paso, de contaminación cultural”⁹ a plantear un desafío de vigilancia y distribución de sentido¹⁰ en su carácter contradiscurso que se afirma en las *capacidades jurisgenéticas*¹¹ de la litera-

3. Torrano, Andrea, “La ‘máquina teratológica’ en el *Facundo* de Sarmiento”, en *Amerika*, vol. 11, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.4000/amerika.5642>

4. Rodríguez, Fermín, *Un desierto para la nación. La escritura del vacío*, Buenos Aires, Eterna Cadencia Editora, 2010.

5. Torrano, Andrea, *op. cit.*

6. Destaco el art. 18 de la Constitución Nacional (1853-con reformas 1860), en relación al principio de legalidad: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”.

7. Estos códigos a la vez “se aplicaban en combinación con normas y disposiciones provenientes de códigos anteriores (del Derecho español desde las partidas de Alfonso X del siglo XIII hasta la Recopilación de las Leyes de Indias del siglo XVII)”. Dorfman, Daniela, “Una épica relevante: la cultura legal argentina y las escenas judiciales del Martín Fierro”, en *Revista Caracol*, N° 20, 2020, p. 443.

8. Rodríguez Freire, Raúl, “Ley: figura de la ficción”, en *Ficciones de la ley*, Santiago, ediciones mímesis, 2022, p. 178.

9. Ansolabehere, Pablo, “Martín Fierro: frontera y relato”, en Graciela Batticuore, Loreley El Jaber y Alejandra Laera (comps.), *Fronteras escritas. Cruces, desvíos y pasajes en la literatura argentina*, Rosario, Beatriz Viterbo, 2008, pp. 234-257.

10. Cf. Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2002.

11. “Jurisgénesis” es la creación de significado legal por parte de personas o grupos no autorizados, e incluye la obediencia a leyes no-oficiales. Haritatos, P., “Invisible Strengths: the Greek

tura o la ficción (en términos de “disimular y fabricar alguna mentira, o fingir”), esto es, en su potencialidad de crear, según Dorfman, significados legales o ficciones jurídicas.¹²

La pregunta, entonces, podría ser la que se hace Jacques Derrida: “... ¿y si la ley, sin estar ella misma transida de literatura, compartiera sus condiciones de posibilidad con la cosa literaria?”.¹³ Así, en este “salto modernizador” textual-contextual, que culmina con *Juan Moreira* (1880) de Eduardo Gutiérrez, en el que tiene lugar el proceso de instauración de la Ley y de formación del sistema jurídico y del aparato judicial, la literatura argentina también problematiza la relación del sujeto –en particular qué hacer con esos cuerpos bárbaros, cuerpos nómades, cuerpos errantes y vidas precarias– con el Estado.

Por su parte, la frontera es un “espacio a medio hacer donde las diferencias no son excluyentes”¹⁴ y que afectan por sobre todo al indio y al gaucho. Estas vidas precarias y sujetos nómades, como el indio en *Una ex-*

cursión a los indios ranqueles (1870) de Lucio V. Mansilla (1831-1913) y el gaucho en la primera parte del *Martín Fierro* (1972) de José Hernández (1834-1886), presentan encares distintos ante la Ley escrita: “Mientras que los gauchos son susceptibles de castigo, los indios quedan exentos de cumplir con una ley ante la cual no deben responder”.¹⁵ Así se erigen formas de vinculación jurídica del sujeto y el Estado a partir de códigos orales, y la frontera es un lugar predilecto de actuación, despliegue y denuncia, que permiten trazar líneas de fuga¹⁶ ante la Ley y el delito escrito del Estado.

La frontera entre la campaña y el desierto se instaura, según Rodríguez, como un espacio donde el límite se deshace y se rehace permanentemente, es una “materia imprecisa” jurídica, política y geográficamente indecisa porque “no hay que sirva de base, no hay reglamento escrito o tradicional establecido [...] lo que daba lugar a abusos sistemáticos de la autoridad de frontera”.¹⁷ En la literatura argentina del siglo XIX existen varios, y en este caso serán selectos, ejemplos de esta literatura de frontera: si en Mansilla la digresión del cumplimiento de la ley escrita en la frontera lo lleva a una pulsión oral del yo que inscribe otra justicia performática¹⁸ a partir de la extraterritorialidad del indio, en Hernández el cumplimiento de la ley escrita y territorializa-

Experience”, *Globalization: Critical Perspectives*, Gernot Kohler y Emilio Jose Chave (eds.), Nueva York, Nova Science, 2003. En Dorfman, Daniela, “Una épica relevante: la cultura legal argentina y las escenas judiciales del Martín Fierro”, en *Revista Caracol*, N° 20, 2020, pp. 438-458.

12. Ídem, p. 438. Dorfman también se interroga por el concepto de “cultura legal” de Lawrence Friedman en relación con cómo interviene la literatura en las opiniones, valoraciones, expectativas y actitudes de la sociedad hacia la ley: Friedman “postula que la forma en que la cultura popular caracteriza a la ley interviene en la formación de cultura legal, y que la cultura legal así formada, lo que la gente piensa de la ley, determina el grado de desviación de la norma”.
13. Derrida, Jacques, *Prejuicios. Una lectura de Kafka y Ante la ley*, Buenos Aires, Mardulce, 2022. En Freire Rodríguez, Raúl, *Ficciones de la ley*, op. cit.
14. Rodríguez, Fermín, op. cit.

15. Ansolabehere, Pablo, op. cit., p. 234.

16. Deleuze, Gilles y Guattari, Félix, *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Valencia, Pretextos, 1994.

17. Rodríguez, Fermín, op. cit., p. 312.

18. “.. un tipo de discurso que actúa, que tiene efectos, efectos que importan más que sus posibles o imposibles sentidos o significados, por lo que debe ser considerada desde la fuerza y los efectos que pone en juego”. Rodríguez Freire, op. cit., p. 178.

La pregunta, entonces, podría ser la que se hace Jacques Derrida: “... ¿y si la ley, sin estar ella misma transida de literatura, compartiera sus condiciones de posibilidad con la cosa literaria?”.

da en la frontera lo lleva al pronunciamiento o pulsión concentrada corpórea del yo cantor del gaucho, focalizada en el cuerpo y en la voz de una vida que busca desterritorializarse del Estado.

Una excursión al desierto jurídico ¿y de anomia?

Lucio Victorio Mansilla, hijo de Agustina Rosas y del militar Lucio Norberto Mansilla, héroe de la batalla de Vuelta de Obligado y hermano de la primera novelista argentina Eduarda Mansilla, era por un lado sobrino de Juan Manuel de Rosas y, por el otro, aristócrata antirrosista que acompaña la candidatura de Sarmiento como presidente ansioso por ser designado a cambio ministro de guerra. Sin embargo, el flamante presidente lo envía como un simple capitanejo a la frontera para hacerse cargo del Fuerte Sarmiento. Así, el 30 de marzo de 1870, Mansilla emprende con dieciocho hombres desarmados y Carmen la lengua-raz-intérprete –que proporciona las traducciones cada vez que se instala una frontera histórica y cultura–,¹⁹ su viaje hasta la laguna de Leubucó, donde se halla-

ban los asentamiento ranqueles comandados por el cacique Mariano Rosas (hijo adoptivo ranquel del mismo Rosas) para firmar un tratado de paz. Este tratado consistía en la compra de tierras ranqueles a cambio de que ellos pudieran seguir viviendo en ella; pero lo que los ranqueles desconocían era la normativa vigente que ya había dictaminado, en 1867, que se debía avanzar sobre la frontera y expulsar al indio hasta el otro lado de Río Negro. La excursión de Mansilla por la simulada o ficcionalizada paz fracasa y es la antesala para lo que luego en 1879 fue la Campaña del Desierto de Roca, la solución final para el problema indígena.

Una excursión a los indios ranqueles pretendía ser un relato de una expedición diplomática con un tratado de paz en el medio; y, a la vez, un informe militar-cartográfico, un relevamiento estratégico del terreno que permitiría capturar la velocidad y el movimiento del “flujo errático de malones”²⁰ para elegir puntos en donde aplicar la fuerza militar y así facilitar la conquista. Sin embargo, el texto se convierte en entradas de diario, en posturas²¹

19. Iglesia, Cristina, “Mejor se duerme en la pampa. Deseo y naturaleza en Una excursión a los indios ranqueles de Lucio V. Mansilla”, en *La violencia del azar*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 187.

20. Rodríguez, Fermín, *op. cit.*

21. Fontana, Patricio, “El cuerpo se acostumbra a todo. Mirada, tacto e histrionismo en Una excursión a los indios ranqueles” en *Zama*, Año 7, núm. 7, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 2015.

de *gentleman* militar,²² fingimientos, o ficciones –Mansilla era un escritor de *causeries* para el diario porteño *La Tribuna*– de relatos autorreferenciales en los que Mansilla posterga digresivamente esta tarea y cuenta su experiencia, sin épica y desde el llano, entre los ranqueles. Allí, entre sus entregas, narra episodios que ponen en juego el peso del saber oral y el de la ley escrita.

El marco, entonces, es el propicio ya que “la performance de la ley no tendría efectividad si no fuera por el respaldo de la fuerza con la que se hace acompañar”:²³ la expedición de Mansilla hacia los indios ranqueles se da, según Rodríguez, en un momento de promesas postergadas, leyes no ejecutadas, tratados no respetados y arreglos incumplidos en que “El gobierno multiplica gestos performativos –leyes, discursos, decretos, pero la fuerza de ejecución de la ley se va diluyendo a medida que se aleja de las ciudades y se adentra en la frontera donde queda suspendida”.²⁴

Santiago Estrada (1841-1891), escritor y periodista, observa la “complejidad de la frontera hacia 1970”: “la frontera integra y muestra los límites cada vez más confusos, entre blancos e indios, bárbaros y civilizados, donde la frontera ha incorporado o permitido el cruce de pasaje de indios-blancos, unitarios-federales, extranjeros y gauchos”.²⁵ Santiago Arcos (1822-1874), ensayista y político liberal chileno destinatario de muchas de las cartas de Mansilla que en contraposición al escritor abogaba por implementar un plan ofensivo

contra el indio rápido y efectivo, entiende que “la política de frontera resuena como un problema social abierto”.²⁶ Allí, en la frontera, se tiene un espacio donde circulan nociones diferentes del delito (necesario para definir y fundar una cultura),²⁷ de la moral y de las transacciones comerciales: “el imperio de un corpus de leyes no escritas le otorga a la frontera una autonomía relativa con respecto a la organización que el Estado nacional imprime en las ciudades y a los cacicazgos de Tierra Adentro”.²⁸

Mansilla, entonces, se posiciona como un ciudadano de frontera, que conoce los códigos ranqueles y parece disfrutar de su estadía (p. ej.: “el placer inmenso de haber comido una tortilla de avestruz en Nagüel Mapo”),²⁹ quien no parte desde lugares que expresen de manera pura la dicotomía civilización-barbarie, solo sustentada a partir de la ficción sobre el otro, e inverificable en los hechos, sino que parte del “estado de mezcla”.³⁰ Para ello, inscribe su yo narrador: “para estudiar sus usos y costumbres, sus necesidades, sus ideas, su religión, su lengua”³¹, así como de esas “justicias paralelas” que Clavell³² entiende entraban en oposición con la ley institucional dictada por el gobierno, pero generaban en sus prácticas respeto y gozaban de ejecutabilidad,

26. Fermín, Rodríguez, *op. cit.*, p. 344.

27. Ludmer, Josefina, *El cuerpo del delito*, Buenos Aires, Eterna Cadencia, 1999.

28. Iglesia, Cristina, *op. cit.*, p. 189.

29. Mansilla, Lucio, “Capítulo I”, *Una excursión a los indios ranqueles*, Buenos Aires, Penguin Clásicos, 2018, p. 53.

30. Iglesia, Cristina, *op. cit.*, p. 189.

31. Ídem.

32. Clavel, Marga La “otra justicia” en *Una excursión a los indios ranqueles*, de Lucio V. Mansilla, en revista *Gramma*, Vol. 1, Nº extra 3, 2010, p. 1

22. Viñas, David, “Mansilla, arquetipo del ‘gentleman’ militar (1870)”, *Indios, ejército y frontera*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1982, pp. 149-158.

23. Rodríguez Freire, *op. cit.*, p. 142.

24. Fermín, Rodríguez, *op. cit.*, p. 331.

25. Iglesia, Cristina, *op. cit.*, p. 189.

y que Mansilla observaba y registraba con curiosidad.

Mansilla traspasa y se adentra en la frontera “por el deseo de ver con mis propios ojos ese mundo que llaman Tierra Adentro”³³ e intenta demostrarle a los indios cuestiones organizativas básicas, pero, a su vez, logra comprender al “prójimo” o “salvaje” como otro. Asimismo, se explaya sobre el derecho natural como “un férreo defensor de la necesidad de buscar [las fuentes del derecho y de la ley] en los antecedentes propios del país”:³⁴

Se nos arguye con las instituciones, con las leyes, con los adelantos ajenos. Y es indudable que avanzamos. Pero ¿no habríamos avanzado más estudiando con otro criterio los problemas de nuestra organización inspirándonos en las necesidades reales de la tierra?³⁵

Según Clavell,³⁶ Mansilla plasma la organización jurídica *de facto* que imperaba y se ejecutaba en el mundo de las tolдерías y señala que lo que regía a los ranqueles eran “sus costumbres que son sus leyes”,³⁷ una ley no escrita pero perfectamente aplicada y respetada. En la lógica de Mansilla, civilización y barbarie se emplean como complementarios. Allí el líder de la expedición se inserta en el mundo oral ranquel de corte institucional y describe los aspectos organizativos y políticos (conversación en junta),³⁸ los derechos reales (existencia propiedad comunitaria entre los

ranqueles), el derecho de familia (derechos mujeres y formas celebración matrimonio)³⁹ y la administración de justicia (utilización entre los indios de una especie de arbitraje):⁴⁰ “la justicia se administraba de dos modos, por medio de la autoridad del cacique y por medio de la fuerza del mismo damnificado”. Asimismo, describe el privilegio dado a la palabra en el seno de la sociedad ranquelina al indicar que una de las formas de organización de los indios es la conversación en junta (parecida al Congreso, o Parlamento liberales),⁴¹ en la que un orador defiende con uno o más su posición. Así entonces, según Clavell, Mansilla nos muestra al indio como el “prójimo”, como un “sujeto de cultura, capaz de ritos y cortesías, con un sistema de numeración, un protocolo diplomático, una lengua, una vida familiar, y una organización social superior en algunos aspectos a la cultura blanca...”.⁴²

En distintas entradas se describe que el mundo ranquel es un mundo oral; se insertan las conversaciones entre Mansilla y Mariano Rosas (caps. XXXVIII y XL), o en la conversación o deliberación sobre la paz en la junta ranquel (caps. LIII y LIV). Es el consenso oral, entonces, y lo importante de la palabra, de lo gestual y de la mímica para comunicar políticamente y persuadir, expresado en la aprobación de la junta lo que legitima el tratado.

Ya ven ustedes –gritaba con toda la fuerza de mis pulmones y mímica indiana, para que todos me oyeran y creyendo seducirles con mi estilo– cómo los indios ranqueles son preferidos a los de Calfucurá

33. Mansilla, Lucio, “Capítulo I”, *op. cit.*, p. 53.

34. Clavell, *op. cit.*, p. 3.

35. Mansilla, Lucio, “Capítulo XXIX”, *op. cit.*, p. 245.

36. Clavell, *op. cit.*, p. 4.

37. Mansilla, Lucio, “Capítulo XXIII”, *op. cit.*, p. 202-207.

38. *Ibidem*, “Capítulo XXI”, *op. cit.*, p. 188.

39. *Ibidem*, “Capítulo LIX”, *op. cit.*, pp. 461-469.

40. *Ibidem*, “Capítulo XLVI”, *op. cit.*, p. 371.

41. *Ibidem*, “Capítulo II”, *op. cit.*, p. 59 y ss.

42. Clavell, Marga, *op. cit.*, p. 6.

[...] recurrí a la oratoria y a la mímica, pronuncié un extenso discurso lleno de fuego, sentimental, patético.⁴³

De esta forma, Mansilla se interna lo más posible en el campo del otro y comprueba que los ranqueles son criaturas de razón y discusión, cuya retórica diplomática se dirime en la capacidad de dar razones, a contramano de las representaciones públicas de la barbarie.⁴⁴ En Mansilla como *performer* entra en juego la proverbial pulsión oral que encuentra en el parlamento campo de satisfacción inmediata.

Una de las *causeries* de Mansilla durante su estadía con los ranqueles es el episodio jurídico del famoso fusilamiento del caballo. Los indios traen consigo un caballo adquirido *par droit de la conquête* en una invasión de un malón y se lo otorgan a un partidario de Rosas, boticario francés, que tenía tratos con los indios. El dueño legítimo pretende hacer valer su derecho a la propiedad, y reclama ante la autoridad militar lo que le pertenece. Allí, al desconocer la topografía de un terreno poco firme, caracterizado por su plasticidad y fluidez, Mansilla realiza una puesta en escena del principio de autoridad.⁴⁵ El propietario desconoce los derechos de su dueño anterior: el caballo era suyo porque su compadre, el cacique Mariano Rosas, le dio este regalo mal habido. Mansilla, que en sus ratos de ocio estudiaba legislación militar comparada, interpela al boticario, le arroja el código de Napoleón y le reclama por el animal en francés. Para Rodríguez, esta escena instala un diferendo entre el derecho a la propiedad y el derecho de conquista: “dos lenguas

jurídicas en conflicto intraducibles entre sí”.⁴⁶ Finalmente, Mansilla manda a fusilar el caballo para zanjar la cuestión; así lo que aglutina y da sentido al discurso, según Garate, es la “necesidad de instituir una línea demarcatoria (una legalidad) capaz de suprimir esa extraterritorialidad vergonzosa”.⁴⁷

El episodio del fusilamiento del caballo “inscribe una especie de jurisprudencia en el campo de una ley cuyo objeto, en la frontera, se vuelve problemático”.⁴⁸ Así, esta escena esquiva los universales de la ley; la ejecución del caballo corre en el límite de la legalidad, entre lo humano y lo animal, la ley y su suspensión, la civilización y la barbarie. La intuición extrajurídica de Mansilla desplaza el objeto de la represión: al asesinar al caballo, Mansilla se evita el fusilamiento del boticario y los indios quedan notificados: de ahora en más queda prohibida cualquier economía que desconociera la propiedad privada.

Ahora bien, por un lado, los indios gozan de una “vergonzosa extraterritorialidad que los eximía de cualquier castigo [...] pero si era un indio el que trasgredía la norma, lo invitaban amistosamente a recuperar sus límites”.⁴⁹ Al gaucho, por el contrario, si llegaba a contrariar a un comandante de frontera “lo enderezaban, a cintarazos, a la policía, lo destinaban a un cuerpo de línea, por más jueces federales

46. Ídem.

47. Garate, Miriam, “El famoso fusilamiento del caballo: Un episodio revelador en la literatura argentina de fronteras. Apuntes sobre una causerie de Lucio Mansilla”, en *Campinas*, 1992, pp. 57-64. Disponible en: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/remate/article/view/8635907/3616>

48. Rodríguez, Fermín, *op. cit.*, pp. 334-335.

49. *Ibidem*, p. 333.

43. Mansilla, Lucio, *op. cit.*, pp. 301-302.

44. Rodríguez, Fermín, *op. cit.*, pp. 334-335.

45. Ídem.

El propietario desconoce los derechos de su dueño anterior: el caballo era suyo porque su compadre, el cacique Mariano Rosas, le dio este regalo mal habido. Mansilla, que en sus ratos de ocio estudiaba legislación militar comparada, interpela al boticario, le arroja el código de Napoleón y le reclama por el animal en francés. Para Rodríguez, esta escena instala un diferendo entre el derecho a la propiedad y el derecho de conquista: “dos lenguas jurídicas en conflicto intraducibles entre sí”.

que ya hubiera”.⁵⁰ En ese sentido, el gaucho es “un producto peculiar de la tierra argentina” (XXIX)⁵¹ y Mansilla también denuncia la arbitrariedad de la justicia sobre “nuestro barro nacional empapado en sangre de hermanos” de un pueblo con “fisonomía propia”⁵² para atacar, como Hernández, las instituciones: “A la orilla de ellos vivía el indio blanco, que no es ni cacique, ni capitanejo, sino lo que los indios llaman un indio gaucho. Es decir, un indio sin ley ni sujeción a nadie”, como

Miguelito que “está entre los indios huyendo de la Justicia”.⁵³

Por eso el medio más eficaz de extinguir la antipatía que suele observarse entre ciertas razas en los países donde los privilegios han creado dos clases sociales, una de opresores y otra de oprimidos, ES LA JUSTICIA. Pero esta palabra seguirá siendo un nombre vano, mientras al lado de la declaración de que todos los hombres son iguales, se produzca el hecho irritante, de que los mismos servicios y las mismas virtudes no merecen las mismas recompensas, que los mismos vicios y los mismos delitos no son igualmente castigados.⁵⁴

La expedición Tierra Adentro es reveladora:

... yo he aprendido más de mi tierra yendo a los indios ranqueles, que, en diez años de despeñarme, leyendo opúsculos,

50. Mansilla, Lucio, “El famoso fusilamiento del caballo”, 2003. Disponible en; <https://biblioteca.org.ar/libros/8168.pdf>

51. Para Mansilla el gaucho es un “criollo errante” y lo inscribe en una doctrina del derecho natural. La literatura gauchesca se ha hecho eco particularmente de este desprecio por la ley institucional.

52. Mansilla, Lucio, *op. cit.*, Canto XI, p. 116.

53. Ídem.

54. Ídem, “Epílogo”, p. 543.

folletos [...] revistas y libros especiales [...] el mundo no se aprende con los libros, se aprende observando, estudiando a los hombres y las costumbres sociales.

Allí Mansilla entiende “cómo se administra justicia, cómo se gobierna, qué piensan de nuestros mandatarios y de nuestras leyes” y sus efectos son relevantes⁵⁵ porque, en definitiva, como observa Dorfman en Friedman, “la forma en que la cultura popular caracteriza la ley interviene en la cultura legal [...] lo que la gente piensa de la ley, determina el grado de desviación de la norma [...] una fuente de la efectividad de la ley”.⁵⁶

Fierro en Tierra Adentro: poesía popular y delito en la voz del gaucho

El nomadismo gaucho no es una elección, sino una huida y esto supone para estos cuerpos gauchos su “desplazamiento forzoso: el destierro, sacarlo de su lugar natural y enviarlo a espacio estatal que es la frontera”.⁵⁷ El *Martín Fierro* transcurre en un contexto histórico-social caracterizado por un sistema legal y judicial “embrionario, no estabilizado sino todavía en formación”⁵⁸ en que la expansión de la vigilancia estatal sobre la población rural multiplicaba las instancias en que los paisanos confrontaban autoridades legales y policiales cara a cara. De esta forma, estos cuerpos precarios toman creciente contacto con una ley punitiva que criminaliza, persigue y recluta (ley de vagos o de levas)⁵⁹ para incor-

porarlos al mercado del trabajo y a la función de soldado, lo cual también implicaba tomar control de los desplazamientos y las vidas de esta población sin recursos.

La frontera se configura entonces no como “un espacio natural del gaucho, sino como una condena a la que es sometido”⁶⁰ y que va a marcar su destino errante, que no será por decisión propia, sino por la persecución de la autoridad sobre este espacio militar-estatal al que es destinado el gaucho, lo cual lo hace organizar nociones sustantivas de justicia. En efecto, en el poema nacional ya no está el “problema de poblar el desierto”, sino que va más allá de mostrar cómo persisten esos dos campos en tensión (antinomia civilización y barbarie): *Martín Fierro* narra cómo la civilización (la ley de la ciudad) se materializa en los cuerpos gauchos y, al hacerlo, los perjudica, los convierte en “gauchos malos” o matreros.

En *Martín Fierro* se denuncia el (mal) uso estatal de los cuerpos. Al gaucho sin rancho, sin familia y sin dinero se lo cataloga de vago y es obligado a huir, su palabra se liga a la delincuencia. Por otro lado, es la voz del gaucho la que emerge y divide lo ilegal de lo legal, lo bueno y lo malo, para qué sirve y qué lugares

que todo varón entre 18 y 40 años que no tuviera propiedad, careciera de domicilio fijo, que no pudiera demostrar ocupación alguna sería detenido, puesto a disposición de las autoridades y destinado al desarrollo de obras públicas o a cumplir servicio militar en la frontera con el indio”. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Dirección de Cultura y Educación. Disponible en: http://servicios.abc.gov.ar/docentes/efemerides/10denoviembre/site_10denoviembre/soldado.html#:~:text=A%20trav%C3%A9s%20de%20la%20ley,a%20trav%C3%A9s%20de%20un%20documento%2C

60. Ansolabehere, Pablo, *op. cit.*, p. 1.

55. Mansilla, Lucio, “Capítulo XXX”, p. 251.

56. Friedman, Lawrence en Dorfman, Daniela *op. cit.*, p. 440-441.

57. Ansolabehere, Pablo, *op. cit.*, p. 4.

58. Dorfman, Daniela, *op. cit.*, p. 442.

59. *Ibidem*, p. 448. Ver también: Código rural (1865). “La ley buscaba combatir el nomadismo, el vagabundeo y la delincuencia rural estableciendo

En *Martín Fierro* se denuncia el (mal) uso estatal de los cuerpos. Al gaucho sin rancho, sin familia y sin dinero se lo cataloga de vago y es obligado a huir, su palabra se liga a la delincuencia.

ocupa. Así adquiere visibilidad el mecanismo con que el Estado clasifica al gaucho como vago para ilegalizarlo y entonces aplicarle la ley (p. ej.: el asesinato del Moreno en el canto VII); y, en ese sentido, el *Martín Fierro* representa al gaucho como una víctima y muestra ese desajuste “entre el sujeto histórico y su representación jurídica”.⁶¹

En el poema nacional, el enfrentamiento entre el héroe y la partida policial produce un quiebre en la identidad entre ley y la justicia. Acá es donde Martín Fierro se hace justiciero, en el enfrentamiento con la ley injusta, que hace que la justicia quede identificada con la voz, historia y representaciones del gaucho hasta la llegada de la ley y de la autoridad.⁶² La ley del Estado se aplica en el campo de modo diferencial a la ciudad (lo cual, podría presentar la contraposición de lo rural como soporte lengua oral contra lo urbano-tradicional-liberal como soporte de las instituciones y códigos escritos): “la administración de justicia está en manos de jueces de paz que seleccionan de entre una multitud de códigos vigentes qué leyes aplicar y deciden también sobre quién aplicarlas”.⁶³

En *La ida del Martín Fierro*,⁶⁴ Fierro es un gaucho que es obligado por el juez de paz a ir a luchar en la frontera contra el indio. Allí sufre maltratos, abusos de autoridad, hambre, frío, le quitan sus pertenencias, lo obligan a trabajar y es castigado por reclamar su sueldo; a los tres años decide desertar el servicio, pero cuando regresa a sus tierras descubre que ya no tenía ni “mujer ni rancho, y a más, era resertor” y es entonces cuando Fierro jura convertirse en un gaucho matrero (un gaucho fuera de la ley). Ante este panorama, Fierro frecuenta las pulperías y en una borrachera se burla de la mujer de un moreno (aquí el famoso: “va-cayendo gente al baile”), luchan cuerpo a cuerpo, lo mata y huye de la policía. De allí que el texto de Hernández prefigura a Fierro como un desertor y un fugitivo que

... desafía no solo la letra de la ley sino la posición de enunciación que la sustenta, al Estado mismo como legislador, como dador de la ley, y articula una cultura legal de recelo hacia una justicia que utiliza la ley para perseguir y criminalizar.⁶⁵

La escena judicial de la literatura argentina, que incluso Borges evocó con el ímpetu de

61. Dorfman, Daniela, *op. cit.*, p. 446.

62. Ludmer, Josefina, *El género gauchesco*. Buenos Aires, Eterna Cadencia, 2012, p. 229.

63. Dorfman, Daniela, *op. cit.*, p. 444-445.

64. Hernández, José, *Martín Fierro*, Buenos Aires, Penguin Clásicos, 2018.

65. *Ibidem*, p. 448.

completar la historia en “Biografía de Tadeo Isidoro Cruz”, es el momento crucial del enfrentamiento entre el bandido y la policía: los dos gauchos (uno desertor y fugitivo y otro que lidera la partida policial) se encuentran, Cruz de un lado y Fierro del otro, y hacen alianza: “su amistad se basa en un gesto de rechazo radical por todo el mundo social, la ley, el estado y no deber ser causal que se desarrolle en el mundo de los indios”.⁶⁶ El Sargento Cruz al grito de “Cruz no consiente/que se cometa el delito/ de matar así a un valiente!”⁶⁷ invierte la categoría de delito y se cruza de bando para pelear con Martín Fierro en contra de la partida policial que él lideraba.⁶⁸ Identificados con la justicia, Cruz y Fierro deciden entonces irse con los indios en el Canto XIII, donde “no alcanza la facultá del Gobierno”, en busca de la seguridad que ahora no tienen y, desde entonces, la pelea con la policía será la escena en que los héroes nacen en la lucha contra la opresión y la injusticia y cruzan la frontera para “dejar atrás todo lo que ella significa (persecución, despojo, corrupción, injusticia)”.⁶⁹ Para Ansolabehere:

... el gesto subversivo de Fierro y Cruz consiste en mostrar que el único camino que le queda al gaucho sometido a la ley de la frontera es cruzarla y pasarse al territorio enemigo, esto es, volverse infiel y sustraer el cuerpo a un sistema productivo que se basa en la coerción estatal, la persecución del gaucho (y el cuidado del gringo), el negociado y el despojo.⁷⁰

Martín Fierro es una ficción enunciativa, en cuanto que la frontera geográfica está trazada por la frontera de género,⁷¹ esto es, del uso de la voz (del) gaucho,⁷² cuyo problema no es lexicológico o etimológico, sino político y literario.⁷³ Este género se instituye como un “tratado sobre los usos diferenciales de las voces y palabras que definen los sentidos y usos de los cuerpos”,⁷⁴ y constituye una negación del carácter letrado de las coplas, volcado a los saberes y valores del campo: “la delincuencia del gaucho no es sino el efecto de diferencia entre los dos ordenamientos jurídicos y entre las aplicaciones diferenciales de uno de ellos y responde a la necesidad de uso: mano de obra para los hacendados y soldados para el ejército”.⁷⁵

La ficción de la oralidad a través de los cantos, “Yo no soy cantor letras” (Canto I), de la asunción de la voz y cuerpo del gaucho, constituyen un acto performativo refundado, que instituye un lugar de enunciación donde se da una legalidad alternativa. Martín Fierro estructura instancias judiciales ilegítimas (desvíos), que no cumplen con los procedimientos, precisamente como una manera de señalar la justicia estatal como una farsa que simula la administración de una justicia que no realiza. Los gauchos acogen la ley escrita, siempre y cuando esta sea igual para todos, pero atravesado por la letra de una ley y una

66. Gamero, Carlos, *Facundo o Martín Fierro. Los libros que inventaron la Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana, 2015.

67. Hernández, José, *op. cit.*, IX-40.

68. Ludmer, Josefina, *op. cit.*, 2012, p. 233.

69. Ansolabehere, Pablo, *op. cit.*, p. 12.

70. Ídem.

71. Hoy se invita al lector a ir más allá y realizar una lectura en clave de género con la historia (olvidada) de la mujer de Fierro, la China Iron. Cabezón Cámara, Gabriela, *Las aventuras de la China Iron*, Buenos Aires, Literatura Random House, 2022.

72. Ludmer, Josefina, *op. cit.*, 2012, p. 38.

73. Íbidem, p. 33.

74. Ídem.

75. Íbidem, p. 21.

En Mansilla, la ficción exige de la digresión del pacto escrito y de la ofensiva militar para poder elaborar una descripción a la manera de rastrillaje topográfico que permita trazar la idiosincrasia ranquel (extraterritorial) y “conquistar el cuerpo del indio”.

política diferenciales, el gaucho se transforma en ilegal y delincuente.

Aquí me pongo a cantar/ al compás de la vigüela/ que el hombre que lo desvela/ una pena extraordinaria/ como la ave solitaria/ con el cantar se consuela (Canto I)

Cantando estaba una vez/ en una gran diversión/ y aprovechó la ocasión/ como quiso el Juez de Paz./ Se presentó, y ahí no más/ hizo una arriada en montón/ Juyeron los más matreros/ y lograron escapar/ Yo no quise disparar/ soy manso y no había por qué/ muy tranquilo me quedé/ y así me dejé agarrar/ [...] Y así sufrí ese castigo/ tal vez por culpas ajenas... (Canto III).⁷⁶

En este mundo gaucho que se recupera para oponer (y denunciar) a la ciudad, el cuerpo se impone en un doble sentido: por un lado, en el plano de la representación donde los valores o disvalores se materializan y se juegan en los cuerpos como el nomadismo/vagancia de los gauchos y el valor de la lucha cuerpo a cuerpo; y por el otro, en el plano performativo del gaucho cantor, que escenifica la voz gaucha, ya no solo la usa sino que la performa,

bajo la forma de ficción enunciativa en la que se exhibe el cuerpo del y a través del canto en medio de la Pampa. De esta forma, poesía popular y delito se mezclan en la voz del gaucho.

Ficciones jurídicas, sujetos nómades y sujetos en fuga reterritorializados: ¿guerra o paz?

El cuerpo que prefigura el delito desestabiliza el vínculo entre escritura-poder y disloca el lugar de las categorías de delito, criminalidad y Ley escrita, cuya aplicación es diferencial y selectiva. Esta es una idea pivote tanto para el derecho y la literatura, que son dos ejes cuyo punto de intersección está dado por la ficción fundada en una interpretación de sentido que también se distribuye de forma desigual. Dorfman toma a Paul Kahn para indicar que

... el poder de la ley no se mide por las acciones judiciales, sino que es producto de la imaginación [...] las producciones culturales constituyen una vía de acceso, un testimonio del valor y el lugar que una sociedad determinada otorga a una ley.⁷⁷

76. Hernández, José, *op. cit.*, “Cantos I y III”.

77. Kahn, Paul, “The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship”, Chicago, University of Chicago Press, 1999, en Dorfman, Daniela, *op. cit.*, p. 441.

La ley positiva, escrita, del Estado y las leyes particulares que una comunidad se da a sí misma entran en tensión con una ley no escrita, un derecho natural que es anterior, superior e independiente del derecho positivo, “unas hipotéticas leyes basadas en un orden natural en relación a las cuales se mediría la justicia o injusticia de las primeras”,⁷⁸ lo que da lugar a justicias paralelas. Según Clavell:

... la existencia de un conjunto de sistemas paralelos al impuesto por el gobierno central, responde a una serie de causas: la vasta geografía del país, la reciente formación de la patria, la ausencia de una tradición propia en materia legal y de administración de justicia.⁷⁹

Una excursión a los indios ranqueles y *La ida de Martín Fierro* configuran ficciones enunciativas (en cuanto que son performáticas, este artificio prefigura “narraciones bajo la marcha”). En Mansilla, la ficción exige de la digresión del pacto escrito y de la ofensiva militar para poder elaborar una descripción a la manera de rastrillaje topográfico que permita trazar la idiosincrasia ranquel (extraterritorial) y “conquistar el cuerpo del indio”. En Fierro, por su parte, la voz del gaucho (vago, culpable y bajo sometimiento de la Ley) es recuperada como artificio para dotarla de un cuerpo de escritura, en la medida en que su protagonista sostiene su derecho a involucrarse en prácticas que chocan con la ilegalidad (con el cuerpo del Estado) no en términos de justicia-injusticia de los actos, sino de su posición ante la Ley: se enfrenta “cuerpo a cuerpo” con ella y busca líneas de fuga de los aparatos estatales.

Sin embargo, el carácter poroso y difuso de la frontera, que pareciera tejer una tregua de esta antinomia de civilización y barbarie mediante la oralidad, y que pareciera resistir y producir un quiebre de identidad entre la ley y la justicia a través de la digresión y la asunción de una voz cantora al aparato o modos de agenciamiento estatal, es insuficiente.

La oralidad y la justicia que permite identificar legalidades otras se comprueba débil en su palabra y tensiona la paz y la guerra: la palabra de paz de Mansilla, así como la palabra de los jueces de paz en *Martín Fierro* como única prueba, sostenida a partir de la simpatía u odio de estas autoridades, siempre bajo amenaza de muerte y violación (amenaza de reterritoriaización) permite interrogar: ¿son estas ficciones máquinas de escritura, máquinas de guerra puestas a disposición del aparato estatal? Laera sostiene que Mansilla sabe que su vuelta a las tolderías será ofensiva, y propone plantear la paz entre los indios y cristianos como aquella que radica en un intercambio comunicativo desigual que da lugar a una violencia constitutiva, a problemas, malentendidos, fracasos, calaveradas; esto es, una lucha desigual por el sentido de la palabra, en la cual una de las palabras se encuentra argumentativamente desarmada. Hay un abismo horizontal que se traga la ilusión comunicativa y la posibilidad de traducción de un antagonismo inasimilable.⁸⁰

Por su parte, Dorfman entiende que, si la *Ida de Fierro* buscaba demostrar su inocencia y que el Estado es culpable de convertirlo

78. *Ibidem*, p. 447.

79. Clavell, Marga, *op. cit.*, p. 5.

80. Laera, Alejandra, “Pasiones gauchas y soluciones políticas en las novelas de Eduardo Gutiérrez”, en *El tiempo vacío de la ficción: las novelas argentinas de Eduardo Gutiérrez y Eugenio Cambaceres*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

En Fierro, por su parte, la voz del gaucho (vago, culpable y bajo sometimiento de la Ley) es recuperada como artificio para dotarla de un cuerpo de escritura, en la medida en que su protagonista sostiene su derecho a involucrarse en prácticas que chocan con la ilegalidad (con el cuerpo del Estado) no en términos de justicia-injusticia de los actos, sino de su posición ante la Ley: se enfrenta “cuerpo a cuerpo” con ella y busca líneas de fuga de los aparatos estatales.

en criminal, en *La vuelta de Martín Fierro* (1879) el desertor regresa a purgar sus delitos (recuerda la muerte del Moreno y reconoce su imprudencia, excusa la pelea con el protegido del comandante en la pulpería, explica el enfrentamiento con la partida). De esta forma se incorpora al pacto civilizatorio en el que ya no performa o actúa, sino que “narra sus desventuras” e inculca la ley para sí y para su descendencia. El letrado lo releva como aparato disciplinador y reterritorializa esta voz, la historia oral del gaucho se desvanece en el espacio. La clausura del género, por ende, significa incorporar la voz del Estado en la literatura gauchesca y revertir la escena judicial de la *Ida*. Ya su lengua y voz coinciden con la ley escrita del Estado.



O

R

I

A

L





J

U

S

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

LITIGIOS

LIBRERÍAS

Librería Editorial Jusbaire
Julio A. Roca 534, CABA
Tel.: 4011-1320/21

Librería Facultad de Derecho - UBA
Av. F. Alcorta 2263, Local 6, PB, CABA

Librería Tribunales
Tucumán 1331, CABA



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

**JUS
BAI
RES**
EDITORIAL



REDES **EDITORIAL JUSBAIRES**



editorialjus



/editorialjusbares



Editorial Jusbares



editorialjusbares



QR



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



ial.jusbares.gob.ar

534

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

pensar JUSBAIRES

| Revista de distribución gratuita | año X N° 34 | septiembre-octubre 2023 | Editorial Jusbares |

INFORME

Editorial Jusbares en la Feria del Libro Jurídico

OPINIÓN
PENSAR ENTRE TEORÍA Y PRÁCTICA
HERNÁN BORISOMEK Y NICOLÁS PÉREZ FELICIONI

OPINIÓN
EL DERECHO CONSTITUCIONAL, TÉCNICA JURÍDICA Y PROCESO
DE LOS RECURSOS EN EL JUICIO PENAL
VICTOR ATILA CASTILLO AMÍAS

OPINIÓN
SOLUCIONES JURÍDICAS PARA LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES DE COMERCIO
JOSMARIA S. SCOTT

RESERVA
MODIFICACIONES DE LA LEC DE BARRAS, NOTARIAS Y FERRER
ANA LEVSTEIN

ENSAYO
VÍDEO PRECATORIO Y FORMAS HÍBRIDAS ANTE LA LEC
JULIETA MONELLO



EDITORIAL JUSBAIRES

JUSBAIRES EDITORIAL

www.editorial.jusbares.gob.ar
editorial@jusbares.gob.ar



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



JUSBAIRES EDITORIAL



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



pensar JUSBAIRES

www.pensar.jusbares.gov.ar | pensar@jusbares.gov.ar | facebook.com/pensar.jusbares



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

