

Revista de la Facultad de Derecho

2^a Época

Publicación semestral

ARBITRADA

Indexada en:

DOAJ

REDIB

SciELO

DIALNET

LATINDEX

PORTAL TIMBÓ

REPOSITORIO COLIBRÍ



Montevideo
Facultad de Derecho
Universidad de la República
2018

Definición de la Revista: *La Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, es una publicación de carácter académico, arbitrada, que tiene por objeto contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica y las ciencias sociales, promoviendo el análisis crítico y plural sobre temas relevantes de las diferentes áreas de trabajo de la Facultad de Derecho.*

La recepción de originales permanece abierta todo el año.

La Facultad de Derecho no se responsabiliza por las opiniones emitidas por los autores/as en sus trabajos.

Editora:

Lic. Teresa Morelli - *Facultad de Derecho, Universidad de la República*

Diseño y diagramación:

Proc. Gonzalo Esnal Bornes

Administración y correspondencia:

Facultad de Derecho

Comisión de Publicaciones

Avda. 18 de Julio 1824 - CP. 11.200

Montevideo - Uruguay

Teléfonos: (+598) 2408 3311 int. 112

Correo electrónico:

editor@fder.edu.uy

Página Web de la Revista:

http://revista.fder.edu.uy

Portal de Publicaciones de Facultad de Derecho:

http://publicaciones.fder.edu.uy

Novedades sobre publicaciones en la web de Facultad:

www.fder.edu.uy/publicaciones

ISSN 0797-8316

eISSN 2301-0665



La Revista de la Facultad de Derecho integra AURA
Asociación Uruguaya de Revistas Académicas

Director

Decano Interino Prof. Dr. Juan Andrés Ramírez
Facultad de Derecho, Universidad de la República

Comité Editorial

Lic. Federico Brum - *Facultad de Derecho, Universidad de la República*
Dr. Luis M. Delio - *Facultad de Derecho, Universidad de la República*
Dr. Esc. Mauro Fonticiella - *Facultad de Derecho, Universidad de la República*
Dr. Pablo Guerra - *Facultad de Derecho, Universidad de la República*
Dr. Nelson Ottonelli - *Facultad de Derecho, Universidad de la República*
Bach. Rodrigo Peralta - *Facultad de Derecho, Universidad de la República*

Comité Científico

Prof. Dr. Héctor Alegría - *Universidad de Buenos Aires, Argentina*
Prof. Dr. Manuel Atienza Rodríguez - *Universidad de Alicante, España*
Prof. Dr. Osvaldo Barreneche - *Universidad Nacional de La Plata, Argentina*
Prof. Dr. Rodolfo Capón Filas - *Equipo Federal del Trabajo, Argentina*
Prof. Dr. Antonio Colomer Viadel - *Universidad Politécnica Valencia, España*
Prof. Dra. Marien Yolanda Correa Corredor - *Universidad Cooperativa de Colombia,
Sede Bucaramanga, Colombia*
Prof. Dr. Jorge del Pico Rubio - *Universidad de Talca, Chile*
Prof. Dra. Andrea Díaz - *Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación,
Universidad de la República, Uruguay*
Prof. Dr. Diego P. Fernández Arroyo - *École de Droit, Francia*
Prof. Dra. María Blanca Noodt Taquela - *Universidad de Buenos Aires, Argentina*
Dr. Ricardo César Pérez Manrique - *Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Uruguay*
Prof. Dr. Marcos Supervielle - *Facultad de Ciencias Sociales,
Universidad de la República, Uruguay*
Prof. Dr. Jorge Szeinfeld - *Universidad Nacional de La Plata, Argentina*
Prof. Dr. Juan M^a Terradillos Basoco - *Universidad de Cádiz, España*

Revista de la Facultad de Derecho
No. 44, enero-junio 2018

DOCTRINA

Abal Oliú, Alejandro. <i>La admisibilidad del Recurso de Casación conforme al “monto del asunto”</i>	9-34
Oliveira Rotondano, Ricardo. <i>Entre monogamia e poliamor: o futuro da família no Brasil</i>	35-61
Ortega Giménez, Alfonso y Gonzalo Domenech, Juan José. <i>Nuevo marco jurídico en materia de protección de datos de carácter personal en la Unión Europea</i>	63-97
Pino Padrón, María Candelaria del. <i>El derecho humano a la educación: proyección en el libre desarrollo de la personalidad</i>	99-127
Rodríguez Morales, Hortensia. <i>La proyección multicultural desde una perspectiva educativa de los derechos humanos</i>	129-153
Salgueiro Rubio, Florencia. <i>El retiro de Uruguay de las negociaciones del TISA</i>	155-192
Santana Ramos, Emilia M ^a . <i>El rol del abogado ante la ética y el ejercicio profesional</i>	193-220
Sauceda Villeda, Brenda Judith y Martínez Pérez, Yahaira Berenice. <i>Los MASC desde el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en México</i>	221-251
Texo Denes, Agustín. <i>Consideraciones sobre el contrato de transporte internacional terrestre de mercaderías</i>	253-285
Vázquez Bevilacqua, Mauricio. <i>A diez años de la creación del Sistema Nacional de Archivos en Uruguay: Análisis de la Ley 18220</i>	287-318

CONTRIBUCIONES ESPECIALES

Guerra, Pablo. <i>¿Cómo evaluar las revistas científicas? Acerca de las limitaciones del Índice de Impacto por citas</i>	321-330
--	---------

RECENSIONES

Malet Vázquez, Mariana. *Recensión de: LA LUCHA POR EL PASADO. Cómo construimos la memoria social. Elizabeth Jelin. Ed. Siglo XXI. Buenos Aires. 2017 (302 págs)* 333-336

Instrucciones para los autores

Normas de estilo..... 337

DOCTRINA

Alejandro Abal Oliú✉

La admisibilidad del Recurso de Casación conforme al “monto del asunto”

*The admissibility of the Appeal of Cassation
according to the “amount of the matter”*

*A admissibilidade do recurso de cassação
de acordo com a “quantia do assunto”*

Resumen: *La Suprema Corte de Justicia ha que el “asunto” al cual refieren los arts. 268 y 269 del C.G.P. no es el objeto del proceso que el recurrente solicita que sea resuelto por la Suprema Corte de Justicia, sino el objeto del proceso que fue propuesto inicialmente en la demanda.*

Esa interpretación podría ser no solo carente de todo sustento legal, sino también contradictoria con la finalidad por la cual el legislador dispuso un límite de importancia económica para admitir el recurso de casación.

En este artículo se analiza ese problema y se presentan nuevas conclusiones.

Palabras clave: *Admisibilidad de recursos de casación, “asunto” en la casación, “monto” del asunto en casación.*

Abstract: *The Supreme Court of Justice has that the “subject” to which the arts. 268 and 269 of C.G.P. It is not the subject of the proceedings that the appellant requests to be resolved by the Supreme Court of Justice, but rather the object of the process that was initially proposed in the application.*

That interpretation could be not only lacking all legal support, but also contradictory to the purpose by which the legislator set a limit of economic importance to admit the appeal cassation.

This article analyzes this problem and presents new conclusions.

✉ Docente Grado 5 Titular, Facultad de Derecho, Universidad de la República.

✉ aleabal1973@gmail.com

Keywords: *Admissibility of appeals, “subject” in the appeal, “amount” of the case in cassation.*

Resumo: *O Supremo Tribunal de Justiça tem que o “assunto” a que se referem as artes. 268 e 269 da C.G.P. não é o objeto do processo que a recorrente pede para ser resolvido pelo Supremo Tribunal de Justiça, mas o objeto do processo inicialmente proposto no processo.*

Essa interpretação poderia não ser apenas desprovida de todo apoio jurídico, mas também contraditória com a finalidade para a qual o legislador estabeleceu um limite de importância econômica para admitir o recurso.

Neste artigo, este problema é analisado e novas conclusões são apresentadas.

Palavras chave: *admissibilidade dos recursos, “sujeito” na cassação, “quantia” da questão em cassação.*

Recibido: 20170725

Aceptado: 20170829

El problema a considerar

A lo largo de los años la Suprema Corte de Justicia ha interpretado (sin que los fundamentos de ello resulten expresados en alguna sentencia a la que el autor de este artículo haya tenido acceso), que el “asunto” al cual refieren los arts. 268 y 269 del C.G.P. –estableciendo una regla que regula la admisibilidad del recurso de casación en función de la importancia económica– no es el objeto del proceso que se solicita por el recurrente que sea resuelto por la Suprema Corte de Justicia en atención a su recurso de casación, sino aquel objeto del proceso que fue propuesto inicialmente (en general muchos años antes) en la demanda.

Dicha interpretación no ha sido casi nunca cuestionada, salvo inicialmente por Tarigo.

Sin embargo, analizada detenidamente la misma podría resultar ser no solo carente de todo sustento legal, sino también contradictoria con la finalidad por la cual el legislador –en buena medida a instancias de la misma Suprema Corte de Justicia– dispuso un límite de importancia económica para admitir el recurso de casación.

Lo que expresaré a continuación refiere justamente a dicho problema, mas debo hacer constar que la no discusión acerca de la conveniencia de establecer el referido límite de objetiva importancia económica mínima para admitir el recurso de casación, no puede de ninguna forma entenderse que implica considerar por mi parte al mismo como lógico, justo y/o razonable.

Disposiciones que han regulado la admisibilidad del recurso de casación civil en razón del “monto” del “asunto”

a) Originariamente el decreto-ley n° 14.861 de enero de 1979 –a través del cual se estableció en nuestro Derecho Procesal el recurso de casación civil– no indicaba ningún límite para su admisibilidad en razón del monto del asunto.

b) Empero, antes de transcurrido un año el art. 3º del decreto-ley nº 14.951 de noviembre de 1979 agregó al art. 14 del decreto-ley nº 14.861 un inciso final (por el que se estableció un “monto mínimo” para la admisibilidad del recurso): “El monto mínimo habilitante para interponer el recurso de casación en asuntos susceptibles de apreciación pecuniaria, será el equivalente a 3.000 UR (tres mil Unidades Reajustables) (Artículo 38 de la ley 13.728, de 17 de diciembre de 1968)”.

c) Al sancionarse posteriormente el C.G.P. se estableció en el numeral 3 del art. 269 del nuevo código lo siguiente (referido ahora al “monto” del “asunto”): “No procede el recurso de casación: (...) 3) Contra las sentencias recaídas en asuntos cuyo monto no superare el importe equivalente a 1.500 UR (mil quinientas unidades reajustables)”.

d) Más de un decenio después, en junio de 2000, el art. 38 de la ley (“ley de urgencia”) nº 17.243 elevó ese límite de la inadmisibilidad en razón del “monto” de los “asuntos”, estableciendo ahora que el recurso de casación es inadmisibile cuando dicho monto no supera el “importe equivalente a 4.000 UR (cuatro mil unidades reajustables)”.

e) Finalmente, por el art. 342 de la ley nº 18.172 de agosto de 2007 se añadió al inciso segundo del art. 268 C.G.P. (refiriendo también al “monto” de los “asuntos”):

No será procedente el recurso de casación cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todo, y sin discordia, a la sentencia de primera instancia, excepto cuando se trate de juicios seguidos contra el Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados en general. En estos casos, aun mediando sentencia de segunda instancia que confirme en todo y sin discordias la sentencia de primera instancia, el recurso será admisible cuando se trate de asuntos cuyo monto superare el importe equivalente a 6.000 UR (seis mil unidades reajustables).

¿Qué debe entenderse por “asunto” a efectos de un recurso de casación?

Introducción

Las disposiciones transcritas refieren todas ellas al monto de los “*asuntos*” que son sometidos a la resolución de la Suprema Corte de Justicia por la vía de los recursos de casación civil. Atendiendo a ello lo primero que debe resolverse es precisamente el significado del término empleado.

Y antes de realizar un intento en tal sentido parece razonable realizar un repaso de cual ha sido la interpretación del término “asunto” que, hasta la fecha, han realizado la propia Suprema Corte de Justicia y la Doctrina Procesal.

La interpretación de la Suprema Corte de Justicia

Reiteradamente la Suprema Corte de Justicia ha entendido (sin que me haya sido posible encontrar sentencias donde se indique cual sería un posible fundamento de dicha interpretación), que el “asunto” cuyo monto debe establecerse para analizar la admisibilidad del recurso sería la “causa” a la que refiere el numeral 6 del art. 117 del C.G.P. (y cuyo “valor” debe declararse por el actor al presentar la demanda).

En mérito a ello y dando por supuesto lo señalado precedentemente en cuanto a cuál sería el “asunto”, el referido órgano jurisdiccional frecuentemente ha expresado, por ejemplo, que “el monto del asunto debe ser considerado a la fecha de interposición de la demanda”⁽¹⁾, o que “los requisitos de admisibilidad del recurso de casación deben configurarse al momento de la demanda”⁽²⁾, o que “como se ha señalado en reiteradas oportunidades por parte de la Corporación con relación a la forma y oportunidad de la determinación del monto habilitante del recurso de casación, éste debe ser considerado a la fecha de interposición de la demanda (cf. Sentencias nros. 225/2012, 1944/2013 y 1031/2014, entre muchas otras)”⁽³⁾, o que “La Corporación ha sostenido reiteradamente que los requisitos de admisibilidad del recurso de casación deben configurarse al momento de la demanda (cf. Sentencias nros. 674/94, 769/96 y 114/97, entre otras), y el monto o cuantía del asunto se acredita mediante el cumplimiento de la carga prevista en el art. 117 Nal. 6 del Código General del Proceso (cf. Sentencias nros. 876/96 y 999/96, entre otras)”⁽⁴⁾, etc.

Las anteriores interpretaciones de la Doctrina Procesal

¿Qué ha expresado la Doctrina Procesal respecto al “asunto” cuyo “monto” debe determinarse para admitir o no admitir un recurso de casación?

En 1980 y luego de analizar el agregado al art. 14 del decreto ley n° 14.861 que hiciera el art. 3° del decreto-ley n° 14.951, estableciendo que el equivalente a 3.000 U.R. sería en adelante el “monto mínimo habilitante para interponer el recurso de casación en asuntos susceptibles de apreciación pecuniaria”, concluía el siempre recordado Tarigo que:

(...) la determinación de si se alcanza o no ese tope —en verdad, ese umbral o ese mínimo cuantitativo— debe hacerse al momento de la interposición del recurso, y no a ninguna fecha anterior. (...) Con lo cual resulta perfectamente admisible la interposición del recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia dictada por uno de los Tribunales de Apelaciones en un asunto que inicialmente fuera inferior a las 3.000 U.R., pero que, a la fecha de deducirse el recurso, alcanzó y sobrepasó el referido monto mínimo. (Tarigo, 1980, 78-79)

De allí que, aunque no lo expresara empleando exactamente estas palabras, resulta claro que para Tarigo el “*asunto*” que debe tomarse en cuenta para establecer la admisibilidad de un recurso de casación no es el objeto del proceso que inicialmente se establece en la demanda, sino el objeto del proceso que eventualmente quedará a resolución de la Suprema Corte de Justicia en mérito a la interposición de un recurso de casación.

Por la misma época y aún sin expresar una fundamentación clara al respecto, Gelsi Bidart (1980, 181) entendía que al referir las disposiciones legales sobre casación al “asunto” lo que hay que tomar en cuenta: “a) Es el monto del asunto no de la casación (Ley 14.951, art. 3°). b) Por ende ha de determinarse a la fecha de la demanda según las disposiciones del C. Org. Tribunales (acciones ‘personales o reales’, v. arts. 42 y sigs. c) Según el valor de U.R. a la demanda (...)”.

Por ende, para Gelsi Bidart el “asunto” en cuestión sería el objeto del proceso inicial; es decir el objeto que el proceso tiene inicialmente, cuando se presenta la demanda, y no el objeto que ese proceso tiene para ser eventual-

mente resuelto por la Suprema Corte de Justicia cuando se interpone un recurso de casación.

Algunos años después, en 1985, señalando lo que entendía la Corte de Justicia de entonces expresaba Vescovi que:

para fijar ese valor (refiere el autor al “monto” del “asunto”) se tienen en cuenta los criterios generales: a) el monto del asunto es el que fija el actor en su demanda, al que se agrega el de la reconvención, si existiere; b) el valor se debe tomar en cuenta al tiempo de la demanda; c) quién interpone la casación tiene la carga de demostrar el valor del asunto, siempre que no surja de autos. (Vescovi, 1985, 197)

De manera que, aunque limitándose a indicar lo que en esa época entendía la Corte de Justicia, tácitamente también Vescovi supone que el “asunto” cuyo monto debe tomarse en cuenta es el objeto inicial del proceso; es decir aquel objeto del concreto proceso que en la demanda plantea el actor (y no el objeto del proceso que en virtud del recurso de casación queda sometido a la resolución de la Suprema Corte de Justicia).

Ya vigente el C.G.P. Landoni Sosa (1989, 27) también se limitó a recordar el criterio de la Suprema Corte de Justicia, conforme al cual y en definitiva el “asunto” cuyo “monto” debe tomarse en cuenta es el que corresponde al objeto inicial del proceso planteado en la demanda (y, por ende e implícitamente, no el objeto del proceso que quiere ser sometido a resolución de la Suprema Corte de Justicia).

Años después y en ocasión de las “VII Jornadas Nacionales de Técnica Forense” celebradas en Maldonado en el año 2000, Blanco Fresco y González Piano expresaban:

Demás está decir que por ‘monto del asunto’ se entiende el valor a que asciende la causa (...) Corresponde aún señalar que la mentada exigencia debe analizarse al momento de interposición de la pretensión (...). Si bien es cierto que, como se adelantara, la variación del valor de la cosa disputada no incidirá en la determinación que se hubiere efectuado en la demanda, ni los intereses, frutos, costas y costos causados luego de la interposición de la acción, sí corresponde considerar tales

modificaciones si se hubieren producido con anterioridad al ejercicio de la pretensión. (Blanco Fresco y González Piano. 2000, 29-29)

En consecuencia, también para estas dos autoras y pese a que tampoco se fundamenta la conclusión más allá de seguir la jurisprudencia que tenía entonces la Suprema Corte de Justicia, el “asunto” cuyo “monto” debe tomarse en cuenta es el objeto inicial del proceso propuesto en la demanda.

Y en la misma oportunidad que las anteriores autoras (y también sin expresar fundamento) manifestaba Elizalde (2000, 104): “(...) es indiscutible que el monto del asunto debe hacerse por el recurrente en el momento de interponer la demanda original, que no servirá al efecto ningún acontecimiento posterior”.

Con lo cual se concluye que también para Elizalde el “asunto” cuyo “monto” debe tomarse en cuenta es el objeto inicial del proceso propuesto por el actor al demandar.

Otro tanto –aunque el autor no trata directamente este punto– debe entenderse que resulta de la ponencia de Ubilla Gutiérrez (2000, 167-169) en las mismas Jornadas de aquel año 2000.

Al año siguiente Parga Lista y Messere Ferraro también entendieron que:

(...) por monto debe entenderse la importancia o cuantía del proceso, y que, en consecuencia, resulta uno de los requisitos necesarios su determinación al promover la pretensión respectiva. (...) el monto a tenerse en cuenta a los efectos previstos en el art. 269.3 C.G.P. es la totalidad de la suma reclamada en la demanda, sin exclusiones. (...) Resulta importante señalar que las variaciones que pueda sufrir el monto fijado inicialmente, así como la resolución recaída en la causa recepcionando o rechazando el accionamiento promovido, no inciden en la determinación. (Parga Lista y Messere Ferraro, 2001, 127-129).

De lo transcripto resulta entonces claro que al igual que para los anteriores –excluyendo originariamente a Tarigo– para estos dos autores –aunque nuevamente sin fundarlo– el “asunto” cuyo “monto” debe tomarse en cuenta para admitir o rechazar el recurso de casación es el objeto inicial del proceso,

sin importar las variaciones que el mismo pueda sufrir hasta el momento en el que efectivamente se presenta ese recurso de casación.

Y lo mismo sostuvo un año después Bruno Mentasti (2002, 37-38), cuando expresó: “(...) su determinación (la del monto del asunto) debe hacerse a la fecha de presentación de la demanda, por cuanto es el momento de concreción del reclamo de actuación jurisdiccional. Y ningún adicional corresponde agregar a tal determinación por el tiempo transcurrido hasta la etapa de casación”. A lo cual este autor añadió luego diversas consideraciones que parten todas ellas de considerar –aunque una vez más sin fundar esa conclusión ni cuestionar la corrección de la misma– que el “asunto” cuyo valor debe considerarse es la “causa”, y de que el “monto” o “valor” de esa causa es el que también corresponde para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales en razón de la “cuantía del proceso”.

Ya en 2004 los autores dirigidos por Landoni Sosa (2004, 100) tampoco se plantearon como es que a efectos de determinar el “monto” debe interpretarse el término “asunto”, limitándose a presentar –aparentemente por correcto– el entendimiento de que el mismo refiere al objeto del proceso planteado inicialmente en la demanda, y no al que en mérito a un recurso de casación debe eventualmente resolver la Suprema Corte de Justicia.

Algún tiempo más tarde Leles Da Silva y Nicastro (2010, 801-805) relevaron Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sobre el recurso de casación, en ocasión de lo cual transcribieron fallos donde la Corporación dio por cierto –sin que conste la fundamentación de ello– que el “asunto” cuyo monto determina la admisibilidad o no del recurso de casación es el objeto inicial del proceso propuesto por el actor, sin importar las modificaciones que el mismo sufra a lo largo del proceso.

Llegado el año 2015 Landoni Sosa (2015, 234) presenta una ponencia sobre el recurso de casación en las “XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal” celebradas en Rivera, limitándose en lo que ahora nos interesa a señalar que la Suprema Corte de Justicia “ha sostenido reiteradamente que los requisitos de admisibilidad del recurso de casación deben configurarse al momento de la demanda”. Esto es, que el “asunto” cuyo “monto” interesa para admitir o rechazar el recurso es el objeto del proceso planteado inicialmente por el actor y no el que debe resolver la Suprema Corte de Justicia.

Al año siguiente yo mismo analicé el recurso de casación (Abal Oliú, 2016, 264-265), y aunque por cierto que durante años había transmitido en clases el entendido generalizado de que el “asunto” cuyo monto se debía determinar a efectos de la admisibilidad era el objeto del proceso planteado en la demanda, sin ingresar en esa ocasión a analizar con detención el punto pero al menos apuntando a que ese “asunto” no debía ser el planteado en la demanda, brevemente expresé que “la Suprema Corte de Justicia toma incorrectamente para determinar el monto lo que se ha indicado en la demanda conforme al numeral 6 del art. 117 del C.G.P.” (sin perjuicio de que también expresé que el “monto” del “asunto” debía calcularse –cuando correspondiera– “de igual forma que para determinar la competencia en razón de cuantía”).

Finalmente, ya en este año 2017, Giuffra (2017, 66-69) vuelve a anotar que “(...) el valor o cuantía del asunto será el que resulta de la demanda a ese momento (...)”, no debiendo tomarse por lo tanto en cuenta las fluctuaciones del monto del objeto del proceso durante el trámite del mismo (ni, por lo tanto, al momento de presentar el recurso de casación).

Una nueva interpretación

Según se habrá advertido al leer el relevamiento de opiniones doctrinarias acerca de que debe entenderse por “asunto” a efectos de la determinación de su “monto” en orden a establecer la admisibilidad del recurso de casación, en general los autores que se han ocupado entre nosotros del recurso de casación (salvo Tarigo ya en 1980), no han cuestionado ni la conclusión de la Corte de Justicia del Gobierno de Facto ni la de la Suprema Corte de Justicia que volvió a instalarse con el retorno a la Democracia, conforme a las cuales el “asunto” cuyo monto debe considerarse es el objeto inicial del proceso (interpretación referida al “asunto” cuyos fundamentos, por otra parte, nunca he podido encontrar expresados).

Y como párrafos atrás ya he señalado, esta ausencia de cuestionamientos me alcanzó también a mi hasta el pasado año 2016, cuando luego de muchos años de repetir que el “asunto” cuyo monto debía considerarse para determinar la admisibilidad del recurso de casación era el fijado en la demanda, en ocasión de profundizar el estudio del objeto del proceso (Abal Oliú, 2015, 194-213) y de las variaciones que el mismo va sufriendo a lo largo de su desenvolvimiento, entreví que podría no ser ni lógico ni tampoco ajustado a

la normativa vigente el que el “asunto” en cuestión fuera el planteado originalmente por el actor, sin tomar en cuenta lo diferente que podía llegar a ser ese asunto del que luego debía resolver la Suprema Corte de Justicia en mérito a un recurso de casación.

¿Por qué habría que atender al objeto del proceso que conforme al numeral 6 del art. 117 debe valorar el actor en su demanda a los efectos de fundar la competencia del juzgado, y no al objeto del proceso que debe resolver la Suprema Corte de Justicia en razón del recurso de casación?

¿Por qué me atrevo a entender que esa interpretación de la Suprema Corte de Justicia, aceptada en forma general sin cuestionamientos, es equivocada?

Pues, en primer lugar, por cuanto el “asunto” que debe resolverse en un proceso jurisdiccional no es otra cosa que el objeto de ese proceso jurisdiccional.

Y entonces, y en segundo lugar, porque ese “asunto” (es decir ese objeto del proceso) en realidad va variando a lo largo del mismo, y muy a menudo no es el mismo el objeto a resolver que el planteado originalmente.

Es que ese objeto del proceso puede variar, ampliándose, en razón de, por lo menos, la modificación de la demanda por el actor (art. 121.1 C.G.P.), algún supuesto de oposición del demandado (excepción de prescripción extintiva, excepción de contrato no cumplido), la reconvencción del demandado, algún supuesto de oposición del actor a la reconvencción (también cuando alega excepción de prescripción extintiva o excepción de contrato no cumplido), la alegación de hechos nuevos, la oposición a ello (por las mismas defensas de prescripción extintiva o excepción de contrato no cumplido), la modificación de la pretensión sin alegar hechos nuevos en los “procesos de interés social” (art. 250.3 del C.G.P.), la modificación de la requisitoria en etapa de ejecución, la decisión errónea del tribunal pero consentida por los interesados principales, la acumulación de autos, la integración posterior de un litisconsorcio necesario, la citación en garantía, los intereses generados durante el trámite del proceso, la condena en costas o en costas y costos, etc.

Y, por otro lado, ese mismo objeto del proceso planteado inicialmente en la demanda puede variar, ahora restringiéndose, por la misma modificación de esa demanda (art. 121.1 C.G.P.), por el desistimiento parcial del actor (o

del demandado, en lo que pueda corresponderle), por el allanamiento (sobre todo parcial), por la transacción, por decisión errónea del tribunal pero consentida por los interesados, por la impugnación de la sentencia con recursos de apelación o casación solo parciales, etc.

Además no solo se trata de que el objeto del proceso en sí mismo puede ampliarse o restringirse durante el trámite, sino que aún sin que se amplíe o se restrinja, puede variar no ya el objeto del proceso (el “asunto”) sino el monto de ese objeto del proceso, entre la demanda y el momento en el que se recurre en casación (no solamente por aumentos o disminuciones del valor de los bienes que forman parte de ese objeto del proceso concreto, sino también por aumentos o disminuciones del valor de la moneda en relación por ejemplo al dólar norteamericano, o por variaciones en la cotización de la de U.R. desde el inicio del proceso y el momento en que se presenta el recurso de casación).

En tercer lugar, debemos considerar que la interpretación del término “asunto” que realiza la Corporación no es correcta, puesto que ninguna de las disposiciones legales correspondientes (art. 268 y 269 del C.G.P.), ni tampoco –ni siquiera tangencialmente– otras disposiciones legales, establecen que el asunto (es decir el objeto del proceso) cuyo monto debe considerarse sea –contra lo que el sentido común parece indicar que debería ser– el objeto del proceso que fue planteado inicialmente en la demanda y no el que debe resolver la Suprema Corte de Justicia en atención a un recurso de casación.

En cuarto lugar, porque no debería nunca decirse que para determinar cuál es el “asunto” a tomar en cuenta para admitir un recurso de casación (y no me refiero ahora a normas que indiquen como calcular el “monto” del asunto), existan en nuestro Derecho normas nacidas por integración a través de la analogía con normas resultantes de la ley n° 15.750; en tanto lo que en esa ley n° 15.750 se establece es en todo caso como debe calcularse el “monto” o “cuantía” de un “asunto” (título del capítulo IV), o de la “cosa disputada” (art. 35, 38, etc.), o de la “materia” (arts. 44, 48, etc.), o de “del juicio” (art. 43), etc., a efectos de establecer cual órgano es aquel ante el que debe presentarse una demanda y, en cambio, para nada se dispone con esas normas respecto a cuál es el “asunto” que debe ser cuantificado para admitir un recurso de casación, cosa obviamente diferente (ello sin perjuicio de que más adelante analizaré si existen normas nacidas por integración a través de la analogía para calcular el “monto” del asunto –una

vez más, no para determinar cuál es el asunto— sometido a resolución de la Suprema Corte de Justicia).

En quinto lugar, porque cuando en los arts. 269 y 269 del código el legislador refiere al “asunto”, ni siquiera emplea el mismo término que utiliza en el numeral 6 del art. 117, cuando establece que el actor deberá indicar el valor de la “causa” (en disposición que siempre se entendió que se había establecido a efectos de que el actor explicara por qué a su entender el juzgado ante quien se presentaba la demanda era competente en razón de la cuantía del proceso).

Y, por último, y esto pareciera ser lo más importante, porque la explícita finalidad de esta tan criticada (salvo por la Suprema Corte de Justicia) limitación de la admisibilidad del recurso no es otra -y por demás no podría ser otra- que la de evitar que la Corporación tenga que resolver recursos de casación sobre cuestiones que comparativamente tienen poca importancia económica; y es más que obvio que si, solo como ejemplo, ha mediado un desistimiento, allanamiento o transacción parcial, o ha mediado un aumento de la importancia económica en razón de los intereses generados por una deuda desde la demanda, etc., lo que deberá resolver la Suprema Corte de Justicia tendrá una importancia económica (un “monto”) bien diferente al de la demanda originaria, pudiendo existir muchos casos en los que un objeto del proceso (un “asunto”) con monto importante al inicio, en razón de por ejemplo una impugnación solo parcial, o de una transacción allanamiento o desistimiento parciales, etc., tendrá luego un monto mucho menos importante, razón por la que —en la obvia intención del legislador— ya dejaría de ser admisible que sea resuelto por la Suprema Corte de Justicia en función de un recurso de casación.

Por todo ello he llegado a esta altura a la convicción de que no habiendo ninguna indicación al respecto ni en el C.G.P. ni en otra ley distinta, debemos entender que el “asunto” cuyo monto debe determinarse para resolver sobre la admisibilidad de un recurso de casación, no es el objeto del proceso inicialmente planteado en la demanda, sino —como parece resultar por demás claro una vez que se analiza la cuestión— el objeto del proceso que debe resolver la Suprema Corte de Justicia en razón del recurso de casación interpuesto.

En otras palabras, lo mismo que ya en 1980 postulaba, por demás muy enfáticamente, el siempre recordado Enrique Tarigo.

Y no puedo concluir el análisis de cuál es el asunto cuyo monto debe tomarse en cuenta para resolver la admisibilidad de un recurso de casación, sin dejar de señalar que cuando la llamada “doble confirmatoria”⁽⁵⁾ de una sentencia sin discordias es solamente parcial (y por ende el recurso de casación solamente refiere a la parte del objeto del proceso sobre la que no existen dos sentencias conformes o existen las mismas pero con al menos una discordia), de acuerdo a lo precedentemente expuesto el asunto cuyo monto debería tomarse en cuenta para controlar la admisibilidad de la casación es solamente esa parte del objeto del proceso sobre la que no existió la “doble confirmatoria” o existió pero mediando una discordia (en otras palabras, sobre la el objeto del proceso efectivamente presentado a resolución de la Suprema Corte de Justicia).

¿Cómo se debería determinar el “monto” del asunto a efectos de analizar la admisibilidad de un recurso de casación?

Conforme a lo expuesto en el apartado anterior, partamos para considerar el problema planteado en este nuevo apartado de que el “asunto” –es decir el objeto del proceso– cuyo monto debe determinarse, no es el planteado inicialmente en la demanda, sino el que verdaderamente tiene que resolver la Suprema Corte de Justicia.

Nada indican tampoco en especial ni el C.G.P. ni otras leyes –salvo una disposición sobre procesos vinculados a arrendamientos que luego indicaré– respecto a cómo se debe determinar el “monto” del asunto que nos ocupa; es decir, el valor del objeto del proceso que, en virtud de un recurso de casación, puede eventualmente quedar sometido a consideración de la Suprema Corte de Justicia.

Y bien, aún reconociendo que no hay ninguna disposición que lo establezca, la Suprema Corte de Justicia ha entendido que para establecer el “monto del asunto” –que a su entender y como ya expliqué sería el “valor de la causa” al tiempo de la demanda– deberían seguirse las reglas que establecen los arts. 35 y siguientes de la ley n° 15.750.

Por mi parte naturalmente que comparto que para que el actor establezca en su demanda el “valor de la causa” (conforme lo indica el numeral 6 del art. 117 del código), debe atender a lo que establecen los arts. 35 y siguientes de esa ley n° 15.750. Y ello es así porque esa norma del numeral 6 del art. 117 del C.G.P. fue precisamente establecida para que el actor declarara cual era la “cuantía” del objeto del proceso planteado en la demanda, a efectos de fundar la competencia del juzgado en función de esa cuantía, y ello remite directamente a esas normas que establece la ley no. 15.750 para determinar a tal efecto la cuantía de una causa.

Mas, como de lo que se trata cuando estamos ante las normas que regulan el recurso de casación es de la admisibilidad del recurso y no de la competencia de órganos jurisdiccionales, puede entenderse que quizás no son necesariamente esas reglas de la ley n° 15.750 –establecidas exclusivamente para determinar una competencia orgánica que luego es inmutable aunque varíe la importancia económica del objeto del proceso– las que deben atenderse para establecer el “monto” de ese “asunto” que, a través de un recurso de casación se solicita que resuelva la Suprema Corte de Justicia.

Si así fuera quizás lo que debería hacerse es una estimación por el recurrente de cual es el monto del objeto del proceso al momento en que solicita que sea sometido a la resolución de la Suprema Corte de Justicia, fundándose para hacerlo en la verdadera cuantía del objeto que tiene a esa altura el proceso si es ponderable en dinero. Se trataría así de lo que resulta de aquella sentencia de la Corporación que transcribe Landoni Sosa:

(...) ese tope debe fijarse atendiendo a valores reales, como lo es el ‘comercial’ del o de los bienes materia de la relación jurídica discutida, pues es éste y solo éste el que traduce con propiedad la importancia económica de un asunto ventilado ante los Tribunales de Justicia y no los valores fictos atribuidos a los bienes por leyes especiales con una finalidad igualmente especial. (Landoni Sosa, 1989, 27).

¿No corresponde entonces tomar en cuenta a este efecto las reglas que establece la ley n° 15.750 para cuantificar el “valor” de un objeto del proceso, en orden a determinar la competencia orgánica en razón de la “cuantía”?

En realidad, y por mi parte entiendo que sí deben tomarse en cuenta. Se trata de que la “ratio legis” que existió para establecer las reglas de los arts. 35 y sigts. de la ley n° 15.750 –reglas que indican como se debe determinar el monto del objeto inicial del proceso– es una “ratio legis” que también resulta aplicable al caso análogo que se presenta cuando se trata de determinar cuál es el monto del objeto del proceso que se quiere someter a resolución de la Suprema Corte de Justicia por un recurso de casación. Por ende, aún no habiendo normas específicas resultantes de concretas disposiciones legales, debe entenderse que existen reglas para indicar como se debe determinar este último monto al que me he referido, y que ellas nacen por integración a través de la analogía (art. 15 C.G.P.) con las que establecen los citados artículos de la ley n° 15.750.

En consecuencia, para determinarse por el recurrente el monto del asunto, es decir del objeto del proceso, que pretende que se resuelva por la Suprema Corte de Justicia, deberá por lo pronto seguir las reglas que establecen dichos artículos de la citada ley, adaptadas naturalmente al planteo de un recurso de casación.

De esta manera entiendo que serán de aplicación para calcular el “monto” del “asunto” sometido a la Suprema Corte de Justicia por un recurso de casación, las reglas del art. 36 (tomando en cuenta el valor catastral actualizado al momento de la recurrencia); del art. 37 (aunque en este caso el recurrente en casación deberá estimar el monto tomando en cuenta las modificaciones que pudiera haber sufrido el asunto desde la demanda hasta el momento de la impugnación); del art. 38 (bien que en este otro caso el recurrente deberá estimar nuevamente el monto tomando en cuenta las modificaciones que pudiera haber sufrido el bien desde la demanda hasta la recurrencia, y la contraparte oponerse al evacuar el traslado del recurso); del art. 39 (aplicable al supuesto en el que la contraparte del recurrente se opusiere al valor del bien mueble estimado por el recurrente según el anterior artículo); de los arts. 40, 41 y 42 (tomando en cuenta el valor catastral actualizado al momento de la recurrencia); del art. 45; de los arts. 46 y 47 (pero no tomando en cuenta las variaciones del monto del asunto que tengan lugar a partir de la interposición del recurso de casación, aunque claro que sí todas las anteriores); y del art. 49 (actualmente la acordada n° 7.826 del 22 de octubre de 2013, en redacción dada por la acordada n° 7.836 del 20 de abril de 2015, estableció a los efectos de la competencia que la cuantía de los asuntos no susceptibles de apre-

ciación pecuniaria es de \$ 4:000.000, lo que equivale actualmente a algo más de 4.000 U.R.; pero si el valor de la U.R. varía antes de que se fije por la Corporación un nuevo monto, esa suma de \$ 4:000.000 podría ser inferior a 4.000 UR, y sin duda es inferior a 6.000 U.R.).

Y entiendo que en cambio y por lo menos no serán de aplicación al efecto considerado ni las reglas del art. 43, ni las del art. 44 ni las del art. 48 de la ley n° 15.750, puesto que ellas solamente atienden a resolver cuál o cuáles “asuntos” (objetos del proceso) se toman en cuenta para determinar un único “monto” (para la competencia), pero no establecen cómo es que se calcula el “monto” del o de los asuntos (del o de los objetos del proceso), que es lo que ahora nos interesa.

Aparte de todo lo anterior y para un caso singular, debe recordarse que cuando se trata de un recurso de casación en proceso relativo a arrendamientos, una norma especial establece como determinar el monto del asunto sometido a resolución de la Suprema Corte de Justicia. Dicha norma resulta del art. 377 de la ley n° 16.320 de 1991, según el cual debe estarse a tal efecto a lo que dispone el art. 40 de la ley n° 15.750 (artículo este último de acuerdo al cual el monto debe estimarse en el valor real de la propiedad fijado por Catastro –se debe entender que el valor catastral al momento de interponer el recurso de casación– salvo que se hubieren acompañado documentos de los que resulte que el valor es otro); añadiéndose que “en su defecto la cuantía se fijará por un monto equivalente a sesenta veces el alquiler mensual vigente al momento de deducirse la pretensión correspondiente”.

Naturalmente que en todos los casos una vez determinado en moneda nacional) el “monto” del “asunto” a resolver la Suprema Corte de Justicia, deberá calcularse cuantas Unidades Reajustables representa el mismo, empleando al efecto el valor de la Unidad Reajutable al momento de presentarse el recurso de casación.

En casos de litisconsorcio, acumulación objetiva de pretensiones, reconvencción, citación en garantía, tercería excluyente o acumulación de autos, para calcular el “monto” ¿deben sumarse los montos de todos los objetos del proceso o considerarse a cada una de ellos por separado?

Tratándose de un recurso de casación presentado por un litisconsorcio activo necesario o contra un litisconsorcio pasivo necesario, correspondería concluir que la Suprema Corte de Justicia debe resolver un único objeto del proceso, por lo que el asunto cuyo monto debe estimarse es la totalidad del (único) objeto del proceso que existirá (o subsistirá) en razón de dicho recurso de casación.

Distinto es el caso de un recurso de casación presentado por un litisconsorcio activo facultativo o contra un litisconsorcio pasivo facultativo, por cuanto en ambos supuestos la Suprema Corte de Justicia deberá resolver dos objetos procesales diferentes, que conforme al art. 45 del C.G.P. comprenden a “litigantes” que –con toda lógica– deben ser considerados como “independientes”.

La Suprema Corte de Justicia ha entendido, en general aunque con alguna discordia, que en el supuesto de litisconsorcios facultativos es de aplicación una regla nacida por integración a través de la analogía con lo dispuesto por el art. 43 o quizás por el art. 48 de la ley n° 15.750, por lo que en virtud de norma nacida a través de la integración analógica el monto a considerar para la admisibilidad del recurso sería la suma de los montos de los diferentes objetos del proceso que se han acumulado.

Así, y solamente como ejemplo, ha dicho en sentencia n° 270/2002 (transcrita por ejemplo en sentencia n° 539/2013), la Suprema Corte de Justicia ha expresado:

En los casos como el de autos que en una misma demanda se plantean a la vez varias acciones, según el art. 43 de la Ley No. 15.750, se determinará la cuantía del juicio por el monto a que ascendieron todas las acciones entabladas. Si bien se reconoce que el art. 269.3 del C.G.P. establece un requisito de admisibilidad del recurso de casación y el art. 43 de la Ley No. 15.750 trata de una regla para determinar la competencia, más allá de la diferencia apuntada, subyace una situación aná-

loga. Ninguno de los artículos citados en sede de casación prevén el modo de determinar la cuantía en caso de litisconsorcio, dándose pues un vacío legal ante el cual se debe recurrir a los fundamentos de las Leyes que rigen situaciones análogas (art. 15 C.G.P.). Por lo tanto, cuando se entablan varias acciones el monto del asunto está dado por el total de todas ellas (Cf. Sent. No. 17/93).

Y lo mismo ha manifestado cuando en lugar de litisconsorcios activos o pasivos facultativos de lo que se trata es de una acumulación objetiva de pretensiones, o cuando se trata de una reconvención (y en este último caso aplicando norma que habría nacido por integración analógica con lo dispuesto en el art. 44 de la referida ley), o una citación en garantía

Sin embargo, las citadas disposiciones –dirigidas a determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales en función de la importancia económica del asunto– no están indicando como es que se debe calcular el monto del objeto del proceso, sino algo diferente: cual es el o los objetos del proceso cuyo monto debe tomarse en cuenta (esto es, el problema que ya he analizado en el apartado 3 precedente).

Por ende, no parece para nada correcto ni mucho menos razonable pretender aplicar para calcular el monto del objeto del proceso que determinará la admisibilidad de un recurso de casación, reglas que lo que están indicando no es cómo se debe calcular ese monto, sino que lo que están regulando es cuál o cuales son los objetos del proceso (los asuntos) cuyo monto debe tomarse en cuenta (para establecer la competencia o incompetencia de un juzgado).

Esto último es otro problema que ya analicé en el apartado 3, concluyendo que cuando se trata de determinar la admisibilidad de un recurso de casación ese objeto será el que continúa existiendo a partir de la interposición del correspondiente recurso de casación. Y si son varios los objetos del proceso en mérito a una acumulación de pretensiones, una reconvención, una citación en garantía, una tercería excluyente (y aún una tercería de dominio o de mejor derecho) o una acumulación de autos, habrá que establecer cuál es el monto de cada uno de los objetos comprendidos y luego analizar cuáles de ellos, en función de sus correspondientes montos, es admisible que sean resueltos por la Suprema Corte de Justicia (lo que eventualmente determinará que, siendo varios objetos y según sus correspondientes montos, al-

gunos de ellos sean admisibles y otros no lo sean, o ninguno de ellos sea admisible o todos ellos sean admisibles).

Y me permito añadir a todo lo anterior que si ambas partes son las recurrentes en casación (o aún si una de ellas adhiere al recurso), no se deberán nunca sumar los montos de los correspondientes asuntos, sino que, naturalmente, debe considerarse por separado.

¿Cuándo deben las partes declarar el monto del asunto a efectos de un recurso de casación y cuándo ello debe controlarse por el tribunal?

Dado que el asunto (o los diversos asuntos) sobre el cual se solicita resolución a la Suprema Corte de Justicia será el que proponga quién impugne por recurso de casación la sentencia de segunda instancia, y que por ende el monto que debe determinarse para considerar la admisibilidad del recurso es el de dicho asunto (esto es, el de dicho objeto del proceso), el momento en que debe evaluarse el asunto es necesariamente el momento en el que se interpone dicho recurso de casación.

Por ende, será al recurrente en casación a quién corresponderá indicar cual es dicho monto, haciéndolo (es decir fundándolo) en la forma que he señalado en los precedentes apartados 4 y 5 y agregando los comprobantes documentales que pudieran corresponder. Lo mismo corresponderá hacer a quién adhiera al recurso de casación interpuesto por su contraparte.

Lo expresado por el recurrente será aprobado o rechazado por el tribunal ante quien se presenta el recurso al momento de resolver si es admisible el recurso y si debe elevarse a la Suprema Corte de Justicia (y estrictamente aún antes, al momento de analizar el cumplimiento de los requisitos procesales formales del acto de recurrencia, antes de dar traslado del mismo). Ello sin perjuicio de que la evaluación del objeto del proceso por parte del recurrente puede ser también objetada por la contraparte (y luego resuelto por el tribunal).

En todo caso y conforme a lo que dispone el art. 276.3 la Suprema Corte de Justicia deberá volver a examinar la admisibilidad del recurso, y eventualmente a declararlo inadmisibile, aún cuando el órgano jurisdiccional de segunda instancia hubiera declarado lo contrario.

Agrego, por último, que si el recurrente no explica y fundamenta el monto del asunto que somete a resolución de la Suprema Corte de Justicia, al no existir para ello regla similar a la establecida en el art. 119.1 para la demanda⁽⁶⁾ debería declararse inadmisibile su recurso.

Conclusiones

Primero: No se presenta como lógico ni tampoco ajustado a la normativa vigente, que el “asunto” cuyo “monto” debe considerarse para determinar la admisibilidad de un recurso de casación sea el objeto del proceso planteado originalmente por el actor en su demanda, pues ello implicaría no tomar en cuenta lo diferente que suele ser ese asunto (ese objeto del proceso) del que luego debe resolver la Suprema Corte de Justicia en mérito a un recurso de casación, dadas las múltiples variaciones que por ampliación o restricción suele tener el objeto del proceso a lo largo del trámite.

No solamente en ninguna disposición se establece –ni indirectamente– que el asunto que debe evaluarse para admitir el recurso de casación sea el planteado originalmente en la demanda, sino que aceptar que así sea implica desconocer que la finalidad de la limitación legislativa del recurso por monto del asunto fue –manifiesta y únicamente– la de que solamente los asuntos de alta y objetiva importancia económica pudieran someterse a resolución de la Corporación. Y si inicialmente el objeto del proceso planteado en la demanda es importante, a menudo sucede que el objeto del proceso sometido a resolución de la Suprema Corte de Justicia ya no lo es, y viceversa.

Por ende, el asunto –es decir el objeto del proceso– cuyo monto debe tomarse en cuenta para resolver la admisibilidad de un recurso de casación, no puede ser otro que aquel objeto del proceso que, en definitiva y merced al recurso de casación interpuesto, quedaría a resolución de la Suprema Corte de Justicia.

Segundo: Para determinarse por el recurrente el monto del asunto (es decir del objeto del proceso) que pretende que se resuelva por la Suprema Corte de Justicia, el mismo deberá por lo pronto seguir las reglas que establecen los artículos de la ley n° 15.750, adaptadas naturalmente al planteo de un recurso de casación y excluyéndose por ejemplo las que resultan de los arts. 43, 44 y 48, en tanto las mismas no están dirigidas a resolver cómo se

debe calcular el “monto” del o de los asuntos (del o de los objetos del proceso), sino a indicar cuál o cuáles “asuntos” (objetos del proceso) se deben tomar en cuenta para determinar el único “monto” que definirá la competencia (y resulta que el problema de cuál es el asunto que deben tomarse en cuenta para admitir la casación ya está resuelto en la forma indicada en el apartado anterior de este trabajo).

Tercero: Tratándose de un recurso de casación presentado por un litisconsorcio activo necesario o contra un litisconsorcio pasivo necesario, corresponde concluir que la Suprema Corte de Justicia debe resolver un único objeto del proceso, por lo que el asunto cuyo monto debe estimarse es la totalidad del (único) objeto del proceso que existirá (o subsistirá) en razón de dicho recurso de casación.

Distinto es el caso de un recurso de casación presentado por un litisconsorcio activo facultativo o contra un litisconsorcio pasivo facultativo, por cuanto en ambos supuestos la Suprema Corte de Justicia deberá resolver dos objetos procesales diferentes.

Asimismo, si son varios los objetos del proceso en mérito a una acumulación de pretensiones, una reconvencción, una citación en garantía, una tercería excluyente (y aún una tercería de dominio o de mejor derecho) o una acumulación de autos, habrá que establecer cuál es el monto de cada uno de los objetos comprendidos y luego analizar cuáles de ellos, en función de sus correspondientes montos, es admisible que sean resueltos por la Suprema Corte de Justicia (lo que eventualmente determinará que, siendo varios objetos y según sus correspondientes montos, algunos de ellos sean admisibles y otros no lo sean, o ninguno de ellos sea admisible o todos ellos sean admisibles).

Cuarto: El momento en que debe evaluarse el asunto para establecer la admisibilidad o no de un recurso de casación, es necesariamente el momento en el que se interpone dicho recurso de casación.

Será al recurrente a quién corresponderá indicar cual es dicho monto, haciéndolo (es decir fundándolo) en la forma que he señalado en los precedentes apartados 4 y 5 y agregando los comprobantes documentales que pudieran corresponder. Lo mismo corresponderá hacer a quién adhiera al recurso de casación interpuesto por su contraparte.

Lo expresado por el recurrente será aprobado o rechazado por el tribunal ante quien se presenta el recurso, sin perjuicio que en todo caso y conforme a lo que dispone el art. 276.3 la Suprema Corte de Justicia deberá volver a examinar la admisibilidad del recurso, y eventualmente a declararlo inadmisibile, aún cuando el órgano jurisdiccional de segunda instancia hubiera declarado lo contrario.

Si el recurrente no explica y fundamenta el monto del asunto que somete a resolución de la Suprema Corte de Justicia, al no existir para ello regla similar a la establecida en el art. 119.1 para la demanda debería declararse inadmisibile su recurso.

Referencias

- AA.VV. (1981). Mesa Redonda. Experiencia Nacional en materia de Casación Civil. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (1), 70.
- Abal Oliú, A. (2016). *Derecho Procesal*, tomo 5. Montevideo: F.C.U.
- Blanco, C., González Piano, M. del C. (2000). Evaluación del Código General del Proceso. Casación: su formulación, *VII Jornadas Nacionales de Técnica Forense*, Maldonado (pp. 26-30).
- Bruno Mentasti, D. P. (2000). Múltiples cuantías posibles de un mismo asunto y monto habilitante del recurso de casación. *Revista de Técnica Forense*, (11), 37-43.
- Chediak, J. y Nicastro, G. (2012). El recurso de casación en nuestros tiempos: la experiencia nacional a más de veinte años de la entrada en vigor del Código General del Proceso. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (2), 10-41.
- Elizalde, J. L. (2000). Recurso de casación. *VII Jornadas Nacionales de Técnica Forense*, Maldonado (pp. 103-104).
- Gelsi Bidart, A. (1980). Casación y unidad reajutable. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (2).
- Giuffra, C. (2017). *Los recursos judiciales en el Código General del Proceso*, tomo 2. Montevideo: F.C.U.
- Landoni Sosa, Á. (Dir.) (2004). *Código General del Proceso*, Vol. 2B. Buenos Aires: B. de F.
- Landoni Sosa, Á. (2015). El recurso de casación. *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo, (pp. 234-235).

- Landoni Sosa, Á. (1989). Recurso de casación civil. En Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. *Curso sobre el Código General del Proceso*. Tomo 2. Montevideo: F.C.U.
- Leles Da Silva, M. y Nicastro, G. (2010). Recurso de casación. Aspectos procesales en la Jurisprudencia actualizada a 2011. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (3-4), 801-805.
- Parga Lista, R. y Messere Ferraro, Á. (2001). Pautas para la determinación del monto mínimo habilitante en el recurso de casación. *Revista de Técnica Forense*, (10), 127-131.
- Tarigo, E. (2000). Dos limitaciones ‘urgentes’ al recurso de casación. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (2), 361-365.
- Tarigo, E. (1980). Monto mínimo habilitante para interponer el Recurso de Casación. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (1), 77-80.
- Ubilla Gutiérrez, D. (2000). Casación: su formulación. *VII Jornadas Nacionales de Técnica Forense*, Maldonado, (pp. 167-169).
- Vescovi, E. (1985). *Derecho Procesal*, tomo 6, 2da. Parte. Montevideo: Idea.

Notas

¹ Sentencia n° 255/2012 (suma 1058 en “Anuario de Jurisprudencia 2012-2013”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal* N. 2 (2014): 855).

² Sentencia n° 239/2013 (suma 1063 en “Anuario de Jurisprudencia 2012-2013”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal* N 2 (2014): 859).

³ Sentencia n° 271/2015 (suma 948 en “Anuario de Jurisprudencia 2014-2015”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal* N 2 (2015): 861).

⁴ Sentencia n° 1309/2015 (suma 950 en “Anuario de Jurisprudencia 2014-2015”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal* N 2 (2015): 862). Cu-

riosamente en esta sentencia, reiterando lo que a menudo suele expresarse en otras sentencias de la Suprema Corte de Justicia cuando se hace referencia a este tema, se dice que “*el monto o cuantía*” se “*acredita*” con la declaración que el actor debe hacer en su demanda respecto a cuál es el “valor de la causa”, siendo que, como es de toda evidencia, esa declaración nada “*acredita*” ni podría acreditar, tratándose tan solo de una necesaria declaración de quien presenta la demanda pero que no prueba absolutamente nada.

⁵ Nunca comprendí por qué cuando existe una sentencia de segunda instancia que confirma la de primera instancia se dice que se está ante una “doble confirmatoria”, desde que en ese caso no hay dos sentencias que “confirmen” a una primera sentencia, sino tan solo una sentencia de segunda instancia que confirma a la sentencia de primera instancia (hay una sola “confirmatoria”). Si se quiere el supuesto en cuestión podría ser en todo caso de “doble acogimiento de la pretensión” o algo parecido, pero estrictamente nunca de “doble confirmatoria”.

⁶ Regla que (si es que no pudiera entenderse que ya existe por integración a través de la analogía con el art. 119.1 C.G.P.), en una revisión del código parecería razonable prever para, entre otros actos, la contestación de demanda y la interposición de recursos.

Ricardo Oliveira Rotondano 

Entre monogamia e poliamor: o futuro da família no Brasil

*Entre monogamia y poliamor:
el futuro de la familia en Brasil*

*Between monogamy and polyamory:
the family's future in Brazil*

Resumo: *O modelo de família ocidental tradicional, que durante séculos vigorou como única forma de convivência afetiva válida na sociedade, tem as suas concepções de legitimidade moral universal combatidas pelos pressupostos pós-modernos. As transformações de cunho filosófico-social ocorridas na sociedade ocidental contemporânea colocam em evidência a contestação de antigos dogmas supostamente universais, como a obrigatoriedade da forma monogâmica de convivência amorosa. Neste âmbito, surgem novos modelos de organização familiar e de afetividade, todos eles válidos e legítimos segundo uma ordem que se propõe pluralista e intercultural, que valoriza a diversidade e a diferença. Neste interim, as relações poliamorosas ganham cada vez mais destaque, despontando como práticas socioculturais que desafiam a supremacia histórica da entidade familiar monogâmica no ocidente.*

Palavras-chave: *poliamor, monogamia, família, pós-modernidade.*

Resumen: *El modelo de familia occidental tradicional, que durante siglos ha sido la única forma válida de convivencia afectiva en la sociedad, tiene sus concepciones de legitimidad moral universal confrontadas por los presupuestos pos-modernos. Las transformaciones de cuño filosófico-social ocurridas en la sociedad*

 Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Gama Filho. Bolsista da CAPES. Advogado.

 rotondanor@gmail.com

occidental contemporánea ponen en evidencia la respuesta de antiguos dogmas supuestamente universales, como la obligatoriedad de la forma monogámica de convivencia amorosa. En este ámbito surgen nuevos modelos de organización familiar y de afectividad, todos ellos válidos y legítimos según un orden que se propone pluralista e intercultural, que valora la diversidad y la diferencia. En el ínterin, las relaciones poliamorosas ganan cada vez más destaque, emergiendo como prácticas socioculturales que desafían la supremacía histórica de la entidad familiar monogámica en occidente.

Palabras clave: *poliamor, monogamia, familia, posmodernidad.*

Abstract: *The traditional western family model, which for centuries has been the only valid form of affective coexistence in society, has its conceptions of universal moral legitimacy opposed by postmodern presuppositions. The philosophical-social transformations that took place in contemporary western society highlight the challenge to ancient supposedly universal dogmas, such as the compulsory monogamous form of loving coexistence. In this context, new models of family organization and affectivity emerge, all of them valid and legitimate according to a pluralistic and intercultural order that values diversity and difference. In the meantime, polyamor relations gain increasing prominence, emerging as sociocultural practices that challenge the historical supremacy of the monogamous family entity in the West.*

Keywords: *Polyamory, Monogamy, Family, Postmodernity.*

Recibido: 20170602

Aceptado: 20180206

A família monogâmica no contexto histórico ocidental

O termo “família” é de origem latina, tendo surgido na Roma Antiga derivada de *famulus*, que significa “servidor”, não obstante conter significado diferente do que atualmente entendemos por esta palavra. Pois bem. Maria Engrácia Leandro ensina que, na Roma Antiga, “família” referia-se ao conjunto dos escravos e dos servidores, mas também a toda a *domus* (casa); “isto é, todos os indivíduos que vivem sob o mesmo tecto e os bens patrimoniais pertencentes a essa casa, numa hierarquia que mantinha, por um lado, o senhor e, por outro, a mulher, os filhos e os servidores, vivendo sob a sua dominação” (Leandro, 2006, 52).

A referida autora enuncia ainda que “família” chegou a significar, por extensão, os *agnati* – parentes pertencentes à linha paterna – e os *cognati* – parentes concernentes à linha materna, assim como o conjunto dos parentes unidos pelo mesmo laço sanguíneo. Contemporaneamente, houve a reunião destas diversas unidades de parentesco, sendo alcunhada de família alargada ou parentela; seja como for, tais unidades de parentesco tem variado de extensão conforme as diferentes localidades, as épocas, os grupos sociais e as circunstâncias dentro das quais estão inseridas (Leandro, 2006, 52).

Como aponta Thomas Burton Bottomore (2008, 164), a entidade “família” é um fenômeno social universal, que exerce funções fundamentais para a vida humana. É o que igualmente aduz Anthony Giddens (2001, 99), entoando que a família é uma instituição básica da sociedade civil. Inegável atestar, desse modo, que a família guarda com a sociedade uma intrínseca relação de fundamentalidade. Entretanto, tal preceito não conduz necessariamente à conclusão de que a família possua a mesma estrutura em locais e épocas distintos; pelo contrário, os grupos familiares guardam diferenças substanciais históricas em sua formação (Bottomore, 2008, 166). Assim sendo:

Historicamente, o que podemos dizer de mais fundamental, é que a família, sendo uma instituição ancestral, universal, de formação multi-

variada e culturalmente determinada, tem sabido resistir e adaptar-se a todas as transformações e mutações familiares e sociais, tendo ela própria participado, enquanto *sujeito-actor*, nessa mesma dinâmica social ao longo dos tempos. Ora, de uma tal observação pode retirar-se um corolário bem interessante: por todo o lado, a família é uma instituição basilar a ponto de que, até ao presente, nenhuma sociedade consegue passar sem ela, apesar de todas as transformações e mesmo mutações, os pessimismos, os discursos sobre a crise da família e até de alguns considerarem que uma sociedade sem família é possível (Leandro, 2006, 52).

Não obstante alguns autores reconhecerem a monogamia como única modalidade de entidade de família na história (Roudinesco, 2002, 16-18), existem formas de convivência que extrapolam o modelo binário de relação homem-mulher, tanto em períodos históricos anteriores como também na atualidade. Nas últimas décadas, ganhou força no seio dos países ocidentais a tese alcunhada “poliamor”, que condiz com as relações afetivas entre múltiplas pessoas – seja em uma união estável e duradoura, ou em relacionamentos casuais e esporádicos. Esta corrente de novos adeptos às formas plurais de afeto – que, apesar de historicamente existentes, somente em períodos mais recentes foram colocadas em debate público – põem em xeque a dominação secular do padrão monogâmico ocidental.

Antes de adentrar a questão do poliamor, é preciso tecer algumas considerações sobre a monogamia e a sua constituição como modelo de organização familiar ocidental. Entendida historicamente como “o sistema de constituição familiar pelo qual o homem possui uma só esposa ou companheira e a mulher apenas um único marido ou companheiro” (Quadros, 2004, s/p), a monogamia vigorou como forma afetiva obrigatória no ocidente até o século passado, quando enfrentou uma dupla contestação. A típica relação europeia ocidental cristã predominante ao longo dos últimos dez séculos, que engloba a união entre um homem e uma mulher, teve a sua supremacia posta em questionamento pelo crescente movimento homossexual.

A partir do engajamento coletivo em torno das suas demandas, o movimento homossexual conseguiu paulatinamente o reconhecimento dos seus direitos frente aos Estados ocidentais, que negavam aos indivíduos a possibilidade de constituir uma união civil pública e fruir de todas as conse-

quências institucionais deste ato. Embora tais conquistas tenham se iniciado e se disseminado com força e propriedade, a resistência de certos grupos retrógrados e conservadores impedem o reconhecimento de tais direitos em muitos Estados ocidentais, nos quais o engajamento LGBTI persiste.

Neste caminho, inferir do conceito de família monogâmica somente a relação afetiva entre heterossexuais é, inegavelmente, atribuir a esta acepção um caráter excludente e discriminatório. A paulatina conquista dos grupos homossexuais à aceitação social e estatal quanto à sua união familiar não pode ser negada por qualquer trabalho científico que se proponha coerente e libertário. O Brasil não se configura como exceção: cabe enunciar o recente julgamento da ADI 4.277, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como legítima entidade familiar.

Assim sendo, o conceito de família monogâmica se refere a uma relação entre duas pessoas – de mesmo sexo ou de sexos distintos, em uma visão mais atual e inclusiva. De acordo com preceitos pacificados no âmbito jurídico – e, de certo modo, no contexto social – o fator “fidelidade” é relevante nesta seara: a monogamia configura a abstenção mútua entre os parceiros em se relacionarem com demais indivíduos, seja ocasionalmente ou de forma frequente (Diniz, 2004, 125; Gonçalves, 2008, 174; Pereira, 2004, 170; Rodrigues, 2004, 126; Venosa, 2004, 161). Demais formas de relacionamento não-poligâmicas incorrem no poliamor, sobre o qual este trabalho discorrerá em capítulo posterior.

Resta, ainda, esclarecer o contexto histórico dentro do qual a monogamia foi alçada ao modelo unicamente válido no ocidente. A tese mais difundida acerca do surgimento do paradigma monogâmico associa tal evento ao início da concorrência inerente à propriedade privada. Sergio Lessa (2012, 43) explica que em tempos remotos, quando o ser humano ainda vivia em comunidades sem uma organização institucional burocrática, os integrantes daqueles grupos mantinham a sua subsistência através do trabalho cooperativo, repartindo igualmente os frutos daquela produção comunitária. Com o desenvolvimento de novas formas e ferramentas de produtividade, o trabalho se tornou mais eficiente, gerando o excedente da produção. Iniciam-se, então, as disputas pela apropriação privada deste excedente pelos sujeitos.

A transição da sociedade comunitária originária para a sociedade da propriedade privada deveria, essencialmente, abolir as relações afetivas simultâneas entre os indivíduos. Tal necessidade surge, conforme prega Friedrich Engels (1997, 62), ante a exigência de controle da propriedade dentro de cada família, posto que, adotando-se a monogamia, delimita-se estritamente a prole de cada sujeito. Dessa forma, “o Estado organiza a sociedade e, pelo casamento monogâmico, organiza a família” (Lessa, 2012, 44); estabelece-se, assim, a monogamia como principal entidade familiar ocidental, de modo a controlar a sexualidade feminina para que não pairassem dúvidas sobre os herdeiros.

A mulher, então, é destituída das suas funções produtivas, tendo a sua vida social extremamente reduzida, ante a necessidade de controlar sua sexualidade. Conforme aduz Sergio Lessa (2012, 43), “o feminino se converte em uma existência privada, centrada nela própria, localista: ‘do lar’. Sua vida se resume à ordem e à produção doméstica”.⁽¹⁾ Institui-se a família monogâmica patriarcal, com o homem a deter o controle da sociedade – propriedade privada, Estado, comércio. Ante tal panorama, os modelos afetivos que extrapolavam a monogamia passam a ser encarados como nocivos à manutenção da ordem social.

Soma-se a este cenário a ascensão histórica da religião cristã no ocidente, com bases estritamente monogâmicas, e que eleita a religião oficial do Império Romano, alastrou-se com propriedade pelas nações europeias e, posteriormente, pelas colônias do chamado “novo mundo” (Rotondano, 2016, 93). Dessa forma, os países norte-americanos e latino-americanos herdaram dos povos invasores a religião cristã – nas suas mais variadas vertentes e desambiguações – que prosseguiram ao longo do tempo como seitas dominantes entre as referidas populações (Rotondano, 2013, 226), que conseqüentemente adotaram o modelo monogâmico.

Não obstante a majoritária e evidente adesão à monogamia, desponta no ocidente não somente a prática de relações não-poligâmicas – que historicamente sempre existiram – mas o debate público em torno do reconhecimento social e institucional frente a estas relações afetivas. Neste quesito, as teorias acerca do poliamor ganham corpo, gerando discussões de peso entre estudiosos dos mais diversos ramos sociais. O entendimento acerca dos caracteres do poliamor, ainda que de modo sucinto, é tarefa imprescindível para a

continuidade das ponderações realizadas neste escrito.

Breves considerações sobre o poliamor

O conceito de poliamor está ligado inerentemente a um modelo que extrapola as relações binárias monogâmicas (Barker, 2005, 75), envolvendo uma ou mais pessoas adicionais dentro deste quadro afetivo. Ao contrário do que parcela dos estudos apresenta, poliamor não se confunde com poligamia – em que o núcleo familiar agrega três ou mais pessoas.⁽²⁾ Não é necessário que haja uma pluralidade de pessoas dentro de uma relação estável, embora tal situação se enquadre no conceito de poliamor, como ocorre nas relações paralelas ou concomitantes. Para que a relação se enquadre no contexto poliamorista, basta que os conviventes abdicuem da forma monogâmica exclusivista de afetividade; neste quadro, os relacionamentos abertos também são uma forma de poliamor (Pilão y Goldenberg, 2013, 64) – ainda que o núcleo da relação afetiva seja constituído por duas pessoas.

Nesse quesito, interessante a classificação proposta por Antonio Pilão (2015, 393), sobre os modelos de poliamor *abertos* e os *fechados*. Os relacionamentos poliamorosos abertos são configurados pela liberdade que os indivíduos envolvidos na relação têm de se envolverem afetivamente com outras pessoas não integradas à relação nuclear afetiva. Por sua vez, os relacionamentos fechados são aqueles que se assemelham à poligamia, em que o poliamor se restringe às relações afetivas já existentes e compartilhadas igualmente por todos os sujeitos envolvidos – três ou mais pessoas se relacionando mutuamente.

No que, então, consiste o poliamor? A adesão à forma poliamorosa de afetividade envolve uma escolha consciente à prática de relações eticamente não-monogâmicas. Elizabeth F. Emens (2003, 5), nessa toada, elenca cinco princípios concernentes à prática dos indivíduos que optam pelo modelo poliamoroso: autoconhecimento, honestidade radical, consentimento, autoperencimento, além de privilegiar o amor e o sexo ao ciúme. Cada um destes elementos faz alusão a uma característica necessária para a prática poliamorosa de modo harmonioso nos seus mais diferentes modelos.

O autoconhecimento se refere não somente à modalidade de afetividade alcunhada de orientação sexual, mas como uma incessante reflexão acerca

dos sentimentos decorrentes das relações amorosas e sexuais do sujeito. Envolve o questionamento e o aprendizado sobre o ciúme e a possessão, ponderando criticamente sobre o sistema monogâmico culturalmente imposto e entendendo com maior profundidade como se desenvolvem os seus sentimentos e a sua visão de mundo frente a novas experiências de afetividade múltipla e plural que não condizem com o padrão hodiernamente posto.⁽³⁾

A honestidade é um elemento primordial para configurar a relação poliamorosa (Klesse, 2008, 571), vez que tal requisito – em conjunto com o consenso – é o que distingue tais relacionamentos das uniões monogâmicas em que há relações extraconjugais ocultas, em que ocorre a traição. A teoria acerca da infidelidade cai por terra quando encaramos este requisito básico, vez que o conceito de fidelidade conduz àquele sujeito que cumpre com os compromissos pactuados, que é verdadeiro, que não engana o cônjuge (Rios, 2012, 270). Não há o engodo, a ilusão, a mentira: toda a relação poliamorosa é baseada na sinceridade, na lealdade, na abertura consciente para um relacionamento não monogâmico. Enquanto a honestidade reflete a comunicação franca sobre a opção não-monogâmica, a aceitação expressa pelas demais pessoas partícipes da relação poliamorosa é o que, em segundo plano, configura o consenso.

Adentrar uma relação afetiva não significa que a pessoa passe a pertencer à sua parceira ou seu parceiro. O elemento da autopossessão se coaduna exatamente com este fator de posse ou propriedade nas relações, que comumente permeia as uniões monogâmicas (Pilão, 2015, 411). Por sinal, este é um elemento historicamente utilizado pelos homens para a submissão da mulher, objetificando-a e suprimindo a sua sexualidade. O critério da autopossessão prega a liberdade inerente aos sujeitos que se arvoram em uma relação afetiva, de manterem o seu espaço de decisão e ação resguardados das tentativas de dominação alheias.

Por fim, deve-se desmistificar a hodierna associação entre ciúme e amor – quem ama, tem ciúme. Os poliamoristas refletem sobre a incisiva convergência entre os sentimentos de posse e de ciúme, entoando que se atrelar somente a uma parceira ou parceiro por receio de perdê-la ou perdê-lo significa abrir mão de uma ampla gama de possibilidades amorosas e sexuais. Ao revés, as adeptas e adeptos do poliamor valorizam a *compersion* (Emens, 2003, 45), que pode ser traduzido como o sentimento de satisfação ao perce-

ber a felicidade da parceira ou parceiro e de identificar tal pessoa sendo amada por outros indivíduos.

Entretanto, o poliamor ainda enfrenta sério preconceito social ao ser comparado com a poligamia patriarcal praticada em nações islâmicas.⁽⁴⁾ Segundo o lexicógrafo Francisco da Silveira Bueno (1996, 513), a poligamia é definida como o “matrimônio de uma pessoa com muitas outras”. Em outros termos, a poligamia se caracteriza quando três ou mais pessoas se encontram em uma mesma relação conjugal. Nesse sentido, a poligamia seria um conceito amplo, que se subdivide em duas principais facetas: a poliandria – em que uma mulher convive com mais de um homem – e a poliginia – um homem com mais de uma companheira.

Apesar das referidas subdivisões, o presente trabalho abarca a possibilidade da formação de uma entidade familiar poligâmica que não se enquadre em quaisquer destes conceitos: dois homens e três mulheres, duas mulheres e quatro homens, convivência afetiva entre quatro mulheres – as possibilidades são infinitas. Seria, digamos, um conceito *latu sensu* acerca da poligamia, enquadrando-a em seu significado original – visto que “poligamia” é um termo de origem grega, que significa muitos casamentos. Negamos, pois, o enquadramento da poligamia estritamente como poliandria ou poliginia; a poligamia em seu sentido mais amplo não pressupõe, como querem alguns, a “assimetria de gênero, ou seja, há um único polígamo em cada relação” (Pilão y Goldenberg, 2012, 64).

Érica Veras (2013, 71-72) é enfática ao entoar que a poligamia sempre existiu, seja de modo explícito ou de forma velada. A novidade quanto ao referido campo se refere justamente à recente visibilidade que se tem concedido ao tema, inclusive na busca por uma base legal para que sejam reconhecidos na legislação brasileira e mundial, e por conta da visibilidade recente que o modelo poliamoroso em geral tem obtido. A existência da poligamia institucionalizada é frequentemente encontrada em países da parte oriental do globo, em especial as nações islâmicas e muçulmanas (Pilão y Goldenberg, 2012, 64). Entretanto, é possível identificar Estados predominantemente cristãos que sejam tolerantes com a poligamia, como é o caso de Moçambique, relatado por Ana Beatriz Matte Braun (2008, 9):

O leitor não familiarizado com a realidade africana não deve se chocar. Qualquer um que acompanhe a vida aqui percebe que a poligamia é prática relativamente comum. Não causa espanto a ninguém ouvir dizer que determinado homem tem duas ou três mulheres. No entanto, é perceptível a leve tensão que a poligamia causa em locais considerados mais ocidentalizados, como os centros urbanos e até mesmo o meio acadêmico. É como se houvesse uma atmosfera de recriminação constante – a poligamia não faz parte do mundo considerado civilizado, o mundo que o africano teve que adotar por força da colonização.

Não obstante os mais variados e diversos arranjos familiares, percebemos que o casamento monogâmico ainda permanece como a forma de organização nuclear da família que predomina atualmente (Oliveira, 2009, 66). O conservadorismo arraigado em grande parcela doutrinária costuma embasar a constatação de que a monogamia seria uma categoria antropológica e sociológica contraposta e superior aos demais modelos não-monogâmicos (Adovasio et. al., 2008). Nesse sentido, costuma-se disseminar a ideologia de que não seria possível haver vida civilizada sem a organização monogâmica da família (Roudinesco, 2002, 21-22).

Nessa toada, Nayara Hakima D. de Oliveira (2009, 84) aduz ser imprescindível para a reflexão acerca da família a desconstrução de conceitos socialmente prontos, almejando o desprendimento das visões de mundo historicamente arraigadas para que se possa entender as novas configurações familiares. A autora entende que o desafio de buscar reflexões sobre os novos conceitos de família acaba se configurando como uma experiência proveitosa e enriquecedora, abrindo o campo de possibilidades da sociedade contemporânea e rompendo paradigmas já sedimentados.

Tal posicionamento guarda estreita relação com a temática que abordaremos adiante: o pós-modernismo. Em decorrência de tal movimento histórico-social, não somente o dogma familiar monogâmico, mas as “verdades absolutas” em geral se encontram sob grave ameaça. A referida reflexão se reveste de importância ante a obrigatoriedade do sistema familiar monogâmico existente em território brasileiro. Questionar a atual conjuntura social e jurídica e ponderar sobre novas alternativas à família são propostas do mais alto e relevante teor, que pretendemos efetuar a seguir.

O pós-modernismo e a família

A concepção do que seria este fenômeno denominado pós-modernismo não é tarefa fácil – havendo mesmo dúvidas acadêmicas sobre a efetiva emergência ou não da pós-modernidade.⁵ Krishan Kumar (2006, 142) reconhece tal dificuldade, aduzindo que tal construção seria útil, no entanto avessa à maioria das práticas dos pós-modernistas, visto que estes rejeitam a tendência moderna em conceituar. Segundo Kumar, esta aversão se deve ao enclausuramento reflexivo-crítico provocado pela prática de definir, apegando-se a um modelo de racionalidade e objetividade tipicamente modernista.

O principal ponto da crítica pós-moderna, segundo Jeni Vaitsman (1994, 37), está no fato de que o discurso racional moderno, que se pretendia universal, acabou privilegiando os discursos oriundos dos grupos hegemônicos no cenário histórico mundial.⁽⁶⁾ É justamente contra a imposição da cultura ocidental contemporânea que o pós-modernismo emprega um caráter *desconstrutivo* em seus modelos discursivos e culturais. Para a referida autora: “Desconstruir, enquanto noção pós-moderna por excelência, recebeu o significado de provocar uma ruptura em algo que parecia unificado” (Vaitsman, 1994, 38).

Seguindo o referido entendimento, o indivíduo racional e autônomo proveniente da teoria liberal foi dissolvido – ou melhor, desconstruído – em uma multiplicidade de sujeitos parcialmente coincidentes e mutuamente incompatíveis, tendo diferentes identidades e interesses. Nesses termos, a “razão” ou a “verdade” acabam se tornando impossíveis, porque são objetos irrealis (Kumar, 2006, 172). O objetivo da pós-modernidade, neste aspecto, é revalorizar preceitos e modos de vida particularistas que foram esquecidos e rejeitados pela racionalidade dominante, proveniente das nações historicamente vencedoras no cenário global.

A desconstrução pós-modernista é vista por Krishan Kumar (2006, 146-148) como uma reação cultural ao modernismo. Segundo o autor, o pós-modernismo emerge após o movimento modernista abandonar o seu *élan* revolucionário; o modernismo perdeu a capacidade de desafiar e questionar antigos paradigmas. Vigora então, no modernismo, o princípio da autoridade. Como consequência, rompendo com o paradigma vigente, no pós-modernismo impera o princípio da anarquia, que implica uma aposta histórica no ecletismo, na pluralidade, na mudança, na transição.

Esta é igualmente a posição adotada por Boaventura de Sousa Santos (2002, 29). O sociólogo português reflete que “as promessas da modernidade, por não terem sido cumpridas, transformaram-se em problemas para os quais parece não haver solução”. Não há soluções modernas para os problemas modernos; somente a pós-modernidade mostra-se capaz de resolver tais questões. O autor adota posição que denomina *pós-modernidade inquietante* ou *de oposição*, entoando que a problemática oriunda da modernidade deve ser confrontada e substituída pelas soluções inovadoras e revolucionárias fruto da pós-modernidade, sendo esta a única via possível para a construção e edificação de uma teoria crítica.

Ademais, no pós-modernismo, o pluralismo e a diversidade inerentes à sociedade intercultural contemporânea não são rejeitados (Kumar, 2006, 140). Os teóricos modernistas acreditavam no progresso e na ciência, que trariam para todos os campos – seja na política, economia, história – conhecimentos evoluídos a tal ponto que se tornassem únicos, universais. A esperança na obtenção de verdades absolutas para todos os tempos e para todos os povos entra em completa descrença. O decurso temporal revela a impossibilidade humana de obtenção de respostas últimas para as inquietudes do mundo e da sua própria existência:

Relembre-se, como em outro contexto, que as verdades teológicas, metafísicas e racionais que sustentaram durante séculos as expressões de saber, de poder e de racionalidade dominantes não conseguem mais responder inteiramente às inquietações e às necessidades da presente etapa de globalização das relações humanas. Os modelos culturais, normativos, e instrumentais que fundamentaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornaram-se insatisfatórios e limitados. A crescente descrença em modelos filosóficos e científicos que não oferecem mais diretrizes e normas seguras abre espaço para se repensarem padrões alternativos de fundamentação. Os paradigmas que produziram um *ethos*, marcado pelo liberalismo individual, pelo racionalismo instrumental e pelo formalismo positivista, bem como os que mantiveram a logicidade do discurso filosófico, científico e jurídico têm sua racionalidade questionada e substituída por novos modelos de referência (Wolkmer, 2001, 232).

Os pós-modernistas, desse modo, preferem acatar a tese de que existem verdades parciais, variáveis ao longo do espaço e do tempo. Aceitam e valorizam as experiências particularizadas de grupos e indivíduos, rejeitando as ideias totalizantes e unificadoras, seja no aspecto cultural, social, biológico e/ou técnico (Vaitsman, 1994, 43). Sendo assim, quando se fala em pós-moderno, nos mais variados campos – na arte, na arquitetura, na cultura, no texto literário, na economia, na política ou na família – está-se discorrendo acerca da aceitação da coexistência e da mistura de códigos e de mundos, do reconhecimento da heterogeneidade que existe na sociedade contemporânea. Fala-se, sobretudo, de uma heterogeneidade que atualmente se quer reconhecida como legítima. No pós-modernismo, a pluralidade, o particular e o local se contrapõem a ideias de unidade, de geral e universal, que constituem o eixo do modernismo (Vaitsman, 1994, 43).

Sendo assim, para a teoria pós-moderna, todo e qualquer conhecimento crítico deve começar pela crítica do conhecimento, em uma atividade reflexivo-epistemológica radical. O conhecimento-regulação, predominante na era do conhecimento moderna, cede espaço ao conhecimento-emancipação. Boaventura de Sousa Santos (2002, 29-30) explica que “nesta forma de conhecimento conhecer é reconhecer e progredir no sentido de elevar o outro da condição de objeto à condição de sujeito”. O autor denomina este modelo de conhecimento-reconhecimento de “solidariedade”.

Ainda conforme Boaventura de Sousa Santos (2002, 30), mais do que a internalização do conhecimento científico disseminado, deve-se investir no questionamento das verdades postas e na procura por formas de conhecimento que valorizem o princípio da solidariedade. Apesar deste fato, Sousa Santos ressalta que esta é uma barreira difícil de ser enfrentada e superada. As alternativas elaboradas pela teoria crítica moderna, como se sabe, historicamente não lograram sucesso. Segundo o referido autor, a sociedade contemporânea necessita de um pensamento alternativo de alternativas.

A pluralidade exaltada pelos pós-modernistas faz com que a ideia de uma cultura e identidade nacionais seja desfragmentada, dando espaço para as culturas minoritárias, com as mais distintas e diversas características. Desse modo, o pós-modernismo se baseia pela política da diferença, promovendo sociedades pluriétnicas e multifacetadas. A identidade de uma nação, por conseguinte, não é unitária, e sim fluida e mutável (Kumar, 2006, 159). Nesse

sentido, qualquer tentativa de homogeneização cultural e social se caracteriza como uma ameaça ao modelo plural pós-moderno atualmente em ebulição.

Esta é igualmente a lição trazida pelo sociólogo paulista Octavio Ianni (2001, 86), ao entoar que “em lugar de um horizonte cultural único, homogêneo, sedimentado, descortina-se um horizonte cultural diversificado, múltiplo, em movimento”. Segundo o referido autor, “na medida em que as diferentes sociedades, culturas, tradições, línguas e religiões encontram-se, tensionam-se e mesclam-se, emerge a pluralidade de perspectivas” (Ianni, 2001, 86). A homogeneidade de valores ético-culturais, tida como meta a ser alcançada pelos ideais modernistas se revela, em uma análise mais apurada, como incongruente com a valorização de modos de vida diversos – todos eles válidos.

Conforme explica o professor Krishan Kumar (2006, 159), a exaltação da pluralidade pelos pós-modernistas caracteriza o rompimento com um ambicioso – e, de certo modo, tirânico – ideal modernista de alcançar verdades últimas e universais, válidas para todos os povos e para todos os tempos. Kumar ensina que os investigadores e pesquisadores científicos devem ter ciência de que o seu papel coletivo não pode se pautar pela construção de preceitos por meio de uma visão universalizante e fechada, seguindo supostos princípios universais da razão, sob pena de negar a validade de demais formas de vida e de conhecimento:

Não existe nenhum princípio desse tipo. Os intelectuais têm de aceitar um papel mais modesto de intérpretes e intermediários de costumes e culturas, utilizando suas habilidades para ajudar comunidades a se entenderem reciprocamente. [...] Indivíduos e sociedades são muito menos determinados, muito mais livres para moldar seus próprios destinos, do que lhes permitia a teoria social clássica da modernidade (Kumar, 2006, 159).

O processo de transformação pós-modernista, inegavelmente, traz reflexos para o âmbito familiar. E não poderia ser diferente: o núcleo básico da sociedade, pois, é a família. As transformações sociais interferem indiscutivelmente dentro do seio familiar. Por sua vez, a valorização da “efemeridade, da fragmentação, da descontinuidade e do caótico, da mistura de códigos e de mundos” (Vaitsman, 1994, 51) – elementos estes trazidos pelo movimento pós-modernista – induz à conclusão de que em diferentes partes da sociedade atual, o con-

ceito moderno de casamento e de família, amparado no individualismo patriarcal monogâmico, passou a conviver com uma concepção pós-moderna, dentro da qual a heterogeneidade, a efemeridade, a contextualidade de padrões e comportamentos se tornaram traços dominantes e legítimos.

Jeni Vaitsman (1994, 52) chega a afirmar que, diante de todo o discurso pós-moderno, não há mais um único e exclusivo modelo de família predominante na contemporaneidade. Vaitsman ensina que a influência do pós-modernismo na sociedade atual ocasionou o surgimento e a proliferação de diferentes formas de família, que constantemente se chocam e dialogam entre si. Segundo a referida autora, a família pós-moderna cada vez mais passa a acolher e legitimar socialmente novos padrões e formas de afetividade humana, sejam elas institucionalizadas ou não.

Jeni Vaitsman (1994, 52) realiza, ainda, uma reflexão sobre o cenário em que a instituição familiar está inserida dentro da sociedade brasileira. A pesquisadora expõe que no Brasil ocorreram alterações de caráter econômico, social, político, cultural, técnico, espacial e de gênero, de tal forma que foram produzidas diferenças tais que conseqüentemente originaram formas diversas de convivência afetiva entre os indivíduos. Como consequência, foram experimentadas modificações na identidade, na sexualidade e nos relacionamentos entre as pessoas: tem origem, então, um novo paradigma familiar.

O novo paradigma familiar

Apesar de todas as recentes transformações globais nas mais variadas esferas – cultural, política, econômica – o pensamento religioso predominante insiste em atribuir à família uma espécie de extraterritorialidade divina. Diz-se que ela é sustentada por um aval divino, que de certo modo exime-a de temer a ação corrosiva do tempo. Sob tal prisma, “a família europeia-cristã tornou-se para o resto do tempo histórico o modelo acabado e último grito em matéria de organização familiar” (Bach, 1983, 104). Tal estrutura seria válida para todos os tempos e para todos os povos, não necessitando de qualquer reforma ou adaptação.

A realidade é outra, como aponta José Marcos Bach (1983, 106). A família, segundo o autor, não está – como qualquer outra instituição humana – a salvo de mudanças histórico-culturais. A perspectiva imodesta e preten-

siosa do pensamento religioso entra, no presente caso, em choque direto com a necessidade social de reformulação da antiga estrutura familiar. Segundo o autor, atrelar a legitimidade de uma forma de organização afetiva-familiar a preceitos ideológicos de modo dissociado às transformações da sociedade implica um direcionamento inescapável para ser ultrapassado pelo tempo.

Em semelhante sentido, Maria Engrácia Leandro (2006, 53) aduz que mais do que uma célula base ou um último refúgio contra as agressões externas, a família se caracteriza como uma entidade flexível e persistente, ao ser devidamente analisada tendo dela tomada certa distância histórica. Para a autora, ao invés de adotarmos uma postura pessimista e avaliarmos sob uma perspectiva de crise, mais proveitoso seria questionar acerca das mutações pelas quais a entidade familiar passou, derivadas das transformações sociais, econômicas, culturais, entre outras, produzidas ao longo dos séculos.

Ainda para José Marcos Bach (1983, 106), persistir na imposição, através da autoridade, de determinado tipo de família ou de convivência afetiva significa o mesmo que se colocar à margem da evolução e da história humana. De forma incisiva, o Bach preceitua que “a superproteção moral da família por parte das Igrejas cristãs dirige-se na realidade a um único tipo de família, precisamente àquele que já não se ajusta mais às novas necessidades sociais”. Todas as alterações filosófico-sociais reclamam da família um reposicionamento estrutural que conflita frontalmente com o modelo estanque propagado pelas seitas religiosas de vertente cristã.

Tais mudanças no seio familiar são identificadas pelas comunidades cristãs ortodoxas como uma espécie de crise da família contemporânea. Tais grupos sociais insistem, por vezes, em investir em um processo dogmático-conservador, retroagindo aos antigos costumes familiares típicos da já superada família tradicional europeia cristã. Entretanto, a tentativa de resgate de um modelo retrógrado e único de família, contrariando múltiplos modelos de convivência afetiva oriundos da sociedade pós-moderna, está inevitavelmente fadada ao insucesso. Como aduz o pesquisador Anthony Giddens (2001, 102):

Recapturar a família tradicional é uma tentativa destinada a malograr. [...] Não é de surpreender, portanto, que quando críticos direitistas falam da família tradicional eles não tenham de fato em mente, em absoluto, a família tradicional, mas um estado transnacional da família no pe-

ríodo do pós-guerra imediato – a família (idealizada) da década de 1950. Naquela altura, a família tradicional tinha praticamente desaparecido, mas as mulheres ainda não haviam ingressado na força de trabalho em grandes números e as desigualdades sexuais permaneciam pronunciadas.

Durante séculos, o paradigma europeu-cristão monogâmico dominou o seio familiar ocidental. O rompimento com tais preceitos, no entanto, é uma necessidade prática, que já está em curso: a família da atualidade não mais se identifica com qualquer padrão pré-estabelecido. Não há como prever, ao certo, o que a desconstrução deste dogma histórico irá causar na sociedade vigente. A família está imergindo em um campo inteiramente novo, desconhecido. A perda de validade de valores e modelos da tradição e a incerteza em se tratando das mais recentes propostas que se apresentam acabam por desafiar a família a conviver com certa fluidez, abrindo um leque de possibilidades que valorizam a criatividade numa dinâmica do tipo tentativa de acerto e erro (Petrini y Cavalcanti, 2005, 42).⁽⁷⁾

São visíveis as profundas mudanças na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo decorrentes da era pós-moderna. É cada vez mais comum encontrar modelos de família cujos integrantes compartilham atribuições e práticas estruturais, que contrastam com os antigos modelos tradicionais, cujos papéis eram rigidamente definidos (Oliveira, 2009, 68). Entre os inúmeros preceitos familiares progressistas, podemos citar o fim do princípio da indissolubilidade do casamento, a implementação da proteção jurídica e equiparação dos filhos biológicos e adotivos, e o recente reconhecimento judicial e legislativo obtido pelos casais homoafetivos. Na atualidade, os juristas encontram-se diante de um direito de família que contempla múltiplas formas de vivência e convivência (Venosa, 2004, 21).⁽⁸⁾

O Brasil tem evidenciado, nesse sentido, um claro cenário de transição quanto aos antigos preceitos estanques do modelo monogâmico de família. Nos últimos anos, noticiaram-se atos corajosos de registros cartoriais de uniões poliamorosas entre conviventes que, não obstante o temor da repressão social, arvoraram-se em estabelecer a declaração legal da sua união para garantir mutuamente os direitos que derivam de um relacionamento afetivo. Nesse quesito, as transformações sociais e a emergência de novas práticas familiares reclamam do direito a readaptação dos seus institutos, rompendo

a edificação de preceitos jurídicos tidos como tradicionais e adequando-se aos reclames dos conviventes poliamorosos (Silva, 2016).

José Marcos Bach (1983, 112) preleciona ainda que a contração da família é um processo histórico-evolutivo, que precisa ser correlacionado ao fenômeno de emancipação humana frente a diversas formas de repressão e alienação, típicos de nossa época. Bach discorre sobre a alienação moral da família, aduzindo que esta viola de pronto o princípio da autonomia. Segundo o referido autor, as modalidades de religiosidade e espiritualidade que negam as formas de autonomia moral do indivíduo e da família são, em verdade, ameaças à realização plena dos sujeitos conviventes.

Discorrendo sobre a importância da autonomia moral, Bach (1983, 113) escreve que “a autonomia, ao invés de representar um obstáculo à solidariedade, gera formas superiores de unidade moral. Ela conduz *natura sua* à comunhão das consciências”. Desse modo, conclui-se que a autonomia moral da consciência é *conditio sine qua non* para que haja a comunhão afetiva. Para Bach, por obra da consciência livre e autônoma, as mais diversas formas de interdependência acabam se transformando em amor e solidariedade, mesmo aquelas mais rudimentares.

O histórico de transformações das sociedades e da família conduz ao paulatino amadurecimento dos preceitos que revestem a sua estrutura e, mais do que isso, à legitimação popular da validade dos múltiplos modelos de relacionamento e convivência. Especificamente no caso das sociedades ocidentais, a família acabou passando do predomínio das organizações estatais de poder centralizado para sistemas populares democráticos, em que se valoriza a liberdade, a igualdade de oportunidades, a racionalidade e o indivíduo: enquanto a tradição perde importância, a afetividade sobrepõe-se ao status de essencialidade (Leandro, 2006, 52-53).

Bach (1983, 114-115) reflete também sobre a origem da família, associada pela moral cristã às leis da natureza. Seguindo o raciocínio cristão, a família seria o resultado, pois, da interação de um complexo de determinismos biofisiológicos. Para o autor, porém, esta é uma concepção equivocada, tendo em vista que a teoria naturalista da família não contém qualquer base argumentativa coerente. É, nesse sentido, um erro crasso de perspectiva ligar a ontogênese da família ao despertar de um certo instinto natural: as implica-

ções de ordem moral que uma ideologia naturalista desta ordem acarreta são simplesmente desastrosas.

Não se pode negar, desta forma, que a família sofreu e ainda sofre um rigoroso processo de transformação social e institucional. O antigo paradigma europeu-cristão familiar, baseado estritamente na monogamia heterossexual indissolúvel, perdeu o posto de modelo único de organização familiar aceito e praticado pela sociedade contemporânea, enfrentando atualmente a concorrência de múltiplas formas de afetividade. Diante de todas essas mudanças históricas e culturais no contexto da família, João Carlos Petrini e Vanessa R. S. Cavalcanti (2005, 51) enunciam:

Nesse ambiente de profundas mudanças que atingem a família e que continuam a suceder-se em ritmo acelerado, os contextos familiares existentes, na pluralidade de configurações historicamente observáveis, parecem ser impelidos a uma permanente reformulação dos significados vividos, das metas propostas e dos métodos para que a convivência familiar continue sendo fonte de satisfação e de esperança quanto à utilidade dos sacrifícios enfrentados.

Tais transformações paradigmáticas no seio familiar inegavelmente conduzem a reflexos dentro do campo jurídico. Nessa seara, Luiz Edson Fachin (2003, 306-307)⁹ entende não existir mais uma única definição para o ente familiar, posto que a família se tornou plural. Para o autor, a família já não continha mais uma única definição no campo das relações sociais. Atualmente, tal pluralidade alcança igualmente o plano do direito familiar. Por conseguinte, o direito de família brasileiro tem os seus rumos indefinidos, tornando-se “mais fonte de reflexão e menos de conclusões” (Fachin, 2003, 306-307).

Considerações finais

A história da família ocidental demonstra o predomínio do modelo monogâmico ao longo dos séculos. Desde o amparo do Cristianismo como religião oficial do Império Romano por Constantino, a proibição das demais formas de convivência afetiva proliferaram-se pelo continente europeu e, posteriormente, pelas suas possessões territoriais – a América e a África. O preceito heterossexual monogâmico familiar se tornou um forte e poderoso dogma cultural, que

as distintas comunidades nacionais disseminaram hereditariamente ao longo das suas gerações.

Nas últimas décadas, entretanto, formas alternativas de convivência familiar têm reclamado o seu espaço de legitimidade frente à sociedade. A batalha pelo reconhecimento dos direitos dos casais homossexuais se mostrou, nessa seara, um dos grandes desafios postos frente à comunidade ocidental – e que, ainda hoje, enfrenta severa resistência de certos grupos organizados. Nesse ínterim, as modalidades de relacionamento não monogâmicas despontam não como uma nova prática, mas sim como um novo tema alçado ao debate público, que ainda não recebeu a devida atenção pela sociedade e pelas instituições políticas.

O chamado poliamor reflete, pois, a opção clara pela superação da monogamia como única forma de relacionamento afetivo humano. Há mais do que uma vinculação binária obrigatória entre sujeitos: as múltiplas formas de sexualidade e convivência que extrapolam o amor entre duas pessoas são igualmente válidas, não merecendo qualquer repressão social ou estatal. A expansão das práticas poliamorosas em todo o ocidente e no Brasil impulsionou o debate público acerca da sua legitimidade, que cada vez mais ganha corpo e relevância, em especial na seara do direito de família brasileiro.

As modalidades de afetividade poliamorosas se coadunam com o momento de reflexão filosófico-racional acerca de dogmas e paradigmas estabelecidos historicamente e, mais do que isso, da capacidade humana de alcance de verdades absolutas e imutáveis. O período pós-moderno propõe, assim, a desconstrução de preceitos universais, válidos para todos os tempos e para todos os povos, ressaltando a impossibilidade humana de eleição de verdades unívocas – posto que a verdade é sempre parcial e local, mutável e relativa. Todo esse panorama ataca frontalmente a monogamia como forma obrigatória de convivência e de afetividade humana, e ressalta a validade de outras relações entre indivíduos.

O discurso pós-moderno e poliamoroso somente reforça a passagem de paradigma pelo qual a família está atravessando: há uma nebulosa que cerca o conceito e a estrutura da família contemporânea. A entidade familiar está em ebulição, em um processo de mudança e transformação drástico: antigos paradigmas já estabelecidos são confrontados com relevantes dúvidas e ques-

tionamentos, ao mesmo tempo em que novas formas de convivência humana disputam a validade e o reconhecimento social e estatal. O horizonte da família é incerto: no entanto, todo o debate social que ganha paulatinamente corpo em torno do instituto familiar já se configura como importante passo rumo à ampliação do conceito de família, oportunizando-se a plena realização coletiva dos adeptos do poliamor.

Referencias

- Adovasio, J. M. y Page, J. y Soffer, O. (2008). *O sexo invisível*. São Paulo: Record.
- Bach, J. M. (1983). *O futuro da família: tendências e perspectivas*. Petrópolis, RJ: Vozes.
- Barker, M. (2005). This is my partner, and this is... partner's partner: constructing a polyamorous identity in a monogamous world. *Journal of Constructivist Psychology*, 18(1), 75-88.
- Berman, M. (2007). *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti (trad.). São Paulo: Companhia das Letras.
- Bottomore, T. B. (2008). *Introdução à sociologia* (9ª ed.). Waltensir Dutra e Patrick Burglin (trad.). Rio de Janeiro: LTC.
- Braun, A. B. M. (2008). Multiculturas, pluralidades, poligamia: o contexto da literatura moçambicana e Niketche, de Paullina Chiziane. *Eletras (UTP)*, 16, 1-16.
- Bueno, F. (1996). *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD.
- Diniz, M. H. (2004). *Curso de direito civil brasileiro: direito de família* (vol. 5, 19ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Emens, E. F. (2003). Monogamy's Law: compulsory monogamy and polyamorous existence. Chicago, *Public Law and Legal Theory*, Working Paper, (58), 1-85.
- Engels, F. (1997). *A origem da família, da propriedade privada e do Estado* (14ª ed.). Leandro Konder (trad.). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- Fachin, L. E. (2003). *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Renovar.

- Giddens, A. (2001). *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia* (4ª ed.). Maria Luiza X. de A. Borges (trad.). Rio de Janeiro: Record.
- Gonçalves, C. R. (2008). *Direito civil brasileiro: direito de família* (vol. 6, 5ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Haritaworn, J., Lin, C. y Klesse, C. (2008). Poly/logue: a critical introduction to polyamory. London, *Sexualities*, 9(5), 515-529.
- Ianni, O. (2001). *A sociedade global* (9ª ed.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Klesse, C. (2008). Polyamory and its 'others': contesting the terms of non-monogamy. London, *Sexualities*, 9(5), 565-583.
- Kumar, K. (2006). *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo* (2ª ed.). Ruy Jungmann (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Leach, E. R. (2005). *Repensando a antropologia* (2ª ed.). José Luis dos Santos (trad.). São Paulo: Perspectiva.
- Leandro, M. E. (2006). Transformações da família na história do Ocidente. *Revista Theologica, II série*, 41(1), 51-74.
- Lessa, S. (2012). A atualidade da abolição da família monogâmica. *Revista Crítica Marxista*, (35), 41-58.
- Oliveira, N. H. D. (2009). *Recomeçar: família, filhos e desafios*. São Paulo: Editora UNESP.
- Pereira, C. M. (2004). *Instituições de direito civil* (14ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Petrini, J. C. y Cavalcanti, V. R. S. (2005). *Família, sociedade e subjetividades: uma perspectiva multidisciplinar*. Petrópolis, RJ: Vozes.

- Pilão, A. C. y Goldenberg, M. (2012). Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias. *Revista Ártemis*, 13, 62-73.
- Pilão, A. C. (2015). Entre a liberdade e a igualdade: princípios e impasses da ideologia poliamorista. *Cadernos Pagu*, (44), 391-422.
- Quadros, T. de A. (2004). O princípio da monogamia e o concubinato adúltero. Teresina, *Jus Navigandi*, (412).
- Rabelo, C. M. de A. y Poli, L. M. (2015). O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia. *Revista DUC In Altum Cadernos de Direito*, 7(13), 54-99.
- Rodrigues, S. (2004). *Direito civil: direito de família* (vol. 6, 28ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Rotondano, R. (2013). Investigando a herança cultural-religiosa brasileira: a dificuldade em instituir um Estado plenamente laico. Londrina, *Revista do Direito Público*, 8(2), 221-238.
- Rotondano, R. O. (2016). Cultura e ética na formação familiar: a poligamia e a sua repressão no ocidente. *Revista Bioética y Derecho*, (38), 87-99.
- Roudinesco, E. (2002). *La famille en désordre*. Paris: Fayard.
- Santa Maria, J. S. de (2001). *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- Santos, B. de S. (2002). *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática* (4ª ed.). São Paulo: Cortez.
- Silva, A. B. da (2016). Escrituras para uniões poliafetivas: algumas impressões sobre mais essa novidade no direito das famílias. Canoas, *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, 4(2), 313-352.

Vaitsman, J. (1994). *Flexíveis e plurais: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco.

Venosa, S. de S. (2004). *Direito civil: direito de família* (4ª ed.). São Paulo: Atlas.

Veras, É. V. C. O (2013). Famílias simultâneas: um diálogo sócio-jurídico. Natal, *Revista FIDES*, 4(2), 71-98.

Wolkmer, A. C. (2001). *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito* (3ª ed.). São Paulo: Alfa Omega.

Notas

¹ Neste ponto, converge o início histórico da submissão feminina ao homem na sociedade, em que a objetificação da mulher a coloca em um patamar de inferioridade social, física, psicológica, sexual e afetiva frente ao sujeito masculino. Tal paradigma vigora até os dias atuais, não obstante haja a ilusória disseminação do discurso de horizontalidade das relações entre mulheres e homens.

² Equivocadamente, Cláudia Mara de Almeida Rabelo e Leonardo Macedo Poli (O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, v. 7, n. 13, pp. 54-99, set./dez. 2015, p. 66-67) consideram que “o poliamor encontra resistência pelo fato de o núcleo central ser formado por mais de duas pessoas, com ou sem diversidade de gênero”.

³ Haritaworn, Jin; Lin, Chin-ju; Klesse, Christian. Poly/logue: a critical introduction to polyamory. *Sexualities*, London, v. 9, n. 5, pp. 515-529, 2008, p. 520: “Self-knowledge is described as the *sine qua non* of a successful polyamorous relationship life, as much as honesty, disclosure, partner-focused techniques of communication, and the readiness for permanent negotiation”.

⁴ As comunidades islâmicas adotam como modelo preferencial, inclusive, a endogamia, que é o casamento entre os indivíduos do próprio povo (Leach,

Edmund Ronald. *Repensando a antropologia*. Tradução: José Luis dos Santos. 2ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 168).

⁵ Importante ressaltar que a concepção pós-modernista não é uma unanimidade entre os estudiosos da área, levantando dúvidas sobre a sua existência. Alguns autores acreditam que os caracteres de desconstrução e anarquia identificados como pós-modernidade são, na verdade, o estágio mais atual da modernidade, que ainda está em evidência: “No século XX, nossa terceira e última fase, o processo de modernização se expande a ponto de abarcar virtualmente o mundo todo, e a cultura mundial do modernismo em desenvolvimento atinge espetaculares triunfos na arte e no pensamento. Por outro lado, à medida que se expande, o público moderno se multiplica em uma multidão de fragmentos, que falam linguagens incomensuravelmente confidenciais; a idéia de modernidade, concebida em inúmeros e fragmentários caminhos, perde muito de sua nitidez, ressonância e profundidade e perde sua capacidade de organizar e dar sentido à vida das pessoas. Em consequência disso, encontramos hoje em meio a uma era moderna que perdeu contato com as raízes de sua própria modernidade” (Berman, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Tradução: Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 26).

⁶ Tal processo é alcunhado de ocidentalização do mundo pelo sociólogo Octavio Ianni (*A sociedade global*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, pp. 74-75), produzindo uma espécie de mundialização da indústria cultural, reeducando povos, nações e continentes: “Um sintoma muito característico da forma pela qual ocorre o novo ciclo de ocidentalização do mundo está no fato de que a língua inglesa se tornou uma língua universal. É usado não somente entre europeus e norte-americanos, por um lado, e asiáticos, africanos e latino-americanos, por outro. É usada também entre diferentes povos africanos, asiáticos e latino-americanos, quando necessitam comunicar-se entre si. E há países, como a Índia, por exemplo, em que o inglês é a língua nacional de fato. Toda a matéria fundamental para a vida pública, no que se refere a questões políticas, econômicas, sociais e culturais, é tratada em inglês. Os próprios debates sobre as línguas *regionais* e o hindu, esta a língua nacional oficial segundo a Constituição, realizam-se também em inglês”.

⁷ Há ainda quem vislumbre o retorno da instituição familiar ao seio do modelo cristão, após a revitalização do cristianismo: “Estamos certos de que se, por um lado, as Religiões se desviaram por vezes, por vias tortuosas ou em refratárias alianças, perdendo substância e prestígio, por outro lado, avançam as pesquisas científicas adentrando-se na Parapsicologia para a revolucionária descoberta da essência espiritual do homem. Esta descoberta dará às Religiões as bases racionais para novas e promissoras construções, uma nova arquitetura ética que realizará o bem comum, através da instituição familiar. Tudo isto fará a família retornar a sua importância e maior vitalidade sob as luzes do mais puro Cristianismo, como uma instituição divina, como uma preciosa oficina de edificação ética do homem do futuro” (Santa Maria, José Serpa de. *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 19).

⁸ O pesquisador Anthony Giddens (*A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. 4ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 99) classifica este conjunto de transformações como um colapso necessário da família: “Muitos agora falam do colapso da família. Se tal colapso está ocorrendo, ele é extremamente importante. A família é o ponto de encontro de uma gama de tendências que afetam a sociedade como um todo – igualdade crescente entre os sexos, o ingresso generalizado de mulheres na força de trabalho, mudanças no comportamento e nas expectativas sexuais, a mudança na relação entre casa e trabalho”.

⁹ Nayara Oliveira (*Recomeçar: família, filhos e desafios*. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 68) exemplifica: “A composição pode variar em uniões consensuais de parceiros separados ou divorciados; uniões de pessoas do mesmo sexo; uniões de pessoas com filhos de outros casamentos; mães sozinhas com seus filhos, sendo cada um de um pai diferente; pais sozinhos com seus filhos; avós com os seus netos; e uma infinidade de formas a serem definidas, colocando-nos diante de uma nova família, diferenciada do clássico modelo de família nuclear”.

Alfonso Ortega Giménez y Juan José Gonzalo Domenech 

Nuevo marco jurídico en materia de protección de datos de carácter personal en la Unión Europea

New legal framework on the protection of personal data in the European Union

Novo quadro jurídico sobre proteção de dados pessoais na União Européia

Resumen: *Este trabajo versa sobre el impacto producido por la nueva legislación europea en materia de protección de datos. Se abordarán algunas de las principales novedades que trae consigo el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos, (conocido también como Reglamento General de Protección de datos o RGPD) como la nueva figura del Data Protection Officer, los nuevos derechos y obligaciones promulgados, en especial, el derecho al olvido, el régimen sancionador y el futuro nuevo marco jurídico de la transmisión internacional de datos a terceros países, así como algunas menciones a la Directiva de protección de datos en materia penal y otra legislación relevante.*

Palabras clave: *protección, datos, reglamento, europeo, privacidad.*

Abstract: *This paper analyses the impact produced by new European legislation about data protection. It shall be studied some of the novelties that European Data Protection Regulation, (also known as General Data Protection Regulation or GDPR) such as new Data Protection Officer, new Rights and Obligations, specially, the Right to oblivion, sanctions regime and the new legal framework of cross-border data transfer. And some references to the data protection in criminal matters*

 Alfonso Ortega Giménez: Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

 alfonso.ortega@umh.es

 Juan José Gonzalo Domenech: Colaborador del área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

 jjgdjunior@gmail.com

and other relevant legislation.

Keywords: *protection, data, regulation, European, privacy.*

Resumo: *Este artigo lida com o impacto produzido pela nova legislação europeia sobre a proteção de dados. Iremos abordar alguns dos principais desenvolvimentos que traz o novo regulamento europeu sobre a proteção de dados (também conhecido como Regulamento Geral de Proteção de Dados ou RGPD) como a nova figura da proteção de dados, os novos direitos e obrigações promulgadas, particularmente o direito a ser esquecido, o regime sancionatório e o futuro quadro jurídico novo para a transmissão internacional de dados para países terceiros, bem como algumas referências à diretiva sobre proteção de dados em matéria penal e outra legislação relevante.*

Palavras-chave: *proteção, dados, regulação, europeia, privacidade.*

Recibido: 20170809

Aceptado: 20171105

Planteamiento

Durante el 2016 se publicaron los Reglamentos (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el del Consejo del 27 de abril de 2016 relativos a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos)⁽¹⁾, la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI⁽²⁾ del Consejo, la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave⁽³⁾, y la Decisión de ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión de 12 de julio de 2016 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU⁽⁴⁾, además de numerosas guías de adecuación al RGPD⁽⁵⁾ por lo que 2016 ha sido el año de la revolución normativa existente en materia de protección de datos personales a nivel europeo.

El objeto del presente trabajo es analizar algunas de las novedades introducidas por ambos textos normativos, en particular, por el Reglamento General de Protección de Datos Personales y ver la influencia de los tribunales, tanto nacionales como comunitarios, en la construcción de los derechos en ellos promulgados.

Novedades introducidas por la nueva normativa

La consecuencia directa que trae este nuevo Reglamento 2016/679 es la derogación de la Directiva 95/46/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁽⁶⁾, con ya 17 años de vigencia desde su publicación, y la Directiva 2016/680 que deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo⁽⁷⁾.

Nace con la necesidad de realizar una reforma de gran calado en la normativa comunitaria para elevar en la Unión Europea la exigencia legal de esta materia tan importante en la nueva “sociedad del dato”.

A) Podemos destacar la obligatoriedad y la aplicación directa del Reglamento en los países de la Unión Europea, por lo que no necesita transposición y con ello, acelera la eficacia de la aplicación de la norma en los Estados. Esta novedad trae como consecuencia la creación de un mercado único digital. Según su art. 2 se establece que “El presente Reglamento se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero”.

Y no se aplicará, en particular:

- a) Al ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión
- b) A la actividad de las autoridades con fines de prevención o investigación de delitos o de protección de la seguridad pública,
- c) A las actividades de los Estados miembros comprendidas en el ámbito de aplicación del capítulo
- d) Ni al tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas;

B) Observamos que se fortalecen las obligaciones de información a los interesados (artículos 13 y 14 del RGPD). Una de las modificaciones introducidas por el Reglamento deriva de la aplicación del principio de transparencia, ya que se refuerza la información que se debe facilitar a los titulares de los datos, tanto en el supuesto de que los datos se recaben directamente del interesado como si los datos se obtienen de otra fuente.

En ambos supuestos deberá facilitarse al titular del dato, además de la información obligatoria ya establecida en la normativa española actual, información, entre otros aspectos, sobre: la base jurídica del tratamiento, la intención de realizar transferencias internacionales, el plazo de conservación de los datos o el derecho a la portabilidad de los datos;

C) Por otra parte, respecto al interesado cuyos datos se han obtenido de otra fuente, la información anteriormente indicada deberá facilitarse en el plazo máximo de un mes (en lugar de los tres meses indicados en la actual Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal o LOPD⁽⁸⁾) a contar desde la primera comunicación o momento el que se comuniquen los datos de los interesados a un destinatario, salvo que la información ya fuese anteriormente conocida por el titular del dato o cuando facilitar la información al interesado resulte imposible o exija un esfuerzo desproporcionado.

Es decir, la obligación de información se refuerza drásticamente, lo cual exigirá un esfuerzo considerable para los responsables del fichero de cara a adecuar sus cláusulas de información a los interesados, especialmente en materia de conservación de datos y transferencias internacionales, debiendo ser muy cautelosos en la forma de facilitar la información al objeto de poder acreditar con posterioridad que la misma ha sido facilitada;

D) Otra novedad para todas las empresas será la obligación de notificar a los reguladores fallos de seguridad en el plazo de 72 horas desde que tengan conocimiento de los mismos y, en determinadas circunstancias a los titulares de los datos (artículo 33 del RGPD). Se hace más estricta la necesidad de consentimiento de los afectados para el tratamiento de sus datos, limitando el consentimiento tácito y creando nuevas categorías de datos sensibles como los datos biométricos que requerirán un consentimiento reforzado.

Si existe una probabilidad alta de riesgo para los derechos y libertades de los individuos, se deberá igualmente notificar a los afectados tan pronto como sea posible y sin dilaciones injustificadas. Se puede evitar tener que comunicar el incidente a los afectados, si se han establecido previamente medidas técnicas y organizativas y se han aplicado a los datos afectados por la brecha, haciéndolos ininteligibles para accesos no autorizados, como puede ser el uso de la encriptación, o si el controlador ha tomado medidas posteriores que eliminen la probabilidad que se materialice ese alto riesgo o que le exija esfuerzos desproporcionados, en cuyo caso puede ser sustituida por una comunicación pública o similar en la que los afectados puedan ser debidamente informados;

E) El Reglamento matiza las cuestiones que deberá regular el contrato que se formalice entre el responsable y el encargado del tratamiento (artículo 28 del RGPD). Entre otros aspectos, establece la obligación del encargado de colaborar con el responsable para que éste cumpla de la mejor manera posible las obligaciones que le corresponden frente a los interesados, regula la obligación del encargado de cooperar y facilitar las obligaciones de seguridad que corresponden al responsable, o la obligación de facilitar información sobre la gestión de seguridad que ha realizado para a la vez el responsable pueda probar de la mejor manera posible el cumplimiento de las medidas de seguridad que le corresponde. Vemos, pues, que se amplía el ámbito subjetivo de responsabilidad con relación a los prestadores de servicios o encargados de tratamiento.

Se crea en este contexto el concepto de ventanilla única. Esto significa que, en caso de que el responsable o el encargado del tratamiento tengan múltiples establecimientos dentro de la UE, la autoridad supervisora del Estado Miembro donde el responsable/encargado tenga su “establecimiento principal” será la competente para supervisar y hacer cumplir la normativa de protección de datos en toda la UE. Mediante la creación de esta Autoridad de Control, el vicepresidente de la Comisión Europea afirma que se conseguirá un ahorro de 2.300 millones de euros al año por la reducción de burocracia.

Se puede hablar de una tendencia general del Reglamento a precisar el ámbito de colaboración entre el encargado y el responsable. En el mismo sentido jurídico se podría hablar de un desarrollo legal de las obligaciones de colaboración. La regulación anterior de la Directiva 95/46/CE no detallaba

expresamente estas obligaciones, como tampoco lo hace la LOPD. Sin embargo, en el RGPD las obligaciones de colaboración se explicitan claramente, a modo de un armazón jurídico de referencia que favorece la seguridad jurídica y la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Además, el Reglamento Europeo establece la posibilidad de que la Comisión o la autoridad de control adopten unas cláusulas contractuales tipo en las que se regulen las obligaciones, a efectos de protección de datos, entre el responsable y el encargado de tratamiento, en las cuales podrán basarse los contratos formalizados entre responsable y encargado del tratamiento. No obstante, habrá que esperar al desarrollo de las mismas por la Comisión o autoridad de control de cara a determinar si es más conveniente la elaboración de las cláusulas *ad hoc* o adherirse a las cláusulas tipo;

F) El Reglamento Europeo ha introducido la figura del Delegado de Protección de Datos (DPO, en inglés. Artículos 37-39 del RGPD), imponiendo la obligatoriedad del nombramiento de un DPO a todos los organismos públicos –con la excepción de tribunales en aplicación de la función judicial– y a las entidades privadas, sean éstas consideradas responsables o encargados del tratamiento, cuyas actividades principales conlleven la “observación habitual y sistemática de interesados a gran escala” o el “tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos”.

El DPO deberá conocer profundamente las normas de protección de datos europeas, así como su práctica. Podrá ser un empleado de la compañía o actuar mediante un contrato de prestación de servicios. La compañía está obligada a apoyar al DPO en la realización de sus funciones, sin que esté sometido a las instrucciones de ningún estamento de la propia compañía, respondiendo únicamente ante “el más alto nivel jerárquico” de la misma. Como elemento más relevante, se prevé la prohibición expresa de destitución o sanción del DPO con causa en el desempeño de sus obligaciones. En el caso español, se ha preparado un sistema de certificación para obtener la cualificación como DPO siguiendo los criterios de la norma internacional ISO/IEC 17024:2012. Este sistema ha sido llevado a cabo por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)⁽⁹⁾, y ha sido la primera autoridad europea en desarrollar dicho esquema.

En cuanto a las funciones que tendrá el DPO, destacan el asesoramiento general dentro de la compañía en todo lo relativo a protección de datos personales, la supervisión del cumplimiento de la legislación y políticas de privacidad con especial atención a los riesgos asociados a las actividades que llevara a cabo la empresa, la elaboración de informes de evaluación de impacto de ciertos tratamientos de datos personales y la cooperación con las autoridades de control nacionales.

No obstante esto solo afectará a los siguientes supuestos:

- (I) cuando el tratamiento sea realizado por una autoridad u organismo público, a excepción de los tribunales que actúen en su capacidad judicial;
- (II) la actividad esencial del responsable de fichero o del encargado de tratamiento implique la monitorización regular y sistemática a gran escala de datos personales; o
- (III) la actividad esencial de responsable de fichero o del encargado de tratamiento implique el procesamiento a gran escala de categorías especiales de datos o de datos relativos a antecedentes penales.

Con la incorporación de DPO podemos afirmar que se pretende dar una mayor fuerza a la figura del Responsable de Seguridad, que es la persona que actualmente se debe asignar en las organizaciones para velar por el correcto cumplimiento de la legislación española sobre protección de datos.

La diferencia más notoria entre el Responsable de Seguridad y el Delegado de Protección de Datos es la exclusividad de éste último en sus funciones, el DPO ya no será como hasta ahora la persona que se designaba como Responsable de Seguridad, ocurriendo que, sin apenas justificación, se elegía al informático o se autonombraba el administrativo al que su jefe le derivó informarse sobre cómo cumplir con la LOPD en la empresa, es por ello que esta nueva figura supone reforzar la cultura del *compliance* en materia de protección de datos (Lambert, 2016);

G) Establece numerosos principios que deben tenerse en cuenta a la hora de tratar con los datos personales y son compartidos con la Directiva relativa a la protección de datos personales para fines de prevención criminal (artículo 5 del RGPD):

1. Se dicen que los datos se trataran de forma lícita, con lealtad y transparencia.
2. Serán recogidos para fines determinados, explícitos y legítimos y no serán tratados para otros fines; es una limitación de la finalidad.
3. Adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados; minimización de datos.
4. Exactos y, si fuera necesario, actualizados.
5. Serán mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos.
6. Se garantizará una seguridad adecuada de los datos, incluida la protección frente a usos no autorizados. Prima la integridad y confidencialidad. La medida de seguridad que más ha destacado el RGPD es la obligación de cifrado (Fernández Burgueño, 2017).
7. Responsabilidad proactiva del responsable con el fin de que lleve a cabo las medidas oportunas para garantizar los principios anteriores (Villarino Marzo, 2013); llamado en el RGPD “privacidad por diseño”. Consiste en la obligación de las organizaciones de anticiparse a los ciberincidentes, accidentales o deliberados, que razonablemente pudieran ocurrir, haciendo uso de una metodología que conduzca a la adopción de un conjunto de medidas adecuadas que aseguren –también, razonablemente– que están en condiciones de cumplir con los principios, derechos y garantías que el RGPD establece (Galán Cordero, 2017).

8. La protección de datos debe hacerse desde el diseño y por defecto: debido a sus riesgos y costes;

H) El consentimiento es la principal base legal legitimadora del tratamiento de datos personales (artículo 6 del RGPD). En la Directiva 95/46/CE se hablaba de consentimiento “inequívoco”, mientras que la Comisión lo modificó en su propuesta por consentimiento “explícito”. El Parlamento siguió la misma línea, mientras que el Consejo ha vuelto al consentimiento “inequívoco”, reservando el “explícito” para tratamientos de datos sensibles, que permitan la elaboración de perfiles o para transferencias internacionales basadas en consentimiento (salud, origen racial, religión, vida sexual, etc.). Sin embargo, la cuestión terminológica pierde relevancia dado que el Reglamento incluye la definición de consentimiento, que se configura como una acción positiva o declaración. Por tanto, parece que el consentimiento tácito, basado en la inacción, perdería su operatividad. El responsable tendrá que ser capaz de demostrar que obtuvo el consentimiento necesario del titular de los datos personales (artículo 7 del RGPD).

Los interesados pueden oponerse a la realización de su perfil cuando la base legal que hubiera utilizado el responsable no fuera el consentimiento (por ejemplo, el interés legítimo). Es decir, no existiría ponderación entre los intereses personales del afectado y el interés legítimo del Responsable: la oposición se tendría que conceder en todo caso;

I) El ámbito de los menores es uno de los más delicados y agudos de los que se encuentran en la Protección de Datos, y sorprende la atención que se le ha prestado ya desde la Propuesta de Reglamento, no solo en sede de principios, como por ejemplo en los de calidad de datos y habilitación para el tratamiento, sino también en la regulación contenida en el artículo 8 del RGPD sobre “condiciones aplicables al consentimiento del menor en relación con los servicios de la sociedad de la información”.

Estas normas pueden aplicarse también de forma análoga a otros ámbitos directamente relacionados con los niños, tales como el tratamiento de datos para disposiciones testamentarias, de salud o de ideología, religión y creencia de los menores. Así, en relación con la oferta directa de servicios de la sociedad de la información a menores, únicamente será lícito el tratamiento de los datos personales de menores de 16 años o, en caso de que el Derecho de

un Estado miembro disponga una edad menor, pero en ningún caso inferior a los 13 años, si dicho consentimiento resulta dado o autorizado por el titular de la autoridad parental sobre el niño (Díaz Díaz, 2016);

J) El nuevo Reglamento pretende unificar los criterios comunitarios para la imposición de sanciones, así como aumentar su cuantía para garantizar la mayor protección de un derecho fundamental como la privacidad (artículos 83 y 84 del RGPD).

Se amplía así el alcance de las sanciones contra los responsables y encargados del tratamiento que no cumplan con la normativa, y se faculta a las Autoridades Nacionales de Protección de Datos a imponer sanciones administrativas de hasta 20 millones de euros o el 4% de su volumen de negocios total anual para los casos de vulneración de los derechos de los interesados o incumplimiento de los dictámenes del órgano de control, transferencia de datos a un tercer país no seguro o vulneración de los principios sobre el tratamiento de datos personales. Se establecen multas de 10 millones de euros o el 2% del volumen global de negocio anual en caso de incumplimiento de las obligaciones del responsable, obligaciones del órgano certificador y de la autoridad de control. En ambos casos, se optara por la medida más cuantiosa.

A la hora de cuantificar la multa, deben utilizarse los siguientes criterios:

- a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;
- b) la intencionalidad o negligencia en la infracción;
- c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;
- d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado.

Debido a la dureza de las medidas, puede crear en las empresas un efecto desalentador a la hora del trato de datos personales, y puede influir en la internacionalización del negocio.

Además, se reconoce el derecho de los interesados a presentar una reclamación a la Autoridad de Control nacional, así como su derecho a la tutela judicial efectiva ante los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado Miembro;

K) la nueva normativa tiene por fin devolver el control de los datos personales a sus propietarios, y esto se manifiesta en los nuevos derechos que adquieren los ciudadanos (artículos 12-22 del RGPD):

I. Se le facilitará determinada información al interesado cuando la fuente de sus datos personales proceda o no del interesado dependiendo del supuesto.

II. Derecho de acceso del interesado: El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales.

III. Derecho de rectificación: el interesado tendrá derecho a solicitar la rectificación de datos que considere inexactos o incompletos.

IV. Derecho de supresión (derecho al olvido): el interesado podrá pedir la supresión de los datos personales que le conciernan cuando concurra alguna causa que precise el reglamento. Abordaremos este derecho con más detenimiento.

V. Derecho a la limitación del tratamiento: el interesado podrá pedir la limitación en su uso de determinados datos personales una vez cumplida alguna de las condiciones que dicte la norma.

VI. El responsable está obligado a comunicar cualquier rectificación, supresión o limitación de los datos personales.

VII. Derecho a la portabilidad de datos: el interesado podrá recibir todos los datos que le incumban y que haya facilitado a otro responsable, y

transmitirlos a otro responsable sin que exista oposición por parte del responsable originario;

L) Códigos de Conducta o al someterse a una Certificación (artículos 41-44 del RGPD): En relación a los primeros, serán promovidos por los Estados Miembros, las autoridades de control, el Consejo Europeo de Protección de Datos y la Comisión, atendiendo a las peculiaridades de cada sector y de las pequeñas y medianas empresas. Las asociaciones quedan legitimadas para elaborarlos o adherirse a alguno ya existente, enmendarlo o modificarlo. Una certificación recomendada sería el Esquema Nacional de Certificación (Galán Cordero, 2017).

Si el tratamiento objeto del código no afecta a varios Estados Miembros sino que afecta a uno solo, será la autoridad de control de ese estado la encargada de supervisarlos, imponer las salvaguardas adecuadas, registrarlos y publicarlos. Pero si afecta a varios Estados, el encargado de supervisarlos y enmendarlos será el Consejo Europeo de Protección de Datos, que posteriormente dará traslado del mismo a la Comisión Europea para que declare en su caso, su validez en toda la Unión y lo publique.

La supervisión del cumplimiento del código, sin perjuicio de las competencias de la autoridad de control, puede ser llevada a cabo por una entidad independiente con un nivel de *expertise* adecuado al contenido del código y que haya sido acreditado para ello por la autoridad de control. Además de independencia y *expertise* deberá establecer procedimientos para asesorar a controladores y procesadores en el cumplimiento del código, monitorizar su cumplimiento, revisar periódicamente esas operaciones y establecer procedimientos y estructuras para atender las reclamaciones por el incumplimiento de las estipulaciones del mismo. Sin perjuicio de las competencias de la autoridad de control, deberá establecer medidas para el incumplimiento de las obligaciones reguladas en el Código, como pueden ser la exclusión o la suspensión;

M) Los Estados miembros, las autoridades de control, el Comité Europeo de Protección de Datos y la Comisión promoverán modelos de certificación, sellos o marcas que sirvan para demostrar cumplimiento con el RGPD. Las específicas necesidades de las microempresas y las PYMES deberán ser tenidas en cuenta. Será de carácter voluntario y no reducirá la responsabilidad

del cumplimiento con el RGPD por parte de controladores y procesadores de datos.

Serán otorgadas por entidades de certificación o por las autoridades de control. De otorgarla el Consejo Europeo de Protección de Datos, se denominará como certificación tipo “Sello Europeo de Protección de Datos”. Se otorgará por periodos máximos de 3 años pudiendo ser renovada si se cumplen los requisitos para ello. El Consejo Europeo de Protección de Datos llevará un registro público con todas las certificaciones, sellos y marcas otorgados.

En relación con la entidad de certificación que emite y renueva los certificados, sellos o marcas, después de informar a la autoridad de control, deberá contar con un nivel adecuado de *expertise* en protección de datos. Cada estado decidirá quién otorga la acreditación a estas entidades de certificación, pudiendo ser:

- La autoridad de control competente.
- La Entidad Nacional de Acreditación denominado en acuerdo con el Reglamento (CE) N° 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008 por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos, sin perjuicio de las competencias de la autoridad de control.

Quedan igualmente detallados los requisitos mediante los cuales se obtiene la condición de entidad de certificación y su renovación como máximo por periodos de 5 años. En el caso de incumplimiento por parte de la entidad de certificación, la acreditación podrá ser revocada (González-Calero Manzanares, 2016);

N) Transferencias internacionales de datos. Se mantiene y mejora el sistema instaurado en la Directiva 95/49/CE, existiendo unos supuestos exentos y mecanismos habilitantes (declaración de país con nivel adecuado de protección y transferencias con garantías, tales como, cláusulas contractuales tipo o reglas corporativas vinculantes (*Binding Corporate Rules*) Posteriormente, analizaremos el impacto de la jurisprudencia y la figura del *Safe Harbour*;

O) Se reformulan las competencias, funciones, poderes y condiciones generales de las autoridades de control estatales (en nuestro caso, la AEPD) Se crea un Comité Europeo de Protección de Datos y autoridades de control mediante el artículo 61 del RGPD. Sustituye al actual Grupo de Trabajo del Artículo 29. Se refuerzan y amplían sus competencias. Para los supuestos en los que un procesador o controlador se encuentre establecido en varios Estados Miembros, se establece que la autoridad de control del estado en el que radique el establecimiento principal pueda actuar como autoridad líder de control, regulándose el procedimiento de coordinación con el resto de autoridades. Se refuerzan los mecanismos de cooperación, asistencia mutua y actuación conjunta entre las diferentes autoridades nacionales de control. Para lograr la uniformidad en la aplicación del RGPD, se establece el principio de coherencia que obliga a las autoridades de control a cooperar entre ellas y cuando sea relevante, también con la Comisión Europea. Para lograrla, se establecen como mecanismos los Dictámenes del Comité Europeo de Protección de Datos y mecanismos de resolución de disputas entre autoridades de control por este mismo Comité;

P) En cuanto a la directiva 2016/680, su principal fin es garantizar la adecuada protección de los datos de las víctimas, testigos e investigados por la presunta comisión de delitos. Además, pretende armonizar la cooperación transfronteriza de la policía y los fiscales para combatir más eficazmente el crimen y el terrorismo en toda Europa.

La Directiva se estructura en 65 artículos divididos en 10 capítulos en los que se regulan cuestiones tales como los derechos de los interesados –los cuales coinciden con los del RGPD– las obligaciones de los responsables y encargados del tratamiento de los datos, las medidas de seguridad en el tratamiento o la creación, por parte de cada Estado Miembro, de una Autoridad Independiente de Control; y

Q) los Estados miembros tendrán que crear una Unidad de Información sobre los Pasajeros encargada de Gestionar los datos recopilados de las aerolíneas y almacenarlos durante cinco años. Tras los primeros seis meses, no figurarán lo datos de contacto. Transferir la información a las autoridades competentes e intercambiar los datos con las unidades de información de otros países de la UE y con Europol.

El almacenamiento de los datos se llevará a cabo según el caso y tan solo con fines de “prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y los delitos graves contemplados”. Delitos como terrorismo, fraude, trata de blancas, blanqueo de capitales, explotación sexual, corrupción y tráfico ilícito de armas son los delitos que intenta prevenir. La norma será efectiva para los vueltos extracomunitarios, aunque los Estados podrán hacerla extensiva también a los intracomunitarios, siempre que se lo notifiquen previamente a la Comisión Europea.

Nuevos derechos otorgados por el RGPD: especial mención al Derecho al olvido

Nuevos derechos otorgados por el RGPD

1) Derecho de información (artículos 12 y 13 del RGPD) que se facilitará cuando los datos personales provengan del interesado: el responsable deberá facilitarle información relativa al propio responsable y, en su caso, representante, datos de contacto del DPO, los fines del tratamiento de datos, intereses legítimos en su caso, destinatarios, la intención de transferir los datos a un tercer país. Una vez obtenido los datos y, para cumplir con el principio de licitud y transparencia, se informará del plazo de conservación de los datos, existencia de los derechos de oposición, rectificación, supresión, limitación y portabilidad, posibilidad de retirar el consentimiento en casos específicos, derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control, requisito legal o contractual para comunicar los datos, la existencia de decisiones automatizadas, información del otro fin al que se destinen los datos.

2) Especialidades al anterior derecho en el caso de que provengan de una fuente diferente al del interesado como la fuente de la que provienen los datos y la comunicación de la obtención de los datos según esta forma (artículo 14 del RGPD).

3) Derecho de acceso del interesado (artículo 15 del RGPD): El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y derecho de acceso a los datos personales y a información como el fin a tratar, la categoría de datos personales, tipos de destinatarios, el plazo de conservación, existencia de los derechos de rectificación, supresión, limitación y oposición, el derecho

a realizar una reclamación, información sobre su origen, existencia de decisiones automatizadas, comunicación de las garantías en caso de transmisiones a terceros países y obtención de copia de los datos en un formato asequible.

4) Derecho de rectificación (artículo 16 del RGPD): El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la rectificación de los datos personales inexactos que le conciernan. Teniendo en cuenta los fines del tratamiento, el interesado tendrá derecho a que se completen los datos personales que sean incompletos, inclusive mediante una declaración adicional.

5) Derecho a la limitación del tratamiento (artículo 18 del RGPD): El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento la limitación del tratamiento de los datos cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes: impugnación del interesado mientras se investiga la exactitud de los datos, cuando el tratamiento sea ilícito y prefiera limitar su uso en vez de suprimirlos, necesidad de los datos para el interesado, verificación de legitimidad del responsable. Una vez limitados, tendrá que solicitar el responsable el consentimiento para su uso o para la protección de otras personas físicas o jurídicas o por razones de interés público por parte de la Unión o de un Estado. El interesado debe ser informado de la aplicación del derecho a la limitación.

6) Obligación de notificación relativa a la notificación o supresión de datos personales o su limitación (artículo 19 del RGPD).

7) Derecho a la portabilidad de los datos (artículo 20 del RGPD): El interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, proporcionados por el titular al responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, cuando se haya basado en el consentimiento o se efectúe por medios automatizados. Se intentará realizar la transmisión de datos de responsable a responsable. No se aplicará el derecho cuando el tratamiento de datos se haga por misión en interés público. Es un derecho a recibir datos personales procesados por un responsable de tratamiento, para almacenarlo para uso personal adicional en un dispositivo privado, sin transmitirlo a otro res-

ponsable de tratamiento (Valdecantos Flores, 2017) pueden calificarse datos proporcionados por el titular:

I. los datos facilitados activa y conscientemente por el interesado (dirección postal, nombre de usuario, edad, etc.), y

II. Los datos observados son “proporcionados” por el interesado en virtud del uso del servicio o del dispositivo (historial de búsqueda, datos de tráfico o datos de localización). Sin embargo, los datos inferidos y derivados, por cuanto que son creados por el responsable sobre la base de los datos proporcionados por el interesado, no entrarán dentro del ámbito del derecho a la portabilidad de datos.

8) Derecho de oposición (artículo 21 del RGPD): el interesado podrá oponerse al tratamiento de los datos por motivos personales. El responsable dejará de tratar los datos salvo que alegue motivos imperiosos de interés público. Cuando el tratamiento de los datos esté enfocado al *marketing*, el interesado podrá siempre oponerse al tratamiento. Puede oponerse también cuando el tratamiento tenga fines históricos o estadísticos, pero no surgirá efecto si tiene como misión el interés público.

9) El interesado tendrá derecho a no estar sometido a un proceso totalmente basado en decisiones automatizadas, salvo si es necesario para la ejecución de un contrato, esté autorizada por el derecho de la Unión o el de los estados si se establecen unas medidas adecuadas o hay consentimiento explícito (artículo 22 del RGPD). El responsable debe tomar las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y no se aplicará en las categorías especiales de datos. Este “derecho” es diferente a otros que podemos encontrar en el RGPD, como el derecho de oposición (artículo 21), el derecho de supresión (artículo 17), o el derecho a la rectificación (artículo 16), puesto que este derecho no se ejerce por parte del afectado. No está claro cómo se caracteriza esta figura, dado que el apartado 1 lo configura como “derecho”, mientras que el apartado 4 establece que las decisiones automatizadas “no se basarán en categorías especiales de datos”. Es decir, lo configura como una “prohibición”. Podría argumentarse que los legisladores habrían formulado el artículo 22.1 más como el artículo 22.4 si el derecho no fuese ejercido por el interesado (Mendoza y Bygrave, 2017).

Derecho al olvido

Mención especial merece uno de los mayores retos del S. XXI (Álvarez Caro, 2015) como es el 1) derecho de supresión, como se le reconoce en el artículo 17 del RGPD, 2) derecho al olvido, como se le conoce popularmente, o 3) derecho al “borrado” (Garriga Domínguez, 2016), como resulta más adecuado en la práctica. De reciente configuración en Europa pero ya reclamado anteriormente, la Agencia Española de Protección de Datos define El “derecho al olvido” como el derecho a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa. En concreto, incluye el derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores generales cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público, aunque la publicación original sea legítima. Por tanto, ¿podemos considerarlo una especie de redención digital? (Leta Jones, 2016).

Este derecho no estaba expresamente recogido ni en la Directiva 95/46/CE, ni en la LOPD, pero eso no significa que no existiera hasta la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2014 sobre el asunto C-131/12, sino que ese derecho ya existía con anterioridad, pero no fue interpretado correctamente.

I. La actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en internet por terceros, almacenarla, y ponerla a disposición de los internautas, según un orden de preferencia determinado, debe considerarse un “tratamiento de datos personales” y el gestor de un motor de búsqueda debe ser responsable del tratamiento de esos datos.

II. Cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro, que entiende que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro.

III. El gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la

lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.

IV. Se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que éste puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.

El nuevo Reglamento reconoce el derecho de esta forma: interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes como el fin del uso de los datos, retire el consentimiento, se oponga a su tratamiento, sea una obligación exigible por la Unión o por los Estados o los datos se hayan obtenido por una oferta de servicios de la sociedad de la información. Una vez tengan los responsables la obligación de borrar la información, deberán tener en cuenta la tecnología y los costes de una forma razonables. No existirá derecho al olvido cuando se haga en pro de la libertad de información, cumplimiento de una obligación

legal, necesaria para el interés público, información histórica o estadística, y para acciones de defensa.

Actualmente, existe una divergencia entre una reclamación realizada por la vía civil y la vía administrativa, siendo posible efectuar acciones indistintamente sin que una excluya a la otra derivada de las sentencias relacionadas con el derecho de supresión en la contradicción entre las SSTS 574/2016 y 210/2016. Ambas sentencias discuten sobre quién es el responsable del tratamiento de los datos, a lo que las salas dan respuestas contradictorias (De Miguel Asensio, 2016).

1. La STS 574/2016 estipula que el responsable del tratamiento de esos datos es quien gestiona técnica y administrativamente los medios para la indexación de la información, como es, en este caso, el motor de búsqueda. Y es la empresa matriz quien destina los medios para gestionarlo. La empresa filial no sería responsable si entre sus actividades principales no consta ninguna orientada a la indexación o almacenamiento de datos. No existiría tampoco corresponsabilidad al no existir unidad de negocio, ya que sus actividades están diferenciadas. Aunque sean representantes de la empresa matriz, es una sociedad con personalidad jurídica diferenciada y con objetivos diferenciados. Esta consideración se reduce en la jurisdicción C-A, cuyo objeto pueden ser las reclamaciones de los afectados por el medio indexador, así como las resoluciones de la AEPD en procedimientos de tutela de derechos en materia de protección de datos. Estas incidencias no pueden dirigirse contra la entidad filial, sino contra la matriz. Esta postura se ha reafirmado en posteriores sentencias⁽¹⁰⁾ en las que se explicaba el procedimiento de ejercicio del derecho al olvido a la luz del artículo 26 del RGPD, llegando a la conclusión de que el responsable no es la filial, sino la matriz.

2. Por el contrario, la STS 210/2016 considera que el responsable del tratamiento es en la mayoría de casos la filial; ya que según el TJUE, interpretando la Directiva 95/46, no se exige para la aplicación del Derecho nacional que el tratamiento de los datos sea efectuado directamente por el propio establecimiento (la matriz) sino que se halle en las actividades de este. Considera que las actividades de la matriz y de la filial están ligadas; porque la filial, aun no dedicándose directamente a

la indexación de la información, realiza actividades de promoción del medio de indexación o almacenamiento; además de ofrecerle los recursos económicos, sin importar la forma jurídica de la filial. Por lo tanto, la filial y la matriz son corresponsables del tratamiento de datos, y está legitimada pasivamente para ser parte demandada en los litigios seguidos en España en que los afectados ejerciten en un proceso civil sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Resumiendo los problemas procesales y de competencia internacional, la sentencia de la sala primera explica que las sentencias no son contradictorias; ya que ambos casos están regidos por normas y principios totalmente diferentes, por lo que son complementarios en el siguiente sentido: para los casos respecto a procedimientos de tutela de derechos en materia de protección de datos, el responsable será la matriz extranjera. Para el ejercicio en un proceso civil de sus derechos; lo será también la filial nacional. La postura adoptada por el TS está fundamentada en el alto coste que supondría litigar contra una persona jurídica en el extranjero; aparte, esta postura tiene el objetivo de favorecer a la parte débil (consumidor) en las transacciones internacionales de flujos de datos, permitiendo al afectado litigar en su lugar de residencia y sobre la base de su derecho nacional⁽¹¹⁾.

Transferencias internacionales de datos: del *Safe Harbour* al *Privacy Shield*

Régimen jurídico previsto en el RGPD

El nuevo régimen del RGPD está recogido en el Capítulo IV, y viene a sustituir el régimen basado en principios y excepciones de la Directiva 95/46/CE por un capítulo de siete artículos en los que se recoge el principio de prohibición general de transferencias internacionales (artículo 44); las transferencias realizadas bajo una decisión de adecuación (artículo 45); las transferencias realizadas mediante las garantías adecuadas (artículo 46); el régimen de las normas corporativas vinculantes (artículo 47); transferencias o comunicaciones no autorizadas (artículo 48); excepciones (artículo 49), y cooperación internacional (artículo 50).

La finalidad del RGPD es garantizar que sus normas ofrezcan el máximo nivel de protección a los titulares del derecho fundamental a la protección de

datos mediante una norma que reduzca la fragmentación jurídica y aumente la seguridad jurídica por la introducción de un conjunto de normas básicas unificadoras, de modo que en la práctica se impida su incumplimiento o menoscabo a través de conductas que distorsionen o desfiguren el régimen protector de las transferencias internacionales de datos, y con ello, del mercado interior.

Se ha reflejado en el RGPD la importancia de las transferencias de los flujos de datos a terceros países para la expansión del comercio (Oster, 2017) y de la cooperación internacional, pero las transferencias internacionales de datos no deben menoscabar el derecho a la protección de datos de los particulares⁽¹²⁾.

Por ello, el nuevo régimen de las transferencias internacionales de datos del RGPD tiene una doble razón de ser (Pinar Mañas, 2016): por un lado, el flujo transfronterizo de datos es no solo imprescindible en la actualidad, sino que aumenta día a día; y por el otro, intentar restringir sin razones tales flujos de datos en pos de la protección de datos está abocado al fracaso.

El nuevo RGPD ha venido a subsanar este problema por la eficacia directa que disfrutaban los Reglamentos europeos, y reforzando también el régimen de las transferencias, aumentando las garantías que se deben asegurar para llevarlas a cabo. No se limita solo a regular las transferencias con una mera decisión de adecuación; sino que también incluye normas claras para posibilitar transferencias mediante garantías adecuadas, transferencias mediante normas corporativas vinculantes, además de contemplar significativas excepciones para dar viabilidad práctica a situaciones específicas (Díaz Díaz, 2016).

El principio general de las transferencias es la prohibición, que podrá ser levantada si, prácticamente, cumple todas las obligaciones que manda el RGPD; en especial, las consistentes en garantías en las ulteriores transferencias. Como norma general, esa transferencia será autorizada mediante una decisión de adecuación que certifique que ese país, región, u organización internacional tiene un “nivel de protección adecuado”. Las decisiones de todos los Estados que gozan de una decisión de adecuación –excepto la de EE.UU. – fueron modificadas por la Decisión de ejecución 2016/2295 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2016; en las que se añadieron mayores controles por parte de la Comisión a los países con el nivel de protección ade-

cuado respecto a su ordenamientos jurídicos.

En caso de que no exista una Decisión de adecuación, solo se podrán transferir datos personales a un tercer Estado u organización si se hubieran ofrecido las garantías adecuadas y los derechos exigibles.

Los medios por los cuales se pueden aportar esas garantías son:

- a) Un instrumento jurídicamente vinculante y exigible entre las autoridades u organismos públicos;
- b) Normas corporativas vinculantes;
- c) Cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la comisión o autoridad de control y aprobadas por la comisión;
- d) Un código de conducta, junto con compromisos vinculantes y exigibles del responsable o el encargado del tratamiento en el tercer país de aplicar garantías adecuadas, incluidas la relativas a los derechos de los afectados, o
- e) Un mecanismo de certificación, con los mismos compromisos que la medida anterior.

La Decisión de ejecución 2016/1250 del 12 de julio: el *Privacy Shield*

En 2015, la STJUE de la Gran Sala sobre el asunto C-362/14, caso *Schrems* anula la Decisión de la Comisión de 26 de Julio de 2000 (conocida como *Safe Harbour*) porque constató que Estados Unidos no puede ser considerado un tercer país que garantice un nivel de protección adecuada. El puerto seguro era una institución jurídica que permitía a las empresas la transmisión de datos hacia sociedades en EE.UU., cumpliendo una serie de principios Como referidos a la notificación (información a los afectados), opción (posibilidad de oposición de los afectados), transferencia ulterior a terceras empresas, seguridad, integridad de los datos (principios de finalidad y proporcionalidad), derecho de acceso y aplicación (procedimientos para la satisfacción de los derechos de los afectados). Dichos principios son complementados con las “preguntas más frecuentes”, básicamente referidas

a tipos específicos de datos o tratamientos (García de Pablos, 2016).

El *Privacy Shield* es un mecanismo de autocertificación de empresas estadounidenses en el que se permite la transferencia de datos a las empresas que hayan sido certificadas mediante el cumplimiento de unos requisitos de seguridad y el cumplimiento de unos principios avalados por el Departamento Federal de Comercio. Las empresas certificadas se incluirán en una lista publicada por las autoridades estadounidenses en las que se muestran a todas las empresas que han superado el proceso de autocertificación. Esas empresas deberán renovar anualmente su autocertificación. Del mismo modo, deberán tomar medidas para verificar que las políticas de privacidad que han publicado se ajustan a los principios y se aplican.

El nuevo mecanismo sustitutorio fue aprobado mediante la Decisión de ejecución 2016/1250 el 12 de julio y de aplicación el 1 de agosto. La estructura de la nueva Decisión consta de solo seis artículos, pero de 155 considerandos y siete anexos donde se recogen los compromisos adquiridos por los organismos estadounidenses.

El *Privacy Shield* se aplica tanto a los responsables como a los encargados del tratamiento, si bien éstos deben estar obligados, por contrato, a actuar únicamente siguiendo instrucciones del responsable del tratamiento de la Unión Europea y asistir a este último a responder a las personas físicas que ejerzan sus derechos con arreglo a los siguientes principios (Pérez Cambero, 2017):

1. Principio de notificación/Derecho a ser informado:

Las empresas estadounidenses estarán obligadas a informar a los titulares de los datos sobre los aspectos clave en el procesamiento de sus datos de carácter personal (tipos de datos recopilados, propósito del procesamiento de los datos, derechos de acceso a la información y condiciones de transmisión o cesión de dichos datos a un tercero, medios de contacto con la empresa, órgano de resolución de controversias, APD de EE.UU.) además de diversas obligaciones formales (I. su adhesión al *Privacy Shield* y la indicación del enlace a la lista de entidades adheridas al mismo; II. los tipos de datos que se han recogido; III. el compromiso que tiene la entidad de cumplir con dichos principios; IV. la finalidad para la cual se recogen los datos; V. el procedimiento para contactar con la entidad para presentar reclamaciones y quejas).

2. Principio de elección/Derecho de elección:

Las empresas estadounidenses deberán obtener el consentimiento formal por parte de los ciudadanos antes de ceder sus datos personales sensibles a entidades terceras o se utiliza para un fin distinto por el que se recabaron los datos en un principio.

3. Principio de seguridad:

Las empresas estadounidenses deberán evaluar los riesgos de seguridad en el tratamiento de la información de carácter personal y deberán implantar medidas de seguridad que mitiguen al máximo riesgos como pérdidas, mal uso, acceso no autorizado, revelación, alteración o destrucción de estos datos. En el caso de que la entidad subcontrate a un tercero de un servicio determinado, se le deberá exigir un nivel de seguridad equivalente al requerido por la entidad para la protección de la información de carácter personal tratada.

4. Principio de integridad y limitación de la finalidad:

Las empresas estadounidenses deberán garantizar la integridad de los datos personales obtenidos; el titular de los datos solo deberá ser revelado en los casos en que esto sea imprescindible. La limitación de la finalidad de los datos implica que los datos de carácter personal recabados deben ser relevantes para los fines del tratamiento. Únicamente se permite guardar los datos personales en tanto resulten necesarios para el propósito del tratamiento. A dichas empresas se les permitirá conservar datos durante periodos más prolongados exclusivamente en caso de que los necesite para determinados fines en particular, tales como archivo por interés público, periodismo, literatura y arte, investigación científica o histórica, o para análisis estadístico (los mismos que se recogen en el RGPD).

Si el nuevo fin es sustancialmente distinto, la empresa sujeta al Escudo de Privacidad solo podrá usar sus datos si no se pone ninguna objeción o, en caso de tratarse de datos sensibles, si da su consentimiento. Si el nuevo fin está bastante relacionado con el original, su uso es permisible. Existe el derecho a elegir si los datos enviados a una empresa sujeta al escudo pueden transferirse a otra empresa, sea de EEUU o no. Si los datos son enviados a otra empresa para tratarlos en su nombre, ésta deberá suscribir un contrato con la

segunda empresa con las mismas garantías que ofrece el Escudo. La responsabilidad de la empresa receptora es extensible a la empresa sujeta al Escudo.

5. Principio de acceso/Derecho de acceso y rectificación de sus datos:

Las empresas estadounidenses deberán informar a los titulares de los datos sobre el contenido de los datos que obran en su poder y deberá facilitarles el acceso a dichos datos en un plazo de tiempo razonable, salvo que suponga un esfuerzo desproporcionado. Se podrá solicitar a la empresa que los corrija, los cambie o los elimine si no son exactos, están desfasados o han sido procesados infringiendo las normas del Escudo de Privacidad. La empresa deberá también confirmar si guarda y procesa o no sus datos personales. Las peticiones de acceso a su información personal podrán ser efectuadas por los ciudadanos en cualquier momento. Por lo general, no se obliga a dar ninguna razón acerca de los motivos por los que desea acceder a sus datos; no obstante; la empresa podrá pedirle que lo haga si su solicitud es demasiado genérica o vaga.

6. Principio de responsabilidad para transmisiones lícitas:

Como elemento común, se pueden transmitir datos a terceros de manera lícita solo si existe justificación expresa.

Si se va a transferir los datos a un tercero responsable de los datos, deberán cumplir los principios de notificación y opción. Las entidades deberán requerir, a través de un acuerdo por escrito, que las terceras partes que reciban los datos personales, otorguen el mismo nivel de protección que el que proporciona el *Privacy Shield*.

Si se realiza a un tercero que actúe como encargado del tratamiento, la entidad deberá de asegurarse, entre otras, de que este tratará los datos únicamente para los fines para los que fueron recabados.

7. Principio de responsabilidad, aplicación y responsabilidad/Derecho a reclamar y ser indemnizado:

Las empresas estadounidenses deberán implantar sistemas de verificación del cumplimiento de los principios del *Privacy Shield* y deberán infor-

mar de su cumplimiento de manera anual por medio de la renovación de su autocertificación, donde deberán acreditar las acciones que han adoptado para ceñirse a los principios del *Privacy Shield*. En el caso de que las empresas afectadas no demuestren el cumplimiento de dichos requerimientos, saldrán de la lista de empresas adheridas al *Privacy Shield* y estarán sujetas a sanciones económicas.

Si se considera que se han vulnerado los derechos y ha recibido un perjuicio, se tiene derecho a reclamar:

a) Ante la propia empresa estadounidense sujeta al Escudo de Privacidad. La empresa debe responder en un plazo de 45 días desde la recepción de la reclamación. La respuesta deberá establecer si la reclamación tiene o no fundamento y, en caso afirmativo, qué recurso aplicará la empresa como solución

b) Mediante un mecanismo de recurso independiente, como la RAL o ante la APD. La RAL es un procedimiento privado de resolución alternativa de litigios que debe ofrecer la empresa sujeta al Escudo. Puede ejercerse en la UE o en EEUU. También se puede optar por una APD europea.

c) Ante el Departamento de Comercio de los EE. UU (aunque únicamente a través de la APD). Este examinará su reclamación y responderá a su APD en un plazo de 90 días. El Departamento de Comercio también podrá remitir las reclamaciones a la Comisión Federal de Comercio (o al Departamento de Transportes).

d) Ante la Comisión Federal de Comercio de los EE. UU. (o el Departamento de Transportes de los EE. UU. Si la reclamación se refiere a una compañía aérea o una agencia de viajes).

e) Ante el Panel del Escudo de Privacidad, solo después de que hayan fracasado las demás opciones de reparación. Es un “mecanismo de arbitraje” compuesto por tres árbitros neutrales. Sus decisiones son vinculantes y ejecutables ante los tribunales estadounidenses. El recurso al arbitraje podrá invocarse únicamente a través del Panel del Escudo de Privacidad, y con arreglo a determinadas condiciones. Sólo el consu-

midor puede ejercer esta medida. Para iniciar el procedimiento, hay que notificar formalmente a la empresa su intención de hacerlo. La notificación deberá incluir un resumen de los pasos previos para resolver su reclamación y una descripción de la supuesta infracción. El arbitraje tendrá lugar en EE.UU., pero el consumidor tendrá diversos derechos:

- Solicitar la asistencia de su APD para preparar su reclamación.
- Posibilidad de tomar parte en los procedimientos por teléfono o videoconferencia, por lo que no se requiere estar presente físicamente en los EE. UU.
- Posibilidad de obtener interpretación y traducción de documentos sin ningún coste del inglés a otro idioma.

Los costes arbitrales correrán a cargo de un fondo constituido para ello. El procedimiento terminará en el plazo de 90 días, y si se declara a favor del consumidor, ofrece medidas de reparación como acceso, corrección, eliminación o devolución de los datos personales. El Panel no puede resarcir económicamente, por lo que habrá que acudir a los tribunales estadounidenses para ello. Si no se está de acuerdo al resultado del arbitraje, puede recurrirse ante los tribunales. Si la reclamación se efectuara contra una autoridad pública estadounidense, se activa el mecanismo del *Ombudsperson*, un alto funcionario de EEUU independiente receptor de reclamaciones. La reclamación se efectuará en colaboración con la APD del Estado miembro.

8. Se prevén otros principios accesorios en casos especiales

Como los datos sensibles, periodísticos, responsabilidad subsidiaria, auditorias, información sobre viajes, productos médicos y farmacéuticos, información de registros públicos e información accesible al público, o solicitudes de acceso de las autoridades públicas.

Por la otra parte, el Congreso de EE.UU. adoptó la ley de recurso judicial que permite salvaguardar la protección de los derechos y datos provenientes de la Unión⁽¹³⁾.

Tras la publicación y entrada en vigor de la decisión, el GT29 dictó las WP-245 y 246 con una serie de indicaciones para las empresas y los individuos, donde aparece la información para solicitar el proceso de certificación para el *Privacy Shield*; así como indicaciones previas a la transferencia de datos. Además, se ha acordado que las autoridades nacionales sean consideradas órganos centralizados de la UE en el que se tramitan solicitudes de reclamación relativas a los accesos por razones de seguridad nacional a datos transferidos a EE.UU. con fines comerciales.

Pero no todo es positivo en esta nueva decisión, la poca rigidez en las obligaciones impuestas a los Estados Unidos (Wolters Kluwer, 2016), el lenguaje ambiguo, poco claro, y difícil de entender en algunos aspectos debido a que muchos términos se interpretan de manera diferente en la UE y en los Estados Unidos (Bu-Pasha, 2017), y las nuevas reformas emprendidas por el nuevo gobierno de Estados Unidos han supuesto una pérdida de protección de la privacidad, como la *Executive Order on Public Safety*⁽¹⁴⁾, que excluye la aplicación de la ley de protección de datos estadounidense a las personas extranjeras en Estados Unidos, o la derogación de la *rule submitted by the Federal Communications Commission relating to "Protecting the Privacy of Customers of Broadband and Other Telecommunications Services"*⁽¹⁵⁾; aunque recientemente se ha nombrado al nuevo *ombudsperson*, cargo desinado a dirimir las reclamaciones relacionados con el *Privacy Shield*, cuya independencia se pone en entredicho.

Todas estas medidas dirigidas a mermar la privacidad en Estados Unidos afectan directamente a los datos personales exportados a las empresas estadounidenses. Por ello, el Parlamento Europeo ha dictado una resolución⁽¹⁶⁾ donde ha lamentado las nuevas reformas estadounidenses y pide a la Comisión Europea medidas destinadas a asegurar los principios estipulados en la Decisión. Por estos motivos, debemos mantener una postura cautelosa respecto al cumplimiento por parte de la nueva administración estadounidense del Escudo de Privacidad e, incluso, temer por la supervivencia del escudo cuando en septiembre se procederá a la revisión conjunta de la Decisión.

Reflexión final

Una completa revolución jurídica-digital: así debemos catalogar, no solo por el Reglamento sino también por la gran batería de medidas –como puede ser la propuesta de reglamento de privacidad en las comunicaciones electrónicas⁽¹⁷⁾– que se aproximan para alzar a la Unión y, con ella a sus Estados miembros, a un nivel adecuado a las necesidades tecnológicas de las que somos testigos, siendo el actual año clave para la privacidad, puesto que es el periodo de adaptación a la normativa europea.

La consolidación de los nuevos derechos y posibilidades provocarán una mejor circulación de datos, un aumento de la seguridad jurídica, nuevos métodos de resolución de problemas y una regulación armonizada y vinculante directamente. Pero no debemos confiarnos: la tecnología avanza a un ritmo trepidante, mucho más que su reflejo en el marco legislativo de forma adecuada, no como se está llevando a cabo al otro lado del océano; por lo que no debemos bajar la cautela con esta reforma, sino aumentarla al mismo ritmo que el propio avance de la tecnología para que los nuevos retos que nos plantea la tecnología, como es el caso del *Big Data*, no suponga un agravio para el derecho fundamental a la protección de datos.

Referencias

- Álvarez Caro, M. (2015). *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad digital*. Madrid: Editorial Reus.
- Bu-Pasha, S. (2017). Cross-border issues under EU data protection law with regards to personal data protection, *Information & Communications Technology Law*, 1-17. DOI: <http://dx.doi.org/10.1080/13600834.2017.1330740>
- De Miguel Asensio, P. A. (2016). La contradictoria doctrina del Tribunal Supremo acerca del responsable del tratamiento de datos por el buscador Google. *Diario La Ley*, (8773), 1-16.
- Díaz Díaz, E. (2016). El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y sus consecuencias jurídicas para las instituciones. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6), 1-22.
- Fernández Burgueño, P. (2017). La obligación de cifrado de la información en el Reglamento Europeo de Protección de datos. *Diario La Ley*, (3), 1-24.
- Galán Cordero, C. (2017). El esquema nacional de seguridad como mecanismo de certificación del reglamento europeo de protección de datos. *Diario La Ley*, (5), 1-17.
- Garriga Domínguez, A. (2016). *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid: Dykinson.
- González-Calero Manzanares, F. R. (2016). Primera aproximación al Reglamento General de Protección de Datos, *Elderecho.com*. Recuperado de http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/privacidad/Aproximacion-Reglamento-General-Proteccion-Datos-dia-europeo-proteccion-datos_11_912055001.html
- Lambert, P. (2016). *The Data Protection Officer: Profession, Rules, and Role*. Nueva Gales: CRC.

- Leta Jones, M. (2016). *Cntrl+Z. The right to be forgotten*. Nueva York: New York University.
- Mendoza, I., y Bygrave, L. (2017). The Right not to be Subject to Automated Decisions based on Profiling. *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, (20).
- Oster, J. (2017). *European and International Media Law*. Cambridge: Cambridge University.
- Pérez Cambero, R. (2017) Aspectos más destacables de la Decisión de Ejecución 2016/1250 de la Comisión Europea, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU. *Actualidad Administrativa*, (4), 17-29.
- Pinar Mañas, J. L. (2016). Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales En J. L. Pinar Mañas, *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (pp. 431-461). Madrid: Reus.
- Valdecantos Flores, M. (2017). El derecho a la portabilidad de los datos en el Reglamento General de Protección de datos. *Diario La Ley*, (2), 1-14.
- Villarino Marzo, J. (2013). La privacidad desde el diseño en la propuesta de reglamento europeo de protección de datos. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, (32), 1-25.
- Wolters Kluwer (2016). 'El Escudo de Privacidad' entre la UE y EE.UU. necesita mejorar, *Diario La Ley*, (8760), 1-3.

Jurisprudencia

- España. Tribunal Supremo. Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª. Sentencia 574/2016 de 18, de febrero de 2016. Recurso 3330/2014.

España. Tribunal Supremo. Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 210/2016, de 5 de abril de 2016. Recurso 3269/2014.

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala. Sentencia del 6 de octubre de 2015, *Maximillian Schrems*. Asunto C-362/14. ECLI:EU:C:2015:650.

Notas

¹ Unión Europea. *Diario Oficial* L 119/1. 5 de mayo de 2016.

² Unión Europea. *Diario Oficial* L 119/86, 4 de mayo de 2016.

³ Unión Europea. *Diario Oficial* L 119/32, 4 de mayo de 2016.

⁴ Unión Europea. *Diario Oficial* L 207/1, 1 de agosto de 2016.

⁵ 1) “Guía Protección de datos y administración de fincas”; 2) “Guía para la elaboración de contratos entre responsables y encargados”; 3) “Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsables del Tratamiento”, y 4) “Guía para el cumplimiento del deber de información”. Todas ellas disponibles en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2017/notas_prensa/news/2017_02_23-ides-idphp.php

⁶ Unión Europea. *Diario Oficial* L 281/31, 23 de noviembre de 1995.

⁷ Unión Europea. *Diario Oficial* L 350/60, 30 de diciembre de 2008.

⁸ España. *BOE* núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

⁹ Documento “Esquema de la Agencia Española de Protección de Datos de certificación de delegados de protección de datos”. https://www.agpd.es/portalwebAGPD/temas/reglamento/common/pdf/Certificacion/ESQUEMA_AEPD_DPD_PUBLICO_1.0.pdf

¹⁰ España. Tribunal Supremo. Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª. Sentencia 1381/2016, de 18, de febrero de 2016. Recurso 641/2015; y Sentencia 1387/2016 Recurso 1075/2015.

¹¹ Idea recogida en la STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y Martinez*, C-509/09 y C-161/10, y plasmada en el artículo 79.2 RGPD.

¹² *Vid.* Considerando 101 del RGPD.

¹³ EE.UU. Judicial Redress Act. Public Law No: 114-126 (02/24/2016).

¹⁴ EE.UU. Executive Order 13768. *Federal Register* 82, 1 de febrero de 2017.

¹⁵ EE.UU. Public Law No: 115-22 (04/03/2017).

¹⁶ (2016/3018(RSP)).

¹⁷ COM(2017) 10 final.

María Candelaria del Pino Padrón 

El derecho humano a la educación: proyección en el libre desarrollo de la personalidad

*The human right to education:
projection in the free development of the personality*

*O direito humano á educação:
projeção no livre desenvolvimento da personalidade*

Resumen: *La educación se constituye en parte fundamental de esa esencia interna del individuo que conforma su personalidad. Así, el libre desarrollo de la personalidad del sujeto se instituye en derecho inalienable vinculado a conocimientos adquiridos y vivencias asimiladas.*

El ejercicio del derecho a la educación alcanza un indudable valor como coadyuvante del crecimiento intelectual y personal del individuo. Una educación en valores no solamente promueve el libre desarrollo de la personalidad, sino también la autonomía de individuo.

Palabras clave: *derechos humanos, derecho de educación, libre desarrollo de la personalidad, autonomía personal.*

Abstract: *Education is a vital part of the inner essence of the individual that makes up your personality. As well, the free development of the personality of the subject is instituted in inalienable right linked to knowledge and experiences.*

The exercise of the right to education reaches a certain value as an adjunct of the intellectual and personal growth of the individual. An education in values not only promotes the free development of the personality, but also of the autonomy of the individual.

Keywords: *human rights, right to education, free personality development, personal autonomy.*

 Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España.
 calutroule@gmail.com

Resumo: *A educação é uma parte vital da essência interior do indivíduo que faz de sua personalidade. Assim, o livre desenvolvimento da personalidade do sujeito é instituído de direito inalienável ligado ao conhecimento e experiências.*

O exercício do direito à educação atinge um certo valor como um adjunto do intelectual e crescimento pessoal do indivíduo. Uma educação em valores não só promove o livre desenvolvimento da personalidade, mas também da autonomia do indivíduo.

Palavras-chave: *direitos humanos, direito à educação, livre desenvolvimento da personalidade, autonomia pessoal.*

Recibido: 20170803

Aceptado: 20180225

Planteamiento

Los derechos humanos constituyen parte fundamental del engranaje básico del crecimiento de las distintas comunidades que conforman la humanidad. Así, el derecho a la educación se muestra cómo base necesaria para el crecimiento personal de los miembros de esa comunidad general. Por su parte, la delincuencia ocupa cotas de la personalidad de determinados individuos que la hacen su modo de vida y se establece como forma de enfrentamiento de éste con el resto de la sociedad. Los delitos o faltas del delincuente son valoraciones que la sociedad hace de un comportamiento o una situación empírica en un momento de su coyuntura social y política (Christie, 2004, 3) (Aas, 2007, 21 y ss.) (Bauman, 2002).

La educación en general y en particular el derecho a la educación y su ejercicio, funcionan como coadyuvante del crecimiento intelectual y personal del sujeto. Capacitándolo para una toma de decisión lo más libre y autónoma posible. Así, la educación tiene también un valor social en cuanto permite a la comunidad trasladar su cultura y recrearla, ligando los valores de los derechos humanos a la propia cultura transmitida. En este sentido, la comunidad se transforma y se desarrolla a través de ámbitos educativos. El derecho humano a la educación tiene su refrendo universal en este traslado de conocimiento y de cultura.

Encontrar la sede de esa traslación debe dar comienzo atendiendo al significado mismo de lo que son derechos humanos y su aplicación fáctica. De inicio hay que indicar que esto no resulta del todo claro ni unívoco. Pues, en este sentido, la búsqueda de conceptos que clarifiquen y establezcan el auténtico valor de las palabras hace que de forma casi automática se intente conceptualizar el término a utilizar y así mantener, de este modo, acotado el significado accional del vocablo en una determinada materia o ámbito temático específico.

Es por ello, que autores como Francisco Laporta (1987, 23) reconocen que “existen dificultades teóricas y complejidades conceptuales para encontrar la noción misma del concepto ‘derechos humanos’, aunque no es menos cierto que todos tenemos al menos una leve idea acerca del significado del concepto derechos humanos” y lo que representa en la sociedad actual y muy en especial, para el propio ser humano.

Puede afirmarse también que el concepto “derecho humano” viene concebido de forma plurívoca, pues depende de quién lo invoque adquiere uno u otro significado, por lo cual puede inferirse que aunque posee una significación determinada, ésta adquiere matices diferenciados, dando lugar a desiguales versiones de un mismo concepto.

En este sentido, para conceptualizar el término derecho humano se utilizan diferentes nomenclaturas e incluso, el término puede proyectarse desde diferentes esferas. Así se constata cuando se utilizan expresiones como “derechos del hombre”, “derechos naturales”, “derechos subjetivos”, “derechos morales”, “derechos fundamentales” o “libertades públicas”, para defender la aproximación conceptual de los mismos ya que en principio, el propio término derechos humanos pueden adquirir distintos significados (Peces Barba, 1991, 20).

A entender de otros autores, el concepto derecho humano ha ido adquiriendo diferentes formas y fórmulas de interpretación; así, en un primer momento adquieren la forma de derechos subjetivos, por cuanto se conciben como afirmación progresiva de la individualidad del ser humano (De Castro Cid, 2003, 5-6). De entre otro tipo de nomenclaturas adquiridas por los derechos humanos encontramos, derechos naturales, libertades públicas (Fioravanti, 2000, 55-57), otros entienden que solo se consideran derechos humanos, los que coinciden con los derechos naturales del hombre, como los derechos básicos del hombre (García López, 1990, 27). Así y tras cualquier concepto aplicable al término derechos humanos, puede constatarse cómo la persona es el fundamento primero de los derechos humanos, naturales, subjetivos y libertades públicas, pues de facto, todos ellos tienen su campo de acción en el ser humano mismo.

Incluso, algunos teóricos del derecho, defienden que en:

el contenido mismo del derecho a la educación se pueden incorporar otros derechos, como el derecho a cursar la enseñanza que en cada momento sea considerada básica por la legislación ordinaria, el derecho a un control objetivo y racional del saber que posibilite el acceso a cualquier titulación del sistema educativo en función de la capacidad escolar, el derecho al acceso a los centros, de enseñanza sin más limitaciones que las establecidas por razones de interés público mediante el instrumento normativo adecuado, el derecho a una educación impartida sin discriminación alguna, en especial el derecho a recibir la enseñanza en la lengua propia del escolar, el derecho a un tratamiento disciplinario exento de arbitrariedades y a la existencia de garantías procedimentales en la imposición de sanciones y finalmente el derecho a la participación responsable en los órganos de gobierno de la escuela con relación a la edad del alumno (Embido Irujo, 1981, 654 y ss.).

En esa misma línea, autores como García López afirma que:

los derechos propiamente humanos serán los contenidos en los dictámenes inferidos por el ejercicio de la razón práctica a partir de la misma ley natural, bien de manera fácil y pronta. Y del mismo modo, esos derechos humanos no harán referencia a los fines primarios de la naturaleza humana, tanto en lo que tiene de sensitiva como en lo que tiene de racional, pues estos fines se apetecen necesariamente y pertenecen a la “voluntas ut natura”, sino que harán referencia a los medios principales, inmediatos y más convenientes para la obtención de dichos fines; los cuales, aunque tengan que ser todavía apetecidos con cierta necesidad, que no es absoluta, sino condicionada, pertenecen a la “voluntas ut ratio” (1990, 27).

Por lo que tratando de aproximarnos al concepto “derecho”, explica el profesor Gil Colomer, que “el término derecho proviene del latín *directum*, que significa recto, bien dirigido, sin torcerse ni a un lado ni a otro”, e indica la “facultad natural del hombre para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida”, o la “facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella” (2000, 119), o también como el “conjunto de principios, preceptos y

reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil, y a cuya observación pueden ser compelidos los individuos por la fuerza” (Gil Colomer, 2000, 119).

Por lo que unido al término humano, y de forma amplia y general, nos llevaría a afirmar que los derechos humanos constituyen privilegios y facultades propias de todos y cada uno de los miembros de la humanidad.

Estos privilegios o exigencias vienen entendidos por el profesor Laporta como “los derechos humanos como “derechos”, son algo que, por así decirlo, está antes que las acciones, pretensiones o exigencias, antes que los poderes normativos, antes que las libertades normativas y antes que las inmunidades de status” (1987, 27).

Por lo cual, existen y causan estado antes incluso de ser reconocidos, exigidos por los titulares y tutelados por las leyes. Característica fundamental de los derechos humanos, por cuanto existen y son exigibles desde que nace el individuo, estén o no reconocidos en su entorno jurídico.

Así, a lo largo de la historia los derechos humanos han asumido diferentes nomenclaturas, sin perder un ápice de su espíritu. En este sentido, diferentes autores han utilizado múltiples nombres para hablar de los derechos humanos. Les han denominado “Derechos naturales, Derechos Fundamentales, Derechos morales, Derechos públicos subjetivos, Libertades públicas” (Castro, 2003, 6 y Pérez Luño, 2001, 131).

Desde la Organización de las Naciones Unidas se afirma que “los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles”.

Tras su reconocimiento, han ido positivizándose en la legislación de los Estados, constituyendo en muchas ocasiones, parte integrante de las leyes fundamentales de las naciones y de las instituciones internacionales. Así, se reconoce desde la Organización de las Naciones Unidas que los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados

por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

Por su parte, defiende Almenar Ibarra que “estos derechos humanos son innatos al hombre y la sociedad les debe el reconocimiento, sin que los poderes políticos o jurídicos puedan anularlos”. Esto adquiere una significación tal que la autora reconoce que es un hito que se constituye en “la primera internacionalización de los derechos humanos” (2000, 271).

En este sentido afirma que:

desde este momento se reconoce que toda persona es digna de unos derechos, no sólo dentro de las Leyes de un Estado del que es ciudadana, ni frente a otros Estados, ni a las legislaciones emanadas por los poderes legislativos, sino en cualquier lugar en que se encuentre e independientemente de las leyes dadas. Los derechos humanos, inherentes e inexcusables a la condición humana, deben ser reconocidos, garantizados y protegidos por las leyes positivas (Almenar, 2000, 271).

Así, el derecho humano a la educación es un “todo” que se manifiesta como instrumento conformador del pleno desarrollo de la personalidad del individuo, herramienta básica constituyente de las actitudes y aptitudes que a futuro influyen de manera evidente en las elecciones que éste haga.

De ahí la influencia manifiesta que el derecho a la educación demuestra en el libre desarrollo de la personalidad, pues coadyuva a una libre elección del individuo frente a los retos que la vida le marca y en pro de esos derechos vinculados a la dignidad del individuo.

La base argumental que afirma que los derechos humanos constituyen parte fundamental del valor de la dignidad del individuo y que en este sentido, confluye con el libre desarrollo de la personalidad del sujeto en igualdad de condiciones, está reconociendo que la esencia que alimenta el alma de cada

ser humano se conforma, entre otros, por diferentes derechos y obligaciones.

En este sentido, puede afirmarse que aunque finalmente no se cumplan de modo pleno los derechos humanos en determinados Estados, es notorio cómo cada vez más se reclama de forma inminente el cumplimiento de una base mínima de derechos humanos en todos los Estados del mundo.

Por todo ello puede considerarse que los valores que han definido el espíritu mismo de los derechos humanos, han horadado de forma paulatina las estructuras sociopolíticas y han ido afirmándolos como realidades objetivas nacidas con el ser humano.

Por cuanto el respeto de los valores derivados de los derechos humanos adquiere relevancia en los valores que la sociedad entiende aceptables y necesarios.

El artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cristaliza en:

toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (ONU, 1948).

De la génesis misma del derecho humano a la educación puede inferirse varias conclusiones, entre ellas sobresale el hecho de que es un derecho compuesto, pues tiene en cuenta innumerables condiciones de cumplimiento, y porque asume la responsabilidad de trasladar valores y conocimientos del resto de derechos humanos.

A la vista de este enunciado, y tratando de aproximarnos a una definición del derecho a la educación, autores como Martínez López-Muñiz defienden que el derecho a la educación, “no solo entraña las facultades de una libertad de hacer o de no hacer o de cómo hacer, sino también y sobre todo un poder de exigir a otros unas prestaciones positivas dirigidas a producir el resultado de la instrucción educativa” (1979, 37).

Así, la educación viene concebida como un proceso que debe permitir alcanzar la soberanía personal y la posibilidad de que el individuo pueda dirigir su vida de acuerdo con sus propias reflexiones, sin actuar al dictado de inspiración externa alguna (Mayor, 2001, 15). De ahí que se defienda que la educación significa enriquecer y mantener nuestra identidad cultural, mediante una constante interacción con otras culturas (Mayor, 2001, 16).

El libre desarrollo de la personalidad como garante de la autonomía personal

El enfoque que desde este trabajo se pretende encontrar es aquel que afirma que el derecho humano a la educación persigue asegurar un crecimiento personal del individuo y la adquisición del pleno desarrollo de su personalidad. Pues no obstante a afirmar la autonomía del individuo en cuanto a su libre elección y potestad frente al desarrollo de su propia personalidad, es notorio cómo el derecho a la educación y su significación más amplia, conlleva que esa labor autónoma y biológica adquiera un carácter de mayor perfección, por cuanto provee al individuo de herramientas válidas para un mejor desarrollo de su personalidad.

De hecho, es esta última ratio la que la educación en libertad busca, así la transmisión de conocimientos no debe marcar un camino lineal del educando, sino debe permitirle adquirir conocimientos y criterios propios que le hagan concebir autonomía de decisión en libertad y con responsabilidad. Metas todas ellas posibles y deseables en Estados de Derecho, democráticos y sociales.

Porque el derecho a la educación en un contexto libre es, además de un derecho humano, un derecho social. Así la educación desde una visión social es un derecho útil, tangible, la sociedad lo valora positivamente. Es un bien colectivo que se adquiere individualmente. Una necesidad social que se cubre mediante el proceso educativo establecido en la colectividad.

La idea de que la educación es un bien socialmente apreciado es defendida ampliamente en las sociedades actuales. Lo que en el debate de la filosofía moral y política de los últimos tiempos se denomina bien primario, desde la perspectiva de la confección de los planes individuales de vida, o bien público, si atendemos a su repercusión sobre el progreso moral y el desarrollo de la sociedad (Martínez de Pisón, 2003, 65).

En este sentido, “todas las personas tienen derecho a la educación. Esto implica el derecho que el individuo tiene a desarrollar todas sus posibilidades y la obligación de la sociedad de transformar estas posibilidades en relaciones efectivas y útiles” (Pérez Serrano, 2000, 48).

En la línea de nuestro trabajo, hemos de reseñar que según la profesora Laura Requena “una de las aportaciones más relevantes de la perspectiva evolutiva en criminología es el estudio de los factores de riesgo asociados a la génesis y desarrollo de delincuencia, así como otros eventos vitales que influyen sobre tal actividad” (2004, 21).

Por ello, puede deducirse que la delincuencia se rodea de unos factores previos que hacen que sea lo que es, una vulneración continuada en el tiempo de las leyes penales aplicables en ese Estado y en ese momento.

En este sentido, Farrington (2003, 221-256) reconoce el factor de riesgo como un elemento que predice una probabilidad relativamente alta de delinquir con posterioridad siendo precisamente relevante su identificación para implementar estrategias de prevención acordes a cada uno de ellos.

Tras estudios en materia delincencial, Farrington establece “factores de riesgo que generan que el desarrollo de la delincuencia varíe individualmente” (1985, 335-356). Así, según ese estudio, existirían cuatro tipos de factores de riesgo,

a) Factores individuales que no pueden ser manipulados, como por ejemplo, la edad.

b) Factores que varían entre individuos y tampoco pueden ser manipulados, como por ejemplo, la pertenencia al sexo femenino o masculino.

c) Factores individuales que varían continuamente, como por ejemplo, el consumo de alcohol o droga.

d) Factores individuales que ocurren en un momento particular de la vida, por ejemplo, el fallecimiento de un ser querido, grave desengaño, etc.

Cuando se habla del ámbito educativo y más específicamente de su uso para tratar de controlar esos inicios de actitudes que puedan derivar en acciones delincuenciales a futuro, se está afirmando que la educación puede colaborar a que en esas etapas tempranas el niño, el joven, conforme su personalidad y acciones alejadas de ideas delincuenciales.

Por su parte, José Miguel de la Rosa afirma que “pocos fenómenos traen consigo una alteración más aguda de la convivencia que el fenómeno delincencial y, especialmente dentro de la delincuencia, la cometida por menores de edad. Ante estos supuestos la sociedad se siente en ocasiones inerme, impotente e indefensa” (2009, 1).

En este sentido, también se podría hablar de conductas pre-delincuenciales, al respecto de aquellas actividades consideradas inaceptables en términos de normas convencionales y de las costumbres propias de una comunidad (Castellano, 1998, 16).

De acuerdo a ello, la sociedad rechaza este tipo de conductas, por resultar molestas y lesivas. Muchos autores las denominan, conductas desviadas, pues lo son respecto de las habituales costumbres y maneras de actuar de los individuos en una concreta comunidad.

De entre esos autores, resulta una propuesta interesante en este sentido, la idea clasificatoria que recogen en su obra Martha Frías y Víctor Corral (2009). Así, por su parte, afirman que las conductas podrían estar divididas en conductas menos serias, serias y delitos.

Por lo que “las conductas desviadas menos serias incluirían actos como fumar, tener relaciones sexuales a temprana edad, la insolencia, la impertinencia, las acciones villanas y la mezquindad, a las cuales también se les reconoce como conductas excesivas” (Frías y Corral, 2009, 15).

Hay que hacer notar que no siempre esas actitudes que generalmente hemos tenido alguno de nosotros en algún momento de la etapa infantojuvenil pueden derivar en actitud delincencial a futuro. Pero hay muchas connotaciones apriorísticas al respecto de que los delincuentes juveniles han pasado etapas anteriores en su íter madurativo con ese tipo de actitudes.

Siguiendo las pautas de esta teoría, “las conductas desviadas serias se manifestarían como el ausentismo de la escuela, el consumo de alcohol y drogas y la prostitución, que son denominadas también conductas problema” (Frías y Corral, 2009, 15).

Como puede constatarse, este tipo de actitudes ya refrendan un carácter del joven de mayor lesividad para sí mismo y para su entorno cercano, familia y escuela.

Por lo que el paso siguiente a este tipo de conductas desviadas de la norma pudiera ser la falta o el delito penal.

Así, el último escalón que los autores afirman coincide con la gestión delincencial de los actos del sujeto es la falta o el delito, siendo definido como “como aquella conducta problema que es castigada por la ley (Frías y Corral, 2009, 16)”.

De este modo, los jóvenes involucrados en lo que los autores denominan conducta desviada, pueden, incluso y “con frecuencia presentar otro tipo de conductas; o paulatinamente todas ellas, por lo que a este patrón comportamental se le denomina síndrome de desviación”. En este sentido, afirman, “este síndrome de desviación puede manifestar en niños al poco tiempo de nacer, llevando a lo que se conoce como desviación temprana” (Frías y Corral, 2009, 16).

Por su parte, Rodríguez-Manzanera indica que la delincuencia juvenil concierne también a la corrupción moral de los menores. Por lo que los menores pueden cometer tres tipos de infracciones: a) los hechos que están comprendidos como delitos dentro de las leyes penales; b) los hechos que violan las disposiciones reglamentarias de policía y buen gobierno; y, c) los hechos que no se encuentran indicados como delitos dentro de los códigos penales (1997, 332-336).

Así, la aplicación coordinada del derecho humano a la educación y la educación en libertad puede entenderse “es uno de los conceptos más amplios y con más posibilidades de propiciar y generar una convivencia armónica en sociedades que se encuentran debatiéndose entre el equilibrio y el terror. Pues, tal y como manifiesta Wells “la historia humana se está convirtiendo cada vez más en una carrera entre la educación y la catástrofe” (López y Ruiz, 2000, 44).

Siguiendo a Rodríguez Manzanera (2009, 371), en las categorías delincuenciales básicas, que en principio no estarían recogidas por código penal, sino por normas administrativas, se ubicarían dos tipos de hechos:

- 1) Los que se consideran vicios y perversiones.
- 2) Las desobediencias sistemáticas, que son las rebeldías constantes, las faltas a la escuela y el incumplimiento de deberes.

No obstante a ello, todas ellas han de ser acometidas seriamente por las políticas públicas aplicables a la sazón en materia preventiva. En particular ha de tenerse en cuenta que los menores constituyen la fuente inicial de la prevención primaria, sin dejar de lado que son ellos la primera meta a cubrir en el camino de la prevención de la delincuencia.

Cuando se habla de una educación que permita la libertad del individuo en las elecciones que ha de realizar en su estadio vital, se está consintiendo que éste adquiera la suficiente autonomía que le permita mejorar individualmente su vida y la de la sociedad en la que convive, pues con ello, la educación se configura como ese factor de armonía social que la libertad consigue en las sociedades mundiales.

La búsqueda de la definición más plausible de desarrollo de la personalidad del individuo, nos acerca a su importancia y relevancia, pues es aquella que la define como la forma en que el ser humano “niño” va haciendo su camino psicosocial hacia el ser humano “adulto”. Con ello se quiere hacer una representación objetiva de la importancia que para la naturaleza humana tiene el pleno desarrollo de la personalidad del individuo. Como se constata adquiere una preeminencia indudable en el desarrollo del intelecto personal y social del individuo y fundamentalmente en su reconocimiento como

derecho humano a tutelar. Así, el pleno desarrollo de la personalidad, y las diferentes formas que adquiere normativamente hablando, quedan vinculados a la educación y al crecimiento personal del sujeto.

En este sentido, la profesora Santana Ramos (2014, 99) defiende que “la fórmula del libre desarrollo de la personalidad se encuentra habitualmente incorporada en los textos constitucionales y en las Declaraciones de derechos”. Es por ello, que defiende “la necesidad de conjugar su reconocimiento jurídico con el del pleno desarrollo de la personalidad, comúnmente considerado como objetivo de la educación” (Santana, 2014, 99).

De este modo, vincula indefectiblemente el derecho humano a la educación con el pleno desarrollo de la personalidad del individuo.

Existe total sintonía entre el pleno desarrollo de la personalidad y la educación, así “una interpretación sistemática obliga a considerar a ambas expresiones como sinónimas. El libre desarrollo de la personalidad representa la consagración jurídica del principio de autonomía individual. Como tal, impone el establecimiento de unas políticas públicas orientadas a la eliminación de los condicionamientos económicos y sociales y a la reducción en lo posible de los condicionamientos culturales” (Santana, 2014, 99).

Dando como resultado que esa vinculación, por proximidad, del derecho a la educación y la conformación del pleno desarrollo de la personalidad del individuo, vincula notablemente al Estado que para ello, se proceda a estructurar y calibrar las diferentes políticas que a ese respecto se apliquen y gestionen en busca de la meta correspondiente.

El libre desarrollo de la personalidad del individuo se define así como una meta personal del individuo y de crecimiento intelectual y psicológico que le permita adquirir una personalidad propia y suficiente que le identifica irrefutablemente, y que estructura sus ideales, pensamientos, sentimientos entre otros. Permitiendo con ello, elegir entre las diferentes opciones que le da la vida. Siendo en este sentido, una fuente de decisión y materialización de la salida de actitudes delincuenciales, principalmente en las etapas infanto-adolescentes, en la denominada prevención primaria.

La importancia de los valores morales en relación a la conducta humana

Los valores morales constituyen base fundamental del comportamiento humano. Cada sociedad establece su propio sistema de valores mediante la traslación de esos valores a los miembros de la comunidad que los asumen como propios. Este proceso se nos muestra de modo similar, incluso, de manera más inquisitiva, si cabe, en el entorno más cercano del individuo.

Así, mediante una escala de valores y conocimientos, el individuo adquiere una determinación propia y desarrolla su personalidad, mediante lo que podría entenderse un turno de elección en la vida sobre determinadas alternativas valoradas mediante razonamientos lógico-intelectuales, acerca de por qué este y no aquel otro valor o norma moral es más o menos aceptable para sí.

Tras ese recorrido que provoca un crecimiento personal del individuo y al que colaboran los valores que asuma, resultando en ocasiones sumamente determinantes, para la conformación de la personalidad del sujeto.

El sujeto, educado en determinados valores ético-morales, no accede de forma automática a elegir y decidir, sus limitaciones son más biológicas que de cualquier otra índole. De modo que,

la formación moral también atraviesa fases diferentes en los distintos estadios evolutivos del ser humano. En la primera etapa el niño/niña tiene lo que se denomina una moral pre-convencional por lo que tiende a obrar tomando como referencia el beneficio propio o por la voluntad de evitar un castigo. En los años siguientes se forma una conciencia moral convencional, que comienza a manifestarse a partir de aproximadamente, los diez años y tiene en cuenta las normas sociales; en la adolescencia y durante la vida adulta se forma la conciencia moral post convencional (Giménez, 2009, 60).

Esta moral denominada convencional “se caracteriza por dar lugar a la formación de la opinión propia, acontece gradualmente, según se desarrollen diferentes capacidades intelectuales, como la capacidad abstracción, el verse como uno más, el pensamiento dialéctico, que le permite ser capaz de

conciliar y entender múltiples puntos de vista, y el pensamiento lógico-formal, que permite organizar y jerarquizar los valores” (Giménez, 2009, 62).

Afirma Ernesto Rodríguez (2001, 255) que “la moral no es tema para elucubraciones teóricas, sino cuestión de actitudes y de conductas prácticas”. Lo que realmente importa del deber, según ya señalara Marco Aurelio (1954, 179) es asumirlo y cumplirlo pues “no se trata de discernir lo que debe ser el hombre de bien, sino de serlo”.

Desde ese enfoque, muchos pensadores, afirman que los derechos humanos, tal como han sido proclamados por la comunidad internacional, dan contenido a una ética global, por cuanto constituyen un conjunto de principios jurídicos ideales o un sistema de valores reconocidos universalmente.

Por lo que la propia dimensión ética de la educación en valores, entraña ser consciente del entorno, de sus necesidades y de sus limitaciones, para crear progresivamente un sistema de valores propio y comportarse en coherencia a ellos al afrontar una decisión o un conflicto. Y, puede suponer que no toda posición personal pueda ser calificada como ética, si no está basada en los valores morales que encierra la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Derivado de la esencia misma de los derechos humanos, la dignidad se configura como la base máxima y cota límite de los derechos de personalidad. Así, al hablar de dignidad humana, se puede decir que es inherente al ser humano, a su esencia y naturaleza. Por lo cual y derivado de ello, el valor supremo que se le supone a la dignidad, le hace fundamento de los derechos humanos en cuanto explicitan y satisface necesidades básicas de las personas en la esfera moral, adquiriendo capacidad como sede fundamental para que el hombre desarrolle su personalidad de forma íntegra e integral.

Por su parte, la carta magna española de 1978, en su artículo 10.1, cristaliza “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En este sentido, el profesor Peces Barba, afirma que “el desarrollo de esta dignidad humana ha puesto de relieve en la historia moderna la existencia de

dos grandes valores, la libertad y la igualdad, imprescindibles en la vida social para que el hombre pueda desarrollar su moralidad” (1993, 340).

Puede por tanto afirmarse que aunque no resulte sencillo ni siempre confluya en cotas lógicas de eficacia, se ha de tener en cuenta el valor que infunden los derechos humanos al desarrollo personal del individuo. Así, valores y derechos como la igualdad, la autonomía, la equidad entre otros, construyen el camino que la humanidad ha de recorrer.

Por su parte, afirma Ernesto Rodríguez que:

no basta una educación en valores emergentes o de moda; es preciso reivindicar, recuperar, promover, programar y desarrollar una auténtica educación moral que permita a todos los hombres, tal como se señala en el propio Preámbulo del texto de la Declaración de 1948, identificarse con su propia dignidad y caminar hacia el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad, se respeten mutuamente y se sientan miembros de la familia universal (2001, 257).

En este sentido, defiende Juan Caralós la tesis que el propio Tribunal Constitucional español (Sentencia 53/1985, en su Fundamento Jurídico 5º y Sentencia 192/2003, en su Fundamento Jurídico 7º) reafirma “el planteamiento del principio del libre desarrollo de la personalidad como derecho implica que se considere como modelo estructural de todos los derechos de libertad, ya que en su contenido se puede incluir la constatación de la libertad como capacidad de autodeterminación y como pretensión de abstención frente a cualquier intervención del poder público que carezca de fundamentación jurídica” (2011, 136).

Resulta también destacable cómo nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia 93/1992, Fundamento Jurídico 8º) reconoce que el principio al libre desarrollo de la personalidad conlleva un principio general de libertad que consagran los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución española de 1978 y que autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas.

Pero, “con independencia de su tratamiento como principio objetivo o derecho que, en todo caso, es significativo sobre la existencia de acciones directas para su protección jurídica, lo cierto es que las manifestaciones del *agere licere* pueden eventualmente ser objeto de protección”. En este sentido, una muestra evidente de ello es que el Tribunal Constitucional ha admitido que la vida de una persona es un bien de la persona que se integra en su libertad, pudiendo disponer de hecho de la propia muerte, pero no como protección jurídica, sino como hecho material, es decir, la privación de la vida propia es un acto que la ley no prohíbe (excepto el auxilio) y no un derecho que implique la posibilidad de movilizar al poder público frente a la resistencia de oponerse a la voluntad de morir (Sentencia TC 93/192, Fundamento Jurídico 7º),

Por lo que en definitiva, “el principio del libre desarrollo de la personalidad es susceptible de ser protegido como derecho o como principio, pero las consecuencias a nivel de acciones de protección y de articulación de su contenido, dependen de su configuración en el sistema constitucional concreto en el que se aplique” (Caralós, 2011, 140).

Proyección de la educación en el libre desarrollo del individuo

Para obtener un resultado favorable en torno al desarrollo de la personalidad de un sujeto, se ha de tener en cuenta qué causas y efectos puedan incidir en ello.

En este sentido, la doctora Carmen Grimaldi afirma que:

las teorías que hablan sobre el desarrollo de la personalidad se dividen en tres: endógenas, exógenas e interaccionistas. Para las teorías endógenas, la personalidad viene determinada por características innatas de esa persona, en cambio para las teorías exógenas, el ambiente social y cultural, va a ser el factor determinante en el desarrollo de la personalidad. Las teorías interaccionistas consideran que el ambiente determina la manera de comportarse y la personalidad que cada persona desarrolla y viceversa, es decir la personalidad de cada uno va a ejercer una influencia en el ambiente que lo rodea (2009, 1).

Aunque el libre desarrollo de la personalidad se conforma como un derecho *ad personam* del individuo, está influido notoriamente por lo que se denominan causas exógenas además de interactuar con otros seres humanos y con el entorno por lo que influye y es influido constantemente. Sobra decir que las causas endógenas (las causas internas del individuo) constituyen también uno de las bases que alimenta el pleno desarrollo de la personalidad del individuo.

De entre las causas externas, destaca notablemente la educación que el sujeto recibe, tanto la formal como la denominada informal y la cultural.

Es por ello que el valor de la educación como conformadora de la personalidad del individuo adquiere cotas de indudable relevancia, por cuanto el sujeto puede adquirir con ella conocimientos que le permiten poder aceptarse y conocerse y elegir cambiar determinadas estructuras mentales y culturales asumidas o reconocidas como desfavorables.

La educación se conforma como base necesaria para el libre desarrollo de la personalidad del individuo, de modo que puede afirmarse que un sujeto formado adquiere un quantum de conocimientos que le permiten formar mejor su convicción sobre las decisiones a tomar y que le afectan, así como a asimilar y reconocer valores que elige asumir.

En este sentido, afirma Ernesto Rodríguez que “la conducta humana parece ser un proceloso mar de contradicciones y su estudio una tarea profundamente complicada. Tanto si se realiza el análisis del obrar desde perspectivas éticas, cuanto si se hace desde horizontes estéticos, filosóficos o científicos, individuales o colectivos, racionales o emotivos, siempre la conclusión final es complejidad, paradoja, conflicto y perplejidad” (2001, 253).

La meta a conseguir en este proceso es una maduración correcta del sujeto y un pleno y satisfactorio desarrollo de su personalidad, o dicho de otro modo, se trata de promover una educación integral, que comprenda diferentes aspectos de la personalidad del sujeto, tanto aspectos cognoscitivos, afectivos, psicomotores, entre otros, por lo que la formación en valores no puede estar ausente, máxime si el objetivo final es la formación de una auténtica personalidad moral.

Entre los objetivos marcados, está la premisa que reconoce la libertad que el estudiante puede marcarse, al menos en ese *mínimum* de libertad que formulaba Kelsen (1979, 56-57) y que existe aún en ámbitos autoritarios y reconocer para sí determinados valores éticos y morales que él mismo haya elegido y puede imponerse también a sí mismo, unos límites y medios suficientes para llevarlos a cabo en cada actuación de su vida presente y futura. De modo que pueda hablarse de una conformación libre y plena de la personalidad del individuo a través de la educación y las herramientas que aporta al sujeto en su quehacer de crecimiento personal.

La educación es una mirada que va desde que el ser humano nace hasta que se conforma como un adulto con plena capacidad de asumir su personalidad y en ese camino todas las ayudas resultan insuficientes. Si se acepta la proposición contraria, la inexistencia de la educación significaría una lesión previa a la propia conformación del pleno desarrollo de la personalidad del sujeto. Es por ello que queda suficientemente demostrada la vigencia, valor y extrema necesidad de que la educación y la educación en valores confluya en el entorno psicosocial del sujeto.

La sociedad, el Estado como garante de la paz social y del desarrollo de las individualidades de cada miembro de su comunidad, ha de aplicarse a la gestión adecuada del entorno y derechos necesarios para esa meta común que es el libre desarrollo de la personalidad del individuo.

De este modo “el libre desarrollo de la personalidad se presenta como un principio clave de la organización social, y, como tal, ha de estar al servicio de la realización de los derechos de los individuos que la integran. La libertad asume, en cierto modo, la condición de valor objetivo, cuyo ejercicio permitirá modelar de la mejor manera posible la regulación establecida por el sistema jurídico” (Santana, 2014, 108).

La relación entre la organización social y el pleno desarrollo de la personalidad del individuo resulta del todo notoria, por cuanto la sociedad y sus estructuras conforman formas y culturas que el individuo asimila y generan en él valoraciones precisas sobre determinadas cuestiones.

Desde el enfoque más pedagógico, pueden valorarse distintos sistemas o condiciones de base de transmisión de conocimientos a niños y jóvenes, que

permitan conformar de forma adecuada una visión positiva para su crecimiento intelectual y personal.

En esa línea, la educación en valores adquiere una relevancia notoria, por cuanto consigue mediante métodos educativos, la adquisición por el educando de posiciones actitudinales y aptitudinales que coadyuvan a éste a elegir adecuadamente de entre las opciones que la vida le ofrece.

Acercar a los niños y jóvenes a la cultura social aceptada por la comunidad en la que viven, obliga a esa sociedad a establecer una cultura propia que muestre al joven el camino a seguir ante planteamientos reales.

Es por ello que la educación en valores y la trasmisión de éstos a través de la cultura social conforman hábito necesario para que los niños y jóvenes puedan atisbar un camino certero en la vía hacia su madurez.

Así, la trasmisión de valores como la libertad, la igualdad, el respeto, la solidaridad, entre otros; todos ellos, derivados de la dignidad humana, como se constata, han de asumirse plenamente y confluir virtualmente con todas las condiciones y situaciones humanas posibles, haciendo de este modo que la asunción del menor de estos derechos sea una realidad palmaria.

Pues, en esa línea se estaría buscando lo que Salguero denominara “compromiso por una cultura de los derechos humanos” (Salguero, 1999, 441).

Pero, en este compromiso, no hay que olvidar son muchos los implicados. Por lo que habrá que intentar que la gestión de la delincuencia a través del ámbito educativo se conforme como “una cuestión de Estado” donde todos los entes y responsables aporten ideas y gestionen adecuadamente la búsqueda de una solución fructífera a la delincuencia, y por supuesto, tomadas estas medidas y soluciones desde los inicios, en el niño, en el joven, en definitiva en el menor, con el ánimo de una prevención primaria básica.

La libertad que esa sociedad asume, admita y gestione estimula al sujeto a crecer en ideales y autonomía para con ello, desarrollar plenamente su personalidad.

Por su parte, Elías Díaz ha expresado ese carácter objetivo de la libertad cuando, preguntándose acerca de la posibilidad de identificar si hay algo objetivo que permita discernir acerca de la justicia o injusticia de las situaciones, se contesta a sí mismo:

en mi opinión sí lo hay. Lo que pasa es que lo objetivo (eso que en rigor llamamos justicia, es en muy buena y amplia medida, lo mismo que sirve de base y justificación a ese reconocimiento de lo objetivo. Quiero decir lo objetivo (que puede servir para juzgar y valorar) es, a mi juicio, la libertad individual, la de todos y cada uno; y, por de pronto, la libertad de expresarse en libertad y de participar activamente en la decisión colectiva, lo que supone reconocimiento de la conciencia y la voluntad individual (y la vida humana) como base de toda la construcción (1984, 61-62).

Con ello se concluye en que la personalidad del sujeto se alimenta cada día de los conocimientos que adquiere y asimila, de la libertad que le permite discernir y ser libre; y de la justicia, equidad, igualdad y resto de valores y derechos que a los humanos nos hacen ser lo que somos, una categoría excepcional de seres vivos inteligentes.

La adquisición de conocimientos válidos que estimulen al individuo a un crecimiento personal interior y a un desarrollo de su personalidad acorde a sus valores y planteamientos intelectuales, puede perfectamente actuar desde el enfoque de la enseñanza y la educación.

Determinar el objetivo de la educación y establecer pautas de adquisición de las condiciones precisas para un pleno desarrollo de la personalidad es una ardua labor.

Afirma, en este sentido, el profesor Ara Pinilla que “el análisis del objetivo de la educación presenta una doble faceta, descriptiva y normativa en sentido estricto. No basta en efecto con comprobar cuáles son los objetivos reconocidos a la educación. Es pertinente realizar también una evaluación crítica de los mismos que, no por tener un carácter inevitablemente subjetivo, debiera dejar de resultar convenientemente fundamentada” (2014, 13).

De forma general, reconocidos autores convienen en que “la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe favorecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Ara Pinilla, 2014, 13).

En esta misma línea “la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”(Ara Pinilla, 2014, 13).

En definitiva, el ser humano ha de andar un camino con objetivos vitales básicos entre los que se encuentra el pleno desarrollo de su personalidad. La dignidad que sirve de base a los derechos humanos y por ende a los derechos fundamentales es el alimento de derechos como la educación, que forma y traslada al individuo las herramientas básicas para conseguir las metas marcadas por el recorrido de su propia humanidad.

Pues hay que tener en cuenta que “el libre desarrollo de la personalidad no es un mero ideal social jurídicamente irrelevante. Constituye una fórmula jurídica reconocida habitualmente a nivel constitucional que como tal, irradia el conjunto del ordenamiento jurídico, proyectando su acción sobre las diferentes ramas del derecho” (Santana Ramos, 2014, 100).

En este sentido, “habría que entender que desarrollar la personalidad es desarrollar las condiciones de ser humano, las notas que definen precisamente su condición. De esta manera, existiría una íntima conexión entre las ideas que representan los conceptos constitucionales de dignidad personal, de derechos humanos y de libre desarrollo de la personalidad” (La Torre, 1995, 81).

Por otro lado, en el ámbito educativo, se ha de asumir la existencia de esos valores o capacidades morales que justifiquen las implicaciones éticas en la práctica educativa en general, y en particular, tomando referencia de éstos en la docencia en materia de derechos humanos.

Hacer referencia a la dimensión axiológica de la educación en derechos humanos, significa pues, explicitar qué sistema valorativo marco se ha de asumir en un entorno de enseñanza, de adquisición de conocimientos

intelectuales y espirituales, que hagan del educando un ser lo más libre posible y con el nivel de autonomía suficiente y necesaria en su futura vida.

Pues derivado de esta libertad y este crecimiento personal adecuado puede confluír en actitudes de progreso que impidan el acceso a una gestión vital delincencial.

Conclusiones

Desde este trabajo se plantea una más que lógica asunción por el derecho a la educación de una labor primordial y substancial en cuanto a la adquisición del sujeto de la libertad necesaria para el pleno desarrollo de su personalidad. En este sentido, la educación participa notoria y estructuralmente de la conformación de la personalidad de los individuos.

La importancia de esta afirmación estriba en que de ello se difiere la obligación que adquiere el Estado en la capacidad de hacer posible que el individuo acceda a la educación con una finalidad básica de desarrollo personal y por la influencia de esta educación en una toma libre de decisiones. En este sentido, la génesis del derecho a la educación y su carácter integrador en cuanto a actitudes y aptitudes personales de los individuos da razón de la importancia que adquiere frente al pleno desarrollo de la personalidad del individuo.

El derecho a la educación se constituye en derecho básico de la conformación intelectual en el propósito vital que significa el libre desarrollo de la personalidad del sujeto. Desde ese punto de vista, el libre desarrollo de la personalidad del individuo se alimenta de distintas disciplinas y enfoques que el sujeto va haciendo suyas a medida que la conciencia de sí mismo aumenta. Derivado de ese argumento se afirma que la educación puede ser una de las bases necesarias para el desarrollo de la personalidad del individuo.

La meta a conseguir en el proceso educativo es una maduración correcta del sujeto y un pleno y satisfactorio desarrollo de su personalidad, o dicho de otro modo, se trata de promover una educación integral, que comprenda diferentes aspectos de la personalidad del sujeto, tanto aspectos cognoscitivos, afectivos, psicomotores, entre otros, por lo que la formación en valores no puede estar ausente, máxime si el objetivo final es la formación de una auténtica personalidad libre.

En definitiva, la dignidad que sirve de base a los derechos humanos y por ende a los derechos fundamentales es el alimento de derechos como la educación, que forma y traslada al individuo las herramientas básicas para conseguir las metas marcadas por el recorrido de su propia humanidad.

Referencias

- Aas, K. F. (2007). *Globalization & Crime*. Londres: Sage.
- Almenar Ibarra, M. N. (2000). La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después. En M. Ruiz Corbella y E. López-Barajas (Coord.). *Derechos Humanos y Educación*. Madrid: UNED.
- Ara Pinilla, I. (1990). La semántica de los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 6(15), 23-38.
- Ara Pinilla, I. (2014). *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*. Madrid: Dykinson.
- Aurelio, M. (1954). *Pensamientos*. Barcelona: Fama.
- Bauman, Z. (2002). *La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones*. Barcelona: Paidós.
- Bobbio, N. (1981). Presente y porvenir de los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 1(12), 9.
- Caralós Gavara de Cara, J. (2010). *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el art. 10.1 CE*. Madrid: J. M. Bosch.
- Castellanos Tena, F. (1998). *Lineamientos elementales del Derecho Penal*. México: Porrúa.
- Christie, N. (1986). Suitable Enemy. En *Bianchi van Swaaningen* (ed.) *Abolitionism: Towards a Non-repressive Approach to Crime* (p.3). Amsterdam: Free University.
- De Castro Cid, B. (2003). *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*. Madrid: Universitas.

- Díaz, E. (1984). Para una teoría de la legitimidad. En E. Díaz *De la maldad estatal y de la soberanía popular*. Debate: Madrid.
- Embid Irujo, A. (1981). El contenido del derecho a la educación. *Revista española de derecho administrativo*, (31).
- Farrington, D. P. (2003). Developmental and Life-Course Criminology: Key Theoretical and Empirical Issues. *The 2002 Sutherland Award Address Criminology*, 41(2), 221-256.
- Farrington, D. P., Gallagher, B. Morley, L. Ledger, R.J. y West, D. J. (1985). Unemployment, School Leaving and Crime. *British Journal of Criminology*, 26(4), 335-356.
- Fioravanti, M. (2000). *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones* (trad. de M. Martínez Neira), Madrid: Trotta.
- Freire, P. (1997). *La Educación como práctica de la Libertad*. Bs. As.: Siglo XXI.
- Frías Armenta, M. y Corral Verdugo, V. (2009). *Delincuencia Juvenil: aspectos sociales, jurídicos y psicológicos*. México: Plaza y Valdés.
- García López, J. (1990). *Individuo, familia y sociedad. Los derechos humanos en Tomás de Aquino*. Pamplona: Eunsa.
- Gil Colomer, R. (2000). ¿Necesitamos una Declaración Universal de las obligaciones del hombre?. En Barba, B. *Derechos Humanos y Educación*. Madrid: UNED.
- Giménez Dasi, M. (2009). *Psicología del desarrollo*. Madrid: UNED.
- Grimaldi Herrera, C. (2009). *Desarrollo de la personalidad. Teorías*. *Revista Eumed. Contribuciones a las Ciencias Sociales*, nov. (1), 1.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM.

- Laporta, F. (1987). Sobre el concepto de los derechos humanos. *Revista Doxa*, 4, 23-46.
- Latorre, A. (1995). El desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En L. García San Miguel (Coord.). *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*. Madrid: Universidad de Alcalá de Henares.
- López-Barajas, E. y Ruiz Corbella, M. (2000). *Derechos humanos y educación*. Madrid: UNED.
- Martínez de Pisón, J. (2003). *El derecho a la educación y la enseñanza*. Madrid: Dykinson.
- Martínez López Muñoz, J. L. (1979). La educación en la constitución española. *Persona y derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos*, 6, 37.
- Martínez Morán, N. (1999). La Declaración Universal como instrumento de determinación dinámica de los Derechos Humanos. En N. Martínez Morán. *Utopía y realidad de los Derechos Humanos en el cincuenta aniversario de su Declaración Universal*. Madrid: UNED.
- Mayor Zaragoza, F. (2000). Educación y humanidades: educación para la integridad humana. *Revista Española de Educación Comparada*, 7, 15.
- Peces Barba Martínez, G. (1991). *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Eudema.
- Peces Barba Martínez, G. (1993). *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. (Col. El derecho y la justicia).
- Pérez Luño, A. E. (2001). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Pérez Luño, A. E. (1989). El fundamento de los derechos humanos. Madrid: Debate.

- Pérez Serrano, G. (2000). Derechos Humanos, sociedad civil y educación para la ciudadanía. En E. López Barajas y M. Ruiz Corbella (Eds). *Derechos Humanos y Educación*. Madrid: UNED.
- Requena Espada, L. (2014). *Principios generales de criminología del desarrollo y las carreras criminales*. Madrid: Bosch.
- Rodríguez Rodríguez, E. (2001). La educación moral como garantía de posibilidad de derechos humanos. En E. López Barajas y M. Ruiz Corbella (Eds). *Derechos humanos y educación*. Madrid: UNED.
- Rodríguez-Manzanera, L. (1997). *Criminalidad de menores*. México: Porrúa.
- Rosa Cortina, J. M. (2009). *El fenómeno de la delincuencia juvenil: causas y tratamientos*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Rosser Limiñana, A. M. y Suriá Martínez, R. (2014). *Prevención y tratamiento de la delincuencia: actividades prácticas*. Alicante: Ecu.
- Salguero, M. (1999). La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la democracia. *Revista del Instituto San Bartolomé de Las Casas, Educación, Estado liberal. Derecho y bienestar social*, 4(7), 441-466.
- Santana Ramos, M. E. (2014). Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 29, 99.

Hortensia Rodríguez Morales 

La proyección multicultural desde una perspectiva educativa de los derechos humanos

The multicultural projection from an educational perspective of human rights

A projeção multicultural de uma perspectiva educacional dos direitos humanos

Resumen: *Para una mayor comprensión de los nuevos retos a los que se enfrenta la sociedad multicultural, resulta del todo necesario, tener presente el valor que encarna por un lado, el fundamento del contenido en Derechos humanos, y por otro lado, la necesidad de garantizar una educación basada en una educación inclusiva.*

Trabajar en el ámbito educacional presupone trabajar en las diferencias existentes, ya sean, sociales, idiomáticas o culturales. Por tanto, un modelo educacional orientado en la diversidad, constituye un recurso que posibilita una mayor inclusión y reconocimiento universal de los derechos inherentes a todos los seres humanos.

Este trabajo parte de la consideración de los valores universales que han de influir como guía del educando y a su vez, han de ser traslación directa de los derivados de los derechos humanos, por cuanto éstos son reconocidos plenamente por la comunidad internacional.

La finalidad del conocimiento y adquisición de valores en el ámbito educativo no es otra que conseguir que la autonomía del individuo y el pleno desarrollo de su personalidad sean una realidad palpable.

Palabras clave: *multiculturalidad, educación multicultural, derechos humanos, universalidad, cultura educativa.*

 Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Letrada Asesora del sindicato Comisiones Obreras (España).

 hortensia.rodriguez@fsc.ccoo.es

Abstract: *In order to gain a better understanding of the new challenges facing multicultural society, it is absolutely necessary to bear in mind the value that represents, on the one hand, the foundation of the content of human rights and, on the other hand, the need to guarantee an education based on an inclusive education. Working in the field of education presupposes working on differences, whether social, language or cultural. Thus, a diversity-oriented educational model is a resource that enables greater inclusiveness and universal recognition of the rights inherent in all human beings. This work is based on the consideration of the universal values that should guide the learner as a guide and, in turn, must be a direct translation of the derivatives of human rights, since they are fully recognized by the international community. The purpose of knowledge and acquisition of values in the educational field is none other than to ensure that the autonomy of the individual and the full development of his personality are a palpable reality.*

Keywords: *multiculturalism, multicultural education, human rights, universality, educational culture.*

Resumo: *Para uma maior compreensão dos novos desafios enfrentados pela sociedade multicultural, é inteiramente necessário ter em mente o valor incorporado, por um lado, a base do conteúdo dos direitos humanos, e, por outro lado, a necessidade de garantir uma educação baseada em uma educação inclusiva.*

Trabalhar no campo educacional pressupõe trabalhar em diferenças existentes, seja social, língua ou cultural. Portanto, um modelo educacional orientado para a diversidade é um recurso que permite maior inclusão e reconhecimento universal dos direitos inerentes a todos os seres humanos.

Este trabalho parte da consideração dos valores universais que têm de influenciar como um guia da educação e, por sua vez, deve ser a incorporação direta dos derivados dos direitos humanos, uma vez que estes são plenamente reconhecidos pela comunidade internacional. A finalidade do conhecimento e da aquisição de valores no campo educacional não é senão garantir que a autonomia do indivíduo e o pleno desenvolvimento de sua personalidade sejam uma realidade tangível.

Palavras-chave: *multiculturalismo, educação multicultural, direitos humanos, universalidade, cultura educação.*

Recibido: 20170827

Aceptado: 20171003

Planteamiento

Los entornos culturales y educativos se nutren de todos y cada uno de los contactos y relaciones que conocen y asimilan. Casi de forma imperceptible y en ocasiones, de manera instantánea, adquieren nuevos conocimientos y saberes, nuevos ideales y valores, nuevas culturas. Así lo entiende Peiró i Gregori cuando reconoce que la multiculturalidad se produce

cuando en una sociedad o institución hay sujetos de culturas diferentes puede catalogarse como realidad multicultural. En este sentido, la multiculturalidad no sería tanto la convivencia de personas pertenecientes a diversas subculturas, cuanto a la presencia simultánea en las coordenadas espacio-temporales de sujetos con identidades culturales que no se pueden superponer (Peiró i Gregori, 2013).

En esa línea se pronuncia Roig Vila, reconociendo que, “todos somos emigrantes e inmigrantes al mismo tiempo. Los movimientos migratorios, evidentemente, están referidos en primera instancia a los desplazamientos poblacionales realizados en mayor o menor número y con el objetivo de conseguir mejores condiciones o calidad de vida”, pero es indudable que puede suceder que a lo largo de nuestra vida sea relativamente fácil, que pasemos a ocupar ese calificativo. Afirma asimismo que “deberíamos tener en cuenta que la historia de los pueblos, las culturas, las naciones, en general, y de cada persona en particular es siempre dinámica, cambiante, poco o muy poco está asentada o es inamovible”(Roig Vila, 2008).

Por lo que la mayoría de las veces, trasladar determinados valores, juicios y condiciones, maneras de entender y de vivir, de un entorno a otro, sucede sin que haya voluntad primaria de ello, o en ocasiones, sin que tal asimilación haya sido expresamente propuesta por ninguna de las partes implicadas.

Se parte del planteamiento que reconoce que si la educación es “aprender a ser” (Delors, 1993), la cultura puede entonces considerarse el “modo de

ser”. En este sentido, defiende Roig Vila que “la educación que ha sido entendida a menudo como una iniciación o introducción en el mundo humano, se presenta así como el modo primero de participación en la vida cultural” (Roig Vila, 2008). Por tanto, la educación puede ser uno de esos puentes perfectos que colaboran de manera indudable a la asimilación cultural a la que hacemos referencia, aunque esta incorporación cultural constituya un problema a resolver, para los educandos y para el medio educativo.

En la misma línea, se pronuncia la profesora Santana Ramos, cuando defiende que “El nivel de autonomía que adquiere cada sujeto no es el resultado automático de la educación y de la relación social con los demás miembros y de su propia familia, sino también en muy amplia medida, el de la acción del entorno social” (Santana Ramos. 2016).

Así parece constatarse incluso en el modo de llamar a los jóvenes migrantes en el ámbito escolar, pues según avalan numerosos doctrinarios de la materia, la terminología “jóvenes inmigrantes”, ha sido modificada para el uso, sobre todo en el ámbito escolar, por la expresión “jóvenes entre dos culturas”, pues designa habitualmente individuos o grupos de adolescentes, cuyos comportamientos y actitudes plantean determinadas cuestiones culturales y de asimilación al nuevo medio (Vieille-Grosjean, 2008).

Esta expresión, afirma el profesor Henri Vielle-Grosjean tiene de hecho, sólo un valor analógico ya que es inspirada por otra, “estar sentado entre dos sillas” metáfora que expresa la dificultad en que se encuentra un individuo, frente a dos situaciones que se le presentan o dos contextos a los cuales se siente emparentado, pero de entre los que no puede escoger” (Vielle-Grosjean, 2008).

No cabe duda que se genera una incertidumbre para el educando, pero también para la cultura acogedora, que ha de socializarse con esa otra cultura y convertirse en una nueva cultura, cristalizada con lo que se extraiga de cada una y resulte admitido y válido en la sociedad en la que se inserta.

Desde ese punto de vista, la vida cultural anterior, toda vez que se ha difuminado o fusionado con otras culturas, cambia, generando lo que algunos autores denominan la multiculturalidad global.

El escenario multicultural en el ámbito educativo. Reconocimiento de valores humanos como respuesta prioritaria

Toda vez que en un mismo entorno educativo, confluyen culturas diferentes y se alimentan las unas de las otras, generando una interesante y emergente nueva cultura, puede afirmarse que del aprendizaje de los derechos humanos y de su aceptación en la sociedad se derivaría una multiculturalidad responsable ante la protección y tutela de la dignidad de los individuos que la conforman.

Los derechos naturales nada tienen que ver, en este orden de cosas, con diferencias étnicas, sociológicas o psicológicas de la cultura asimilable. Se admite y desarrolla independientemente, incluso, de la forma y manera en que finalmente se socialice esa nueva cultura. Los valores derivados de la dignidad humana sobrepasan ese tipo de límites convencionales que la cultura, en ocasiones, refleja.

Con la multiculturalidad, afirma Bernal, que “la cultura se deja de considerar en torno a rasgos fijos y pasa a ser valorada como proceso dinámico psicológico y sociológico. Las diferencias entre los individuos dependen más de la diversidad en esas categorías microculturales que de la variedad étnica” (Bernal, 2003). El denominado multiculturalismo, según Pilar Aznar “como hecho, ha creado una nueva forma de pluralidad social vinculada a los procesos de globalización, y más estrictamente a los procesos económicos del mercado global entre cuyos fenómenos más destacados está, el incremento de migraciones que dibujan sociedades cada vez más pluriculturales” (Aznar Minguet, 2013).

En este mismo orden de ideas, se pronuncia Marín Gracia entendiendo que este hecho “conduce a hablar de identidades múltiples” (Marín Gracia, 2002). Identidades múltiples que se constatan, “tanto en sus relaciones, de las que cada individuo no es sólo producto sino que también es autor, productor y actor” (Abdallah-Preteuille, 1999), como en su propio modo de valorarse así mismo, de educarse. Se trata, por lo tanto, de una identidad que se construye con muchas identidades asumidas, con el identificarse con otras culturas, con el representarse en existencia con estas otras culturas, esto es lo que Aurora Bernal viene a denominar, “la identidad de pluripertenencia” (Bernal, 2003).

Esta denominada identidad de pluripertenencia, no obstante, “se puede construir porque se puede deconstruir lo heredado. Y de la deconstrucción de lo cultural, se pasa a la deconstrucción del individuo creado en la cultura” (Bernal, 2003). Significando en extremo una virtual asimilación de culturas, con pérdidas de unos y otros en ese proceso, y reconstrucción de una nueva cultura, construida sobre lo heredado de las inmediatamente incluidas en esa nueva construcción cultural.

Esta teoría es extensamente elaborada por los enfoques de la tesis social crítica, que sospecha en las construcciones culturales, étnicas o de cualquier otro tipo, intenciones de poder de los individuos de un grupo sobre los otros. En este sentido, las diferencias se interpretan como deficiencias del grupo más débil por el más fuerte (Kincheloe y Steinberg, 1999).

Partiendo de la idea que parte de la presencia de la diferencia “inclusiva”, tal y como la denominara Marín Gracia y de la diversidad, que además de biológica es cultural e ideológica, se debe afirmar que esta es la gran riqueza de la vida y de la sociedad (Marín Gracia, 2002).

Por lo que en este punto, se ha de estar a lo que ya la UNESCO confirma en sus últimos informes que se debe aprovechar el momento para crear, “un mundo sobre la base de la tolerancia, la cual no debe consistir simplemente en la adjudicación de espacios o en el reconocimiento de un conjunto de derechos, sino más fundamentalmente todavía en esbozar los horizontes apropiados para el desarrollo espontáneo de todas las expresiones culturales” (UNESCO, 1997). Por lo que conciliar esa construcción de la nueva identidad, de la nueva cultura, procedente de una fusión entre culturas, se precisa para recuperar lo mejor de cada sabiduría, pues desde estos presupuestos, puede hablarse de una cultura mejorada, una multiculturalidad deseable y plausiblemente mejor, vinculada a la realidad social que se constituye en ese presente común.

La cultura en su dimensión plural tendría que ser hoy un lugar de negociación y de creación de nuevas oportunidades. El pluralismo cultural supone la coexistencia activa y dinámica de diversos grupos e incorpora condiciones políticas que permiten el contacto creativo y la transformación. Es decir, permite a grupos culturalmente diversos, organizarse de forma que puedan reproducir sus identidades al tiempo que evolucionan creativamente en el

tiempo. Porque la identidad cultural no es algo estanco, permanente, ni rígido; sino un proceso que evoluciona en contacto con la realidad mudable, y que va integrando la parte que se hereda, la parte que se construye y la parte que se proyecta (Orduña Allegrini, 2003).

Por lo que desde la configuración de una sociedad pluricultural, es necesario el desarrollo de una educación intercultural de calidad, que promueva el respeto al derecho a la diversidad en condiciones de equidad. Así como la igualdad es un derecho cuyo ámbito de aplicación es el legal; la equidad es una aspiración cuyo ámbito de aplicación es el ético (Aznar Minguet, 2013).

El derecho a la diferencia que también es un principio de justicia, va referido en cambio a lo individual, a lo singular, a lo que varía, a la parte humana; diversifica problemas, personas, acontecimientos o situaciones. El concepto de equidad añade precisión al concepto de igualdad al atender a la singularidad y diversidad humana en sus diferencias; como principio ético, la equidad trata de buscar la convergencia entre ambos derechos (Altarejos Martínez, 2003).

De la garantía personal como objetivo de la educación multicultural, parte la nueva noción de persona, donde se puede explicar la diversidad cultural, la multiculturalidad. Es esta cultura del yo colectivo la que debe ser trasladada en el espacio educativo y asumirse desde el resto de esferas sociales y culturales de la persona. Los objetivos a conseguir, por lo tanto, no corresponden con la individualidad social, ni con la de un grupo determinado, se vuelven finalidades colectivas, se torna en la búsqueda de una convivencia pacífica entre pueblos constituidos en una única comunidad básica, la humanidad.

En este punto, la identidad personal se torna identidad cultural, se valora el “yo”, pero desde el punto de vista del “nosotros”. El individuo, la persona constituye una parte integrante y básica de esa nueva cultura generada.

Resulta del todo imposible entender la cultura como valores de un grupo de individuos separados y dispersos, pues cada individuo aporta a esa cultura un ser individual, pero con conciencia social, con conciencia común. Esa auténtica pertenencia a una cultura social, a un entramado común, no impide el mantenimiento y la conformidad con una personal cultura e idiosincrasia básica y reconocida como propia de cada uno.

Así lo reconoce Bernal, cuando afirma que “en la realidad, las personas son seres humanos con una cultura, pero podemos distinguir el quién, del qué y del cómo” (Bernal, 2003).

La falta de coincidencia no se refiere a que cada individuo porta tres identidades distintas, a las que podríamos añadir más, según algunos rasgos individuales que nos caractericen. La no-concurrencia atañe a que el ser de cada uno, es más que ser una naturaleza y ser según un modo cultural. Se es naturalmente y culturalmente, pero cada individuo humano no se agota en ser de naturaleza racional con una cultura y subculturas. Ese plus de ser, es lo que denominamos, ser personal. El ser personal no se añade al ser natural ni al cultural, sino que se es persona, siendo con naturaleza racional y en una cultura” (Bernal, 2013).

Plantear la muticulturalidad en el espacio educativo o en cualesquier otro ámbito, no es solo afirmar que existe una amplia variedad de culturas, sino aceptar que pueden convivir y respetarse, sin que ninguna de ellas pierda un ápice de su específico espíritu. Pudiendo valorarse, incluso, que las unas se alimentan o crecen con la cultura propia de las otras.

Por otro lado, parece que actualmente, lo políticamente correcto es afirmar la multiculturalidad como valor y no como dificultad. En este sentido, se plantea el derecho a la diferencia cultural. Se parte, según afirmara Aurora Bernal, por lo tanto, de la creencia de que no hay valores humanos universales (entendidos como comunes), por lo que hay que lograr un tipo de convivencia en la que los diversos grupos desarrollen lo propio con un límite único, el respeto a los otros. (Bernal, 2013)

Idealizar la aceptación de la multiculturalidad sin que se haga una realidad objetiva, es perder una oportunidad de crecer como seres humanos con valores dinámicos y certeros.

El acierto en este punto, se da cuando la persona tiene la capacidad de aceptar libremente la existencia de culturas que siendo cercanas o no, le resultan necesarias para su propio crecimiento y la evolución de su propia cultura natural.

Por lo cual, puede hacerse extensivo a la multiculturalidad, por cuanto relación entre culturas, a lo defendido por Redfield cuando afirma que las culturas de los pueblos son el producto de la relación diaria del hombre con sus conciudadanos en un ámbito sociopolítico concreto, o, si se quiere de otra manera, el conjunto de “comprensiones compartidas” (Redfield, 1961).

Permitiéndonos el uso de esta expresión, “las comprensiones compartidas”, cuando ésta se contempla dentro del contexto de la multiculturalidad, se constituye en una realidad constatable, por cuanto se generan en la sociedad, relaciones de comprensión y tolerancia entre ciudadanos con diferentes culturas, todas ellas, calibradas como igualmente válidas.

La relación que se produce entre estas culturas, que denominábamos de “comprensión compartida” es, respecto de la suma de culturas, de valor equivalente, por tanto, de similar responsabilidad. Todas ellas obligan a la sociedad a ser dinámica, a constituirse cada día en cada lugar y aspecto, instituyéndose parte integrante de la comunidad, por lo que sin ellas, la propia culturalidad de esa sociedad queda huérfana de la multiculturalidad que necesita.

La respuesta inmediata de la educación en el fenómeno de la multiculturalidad, puede entenderse que constituye un espacio de tolerancia necesario para el desarrollo de la correspondiente comprensión. Para con ello provocar que seres humanos sociales y que han confluído en un territorio común, procedentes de diferentes estructuras culturales, conformen una única y válidamente aceptada cultura renovada.

No cabe duda, que el refrendo de la idea multicultural es notable en las actuales situaciones de flujos migratorios y ocupación por inmigrantes, refugiados, foráneos en definitiva, los caminos que anteriormente solo cruzaban los nacionales.

Ahora el Estado y sus ciudadanos son conceptos más amplios, más afines a la apertura social, o al menos, deben serlo. Para con ello aspirar a una paz social y a un desarrollo ecuánime de las sociedades que integran el pueblo.

Porque en ocasiones, negar la mayor solo retrasa lo inevitable, y ver continuamente un problema en la interculturalidad, multiculturalidad, y etique-

tas similares, no han hecho sino enturbiar un crecimiento común, que debió darse hace ya algún tiempo atrás.

Derechos humanos y multiculturalismo en el debate educacional

Cuidar del ámbito educativo y que constituya un fiel reflejo de lo que la sociedad busca en su futuro inmediato, es reconocer que con la educación se forman personas, ciudadanos y ciudadanas, sujetos de derechos que finalmente con sus actitudes y aptitudes constituyen la base de la cultura renovada del futuro. La educación se conforma de este modo en base fundamental de las futuras sociedades. Ahí estriba la vital importancia que adquiere y el más que necesario reconocimiento como herramienta útil para conseguir una sociedad futura mejor.

De esta reflexión, se deduce que educar en y para la búsqueda de una sociedad futura mejor, se han de tener presente todas y cada una de las diferentes culturas que en el ámbito educativo coincidan. Pues, la interacción entre ellas constituirá modificación y adaptación de la cultura base, sea esto o no deseable, o sea o no intencional.

Negar la existencia de distintas culturas y la obligada interacción entre ellas, específicamente en el ámbito educativo, es no ver que es en ese justo espacio donde confluyen y se asimilan conocimientos derivados de todos y cada uno de los contactos que el educando y su entorno adquiere.

Dar perspectiva a esa imagen que conforma el multiculturalismo en el espacio escolar y educativo, es una misión que han de asumir los Estados, para conservar y reconocer la riqueza cultural que poseen, para con ello constituir a las culturas encontradas una enseña de riqueza y no una permanente y lamentablemente cotidiana confrontación.

En este sentido, la educación multicultural nace de una reflexión sobre la presencia en las escuelas occidentales de grupos minoritarios que además de necesitar un trato adecuado por la “distancia” entre su cultura y la cultura presentada y representada en la escuela occidental, necesitan una atención especial, ante el fracaso continuado cuando acceden a la misma. Se diseñan entonces programas que tratan de mejorar los éxitos de estos colectivos en la escolaridad y, en algunos casos, promueven un respeto hacia la cultura de

origen y una integración en la cultura de “acogida”, dándole importancia y valorando las culturas de las personas”(García Castaño, Pulido Moyano y Montes Castillo, 1994).

La educación multicultural es una realidad sumamente compleja, polisémica y variada, con una gama infinita de matices. Es esa misma variada realidad la que dificulta la concreta definición de lo que es la educación multicultural, constituyéndolo por tanto en un concepto plurívoco. Al mismo tiempo, hay que tener presente que analizar las diferentes formas de entender la cultura tiene una incidencia directa e inmediata en lo que se entiende por educación multicultural. Por lo que puede afirmarse que el propio concepto de cultura, establece un ámbito de comprensión igualmente válido e influyente en la definición de la educación multicultural.

En este sentido, el multiculturalismo se deriva de esa capacidad mutante de la cultura, tal y como afirmara Santos Velasco, “las culturas son flexibles, fluidas, mutables, cambiantes” (Santos Velasco, 2004). Sin embargo, por su parte, De Lucas, deduce que del hecho de la multiculturalidad se derivan, sin duda, efectos positivos. Afirma que la multiculturalidad constituye una oportunidad para los intercambios y el enriquecimiento recíprocos. Por cuanto contribuye a que cada persona tome conciencia de su propia visión del mundo y de que la vida es tan sólo una de las perspectivas posibles (De Lucas Martínez, 2002).

Este conjunto de relaciones reflexivas entorno a la cultura y la multiculturalidad ha hecho que en el campo de la educación multicultural se generen auténticas corrientes de pensamiento e ideología que constantemente modifican la perspectiva derivada del multiculturalismo. En este sentido, puede observarse la profusión de temas relacionados con el racismo, la diversidad y la cultura, y con la formulación de preguntas y el cuestionamiento de algunos valores que fundamentan la labor educativa.

Del propio carácter heterogéneo de la cultura, se depende el concepto de diversidad cultural, por lo que puede decirse que así como se afirma que la cultura de un pueblo no es totalmente impermeable a influencias exteriores, la tesis multicultural aceptando esa condición, trata de mantener la pureza más considerable en la simbiosis necesaria de varias culturas.

El respeto a la diferencia cultural constituye un enfoque nuevo que contradice la cultura globalizada, sobremanera si se tiene en cuenta que ya no hay fórmula que impida que pueblos enteros sean literalmente expulsados de su ámbito geográfico y estatal. Por tanto, el desafío es cómo afrontar la diversidad cultural en este contexto multicultural en el cual nos desarrollamos. Los flujos migratorios, fruto de las desigualdades entre países del norte y del sur, dan lugar a que sociedades relativamente homogéneas trasmuten en sociedades multiculturales, con una virtual ampliación de la idea de la diversidad cultural, étnica y racial debido a la gran cantidad de personas inmigrantes.

Por lo que puede comprobarse como, la educación multicultural es materia discursiva, es un asunto palpitante y profundamente cambiante que atrae por la actualidad que representa y por la incidencia evolutiva del ser humano que puede significar la educación en valores multiculturales.

Por lo tanto, tratando de atisbar una definición de lo que significaría educación multicultural, puede entenderse cómo aquella que subsume en la educación una variedad de creencias, políticas y prácticas que pretenden dar una provisión de conocimientos y actitudes en una sociedad multirracial.

Por su parte, autores como Murillo y Greñeras, definen la educación multicultural como “aquella que en todos los aspectos está relacionada con la convivencia en una sociedad multicultural, en la que el intercambio y la comunicación son piezas fundamentales en todo el proceso de educación. En este sentido, estos valores y actitudes deben ser objeto de conocimiento y de aprendizaje por parte de toda la población escolar” (Murillo, Greñeras, Sagalerva y Vázquez, 1995).

Pero eso es reducir demasiado su significación, pues tal y como afirma Cohen, “la educación multicultural no puede ser entendida meramente como una exótica adición de contenidos al currículo educativo, sino que debe ser una consideración sistemática de los efectos perversos del racismo” (Cohen y Cohen, 1986).

Insistiendo en que además, “debe buscar la implementación del pluralismo y la diversidad en todas las propuestas educativas, recogiendo las profundas raíces que el multiculturalismo presenta en la sociedad” (Cohen y Cohen, 1986).

La multiculturalidad en nuestra época es entendida como un foro común de identidades diversas, donde cada un adquiere una razonable conexión con el otro, sin que llegue a perder la base cultural propia. En el ámbito educativo esta multiculturalidad favorece la tolerancia, en el sentido que exige a los discentes admitir y reconocer las diferencias del otro y aun así, la tremenda igualdad que les une como seres vivos racionales, con problemas e inquietudes similares.

En este sentido, Sandra Dickerson entiende que la educación multicultural

es un complejo sistema de educación que incluye la promoción del pluralismo cultural y la igualdad social. Estos programas deben reflejar la diversidad en todas las áreas del conocimiento escolar; las formas y los comportamientos de las personas que trabajan en el ámbito educativo deben ser acordes con la diversidad existente dentro de la sociedad; la enseñanza incluida en el currículo debe ser imparcial; y se tiene que garantizar la equidad en los recursos y en los programas para todas y todos los estudiantes, así como en los resultados (Dickerson, 1993).

El multiculturalismo es, “producto de una coyuntura histórica particular de relaciones entre el Estado, afirmando las minorías raciales y los grupos mayoritarios, los educadores y las educadoras, así como la política intelectual, cuando el discurso sobre la escolaridad se refiere a las relaciones raciales y étnicas en la educación y en la sociedad” (McCarthy, 1993).

Un resumen sobre la ideología multiculturalista supone definirla sencillamente como, pluralista. En este sentido, el discurso multiculturalista visto desde la práctica educativa, tiene como principal objetivo la inclusión de la representación de las minorías en los textos de representaciones culturales de las diversas culturas, de manera que se inserten en propuestas educativas, así como en la representación del profesorado y en los grupos de alumnas o alumnos.

La base educativa plural derivada de la ideología multiculturalista, ha de tener consistencia en sede de la tolerancia, la solidaridad y la igualdad, para confluir en un respeto mutuo exigible en todo ámbito y lugar por cualquier ser humano.

La educación intercultural inclusiva, una educación en derechos humanos

A diferencia de la educación multicultural, la educación intercultural resalta las relaciones y los valores individuales o grupales, además de las formas y los múltiples símbolos que consciente o inconscientemente acompañan a las personas en la vida cotidiana.

Por lo que puede afirmarse que la educación intercultural tiene como base el respeto y la asimilación, tanto por parte de la cultura de llegada como de la de acogida. En este sentido, la educación intercultural, a diferencia que en la educación multicultural, ha de conservarse el mayor contenido o rasgos de cada una de las culturas interrelacionadas.

En este sentido, Bueno Aguiar defiende que

la educación intercultural apunta una solución al problema que se plantea en las sociedades multiculturales, ya que se refiere a una relación activa entre las culturas para llegar a desarrollar una sociedad intercultural. Por tanto, este tipo de educación pone el énfasis en los puntos de contacto y en el diálogo que se debe producir entre las culturas, siempre en un clima de igualdad y respeto. Desde esta perspectiva, y resaltando esta relación de entendimiento y consenso, también se produce una interrelación profunda entre las minorías, que son portadoras de diversidad cultural, y la sociedad de acogida que suele representar la cultura mayoritaria (Bueno Aguiar, 1989).

No obstante, puede afirmarse que tanto la educación multicultural como la educación intercultural, realizan una valoración positiva de las subjetividades sociales, en el sentido en que “el lugar en el que la sociedad abre un espacio de convivencia entre los hombres, que no está encaminada al beneficio ni al poder político sino a valores. Como tal, es la forma de la cultura que estructurada dialógicamente, permite al hombre buscar y encontrar la propia identidad como individuo y como comunidad a través de una visión y una práctica del bien común” (Herrera, 2000).

Para algunos autores como Ángela Da Silva,

la educación intercultural se fundamenta en la interacción pluralista y activa, es un modelo de actuación que parte del respeto y la tolerancia, de la simetría entre las relaciones, de la equivalencia entre las personas (...) donde se asume que el conflicto provocado por el choque cultural, en lugar de reprimirlo o ignorarlo, es positivo y enriquecedor, ya que los procesos resultantes de esta relación y contacto englobarían cambios de actitud hacia una sociedad igualitaria.(Da Silva Gomes, 1995).

Sin embargo en la sociedad intercultural,

se constata que las distintas culturas, los grupos étnicos, religiosos, culturales que coexisten en un determinado territorio mantienen relaciones de apertura, interrelación, interacción, intercambio y reconocimiento mutuo de sus respectivos valores y formas de vida; se trata pues de relaciones que manifiestan un carácter igualitario, en las que todos y todas las implicadas e implicados tienen el mismo peso, sin que existan relaciones hegemónicas de un grupo frente a otro.(Da Silva Gomes, 1995).

Respecto a ello, aplicar la visión inclusiva que garantice la puesta en marcha de los derechos humanos en la educación, ante la llegada de nuevas culturas, colaboraría a una solución al problema atemporal del choque de culturas. Las culturas implicadas participarían activamente en conseguir metas de igualdad y tolerancia necesarias. Los derechos humanos en el ámbito educativo coadyuvan de manera concluyente al encaje final de la cultura de llegada con la de acogida.

Aunque se reconozca que la cultura preponderante será la acogente, por estar ya inserta en ese ámbito social, los valores y derechos derivados de la Declaración Universal de Derechos Humanos permitirían, en una relación intercultural, una mayor inserción social y educativa de la cultura de llegada. Debemos recordar que la sistemática intercultural permite el intercambio y asunción e interacción cultural conformándose como resultante una nueva cultura.

Además, hay que recordar que los derechos humanos en el espacio educativo en una educación multicultural, conciben las diferencias que estimula continuamente la preponderancia de una cultura sobre otra (generalmente la de acogida sobre la de llegada) como un valor más de cada una de ellas, obligándolas a estructurar vías de respeto e igualdad para evitar violencia y brotes innecesarios de intolerancia. En este sentido, recordar que la sistemática multicultural no permite la mezcla o asunción de matices de una y otra cultura, sino que hace referencia a la conservación del mayor número de matices y estructuras diferenciales de cada una de las culturas encontradas.

Se afirma desde la doctrina, que “estos aspectos de igualdad o preponderancia son los puntos donde radica la diferencia fundamental entre las concepciones culturales de la interculturalidad y la multiculturalidad” (Da Silva Gomes, 1995).

Por tanto, el multiculturalismo se entendería como el reconocimiento por cada cultura del valor de las otras, y con la garantía por parte del Estado de los derechos de las diferencias culturales (Touraine, 1995).

A diferencia, el interculturalismo es un compendio de culturas que adquieren y comparten valores las unas de las otras, constituyéndose en una cultura conformada por la suma de las culturas interrelacionadas. La educación intercultural resalta las relaciones y los valores individuales o grupales, además de las formas y los múltiples símbolos que consciente o inconscientemente acompañan a las personas en la vida cotidiana (Bueno Aguiar, 1998).

En esa misma línea, defiende Bueno Aguiar, que

la educación intercultural apunta la solución al problema que se plantea en las sociedades multiculturales, ya que se refiere a una relación activa entre las culturas para llegar a desarrollar una sociedad intercultural. Por tanto, este tipo de educación pone el énfasis en los puntos de contacto y en el diálogo que se debe producir entre las culturas, siempre en un clima de igualdad y respeto. Desde esta perspectiva, y resaltando esta relación de entendimiento y consenso, también se produce una interrelación profunda entre las minorías, que son portadoras de diversidad cultural, y la sociedad de acogida que suele representar la cultura mayoritaria (Bueno Aguiar, 1998).

Con base en esas afirmaciones, la significación misma de determinados derechos y obligaciones en materia educativa, precisa debatir las fórmulas en que se producirá en ese orden, el respeto a la identidad cultural, a las costumbres y hábitos derivados de las distintas razas, etnias, o cualquier otro hecho diferencial que deba protegerse, entre otros.

Sin importar mucho el sistema cultural que para ello se utilice, pues como se ha constatado, tanto la multiculturalidad como la interculturalidad son válidas para el entendimiento entre culturas que se encuentran en un mismo espacio temporo-geográfico.

En este sentido, se ha de poder llegar a generar ámbitos de asunción del espíritu mismo de los derechos humanos, en cuanto aseguran espacios de libertad e igualdad de las relaciones en el entorno educativo, perfectamente trasladables a cualquiera de las culturas interrelacionadas. Por ello se afirma, que la cultura educativa de los derechos humanos sentaría bases sólidas para la correcta gestión de situaciones nuevas e incidentales que planteen los nuevos retos culturales.

Los amplios movimientos migratorios de la actualidad han de provocar planteamientos renovados sobre la cultura y específicamente la cultura educativa, que finalmente concluya en definir el establecimiento de principios y ampliar derechos a los nuevos habitantes y educandos es una meta lógica que deben cumplir los Estados.

La sociedad en general y la sociedad educativa en particular, no deben perdonar a los Estados el olvido, más que evidente, de estos nuevos retos que las relaciones interculturales plantea, por cuanto, de hacerlo, se pierde un fundamento importante para mejorar los propios sistemas educativos y hacer fluir correctamente la cultura en todos los ámbitos de una sociedad irremediablemente plural (Bueno Aguiar, 1998).

En el momento actual, negar la existencia de culturas completas que inciden y se incorporan a naciones por mor de la expulsión sistemática de poblaciones enteras de sus territorios, es pasar por encima de los problemas sin ni siquiera tener intención real de atisbarlos ni por supuesto, resolverlos.

Porque a sensu contrario, “asumir que no es posible concebir la cultura sin relación con las demás, y que la identidad nace de la toma de conciencia diferenciada de la propia diferencia; además, de afirmar que una cultura no evolucionará si no es a través de los contactos que se establezcan con los demás”, tal y como defiende, entre otros autores Antón, es la base de una comprensión necesaria de la situación actual en materia de política social y educativa (Antón, Lluch, Rodas, Ros y Salinas, 1995)

En definitiva, “uno de los rasgos más nítidos que se puede extraer de la educación multicultural es que consiste en preparar a las alumnas y a los alumnos, tanto pertenecientes a grupos mayoritarios como minoritarios, para poder comprender, adaptarse y funcionar adecuadamente dentro de una sociedad plural y multicultural” (Bueno Aguiar, 1998).

Universalidad en las políticas sociales y educativas para verdadero reconocimiento de los derechos humanos

Aunque desde la teoría más vanguardista de la multiculturalidad se achaca a ésta un rechazo del universalismo, desde nuestra visión, se afirma la universalidad de los derechos humanos y su más que necesaria aplicación al ámbito del respeto entre culturas, como exigencia mínima, incluso, para la existencia de éstas.

Así y conforme se sitúe en cada lugar las definiciones y estructuras de cada uno de los términos, podremos atisbar si es o no claro, que la universalidad de los derechos humanos se inserta de forma indubitada en los entornos culturales, sin menoscabo de las dinámicas de implantación de las culturas interrelacionadas.

De entre los caracteres básicos reconocidos a los derechos humanos, el de universalidad es aquel que establece la capacidad de éstos de ser reconocidos en todo espacio-entorno donde exista un ser humano, sin circunstancias ni especificidades posibles que hagan que exista una excepción a ese reconocimiento.

La universalidad de los derechos humanos se predica tanto de su propio espíritu como de su reconocimiento y garantía, que debe darse de forma plena y sin cortapisas.

De manera que asumidas estas premisas, los derechos humanos se definen como, “aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción sea condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico”, no cabe ni existe ninguna razón real para eludir la capacidad de universalidad cuando se esté en presencia de cualquier ser humano.

En este sentido, defiende extensamente el profesor Peces Barba, cómo el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos supone una fase de perfección en la captación de su propio significado, que finalmente culminaría en su positivación, generalización e internacionalización (Peces Barba Martínez, 2004).

Derivado de esa idea, podría afirmarse que la definitiva implantación universal de los derechos humanos, marcaría el inicio de su reconocimiento a nivel general e internacional, siendo por tanto, definitiva y ampliamente capacitados para su inserción en todos los ámbitos y entornos posibles donde se encuentre un ser humano, sea cual sea éste, su raza, lengua, sexo, religión o convicciones ideológicas o cualesquiera otro condicionamiento que se quiera hacer valer.

En este sentido, “nunca como hoy se había sentido tan intensamente la necesidad de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales, independientes de la raza, la lengua, el sexo, las religiones o convicciones ideológicas; se siente hoy con mayor intensidad que en cualquier etapa histórica precedente la exigencia de que los derechos y las libertades no se vean comprometidos por el tránsito de las fronteras estatales”(Peces Barba Martínez, 2004).

Con la universalidad de los derechos humanos, su garantía, protección y tutela adquieren, asimismo, una capacidad homogénea idéntica en cuanto a ese mismo carácter. De modo que puede predicarse también el carácter universal de la garantía, la protección y la tutela de los derechos humanos. Con esto se está aceptando que con la única condición de existencia de un ser humano allá donde esté, los derechos humanos generan capacidad suficiente para ser aceptados, protegidos y tutelados.

Esta afirmación sobre que la garantía, tutela y protección alcanza la universalidad de igual forma que los propios derechos humanos, no hace sino confirmar que no obstante a admitirse una posible utopía base sobre la universalidad de los derechos humanos, el establecimiento de un régimen de protección normativizado e internacionalizado impide que esa afirmación pueda sostenerse plenamente.

En cuanto al límite a la universalidad de los derechos humanos, en el momento actual, en que las fronteras nacionales se difuminan notablemente ante la avalancha mundial de migraciones hacia Europa, se constata que sigue siendo vigente lo defendido por Peces Barba, cuando afirmara que “las limitaciones derivadas de conceptos como el de soberanía o el de representación son obstáculos prácticos, restos de una cultura jurídica y política pasada, que justifican la limitación de algunos derechos que facilitan la participación en la formación de la voluntad estatal” (Peces Barba Martínez, 2004).

En este sentido, podría observarse que más que abrirse a nuevas culturas, los países acogedores de esta multitud multicultural los arrinconan y guetizan con el fin de hacer su paso por el país lo más intrascendental posible, culturalmente hablando. Además, el planteamiento de la universalidad de los derechos humanos se ha difuminado entre las diferencias socioculturales que tan oportunamente se recuerda, desde los signos del poder más evidentes.

Trasladando este enfoque a nuestra visión sobre los sujetos de la cultura educativa en derechos humanos, el Estado, como sujeto activo, adquiere obligaciones que como mínimo deben cristalizarse en el deber de generar un desarrollo económico suficiente que permita el acceso a estos derechos por el mayor número de integrantes de la comunidad, con el objetivo de llegar a todos ellos. Deber de generar políticas en valores fundamentales, ampliando de modo exponencial los lugares y situaciones en los que han de confluir y darse plenamente. Deber de convertir al “Derecho”⁽ⁱ⁾ (Serna, 1990) en aval del único intervencionismo posible de la planificación del poder, sin interferencias de otra índole que repercuta negativamente en la correcta implantación de la cultura educativa en derechos humanos. Deber de constituir en actividad ética, en moralmente exigible la superación del nivel humano de la sociedad, de la transmisión social de valores derivados de los derechos humanos.

En este momento, la política social “quiere afianzarse como la mejor opción para lograr una unidad de las fuerzas sociales y estatales y llevar a cabo, mediante un ascenso gradual, el ideal de los valores, para todos los miembros de una unidad nacional” (Gago Guerrero, 2009).

En esa misma línea, debe atisbarse una solución válida para ese afianzamiento, donde los valores derivados de los derechos humanos constituyan base suficiente para su reconocimiento en el ámbito educativo, creándose paulatinamente una cultura de derechos humanos que se pretende implantar en base a esos mismos fundamentos.

Referencias

- Abdallah-Preteuille, M. (2001). *La educación intercultural*. Barcelona: Idea Books.
- Altarejos Martínez, M. (2003). La equidad fundamento ético para una educación intercultural. *Educación, Diversidad, Integración*, (2), 175-176.
- Antón, J., Lluch, X., Rodas, M. Ros, A. y Salinas, J. (1995). *Educar desde el interculturalismo*. Salamanca: Amarú,
- Aznar Minguet, P. (2013). Criterios pedagógicos y retos educativos para abordar la integración de inmigrantes en la escuela. En S. Perió i Gregori, *Multiculturalidad escolar y convivencia educativa* (pp. 27-44). Madrid: ECU.
- Bernal, A. (2003). La educación entre la multiculturalidad y la interculturalidad. En *Estudios sobre educación*, Nº 4, (pp. 93-94). Navarra: Universidad de Navarra.
- Bueno Aguiar, J. J. (1998). Controversias en torno a la educación multicultural. *Heuresis, Revista Electrónica de Investigación Curricular y Educativa*, 1(3) 9-11, 21.
- Cohen, L. y Cohen, A. (1986). *Multicultural Education*. Londres: Harper and Row.
- Da Silva Gomes, A. (1995). *Educación Antirracista e interculturalidad*. Bilbao: AROVITE. (*Cuadernos Bakeaz: Educación para la paz*, Nro. 10).
- De Lucas Martínez, J. (2002). La sociedad multicultural y los conflictos políticos y jurídicos. En J. De Lucas (Dir.), *La multiculturalidad*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Delors, J. (1993). *La educación encierra un tesoro*. Madrid: Santillana/Unesco.

- Dickerson, S. (1993). The blindmen (women) and the elephant. A case for a comprehensive Multicultural Education. Program at the Cambridge Rindge and Latin School. En T. Perry y J. Fraser (eds.) *Freedom's Plow. Teaching in the multicultural classroom*. New York: Routledge.
- Gago Guerrero, P. F. (2009). El papel del derecho social y de la política social en el sistema jurídico-social que reclaman los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 10(1), 201.
- García Castaño, J., Pulido Moyano, R. y Montes Castillo, A. (1994). Educación multicultural e intercultural: reflexiones sobre el caso español. *European Journal of Intercultural Studies*, 2(4), 2.
- Herrera, M. (2000). *La ciudad societaria*. Granada: Universidad de Granada.
- Kincheloe, J.L. y Steinberg, S. R. (1999). *Repensar el multiculturalismo*. Barcelona: Octaedro.
- Marín Gracia, M. A. (2002). La construcción de la identidad en la época de la mundialización y los nacionalismos. En M. Bartolomé Pina, *Identidad y ciudadanía. Un reto de la educación intercultural*. Madrid: Narcea.
- McCarthy, C. (1993). After the Canon. Knowledge and ideological representation in the multicultural discourse on curriculum reform. En C. McCarthy y W. Crichlow (eds.), *Race, Identity and Representation in Education*. Londres: Routledge.
- Murillo, J., Greñeras, M., Sagalerva, A. y Vázquez, E. (1995). La investigación española en educación intercultural. *Revista de Educación*, 307(1), 21.
- Orduña Allegrini, G. (2003). Desarrollo local, educación e identidad cultural. *Revista de Estudios sobre Educación*, 4(1), 76.
- Peces Barba Martínez, G. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.

- Peiró i Gregori, S. (2013). Multiculturalidad y valores de convivencia educativa. En S. Peiró i Gregori, *Multiculturalidad escolar y convivencia educativa*. Madrid: ECU.
- Redfield, R. (1961). *The Folk Culture of Yucatan*. Chicago: University of Chicago.
- Roig Vila, R. I. (2008). Prólogo a la obra. En S. Peiró i Gregori, *Multiculturalidad escolar y convivencia educativa*. Madrid: ECU.
- Santana Ramos, E. (2016). Los imperativos culturales como garantía de los derechos del inmigrante. *Revista de la Facultad de Derecho* (41), 291.
- Santos Velasco, F. J. (2004). Desarrollo de la competencia intercultural en alumnado universitario: una propuesta formativa para la gestión en empresas multiculturales. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Serna, P. (1990). *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*. Pamplona: EUNSA.
- Touraine, A. (1995). ¿Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas. *Claves de la razón práctica*, (56), 21.
- UNESCO (1997). *Nuestra diversidad creativa. Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo*. Perú: UNESCO.
- Vielle-Grosjean, H. (2008). El contexto de la inmigración y su repercusión en el clima educativo de los centros docentes y sociales. En S. Peiró i Gregori, *Multiculturalidad escolar y convivencia educativa*. Alicante: ECU.

Notas

¹ Se incluye en esta expresión, el concepto de derecho subjetivo tal y como lo entendiera este autor, pues existe un correlato con el deber subjetivo. La peculiaridad de esta definición radica en que se sustituye la concepción deóntica del derecho, aquella que lo vincula siempre y esencialmente con un deber, por una concepción valorativa, que conecta la idea de derecho con la idea de un bien para el sujeto titular (...) esta concepción valorativa abre necesariamente la puerta a una teoría de los derechos y también una teoría ética, que tome como base la idea de naturaleza humana.

Florencia Salgueiro Rubio 

El retiro de Uruguay de las negociaciones del TISA

The Uruguayan withdrawal from TISA negotiations

A retirada do Uruguai das negociações do TISA

Resumen: Este trabajo, enfocado desde el punto de vista del Análisis de Política Exterior, busca determinar las razones por las cuales Uruguay se retiró de las negociaciones del TISA (Trade in Services Agreement), en setiembre de 2015. Se toma como punto de partida el análisis de negociaciones internacionales a doble nivel de Putnam, con el objetivo de explicar qué determinantes internas y externas desencadenaron la decisión presidencial de abandonar la negociación del acuerdo. Los principales factores a tener en cuenta incluyen las coaliciones e ideologías de los más importantes actores políticos y sociales a nivel nacional, el impacto de las instituciones que regulan la ratificación de acuerdos internacionales en el país, el estilo de toma de decisión del presidente Tabaré Vázquez y la dimensión ideacional de la inserción internacional del Uruguay según las percepciones de sus principales actores.

Palabras clave: análisis de política exterior, Uruguay, TISA, negociación, Tabaré Vázquez.

Abstract: This work, focused from the point of view of Foreign Policy Analysis, seeks to determine the reasons why Uruguay withdrew from the TISA (Trade in Services Agreement), negotiations in September 2015. Taking Putnam's analysis of two-level international negotiations as a starting point, with the aim of explaining which internal and external determinants triggered the presidential decision of abandoning the trade agreement negotiations. The main factors to be taken into account include the coalitions and ideology of the most important political and social actors

 Licenciada en Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad de la República.

 salgueiroflorescia@hotmail.com

on the national level, the impact of the Uruguayan institutions that regulate the ratification of international agreements, the decision-making style of the president Tabaré Vázquez and the ideational dimension of the international insertion of Uruguay as perceived by its principal actors.

Key words: *foreign policy analysis, Uruguay, TISA, negotiation, Tabaré Vázquez.*

Resumo: *Esse trabalho, focalizado desde o ponto de vista da Análise da Política Externa, procura determinar as razões porque o Uruguai não continuou nas negociações do TISA (Trade in Services Agreement), no mês de setembro de 2015. É tomada como ponto de partida a análise das negociações internacionais de os dois níveis de Putnam, com o objetivo de esclarecer quais são as determinantes internas e externas que desencadearam a decisão presidencial de abandonar a negociação do acordo. Os principais fatores para ter em conta são as coalizões e ideologias dos mais importantes atores políticos e sociais do nível nacional, o impacto das instituições que regulam a ratificação de acordos internacionais no país, o estilo de toma de decisões do presidente Tabaré Vázquez e a dimensão ideacional da inserção internacional do Uruguai de acordo com seus principais atores.*

Palavras-chave: *análise da política externa, Uruguai, TISA, negociação, Tabaré Vázquez.*

Recibido: 20170709

Aceptado: 20171011

Introducción

El presente trabajo⁽¹⁾ tiene como objetivo analizar los factores, tanto domésticos como internacionales, que influyeron en la decisión del retiro de Uruguay de las negociaciones del Acuerdo de Liberalización del Comercio de Servicios (TISA, por su sigla en inglés). La temática de investigación que se plantea se inscribe en los estudios de *Foreign Policy Analysis*, como área convergente de los marcos teóricos y analíticos de las Relaciones Internacionales y la Ciencia Política, atendiendo a la interacción entre la política exterior y la doméstica.

La cuestión central a resolver mediante el proceso de investigación es identificar cuáles fueron los factores que explican el posicionamiento tomado por Uruguay. Para esto, la identificación de los actores a nivel nacional, sus coaliciones y preferencias, así como el marco institucional que lo regula a nivel doméstico, junto con los factores a nivel internacional que afectaron a la decisión, es esencial. La metodología utilizada en esta investigación incluye un análisis de artículos publicados en prensa escrita, medios audiovisuales y digitales entre julio de 2014 y marzo de 2016, y datos obtenidos de una encuesta a legisladores uruguayos realizada en 2013, además de la utilización de otros datos secundarios vinculados a aspectos político-institucionales y económicos.

En la primera parte del trabajo se plantea el tema y problema de la investigación, así como los objetivos, tanto generales como específicos. Seguidamente, se detalla el marco teórico utilizado, que incluye las teorías de Robert D. Putnam del “juego a dos niveles”, la teoría de Alexander L. George del proceso presidencial de toma de decisiones y la teoría constructivista, representada por Alexander Wendt, y las cuatro hipótesis alrededor de las cuales se construye esta investigación. Posteriormente se presentan aspectos generales sobre los datos y la metodología de investigación. Acto seguido se desarrolla el análisis de las cuatro hipótesis, y finalmente se resumen las principales conclusiones obtenidas al hacer dialogar teorías y datos para la investigación de este caso.

Tema, problema y objetivos de la investigación

El tema que encuadra el caso que se pretende estudiar es la negociación de los términos del Acuerdo sobre el Comercio de Servicios, TISA por su sigla en inglés. Éste es parte de una tendencia relativamente nueva de los países y bloques del mundo desarrollado, con Estados Unidos y la Unión Europea a la cabeza, de pactar acuerdos “mega-regionales” (Bouzas y Zelicovich, 2014) en temas comerciales, de servicios, inversiones, propiedad intelectual, capitales, entre otros, por fuera de la institucionalidad existente hasta el momento. Además del TISA, en esta categoría se encuentran el Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica (TPP) y el Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversión (TTIP). El estancamiento de la Ronda Doha de la Organización Mundial del Comercio (OMC) es uno de los antecedentes para estos acuerdos, que buscan la apertura de la economía mundial y la liberalización por caminos alternativos a los establecidos hasta el momento.

Las discusiones que dieron lugar al TISA fueron impulsadas en 2012 por un grupo de países que se denominaban a sí mismos como “Auténticos Buenos Amigos de los Servicios”⁽²⁾, comenzando las charlas exclusivamente acerca de lo que sería el TISA en marzo de 2013. Estos países se mostraban desconformes con la aplicación del Acuerdo General Sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y con el estado de las negociaciones existentes que pretendían ampliarlo. El TISA parte de la base de lo establecido en el AGCS, pero se negocia “sin la presencia ni la participación de delegaciones que puedan ofrecer resistencia contra las demandas más extremas de los grupos de presión de las empresas transnacionales de servicios.”(Gould, 2014, 10). Está abierto a todos los países miembros de la Organización Mundial del Comercio, algunos de los cuales han solicitado participar en las negociaciones, incluyendo Uruguay.

Los principales objetivos de este Acuerdo apuntan a mejorar el acceso a los mercados internacionales por parte de los proveedores de servicios. Se incluye el comercio de servicios financieros, energéticos, educativos, de la salud, profesionales, de telecomunicaciones, de transporte marítimo y aéreo, además de las compras estatales, entre otros, como áreas a liberalizar, y se establecen mecanismos de solución de controversias lógicamente por fuera de la OMC.

La mayor parte de los obstáculos al comercio internacional de servicios son del tipo no arancelario, sobre todo en lo que respecta a las regulaciones estatales. Esto es lo que se pretende modificar con el TISA. Este Acuerdo propone distintos mecanismos para lograrlo, que parten del Trato Nacional a las empresas extranjeras. Además, se establecen normas como el “mantenimiento del statu quo” o la “cláusula trinquete”, que evitan que los Estados regulen más profundamente en ámbitos acordados en el Tratado, liberalizando casi automáticamente nuevos servicios que puedan surgir en un futuro.

Uno de los aspectos más polémicos de este Acuerdo es la disposición de que no podrán conocerse las posiciones que asumen los gobiernos en las negociaciones hasta cinco años después de que éste entre en vigor. Dicha falta de transparencia, que diferencia sustancialmente el TISA de los acuerdos logrados en el seno de la OMC y de acuerdo a sus principios, ha sido una de sus características más controvertidas. Lo poco que se conoce hasta el momento de las disposiciones que se están negociando se hizo público a través de WikiLeaks, en una serie de filtraciones no autorizadas, comenzando por el Anexo sobre Servicios Financieros en junio de 2014.

Uruguay solicitó su ingreso a la mesa de negociaciones en setiembre de 2013, durante el gobierno de José Mujica, que tuvo a Luis Almagro como su Ministro de Relaciones Exteriores. La decisión fue tomada en el ámbito de la Comisión Interministerial para Asuntos de Comercio Exterior (CIACEX)⁽³⁾ (Uval, 2014), pero el tema no tuvo difusión hasta que el comisario europeo de Comercio, Karel De Gucht, manifestó en un comunicado que “La UE celebra el interés de Uruguay por unirse a las negociaciones del TISA y respalda firmemente su participación de ahora en adelante” (Comisión Europea, 2014), en mayo de 2014. A pesar de que éste fue año electoral en nuestro país, la discusión de nuestra participación en el TISA no tomó mayor relevancia en los debates⁽⁴⁾. Además, varios actores del ámbito político y sindical expresaron su desconocimiento acerca de cuáles eran las razones que justificaban la solicitud uruguaya de entrada al Tratado (Uval, 2014).

En febrero del 2015, a pocas semanas de la asunción presidencial de Tabaré Vázquez, la solicitud de ingreso de Uruguay fue aprobada por todos los miembros de las negociaciones del TISA. El traspaso de información sobre la política internacional del país puede no haber sido perfecto entre José Mujica y Tabaré Vázquez, tanto es así que éste último expresó que “se enteró del tema

por la prensa” (Elías, 2015). En los meses que siguieron hasta el retiro de nuestro país de las negociaciones, en setiembre de ese mismo año, distintos actores del ámbito nacional se posicionaron al respecto de nuestra participación en el Tratado. Mientras tanto, Uruguay participó de dos de las rondas de negociación de los términos en los distintos sectores del Comercio de Servicios.

El 7 de setiembre de 2015, después de varios meses de tensiones donde la participación de Uruguay fue discutida arduamente en distintos ámbitos a nivel nacional, la ministra de Turismo, Liliam Kechichián, comunicó la decisión del presidente Tabaré Vázquez de retirar a nuestro país de las negociaciones del TISA como resultado del Plenario que el partido de gobierno había celebrado en días anteriores.

El problema que se investigará será el retiro de Uruguay de las negociaciones y las razones que lo explican, no así la solicitud de participar ni las posiciones tomadas en las negociaciones.

Para ello se toma como objetivo general: Analizar los factores que causaron la decisión del presidente de retirar a nuestro país de la mesa de negociaciones del TISA.

Los objetivos específicos buscan determinar: los actores e intereses más relevantes en la toma de decisión a nivel nacional; las ideas y argumentos de los actores más relevantes en la toma de decisión; la influencia del marco institucional en la toma de decisión; y qué factores internacionales condicionaron la decisión de qué manera.

Marco teórico e hipótesis

Para identificar actores, intereses, ideas e instituciones que incidieron en la decisión de retirar a nuestro país de las negociaciones de los términos del TISA, se utilizará la teoría de Robert D. Putnam, establecida en su trabajo “Diplomacia y política nacional: la lógica de los juegos a doble nivel” publicado originalmente en 1988.

El autor propone que para entender las decisiones tomadas en una negociación internacional entre Estados es preciso tomar en cuenta dos niveles de análisis o “mesas de juego”: el internacional (al que llama nivel I) y el na-

cional (nivel II). Los miembros del Gobierno y los altos cargos de la administración son los protagonistas, al participar en ambos niveles de la negociación internacional. Este enfoque considera que los actores en el campo internacional no son unitarios, sino que sus acciones están condicionadas por los conflictos a la interna de sus países, donde el “interés nacional” no es evidente y está en discusión.

En el nivel nacional, los gobiernos se ven presionados por grupos que persiguen intereses muchas veces contrapuestos. Entre estos últimos se encuentra el Parlamento, pero también una serie de grupos diversos tales como agencias burocráticas, clases sociales y grupos de interés, entre los que se encuentran los sindicatos e incluso la “opinión pública”. Los políticos buscan maximizar su poder formando coaliciones con estos grupos. En la negociación de acuerdos internacionales propiamente dichos, los gobiernos nacionales buscan acrecentar sus capacidades para satisfacer las presiones internas, a la vez que minimizan las consecuencias adversas que podrían tener lugar. Este enfoque pretende explicar decisiones en el ámbito internacional que de otra manera podrían parecer irracionales, al tomar en cuenta el peso de la política interna de cada Estado.

Putnam utiliza, para explicar el funcionamiento de la negociación, el supuesto que se da en dos fases separadas. En la primera, los actores del nivel I discuten y pactan acuerdos provisionales, que en una segunda fase los grupos del nivel II debaten si aceptar o no. Esta ratificación puede ser formal (tal sería el caso de la aprobación parlamentaria de tratados internacionales para que pasen a formar parte del orden jurídico interno) o informal, siendo “cualquier proceso de decisión en el nivel II que deba formal o informalmente aprobar o llevar a la práctica un acuerdo del nivel I” (Putnam, 1996, 83).

Un concepto central en este enfoque es el de conjunto ganador para el nivel II, que es definido como “el conjunto de todos los acuerdos posibles del nivel I que ganarían -esto es, que conseguirían la mayoría necesaria entre los electores- cuando se votase a favor o en contra de los mismos” (Putnam, 1996, 84). El tamaño relativo de los conjuntos ganadores afecta a la negociación entre Estados, puesto que cuanto más grande sean, es decir, cuanta mayor sea la variedad de acuerdos posibles que podrían ser ratificados en el nivel II, mayor probabilidad existirá de llegar a un acuerdo en el nivel I, al ser más fácil que los conjuntos ganadores de los diferentes actores se solapen.

Putnam (1996) también subraya la importancia de la diferencia entre “defección voluntaria” y “defección involuntaria”, por el papel que juegan en la posibilidad de fracaso de las ratificaciones. La primera hace referencia a un actor racional pero egoísta que se eche atrás voluntariamente, mientras que la segunda refiere a un actor que es incapaz de cumplir las promesas que hizo en el nivel I por el fracaso de la ratificación de nivel II. A menor tamaño de los conjuntos ganadores, mayor será el riesgo de defección involuntaria.

El centro del análisis hecho por Putnam (1996) está en las determinantes de los conjuntos ganadores. Según él, son tres los principales conjuntos de factores que afectan al tamaño de los conjuntos ganadores: las preferencias y las coaliciones del nivel II, las instituciones del nivel II y las estrategias de los negociadores del nivel I.

El primer determinante está arraigado en la política nacional, y tiene una serie de principios que lo rigen. Uno de ellos es el riesgo del “no acuerdo”, que a menudo representa el *statu quo*. La presión que los grupos nacionales realicen sobre los negociadores será distinta dependiendo de los costos que represente el “no acuerdo” para ellos. Algunos sectores pueden incluso negarse a apoyar de forma genérica cualquier acuerdo internacional, independientemente de su contenido, y el peso relativo de estas fuerzas “aislacionistas” frente a las “internacionalistas” modifica el tamaño del conjunto ganador.

El tamaño del conjunto ganador también depende de las instituciones políticas del nivel II, entendidas como los procedimientos necesarios para la ratificación del acuerdo. Cuanto más exigente sea el mecanismo de aprobación parlamentaria, más pequeño será el conjunto. De todas maneras, Putnam (1996) explica que no todos los procedimientos están formalmente establecidos, y deben tomarse en cuenta factores como la disciplina partidaria y la presión de los grupos más allá del Parlamento. En este punto también debe considerarse que cuanto mayor sea la autonomía de los miembros del Gobierno respecto de los grupos en el nivel II a los que representan, mayor será su conjunto ganador.

El último de los determinantes del conjunto ganador está dado por el inequívoco interés de cada negociador del nivel I de maximizar el conjunto ganador de sus adversarios con el objetivo de facilitar el acuerdo. Para esto, los actores pueden utilizar tanto la “buena voluntad” genérica como los pagos la-

terales internacionales, entre otras estrategias.

Por último, es importante destacar que, según este enfoque, los negociadores principales no suelen ser simples agentes de los grupos a los que representan, desprovistos de preferencias propias e independientes. Pueden estar motivados, entre otras cosas, por la intención de reforzar su posición en el juego de nivel II, por la posibilidad de promover cambios en el equilibrio de poder para llevar a cabo políticas que no podría imponer de otra manera, o por la persecución en el ámbito internacional de lo que él o ella concibe como el interés nacional. En general primarán en ellos los cálculos que beneficien su posición en el nivel nacional, al depender su permanencia en el cargo habitualmente de este plano. Además, las coaliciones nacionales de los propios negociadores pueden afectarlos en distintos sentidos. Según el autor, “los políticos pueden estar dispuestos a sacrificar parte de sus apoyos habituales para ratificar un acuerdo internacional, pero cuanto mayor sea la pérdida potencial mayor será su reticencia” (Putnam, 1996, 116).

Para la mayor comprensión del papel del negociador principal en la negociación, se utilizarán a su vez los planteos de Alexander L. George, uno de los más grandes autores clásicos en el campo del *Political Decision Making* junto con Graham Allison. Se tomarán postulados expresados en su libro “La decisión presidencial en política exterior: el uso eficaz de la información y el asesoramiento”, publicado originalmente en 1980. En éste libro se establecen diferentes configuraciones de procesos a través de los cuales el presidente toma decisiones en conjunto con diferentes asesores y agencias. Según el autor, “cada presidente probablemente desarrollará un sistema de trazado de política y un estilo de administración que contiene elementos distintivos e idiosincráticos” (George, 1991, 154), que influirá en la forma en que funcione la estructura formal del sistema de trazado de políticas. Además, los diferentes contextos donde las decisiones pueden llevarse a cabo y las diferentes características de la personalidad del presidente se combinan con los diferentes modelos de administración planteados por el autor para comprender el proceso de toma de decisión del presidente en política exterior. Estos modelos, según George, pueden clasificarse en “formalista”, “competitivo” y “colegiado”.

El modelo “formalista” “se caracteriza por una ordenada estructura de trazado de políticas, la cual suministra procedimientos bien definidos, líneas jerárquicas de comunicación y un sistema de personal bien definido” (Ge-

orge, 1991, 156). En este modelo, el presidente es el que comanda las acciones estratégicas, y es el Ministro de Relaciones Exteriores el principal ejecutante de las mismas. Este modelo genera certezas y robustez institucional en las interacciones entre actores, aunque también puede causar rigidez en algunos contextos.

El modelo “competitivo”, por otro lado, “se destaca por alentar una expresión más abierta y desinhibida de opiniones, análisis y consejos divergentes” (George, 1991, 156). Diversas agencias o ministerios compiten por el predominio en la formulación de la política exterior del país, en un juego que la mayoría de las veces es de suma cero. El presidente en este modelo define la política exterior entre lo que los distintos ministerios o actores proponen, lo que puede generar zigzagueos por las constantes tensiones pero también es posible que incentive la creatividad y la innovación.

Por último, el modelo “colegiado” “intenta beneficiarse con la diversidad y la competencia dentro del sistema de trazado de políticas, pero también intenta evitar el provincianismo estrecho” (George, 1991, 156). En éste, se intenta que los asesores y ministros trabajen juntos, creando una suerte de red en la que el presidente actúa como nodo. La lógica cooperativa es la que prima, aunque no sin ciertos niveles de conflicto inter e intra institucional, al no ser siempre las máximas autoridades de cada agencia las que interactúan.

La teoría de Putnam (1996), si bien es central para este trabajo, tampoco es suficiente para explicar la manera en la que las ideas y percepciones sobre Política Exterior de los principales actores a nivel doméstico afectan a las decisiones de los mismos. Por esto es que se tomarán como complemento las teorías constructivistas de las Relaciones Internacionales, especialmente los postulados de Alexander Wendt.

Estas teorías, o aproximaciones teóricas, sostienen que la sociedad y la política deben interpretarse tomando en cuenta la dimensión ideacional, además del mundo puramente material. Para los teóricos que sostienen esta visión, la realidad es una construcción social, que no puede ser comprendida sin tomar en cuenta ideas, valores, normas, instituciones, significados intersubjetivos y la constitución mutua de agentes y estructuras (Ibáñez, 2015). Por lo tanto, estos son los factores a tener en cuenta a la hora de investigar los comportamientos de los actores políticos en las Relaciones Internacionales.

Las identidades revisten especial relevancia para los teóricos constructivistas. Alexander Wendt, en su trabajo “La anarquía es lo que los Estados hacen de ella”, explica que éstas surgen a partir de los significados colectivos, son inherentemente relacionales y son la base de los intereses (1992, 133). Estas identidades indican los intereses de los actores, así como sus preferencias y cómo influyen éstos sobre sus acciones.

La acción política, por lo tanto, se interpreta a partir de las identidades de los actores, constituidas alrededor de sus ideas, cosmovisiones, creencias, ideologías y prescripciones políticas. (Ibañez, 2015). Como sostiene Wendt, “la gente actúa hacia objetos, incluidos otros actores, sobre la base de los significados que los objetos tienen para ella” (1992, 131). Es esta dimensión de la percepción de los actores, desde un punto de vista ideacional, la que determina cuál será el comportamiento de los actores. En suma, los constructivistas sostienen que “las identidades, los intereses y el comportamiento de los agentes políticos son construidos socialmente mediante significados, interpretaciones y asunciones de carácter colectivo sobre el mundo” (Adler, 1997) (Ibañez, 2015, 201).

A partir del marco teórico presentado se formulan, como orientadoras de esta investigación, las siguientes hipótesis:

1) Las coaliciones de los actores a nivel nacional impactaron en la decisión de Tabaré Vázquez de retirar a nuestro país de las negociaciones del TISA.

2) Las instituciones del nivel doméstico, formales e informales, implicadas en la ratificación de los acuerdos logrados a nivel internacional, impactaron en la decisión de Tabaré Vázquez de retirar a nuestro país de las negociaciones del TISA

3) El estilo de toma de decisión, así como las preferencias propias e independientes de Tabaré Vázquez, impactaron en su decisión de retirar a nuestro país de las negociaciones del TISA

4) Las preferencias de los actores centrales de la Política Exterior Uruguaya, que se construyen desde marcos ideacionales con los que comprenden el sistema internacional, condicionan las decisiones de Tabaré Vázquez.

Métodos y Datos

Para obtener los datos a partir de los cuales se construyó esta investigación se recurrió a dos métodos: la revisión de prensa y el análisis a partir de encuestas realizadas a parlamentarios uruguayos.

Para la revisión de prensa se tomaron 344 artículos publicados en Uruguay entre julio del 2014 y marzo de 2016, de medios digitales, escritos y audiovisuales. La selección que se referencia incluye artículos de los diarios El País, El Observador, La República y La Diaria. El primero posee un perfil cercano a la oposición y el tercero al gobierno. El segundo es un medio que apunta, entre otros públicos, al sector empresarial y el último, vendido por suscripción, tiene inserción en los sectores universitarios. Se analizaron notas presentes en dos radios: El Espectador y Montecarlo. La primera con un perfil periodístico político de amplia trayectoria en el país y la segunda por ser la de mayor audiencia. A nivel televisivo se seleccionaron dos canales, Tele-doce, un canal privado, y Televisión Nacional de Uruguay (TNU), de gestión pública. Adicionalmente se complementó la recolección de información incluyendo los medios digitales 180, Montevideo Portal y La Red 21 y el semanario Voces.

Los datos utilizados para el análisis de la cuarta hipótesis fueron extraídos de “Partidos políticos y política exterior en Uruguay (1985 – 2015). La importancia de las instituciones, las ideas y los intereses de los actores”, (2015), Tesis de Doctorado en Ciencia Política de Camilo López Burian. La encuesta de la cual se extrajeron datos fue realizada entre el 15 de junio y el 27 de diciembre de 2013, y se encuestó a 125 de los 130 legisladores, cubriendo un 96% del universo, sin tener desbalances relevantes en la distribución de las respuestas por partidos y fracciones. Los datos analizados corresponden a las percepciones de influencia de otros países en la política exterior uruguaya, analizando las respuestas del Parlamento como un todo y segmentando los resultados también por partido. Estas percepciones son tomadas como *proxy* de la influencia de estos países en los procesos decisorios en la política exterior uruguaya.

Análisis

Hipótesis 1: Las coaliciones de los actores a nivel nacional impactaron en la decisión de Tabaré Vázquez de retirar a nuestro país de las negociaciones del TISA

En las negociaciones de doble nivel, como es la participación uruguaya en las tratativas del TISA, el tamaño del conjunto de propuestas que pueden llegar a ser aceptadas domésticamente “depende de la distribución de poder, de las preferencias y de las posibles coaliciones entre los grupos representados del nivel II” (Putnam, 1988, 91). En este caso, los principales grupos relevantes a nivel nacional en el debate fueron los partidos políticos⁽⁵⁾, con las distintas facciones del partido de gobierno como evidentes protagonistas, los sindicatos y grupos de presión afines a la retirada de Uruguay de las negociaciones, con el PIT-CNT a la cabeza, y, por otra parte, las cámaras empresariales favorables a la participación y la aprobación eventual del Acuerdo.

Coaliciones y preferencias al interior del Frente Amplio

Algunos de los actores cuyas ideas, preferencias y coaliciones tuvieron mayor peso en el nivel nacional se encontraron dentro del Frente Amplio, partido de gobierno en el período a analizar. Desde la solicitud de participación de Uruguay en las negociaciones hasta el retiro efectivo de nuestro país de las negociaciones, las diferencias entre las visiones de las distintas facciones del partido fueron explícitas. Los sectores del FA se posicionaron de manera dispar frente al tratado, de acuerdo a una división marcada en las preferencias de cada uno, que sobrepasa el caso concreto de las negociaciones del TISA, abarcando temas de desarrollo económico en general, y los distintos caminos para llegar a éste en particular. En este sentido, la coalición de izquierda se compone por sectores que tienen una visión *neoinstitucionalista*, por un lado, y sectores cuya visión se caracteriza como *neoestructuralista*, por otro.

El sector más cercano al neoinstitucionalismo es el Frente Líber Seregni, compuesto por las agrupaciones Asamblea Uruguay, Nuevo Espacio, Alianza Progresista y Banderas de Líber, cuyas personalidades más visibles son el Ministro de Economía Danilo Astori y el Ministro de Relaciones Exteriores, Rodolfo Nin Novoa. Este enfoque, afirma Garcé “pone el acento en la iniciativa privada y en la necesidad de construir buenos mercados a través de po-

derosas regulaciones públicas («reglas de juego»)" (Garcé, 2014, 215). Este es, dentro del FA, el enfoque más cercano al de los partidos tradicionales. Las herramientas preferidas por este sector para reducir las vulnerabilidades estructurales del país, como su escaso tamaño como mercado, son las políticas fuertes de regulación. Partiendo de la base de que las instituciones generan incentivos para el comportamiento de los actores, lo más importante en política exterior es generar estabilidad y predictibilidad para que las exportaciones uruguayas accedan a los mercados internacionales. Por lo tanto, esta visión es más favorable que otras a la celebración de Tratados de Libre Comercio con otros países.

Este sector fue el que apoyó la participación de Uruguay en las negociaciones con más ímpetu. En este sentido, el Ministro de Economía Danilo Astori expresó que la participación en las conversaciones era esencial para "conocer las regulaciones no solo nuestras sino también las de nuestros competidores" (Redacción 180, 2015). En otra ocasión, comentaba "¿Qué pasa si nosotros no participamos de esta conversación y países competidores de Uruguay hacen acuerdos entre ellos ventajosos y desplazan a Uruguay del mercado? Sería gravísimo" (Garrido, 2015). El Ministro de Relaciones Exteriores, en el mismo sentido, afirmaba respecto de las negociaciones que "La importancia de estar es sobre todo para compensar el costo, que es muy alto, de no estar." (Teledoce, 2015b). Esta postura acerca del TISA está en consonancia el apoyo del Ministro al intento de firmar un TLC con Estados Unidos en el primer período de gobierno del Frente Amplio, y las demostraciones de interés hacia otros acuerdos como la Alianza del Pacífico y Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TPP).

Tabla 1. Distribución de bancas en el senado por fracción del FA 2009 y 2014

Fracción (cabeza de lista)	2009	2014
Movimiento de Participación Popular (José Mujica)	6	6
Frente Líber Seregni (Danilo Astori)	5(+1)*	3
Compromiso Frenteamplista (Raúl Sendic)	0	2(+1)*
Partido Socialista (Daniel Martínez)	2	2
Vertiente Artiguista (Eduardo Brenta)	1	0
Partido Comunista (Marcos Carámbula)	1	1
CAP-L (Fernández Huidobro)	1	0
Casa Grande (Constanza Moreira)	0	1

Nota (): a los senadores electos en octubre debe sumarse el vicepresidente electo en el balotaje (Astori en 2009, Sendic en 2014).*

Fuente: Garcé, A. (2014) “¿Réquiem para la derecha? La elección de 2014 y la izquierda que sobreviene” en Garcé, Adolfo y Yaffé, Jaime (eds.) La era progresista. Hacia una nueva estrategia de desarrollo. Tercera edición, Fin de Siglo, Montevideo. p. 210

Por otro lado, la visión neoestructuralista agrupa a distintos sectores del Frente Amplio, incluyendo el Movimiento de Participación Popular, el Partido Comunista, Compromiso Frenteamplista, Casa Grande y parte del Partido Socialista. Este enfoque se acerca más a los planteos de la “nueva CEPAL” desde comienzos de los 90’, reivindicando el papel del Estado y la importancia de la industrialización y la tecnología a la vez que confiando más en el mercado internacional que el estructuralismo clásico. Garcé explica que “la centralidad otorgada a la política industrial conduce a los neoestructuralistas a reclamar que otras políticas públicas sean consistentes con ella” (Garcé, 2014, 219), y por lo tanto este enfoque es menos proclive a apoyar cualquier medida que disminuya el espacio disponible para implementar políticas estatales de desarrollo, como en este caso sería la aprobación del TISA.

Esta visión fue defendida, entre otros, por la ministra de Industria, Energía y Minería, Carolina Cosse, que se mostró en firme desacuerdo con la participación de Uruguay en el Tratado, afirmando que “hay que tener cuidado con las asimetrías y con los caminos avanzados” (Montecarlo, 2015). La ministra sostuvo que el peligro que el TISA representa para las empresas estatales no estaba justificado por las ventajas que podría tener para las TIC, y se opuso especialmente a la posibilidad de liberalizar las telecomunicaciones, área en la que se había desenvuelto como presidenta de ANTEL. En el mismo sentido se expresaron el 22 de mayo de 2015 un grupo de personalidades de

izquierda, entre ellas varios exministros, señalando que el TISA tendría como consecuencia “el retroceso del Estado -con el menoscabo de sus empresas públicas- como motor del desarrollo”, poniendo en juego “la autonomía de las políticas públicas en las más diversas áreas”. El Tratado “Implica un movimiento de apertura irrestricta al resto del mundo y de debilitamiento del espacio regional como ámbito de referencia. Una eventual adhesión del país a este tipo de acuerdos conllevaría importantes daños a nuestra estrategia de desarrollo”, concluían (La Diaria, 2015).

Estas dos visiones, además de chocar en sus posiciones sobre la conveniencia de la participación del país en las negociaciones del TISA, tuvieron en el mismo período otros campos de batalla. La discusión del Presupuesto Nacional para el período de gobierno, las consecuencias de los graves problemas de PLUNA y ANCAP y la reformulación del Fondes⁽⁶⁾ fueron escenario de la misma división entre sectores. Incluso en la conformación del gabinete pueden verse sus consecuencias, al rodearse Vázquez de personas más cercanas a su sector, probablemente intentando compensar un Parlamento que respondía más a sus rivales, más neoestructuralistas que a sus “leales”, afines al neoinstitucionalismo (Garcé, 2015).

Las discrepancias entre los dos polos se vieron reflejadas claramente en el Plenario Nacional del Frente Amplio, cuya opinión acerca del TISA solicitó Tabaré Vázquez, celebrado el 5 de setiembre de 2015. El resultado del mismo fue una resolución cuyo tercer artículo explicitaba: “en atención a nuestra visión sobre el desarrollo integral de la Nación, enmarcado en las definiciones programáticas, declaración constitutiva y Estatutos de nuestro Frente Amplio, planteamos la inconveniencia de seguir participando de las negociaciones del TISA” (Frente Amplio, 2015). La mayoría que aprobó esta resolución fue aplastante: 117 a 22 votos. La distribución de poder que resultó de las coaliciones dentro del partido del presidente claramente no fue favorable a la presencia de Uruguay en el Tratado.

Partidos de oposición

El posicionamiento de los partidos de oposición frente a la participación de Uruguay en las negociaciones de los términos del TISA solamente se demostró con fuerza una vez tomada la decisión de retirarse. En los meses que pasaron entre que la solicitud de entrada al Acuerdo fue aceptada y el país se retiró, el Partido Colorado, el Partido Nacional y el Partido Independiente prefirieron no participar públicamente en el debate, aunque algunas de sus figuras expresaron sus opiniones a título personal.

Uno de los más explícitos en su apoyo al Tratado fue Sergio Abreu, ex Canciller de la República. Valoró que el gobierno de José Mujica haya decidido participar, y utilizó argumentos muy similares a los esgrimidos por el ministro Nin Novoa: “Uno no puede estar afuera porque después los grandes intereses, los países más grandes, le imponen cosas que uno no puede”, expresó (El Espectador, 2015). Desestimó las acusaciones de secretismo hacia el gobierno, y valoró el acceso uruguayo a mercados como uno de los factores más relevantes en la negociación del TISA. Asimismo, Ignacio De Posadas, ex ministro de Economía, le decía “Sí, por favor, por supuesto que sí” a la adhesión uruguayo al Tratado (El País, 2015a). En el mismo sentido se posicionaron varios parlamentarios de Alianza Nacional, sector minoritario del Partido Nacional, aunque aclarando que no se trataba de la postura oficial de la bancada. El diputado Pablo Abdala planteó: “Si la oportunidad implica explorar o estudiar oportunidades de ganancia y desarrollo para determinados sectores, con la garantía de que hay sectores que podemos reservar, no entiendo por qué no participar” (La Diaria, 2015b).

El resto de los dirigentes opositores y sus partidos no hicieron públicas sus posturas hasta los días siguientes a la decisión de Tabaré Vázquez de retirar al equipo negociador uruguayo del TISA. Entonces, los líderes de las secciones más importantes de los partidos, a excepción de Unidad Popular, sí ofrecieron su apoyo al presidente para continuar en las negociaciones del Tratado. Luis Lacalle Pou y Jorge Larrañaga por el Partido Nacional, Pedro Bordaberry por el Partido Colorado y Pablo Mieres por el Partido Independiente lamentaron la decisión del mandatario de acatar lo decidido por el Plenario de su partido. (El País, 2015b).

De acuerdo a lo planteado anteriormente, las preferencias de los partidos de oposición no jugaron un papel suficientemente importante en la decisión de Tabaré Vázquez. El tamaño del conjunto ganador no fue afectado de una manera relevante por los mismos, al haber expresado sus posiciones y su eventual defensa al presidente una vez que la decisión de retirarse ya había sido tomada.

PIT-CNT y otros actores sociales y corporativos

A pesar de que el PIT-CNT, central sindical única de Uruguay, ha sido en general un aliado de los gobiernos progresistas (Garcé, 2014), en lo que respecta al TISA ha sido uno de sus más firmes y más tempranos opositores. Como expresó el coordinador de la central, la misma es “independiente pero no indiferente” a los procesos gubernamentales (La Red 21, 2015). El 17 de marzo de 2015, cuando la participación de nuestro país en las negociaciones apenas comenzaba a tomar notoriedad, la Mesa Representativa Nacional Ampliada de la Central resolvía “Rechazar el ingreso de nuestro país a estos tratados ya que esto pondría en riesgo el patrimonio y la soberanía nacional, con la intención de liberalizar y desregularizar los mercados.”(PIT-CNT, 2015b), y solicitar una audiencia con el ministro y el sub secretario de Relaciones Exteriores.

Un mes después el PIT-CNT convocó el primero dentro de una serie de paros y movilizaciones durante el año 2015, cuya consigna expresaba el rechazo total y absoluto al TISA y afirmaba que este tipo de tratados “atentan y configuran pérdida de soberanía y patrimonio, poniendo en serio riesgo la continuidad de todos los procesos de desarrollo en materia de servicios que se han llevado adelante” (El País, 2015c)⁽⁷⁾. Uno de los reclamos más importantes para la central fue la transparencia y el fin del secretismo acerca del Acuerdo, tanto sobre el contenido del mismo como de las posiciones del gobierno uruguayo en las negociaciones, lo que motivó un duro intercambio de acusaciones con Luis Almagro, ex Canciller y principal impulsor de la participación uruguayo en el Tratado. Éste llegó a decir que el PIT-CNT “No solo estaba informado, sino que participó y aportó información” (La República, 2015)

La posición del PIT-CNT fue acompañada, en mayor o menor medida, por otras organizaciones. La Red de Ecología Social (REDES)⁽⁸⁾, manifestó su preocupación acerca de la posibilidad de que el TISA pudiese “restringir las leyes y reglamentaciones nacionales –como los requisitos de seguridad

para las y los trabajadores, las reglamentaciones ambientales, las normas de protección de los consumidores y las obligaciones de servicio universal” y exigió participación de la ciudadanía en la discusión (REDES, 2015). Esta posición fue sostenida también por la Red de Economistas de Izquierda del Uruguay (REDIU), la Federación de Estudiantes Universitarios del Uruguay (FEUU), que incluyó su postura de rechazo al TISA en sus movilizaciones, y la Universidad de la República. Esta última, expresándose a través de su Consejo Directivo Central, expresó su intención de

(...) Destacar que el carácter secreto de las negociaciones dificulta la discusión en cualquiera de sus variantes. (y) Manifestar la firme opinión de la Universidad de la República de que el país no debe avanzar en las tratativas y negociaciones de estos acuerdos hasta que no se abra una discusión pública sobre las características del TISA y sus contenidos. (Universidad de la República, 2015)

Las preferencias de estos actores sociales y corporativos tuvieron influencia en el tamaño del conjunto de propuestas en la negociación que hubiesen podido ser aceptadas domésticamente. La conjunción del debate sobre el Tratado con otras polémicas en el primer año del período de gobierno tuvo influencia en la decisión del retiro de Uruguay de las negociaciones del TISA.

Cámaras empresariales

Uno de los actores que hizo su apoyo a la participación uruguaya en las negociaciones más patente fue la Cámara Uruguaya de Tecnologías de la Información (CUTI). Esta organización, que agrupa más de 350 empresas del sector, fue también de las primeras en respaldar el Tratado en el país. “Nos parece importante negociar para saber qué es lo que tiene el acuerdo. Y le ofrecemos asistencia a la Cancillería para identificar oportunidades y desafíos”, expresó en mayo de 2015 su presidente, Carlos Caetano (El País, 2015d).

Carlos Perera, presidente de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios, expresó a su vez que un país de servicios como el Uruguay jamás se debería negar a una negociación sin saber el contenido de la misma (TNU, 2015). Lo propio hizo Orlando Dovat, presidente de Cámara de Zonas Francas del Uruguay y presidente de Zonamérica, diciendo que el país, en su opinión, debería ser “plenamente abierto. Podemos proyectarnos al mundo a través de los

servicios” (Empresas del Uruguay, 2015).

De todas maneras, el apoyo al TISA por parte de empresarios y cámaras fue expresado con más ímpetu una vez que el presidente de la República decidió el retiro de nuestro país del mismo, tal como los partidos de oposición. La Cámara de Industrias del Uruguay, la Unión de Exportadores y la Asociación Rural del Uruguay, grupos de presión con importancia histórica en nuestro país, hicieron público su descontento con la decisión en los días siguientes al Plenario del Frente Amplio.

Hipótesis 2: Las instituciones del nivel doméstico, formales e informales, implicadas en la ratificación de los acuerdos logrados a nivel internacional impactaron en la decisión de Tabaré Vázquez de retirar a nuestro país de las negociaciones del TISA

En el juego de dos niveles en el que el presidente y los altos cargos de su administración participaron, negociando a nivel internacional los términos del TISA y a nivel nacional la ratificación del acuerdo, los procedimientos por los que esta última hubiese tenido que darse afectaron claramente al tamaño del conjunto ganador del negociador principal, y por lo tanto a su decisión de retirarse del juego. Las reglas por las cuales los acuerdos de nivel I se ratifican en el nivel II determinan qué tanta facilidad o dificultad existirá para llegar a un conjunto de términos aceptables para ambos niveles. Es importante notar que Putnam (1988) subraya la importancia de las instituciones políticas informales, más allá de las formales, en este determinante del tamaño del conjunto ganador.

En nuestro país, la principal institución política formal que regula el proceso de ratificación de acuerdos internacionales a nivel nacional es la Constitución de la República. Si bien la negociación y firma de los tratados es un atributo del presidente, según el artículo 168 numeral 20° de este texto, la ratificación está en manos del Poder Legislativo, más específicamente de la Asamblea General: Artículo 85: A la Asamblea General compete: (...) 7°: Decretar la guerra y aprobar o reprobar por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras.

A la Cámara de Representantes y la Cámara de Senadores, por lo tanto, corresponde aprobar o no lo firmado anteriormente por el presidente, sin

poder modificar los términos de lo que fue acordado ni hacer reservas. La mayoría exigida por el texto constitucional es clara: se necesitan 50 votos en la Cámara de Representantes y 16 en la Cámara de Senadores para aprobar un tratado, una convención o un contrato de nuestro país con otro Estado.

Tabla 2. Composición de las Cámaras del Poder Legislativo según los resultados de las elecciones de 2014

Partido	Cámara de Senadores	Cámara de Representantes
Frente Amplio	16 (15 más el Vicepresidente)	50
Partido Nacional	10	32
Partido Colorado	4	13
Partido Independiente	1	3
Asamblea Popular	0	1
Total	31	99

Fuente: elaboración propia en base a datos de la Corte Electoral.

Según el resultado de las elecciones nacionales del 2014, el Frente Amplio tenía las mayorías propias necesarias para aprobar, en ambas Cámaras, un tratado como el TISA, si todos sus legisladores hubiesen sido favorables al mismo. Pero, como se expresó anteriormente, esta no era la situación. Las opiniones dentro del partido de gobierno estaban divididas entre los que se posicionaron a favor y en contra de que Uruguay participase en las negociaciones del mencionado tratado, por lo tanto es posible suponer que a la hora de aprobarlo en las Cámaras, esta división podría tender a repetirse. Los debates a la interna del partido fueron demasiado profundos como para poder suponer que el quiebre entre aquellos que vieron al TISA como una oportunidad y aquellos que lo vieron como una amenaza pudiesen reconciliar sus opiniones a la hora de votar en el Parlamento. La unidad del FA a la hora de votar y utilizar la mayoría parlamentaria obtenida en las elecciones de 2014 no era una garantía para Tabaré Vázquez, a la hora de participar en las negociaciones de los términos del TISA. Si se arriesgaba a intentar aprobar el tratado en el Parlamento únicamente con los votos de su partido, la defecación involuntaria, a decir de Putnam (1988), era más que probable.

Sin embargo, algunos Representantes y Senadores de los partidos opositores expresaron su visto bueno a la participación de Uruguay en el acuerdo,

así como su apoyo al presidente y su ministro de Relaciones Exteriores en lo que respectaba al mismo. Políticos del Partido Nacional, el Partido Colorado y el Partido Independiente, apoyaron a Tabaré Vázquez cuando nuestra participación en los términos del acuerdo fue rechazada por el Plenario del FA. Esto da lugar a cuestionarnos si realmente la institución política formal de la mayoría exigida para aprobar tratados internacionales fue uno de los factores que fundamentó el retiro de nuestro país de las negociaciones. Suponiendo que el Tratado fuese puesto a consideración de las Cámaras en el período de gobierno 2015-2020, es probable que el presidente tuviese las mayorías necesarias para aprobarlo, sumando los parlamentarios de los partidos opositores y los sectores frenteamplistas que apoyaron la iniciativa.

Putnam planteaba que “los políticos pueden estar dispuestos a sacrificar parte de sus apoyos habituales para ratificar un acuerdo internacional, pero cuanto mayor sea la pérdida, mayor será su reticencia” (Putnam, 1996, 116). Esto puede explicar por qué, a pesar de que la ratificación formal del acuerdo a nivel nacional podría haber sido posible, Tabaré Vázquez igual haya decidido retirarse. El sacrificio de los sectores frenteamplistas que no apoyaban el TISA era demasiado grande para el presidente, sobre todo al comienzo de un período de gobierno, tomando en cuenta que todavía tenía varios años de negociaciones internas por delante.

En cuanto a las instituciones informales de ratificación de acuerdos logrados en el nivel internacional, la disciplina partidaria es una de las más importantes. En Uruguay, los partidos y las coaliciones son altamente disciplinados. En asuntos como el TISA, cuando no existen acuerdos a nivel interno, el tema puede directamente nunca llegar al Parlamento (López Burian, 2015a, 353-360).

Por lo tanto, la hipótesis de que la imposibilidad de una ratificación futura del TISA generada por la exigencia de las instituciones políticas del nivel nacional no puede ser confirmada. Si el acuerdo hubiese llegado al Parlamento, es probable que hubiese tenido los votos necesarios para ser aprobado, pero eso hubiese significado un quiebre en el partido de gobierno demasiado costoso para el presidente. Es este problema de carácter político y de gobernabilidad el que afecta a la decisión de Tabaré Vázquez, y no el requerimiento formal de la mayoría absoluta de componentes de cada Cámara. De todas maneras, la institución de la disciplina partidaria tiene un gran peso a la hora de que el

tema llegue efectivamente a ser votado por Representantes y Senadores.

Hipótesis 3: El estilo de toma de decisión, así como las preferencias propias e independientes de Tabaré Vázquez, impactaron su decisión de retirar a nuestro país de las negociaciones del TISA

Putnam (1996) postula que “las preferencias de un negociador principal pueden diferir de las de los sectores a los que representa” (114). Sus motivaciones pueden incluir la necesidad de reforzar su postura en el nivel doméstico, o perseguir en el ámbito internacional su propia concepción de lo que son los intereses nacionales. A pesar de que el presidente Tabaré Vázquez no se pronunció públicamente a favor ni en contra de permanecer en las negociaciones del TISA durante los meses que duró el debate en el ámbito doméstico al respecto, es poco realista suponer que como negociador principal no tuviese una visión independiente de las políticas en juego.

El proceso de toma de decisiones en política exterior tiene al presidente como actor principal, que interactúa con una miríada de actores, tales como agencias y dependencias gubernamentales. La manera en que estos procesos se desarrollan es consecuencia en parte de la personalidad y el estilo de conducción del máximo mandatario, y todo esto impacta en la decisión final del retiro de Uruguay de la mesa de negociaciones.

En el caso de las negociaciones sobre la permanencia de Uruguay en las negociaciones del TISA, el proceso está “encriptado” y la información que hay acerca de él no es suficiente como para determinar qué factores de la personalidad o el estilo de toma de decisiones de Tabaré Vázquez influyeron en el resultado final. No se lograron entrevistas con el círculo decisorio más estrecho del presidente, ni hubo acceso a estudios pormenorizados al respecto.

Lo que sí es evidente es la presencia de dos posturas contrapuestas al interior del Gabinete. Como se mencionó anteriormente, mientras Rodolfo Nin Novoa, ministro de Relaciones Exteriores, y Danilo Astori, ministro de Economía y Finanzas, apoyaron firmemente la participación de Uruguay en el Acuerdo, Carolina Cosse, ministra de Industrias, Energía y Minería se manifestó en contra. Otros ministros también expresaron preocupación por las posibles consecuencias de la aprobación del TISA, incluyendo al ministro de Trabajo y Seguridad Social, Ernesto Murro, y el ministro de Ganadería, Agri-

cultura y Pesca, Tabaré Aguerre (La Diaria, 2015c). El presidente actuó dirimiendo entre las distintas posturas de los ministerios, que se expresaron explícitamente. Por esto, a pesar de que no esté disponible la información concreta sobre todos los aspectos de la toma de decisión, es posible determinar que se está frente a un modelo competitivo. Además, como se comentó anteriormente, se incorpora el partido de gobierno en el proceso.

El caso del retiro de Uruguay de las negociaciones del TISA tiene grandes similitudes con el intento infructuoso de firma de un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, durante el primer gobierno de Tabaré Vázquez (2005-2010). En ese caso también fue competitivo el modelo de toma de decisión, aunque con distinta configuración. En ese momento, el también entonces ministro de Economía y Finanzas, Astori, y el ministro de Industria, Energía y Minería, Jorge Lepra, se mostraron a favor de la firma de un TLC, mientras que el ministro de Relaciones Exteriores, Reinaldo Gargano y el entonces ministro de Ganadería, Agricultura y Pesca, José Mujica se opusieron. En este caso también el Plenario del Frente Amplio expresó su rechazo al Tratado, y Tabaré Vázquez decidió no contradecir el mandato de su partido. Garcé (2014b) resume, sobre la propuesta del TLC: “La propuesta había generado una gran coalición de veto dentro de la propia izquierda. Esta coalición estuvo integrada por actores de mucho peso: algunos ministros (entre ellos, por el canciller Reinaldo Gargano), fracciones del FA (entre ellas, por la fracción de José Mujica, la más votada en la elección de 2004), el movimiento sindical, y una red poderosa de académicos de izquierda especializados en innovación.”

Las similitudes son evidentes, también en lo que respecta al cálculo político de Tabaré Vázquez para no minar su propio liderazgo dentro del partido. El presidente prefirió no dar la espalda a las preferencias de la mayoría dentro del Frente Amplio, partido que lo llevó a la Presidencia.

Hipótesis 4: Las preferencias de los actores centrales de la Política Exterior Uruguaya, que se construyen desde marcos ideacionales y con los que comprenden el sistema internacional, condicionan las decisiones de Tabaré Vázquez

En la discusión sobre la permanencia o retiro de Uruguay de las negociaciones de los términos del TISA, además de la distribución de poder entre ac-

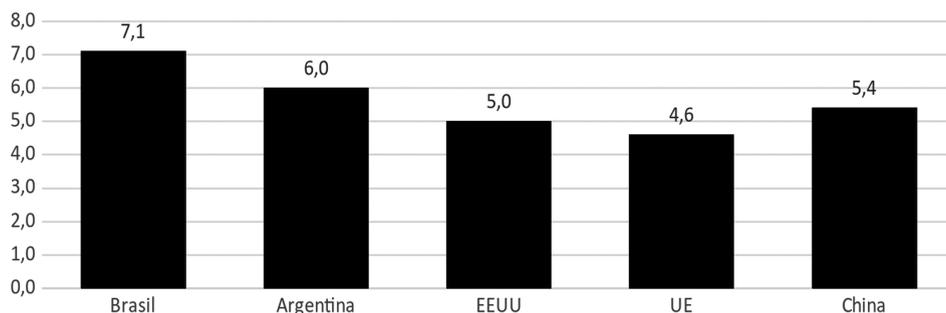
tores a nivel doméstico, las instituciones que determinan las posibilidades de ratificar los acuerdos, y el estilo de toma de decisión del negociador principal, la manera en que los actores perciben el mundo afecta las decisiones que los mismos toman sobre Política Exterior. Según la teoría constructivista, “la gente actúa hacia objetos, incluidos otros actores, sobre la base de los significados que los objetos tienen para ella” (Wendt, 1992, 131), por lo tanto es esencial comprender qué ideas tienen los actores sobre el sistema internacional.

La discusión de los términos del TISA se enmarca en un contexto internacional complejo, que caracteriza al momento histórico al que pertenece. Arce (2015) explica al respecto que: “(...) la economía mundial y las relaciones internacionales expresarán el equilibrio de poder y el orden mundial que logren negociar y establecer en las próximas décadas, el polo occidental –liderado por Estados Unidos y la Unión Europea– y el oriental –representado fundamentalmente por China (...)” (Arce, 2015, 33)

En consecuencia, la posición de Uruguay con respecto a su pertenencia en el TISA se enmarca en esta coyuntura, y sus acciones dependerán de cuáles son las percepciones que los actores principales en Política Exterior tienen al respecto de estos actores.

La solicitud de entrada de China al Acuerdo no fue aceptada, principalmente a causa de la renuencia de Estados Unidos (Correa, 2015). El resto de los BRICS también está ausente, siendo de importancia para nuestro país la ausencia de Brasil como nuestra máxima potencia regional. Argentina tampoco participa de las negociaciones.⁽⁹⁾ La importancia de China y Brasil es percibida por los legisladores uruguayos como puede apreciarse en el Gráfico 1. Encuestados sobre sus percepciones de la influencia que distintos países y grupos de países tienen sobre la política exterior de Uruguay, los parlamentarios uruguayos colocaron a Brasil en el primer lugar, con más de un punto de diferencia con el segundo. Estados Unidos y la Unión Europea están en cuarto y quinto puesto, después de Brasil, Argentina y China.

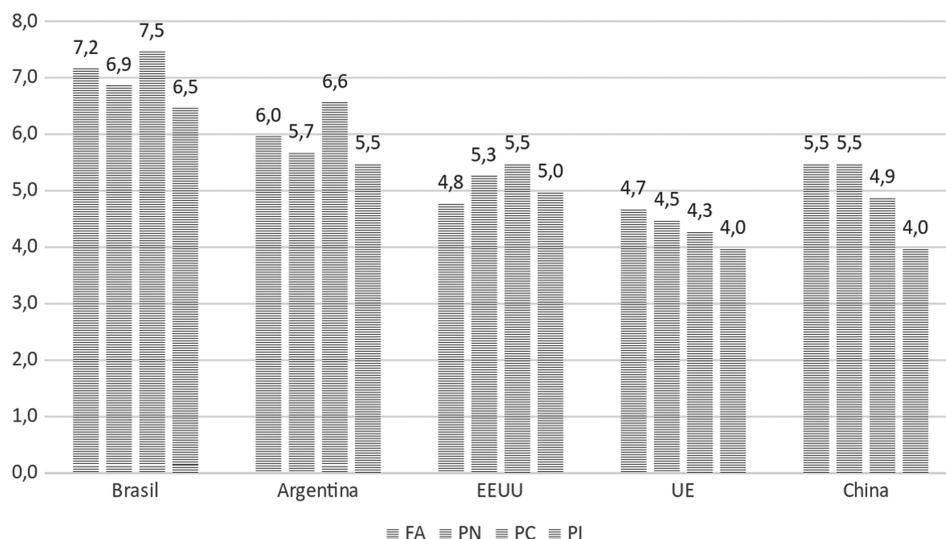
Gráfico 1. Influencia de países y bloques en la política exterior uruguaya. A juicio de todos los legisladores



Fuente: López Burian, C. (2015). *Partidos políticos y política exterior en Uruguay (1985-2015). La importancia de las instituciones, las ideas y los intereses de los actores. Tesis de Doctorado en Ciencia Política. Montevideo: ICP-FCS-UdelaR*

Estas percepciones, a su vez, no tienen grandes variaciones entre los diferentes partidos del sistema político uruguayo, como puede verse en el Gráfico 2. A pesar de los matices entre partidos, las percepciones son relativamente homogéneas.

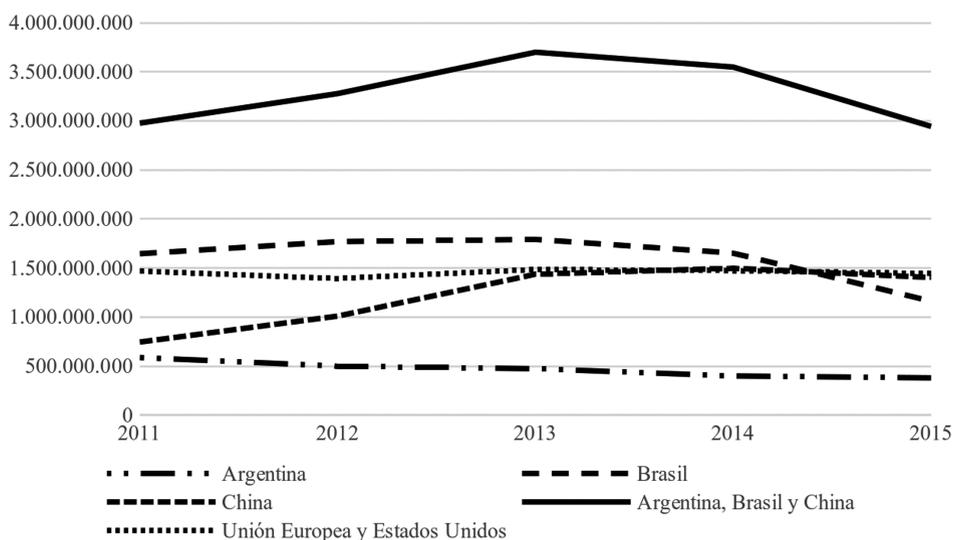
Gráfico 2. Influencia de países y bloques en la política exterior uruguaya. Por partido de pertenencia



Fuente: López Burian, C. (2015). *Partidos políticos y política exterior en Uruguay (1985-2015). La importancia de las instituciones, las ideas y los intereses de los actores. Tesis de Doctorado en Ciencia Política. Montevideo: ICP-FCS-UdelaR*

La postura respecto a los países del Sur Emergente, a su vez, están planteadas en las Bases Programáticas del Frente Amplio para el período 2014-2020, donde se postula que es especialmente relevante “el profundizar nuestras relaciones económico-comerciales, políticas y culturales con estos países. Dentro de los países emergentes, los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) se destacan y generan un nuevo panorama internacional” (Frente Amplio, 2013, 141).

Gráfico 3. Evolución de las exportaciones uruguayas 2011-2015 en USD por destino



Fuente: elaboración propia en base a datos del Instituto Uruguay XXI.

A su vez, la decisión de retirar a nuestro país de las negociaciones puede verse como una consecuencia de la ausencia de nuestros principales socios comerciales en las mismas. Como puede verse en el Gráfico 3, el valor de nuestras exportaciones combinadas hacia Argentina, Brasil y China, tres países que no participan del TISA, es visiblemente más alto que el valor de lo exportado hacia la Unión Europea y Estados Unidos, principales promotores del TISA. En el gráfico también puede apreciarse cómo el valor de las exportaciones a China es apenas menor al de las exportaciones de EEUU y la UE combinadas, y es notorio el crecimiento de las mismas en los años anteriores, hasta el momento en el que se tomó la decisión del retiro de nuestro país del TISA. Si bien las exportaciones a Brasil decaen en el último año, sus

valores son similares a los de la suma de las destinadas a EEUU y la UE, también. A decir de la senadora Constanza Moreira, “cualquiera que mira la balanza comercial uruguaya se da cuenta de que Brasil, Argentina y China siguen siendo los socios prioritarios” (La República, 2015b). El diputado Alejandro Sánchez se expresó en el mismo sentido, diciendo “Hoy le vendemos la producción industrial a Brasil, Argentina, Venezuela, a la región y a los BRICS, que son los países emergentes en el mundo, (...) y que no están hoy en esta negociación en el TISA” (MPP, 2015).

Por lo tanto, es difícil dudar que las percepciones que los principales actores de la Política Exterior Uruguay tienen acerca del sistema internacional, y los principales países que lo conforman, pesaron a la hora de decidir el retiro del país de las negociaciones del TISA. Los países percibidos como más influyentes, que a su vez son los principales socios comerciales de Uruguay, no participaron en el Tratado, y esto condiciona las ideas en las que los actores a nivel doméstico basan sus decisiones.

A pesar de esto, cuando el ministro Nin Novoa fue interpelado acerca del retiro de nuestro país del TISA, respondió negativamente a una pregunta del senador Pedro Bordaberry sobre si la ausencia de China y Brasil había influenciado la decisión de Uruguay (Gil, 2015).

Conclusiones

El retiro de Uruguay de las negociaciones del TISA, si bien a primera vista puede parecer un asunto difícil de comprender por la complejidad de las interacciones entre los diferentes actores y factores que inciden en la discusión, tiene razones que lo explican. Decisiones que pueden parecer irracionales si se las analiza únicamente desde el punto de vista internacional, cobran sentido una vez que se considera también el nivel doméstico. Los objetivos de investigación, que consistieron en identificar los actores e intereses más relevantes, sus ideas y argumentos, el impacto del marco institucional y de la dimensión ideacional en la decisión dan cuenta de lo enrevesado de ésta.

Los actores más importantes, fuera del negociador principal Tabaré Vázquez, fueron los pertenecientes a su partido de gobierno, agrupados en dos tendencias contrapuestas en sus visiones, la neoinstitucionalista y la neoes-

tructuralista. El PIT-CNT y otros actores sociales y corporativos también movilizaron sus recursos para presionar al gobierno, mientras que las cámaras empresariales hacían lo propio en sentido contrario. Los partidos de oposición jugaron un papel menor, al no pronunciarse con fuerza hasta después de tomada la decisión de retirar a Uruguay de las negociaciones del TISA. Los principales argumentos e ideas reflejaron las preferencias de los actores, que son parte de concepciones más amplias sobre la política exterior e inserción internacional del país. Mientras algunos actores bregaron por la apertura comercial que incentivase el acceso de los servicios uruguayos a los mercados internacionales, otros buscaron la protección de los derechos y del espacio para implementar políticas gubernamentales sin limitantes como las que se generarían por el TISA. Las principales reglas de juego o instituciones que marcaron la decisión final fueron formales, como lo es la mayoría necesaria para aprobar Tratados en el Parlamento, e informales como la disciplina partidaria. En cuanto a los factores ideacionales, en los que es especialmente relevante la percepción que los principales actores tienen acerca del sistema internacional, la influencia de China y Brasil en la política exterior y la inserción comercial de Uruguay hacen que la decisión tenga una dimensión socialmente construida en base a significados colectivos.

La ratificación en el nivel doméstico del acuerdo logrado a nivel internacional hubiese sido sumamente difícil de alcanzar, sobre todo porque la distribución de poder entre los diferentes actores a nivel nacional dio como resultado un conjunto ganador muy pequeño. La coalición de los sectores más neoestructuralistas del Frente Amplio, junto con el PIT-CNT y los demás actores sociales y corporativos significó una influencia mucho más grande sobre el presidente que la coalición de los partidos opositores y las cámaras empresariales. También la disciplina partidaria como institución informal causó la disminución del conjunto de propuestas que hubiesen podido ser aceptadas domésticamente, mientras que la institución formal de la mayoría en ambas Cámaras del Legislativo como institución formal no hubiese limitado la ratificación, siempre y cuando el presidente hubiese estado dispuesto a sacrificar sus apoyos electorales y trabajar con los partidos de oposición en su lugar. Además, el proceso de toma de decisión presidencial, que siguió un modelo competitivo, con fuertes discrepancias dentro del gabinete, podría haber influido en la decisión final respecto al TISA.

Las hipótesis utilizadas para investigar el impacto de estos factores nos permiten ver que la relación entre el negociador principal, el presidente Tabaré Vázquez, y su partido, el Frente Amplio, es de suma importancia. En una partidocracia como la uruguaya, es poco razonable subestimar la influencia que el partido tiene sobre el presidente al que llevó al poder. La correlación de fuerzas entre las fracciones significó un gran obstáculo para la permanencia de Uruguay en el Acuerdo, como se demostró en el Plenario, y el presidente no estuvo dispuesto a sacrificar estos apoyos trabajando con la oposición. Esto hubiese significado aún más conflictividad entre un Poder Ejecutivo y un Legislativo ya de por sí con problemas de congruencia, en un período de gobierno que recién comenzaba. Esta relación entre Vázquez y su partido permea todas las hipótesis planteadas en este trabajo de investigación, y subraya la importancia de los partidos en la determinación de la política exterior en Uruguay.

Referencias

- Arce, G. (2015). *La Economía Mundial en el Siglo XXI*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria
- Caetano, G., López Burian, C. y Luján, C. (2016). La política exterior uruguaya entre Vázquez y Vázquez (2010-2015). En J. Busquets y N. Bencancur (Coords.). *El decenio progresista. Las políticas públicas de Vázquez a Mujica* (pp. 279-300). Montevideo: Fin de siglo.
- Bouzas, R. y Zelicovich, J. (2014). La Organización Mundial de Comercio, los acuerdos mega-regionales y los usos estratégicos del regionalismo. *Estudios de Economía Aplicada*, 32(3), 963-994.
- De Oliveira, A., Onuki, J. y Cândia Veiga, J. P. (2006). Política Externa e Negociações Internacionais. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, 20(87), 29-33.
- Garcé, A (2014b) Regímenes Políticos de Conocimiento: Construyendo un nuevo concepto a partir de eventos de cambio seleccionados en políticas públicas del gobierno de Tabaré Vázquez (Uruguay, 2005-2009). *Revista de ciencia política (Santiago)*, 34(2), 439-458.
- Garcé, A. (2014), ¿Réquiem para la derecha? La elección de 2014 y la izquierda que se viene. En Garcé, A. y Yaffé, J. (eds.) *La era progresista. Hacia una nueva estrategia de desarrollo* (pp. 203-246) 3a ed. Montevideo: Fin de Siglo.
- George, A. L. (1991). *La decisión presidencial en política exterior. El uso eficaz de la información y el asesoramiento*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- Ibáñez, J. (2015). Socialconstructivismo: ideas, valores y normas en la política mundial. En Del Arenal, C. y Sanahuja, J.A. (Eds.), *Teorías de las Relaciones Internacionales* (pp. 189-217). Madrid: Tecnos.

- López Burian, C. (2015a). *Partidos políticos y política exterior en Uruguay (1985-2015). La importancia de las instituciones, las ideas y los intereses de los actores.* (Tesis de Doctorado en Ciencia Política.) ICP-FCS-Ude-laR. Montevideo.
- López Burian, C. (2015b). *Partidos políticos, ideología y política exterior en Uruguay (2010-2014).* *Colombia Internacional*, (83), 135-169. <https://dx.doi.org/10.7440/colombiaint83.2015.06>
- Putnam, R. D. (1996). Diplomacia y política internacional: la lógica de los juegos de doble nivel. *Zona Abierta*, (74), 69-120.
- Urrutia, O. (2013). El papel de los ThinkTanks en la definición y aplicación de las políticas y estrategias de defensa. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, (2), 1-34.
- Wendt, A. (1992), La Anarquía es lo que los Estados hacen de ella. En Santa Cruz, A. (2009) (ed.) *El constructivismo y las relaciones internacionales.* México, D.F.: Centro de Investigación y Docencia Económicas.

Otras fuentes de información

- Academia Nacional de Economía (2015). *Comunicado de la Academia Nacional de Economía con respecto a la decisión de las Autoridades de retirarse de las negociaciones del TISA.* Recuperado de http://www.acadeco.com.uy/files/2015_Comunicado_TISA.pdf
- Amigos de la Tierra Internacional (s.f.). *Amigos de la Tierra Uruguay / REDES.* Recuperado de <http://www.foei.org/es/grupos-miembro/america-latina-y-el-caribe/uruguay>
- Bustamante, M. (2015, 8 de setiembre). Unánime rechazo a “maniobra de la derecha”. *La República*. Recuperado de <http://www.republica.com.uy/maniobra-de-la-derecha/535958/>
- Chasqueti, D. (2015, 6 de agosto). Incongruencia. *Montevideo Portal*. Recuperado de http://columnistas.montevideo.com.uy/ucimprimir_301612_1.html

- Comisión Europea. (2014, 2 de mayo). *EU backs Uruguay joining talks on Trade in Services Agreement (TiSA)*. Recuperado de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-511_en.htm
- Correa, J. P. (2015, 30 de mayo). El gobierno choca con sectores del Frente en defensa del TISA. *El País*. Recuperado de <http://www.elpais.com.uy/informacion/gobierno-choca-sectores-frente-defensa.html>
- CNCS (2014). Autogestión: ¿Qué es y qué hace el FONDES?. Espectador Negocios. Recuperado de <http://espectadornegocios.com/core.php?m=amp&nw=ODg4MDg=>
- El Espectador (2015a, 27 de mayo). *Sergio Abreu: con el TISA se “ideologiza sin argumentos”*. Recuperado de <http://www.espectador.com/politica/316201/sergio-abreu-con-el-tisa-se-ideologiza-sin-argumentos>
- El Observador (2015, 20 de abril). *Se podrá avanzar con el TISA sin necesitar luz verde del Mercosur*. Recuperado de <http://www.elobservador.com.uy/se-podra-avanzar-el-tisa-necesitar-luz-verde-del-mercosur-n303173>
- El País (2015, 24 de mayo). *“El Mercosur ha fracasado”, dice exministro de Economía blanco*. Recuperado de <http://www.elpais.com.uy/economia/noticias/mercosur-fracasado-dice-exministro-deposadas.html>
- El País (2015b, 7 de setiembre). Bordaberry interpelará a Nin Novoa por decisión de no negociar el TISA. Recuperado de <http://www.elpais.com.uy/informacion/bordaberry-interpelara-nin-novoa-tisa.html>
- El País (2015c, 20 de abril). Paro del jueves del Pit-Cnt será en “rechazo total y absoluto al TISA”. Recuperado de <http://www.elpais.com.uy/informacion/pit-cnt-convoca-paro-contra.html>
- El País (2015d, 8 de mayo). Empresas de software se juegan al TISA. Recuperado de <http://www.elpais.com.uy/informacion/empresas-software-se-juegan-tisa.html>

- MPP (2015). *El TISA nos ata de manos hacia el futuro*. Recuperado de <http://mpp.org.uy/2011-12-07-22-57-14/todas-las-noticias/1775-el-tisa-nos-ata-de-manos-hacia-el-futuro>
- Elías, A. (2015). Vida y muerte del TISA en Uruguay. *Semanario Voces*, 12(489), 2. Recuperado de <http://www.voces.com.uy/articulos-1/viday-muertedel-tisa-en-uruguay-por-antonio-elias>
- Empresas del Uruguay (2015). *Expertos en comercio presentaron al TISA como una "oportunidad" para Latinoamérica*. Recuperado de <http://www.empresasdeluruguay.com.uy/index.php/noticias-empresariales/noticias-empresariales-9/1771-expertos-en-comercio-presentaron-al-tisa-como-una-oportunidad-para-latinoamerica>
- Frente Amplio (2013). *Bases Programáticas Tercer Gobierno del Frente Amplio 2015-2020*. Recuperado de <http://www.frenteamplio.org.uy/index.php?Q=articulo&ID=1013>
- Frente Amplio. (2015). *Resolución sobre TISA*. Recuperado de <http://www.frenteamplio.org.uy/index.php?Q=articulo&ID=1676>
- Garcé, A. (2015, 16 de setiembre). El mismo conflicto, ¿el mismo camino?. *El Observador*. Recuperado de <http://www.elobservador.com.uy/el-mismo-conflicto-el-mismo-camino-n677843>
- Garrido, N. (2015, 3 de julio). Estados Unidos alienta ingreso al TISA mientras el FA está dividido. *El Observador*. Recuperado de <http://www.elobservador.com.uy/estados-unidos-alienta-ingreso-al-tisa-mientras-el-fa-esta-dividido-n657301>
- Gil, V. (2015, 15 de octubre). Interpelación por TISA: Nin enredado por Bordaberry. *El País*. Recuperado de <http://www.elpais.com.uy/informacion/interpelacion-tisa-nin-enredado-bordaberry.html>
- Gil, V. e Isgleas, D. (2015, 8 de setiembre). Vázquez acata decisión del Frente y abandona el TISA. *El País*. Recuperado de <http://www.elpais.com.uy/informacion/vazquez-acata-decision-frente-abandona.html>

- Gould, E. (2014). El acuerdo de los auténticos buenos amigos de las empresas transnacionales. *Internacional de Servicios Públicos y Our Word isNotfor Sale*. Recuperado de http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/report_tisa_esp_lr_2.pdf
- La Diaria (2015, 22 de mayo) *Declaración pública*. Recuperado de <https://ladiaria.com.uy/articulo/2015/5/declaracion-publica/>
- La Diaria (2015b, 4 de agosto). *Que nadie se escape*. Recuperado de <http://ladiaria.com.uy/articulo/2015/8/que-nadie-se-escape/>
- La Diaria (2015c, 1 de julio). *Go Home*. Recuperado de <https://ladiaria.com.uy/articulo/2015/7/go-home/>
- La Red 21 (2015, 23 de abril). *PIT-CNT reafirma lucha contra el TISA: "Uruguay no puede entrar en un boniato al servicio del gran capital"*. Recuperado de <http://www.lr21.com.uy/comunidad/1229062-pit-cnt-lucha-contra-tisa-uruguay>
- La República (2015, 16 de abril). *Polémica entre Almagro y el PIT-CNT*. Recuperado de <http://www.republica.com.uy/almagro-y-el-pit-cnt/511931/>
- La República (2015b, 5 de junio). "Firmar el TISA significaría hipotecar el país". Recuperado de <http://www.republica.com.uy/significaria-hipotecar-el-pais/519871/>
- Montecarlo (2015, 12 de junio). *Cosse se mostró contraria al TISA y aseguró que afectará el futuro de las empresas públicas*. Recuperado de <http://www.radiomontecarlo.com.uy/2015/06/12/nacionales/gobierno/cosse-se-mostro-contraria-al-tisa-y-aseguro-que-afectara-el-futuro-de-las-empresas-publicas/>
- PIT-CNT (2015). *PIT-CNT convoca a participar en la movilización que se realiza en el marco del paro general de 9 a 13 horas*. Recuperado de <http://www.pitcnt.uy/sala-de-prensa/noticias/item/329-pit-cnt-convoca-a-participar-en-la-movilizacion-que-se-realiza-en-el-marco-del-paro-general-de-9-a-13-horas>

- PIT-CNT (2015b). 17-03-2015 Acta Mesa Representativa Nacional Ampliada. Recuperado de <http://www.pitcnt.uy/el-pit-cnt/institucional/resoluciones/item/105-17-03-2015-acta-mesa-representativa-nacional-ampliada>
- Presidencia (2015). FONDES apoyará a pequeñas empresas y financiará proyectos de la economía social. Recuperado de <https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/decreto-fondes>
- Redacción 180. (2015, 30 de julio). Gobierno no tomará “decisiones rápidas” sobre el TISA. *180*. Recuperado de http://www.180.com.uy/articulo/56681_no-hay-definiciones-politicas-sobre-el-tisa
- REDES – Amigos de la Tierra Uruguay. (2015) *¿Por qué el TISA es una amenaza para nuestro país?*. Recuperado de <http://www.redes.org.uy/2015/04/17/redes-at-alerta-sobre-el-tisa-y-reclama-consultas-en-base-a-los-textos-de-negociacion/>
- Teledoce (2015, 8 de setiembre). *Unión de Exportadores y Cámara de Comercio lamentaron salida del TISA*. Recuperado de <http://www.teledoce.com/telemundo/nacionales/union-de-exportadores-y-camara-de-comercio-lamentaron-salida-del-tisa/>
- Teledoce, (2015b, 27 de abril). La importancia de estar en el TISA es para compensar el costo, que es muy alto, de no estar. Recuperado de <http://www.teledoce.com/telemundo/nacionales/la-importancia-de-estar-es-para-compensar-el-costo-que-es-muy-alto-de-no-estar/>
- TNU (2015, 13 de agosto). *Analizan ventajas y desventajas del TISA*. Recuperado de <http://www.portaltnu.com.uy/video.php?vid=1572>
- Universidad de la República. (2015). *TISA. Universidad reclama discusión pública sobre contenidos*. Recuperado de <http://www.universidad.edu.uy/prensa/renderItem/itemId/37465>
- Uval, N. (2014, 17 de julio). Abiertos a todo. *La Diaria*. Recuperado de <http://ladiaria.com.uy/articulo/2014/7/abiertos-a-todo/>

Uval, N. (2015, 17 de abril). Poder ejecutivo. *La Diaria*. Recuperado de <http://ladiaria.com.uy/articulo/2015/4/poder-ejecutivo/>

Notas

⁽¹⁾ Este trabajo es una síntesis de la investigación final con el que la autora obtuvo el Título de Licenciatura en Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. La misma contó como tutor al Dr. Camilo M. López Burian.

⁽²⁾ Este grupo está conformado por Australia, Canadá, Chile, Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Estados Unidos, Hong Kong, Islandia, Israel, Japón, la Unión Europea, Liechtenstein, México, Noruega, Nueva Zelanda, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Suiza, Taiwán y Turquía.

⁽³⁾ Esta “estará integrada por el señor Ministro de Relaciones Exteriores, quien la presidirá, y los señores Ministros de Economía y Finanzas; Ganadería, Agricultura y Pesca; Industria, Energía y Minería, Turismo y Deporte y un representante de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto de la Presidencia de la República.” Y se crea “con el cometido de definir las principales líneas de acción del país en lo atinente a la inserción comercial internacional, la negociación internacional, la promoción comercial y captación de inversiones, así como los mecanismos de incentivos.” según el decreto 101/006.

⁽⁴⁾ De Oliveira, Onuki y Cândia Veiga (2006) explican que la política exterior y las negociaciones internacionales no son temas primarios en las campañas electorales, pero a partir de los resultados o impactos que los acuerdos o negociaciones tienen en el nivel nacional, se vuelven más relevantes.

⁽⁵⁾ Un ejemplo del abordaje que señala la centralidad de los partidos en la política exterior Uruguaya puede encontrarse en Caetano et al 2016.

⁽⁶⁾ La aerolínea estatal Primeras Líneas Uruguayas de Navegación Aérea (PLUNA) y la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP) tuvieron problemas financieros en el período de gobierno de José Mujica (2010-2015). Las responsabilidades por los errores en la gestión involucraron a varios políticos de distintos sectores del Frente Amplio.

El Fondo para el Desarrollo (FONDES) se creó en 2011 con el objetivo de “apoyo a emprendimientos económicos con participación de sus trabajadores en la dirección y en el capital de las empresas, en articular modelos autogestionarios, donde se conjuguen la propiedad del capital, la gestión empresarial y el trabajo en el mismo núcleo de personas” (CNCS, 2014). En 2015 el Poder Ejecutivo planteó su reformulación, con cambios en su gobernabilidad y cambiando el foco hacia “las pequeñas, micro y medianas empresas. En particular, sin discriminar la forma de propiedad, se apoyará a través de servicios financieros y no financieros a muchos emprendimientos.” (Presidencia, 2015)

⁽⁷⁾ El PIT-CNT convocó el 23 de abril de 2015 a un paro de 4 horas con el lema “Cambio profundo para seguir avanzando”, donde manifestaron su absoluto rechazo hacia el TISA, y lo mismo hizo el 11 de junio. El 6 de agosto se realizó un paro general de 24 horas, cuya consigna incluyó el aumento del salario real, más inversión pública y presupuesto, la creación de un sistema de compras públicas, y también el retiro de Uruguay del TISA.

⁽⁸⁾ REDES-Amigos de la Tierra es una organización que trabaja desde la perspectiva de la ecología-social, entendiendo que la actual crisis ecológica responde en gran medida a los procesos de concentración de recursos y toma de decisiones en manos de unos pocos actores empresariales. (Amigos de la Tierra Internacional, s.f.)

⁽⁹⁾ A pesar que nuestros grandes vecinos e integrantes del Mercosur no formen parte, las normas que emanan de esta Organización en sí no tuvieron un peso relevante en la discusión sobre la permanencia o el retiro de nuestro país de las negociaciones La decisión 32/00, que regula parte del relacionamiento externo del Mercosur en cuanto a acuerdos arancelarios con terceros países, no hubiese alcanzado al TISA. Esta decisión se refiere al comercio de bienes, y no de servicios, que es lo que el Tratado pretende regular, y por lo tanto no hubiese sido aplicable (El Observador, 2015). Esto significa que, si bien en términos de la correlación de fuerzas entre los Estados que lo conforman, el Mercosur puede haber influenciado la decisión, las instituciones que regulan el relacionamiento externo del bloque no fueron un obstáculo para la presencia uruguaya en el TISA.

Emilia M^a Santana Ramos ↵

El rol del abogado ante la ética y el ejercicio profesional

The role of lawyer sudee ethics and professional practice ■

O papel do advogado camurça ética e prática profissional ■

Resumen: *La intención principal de este trabajo, es acercarnos a la idea de la existencia de una relación inequívoca entre la ética-moral con la deontología, con respecto a las profesiones jurídicas en general y en particular, con la profesión de la abogacía.*

En este sentido, adquiere una especial atención el análisis sobre la naturaleza de las normas deontológicas y los instrumentos que posibilitan la eficacia de estos códigos. Por lo tanto, aunque las normas deontológicas pudieran realmente encontrarse en ese estadio intermedio entre el Derecho y la moral, una vez normatizadas en un código, establecen un marco de principios y deberes profesionales de obligado cumplimiento. La deontología legitima así, un ámbito de actuación profesional que afecta a materias sensibles y valoradas de la sociedad. Con ello, se aplica un espíritu ético mínimo en un marco de cotidianidad profesional que capacita sobremanera en su actuación al operador jurídico, garantizando a la sociedad en la que ejerce, un quantum de garantías legales y morales como salvaguarda principal de su actuación.

Palabras clave: *deontología, operador jurídico, derecho, moral, abogacía.*

Abstract: *The main intention of this work, is to approach the idea of the existence of an unequivocal relationship between moral-ethics and deontology, with respect to the legal professions in general and, in particular, with the profession of the legal profession.*

In this sense, acquires a focus analysis on the nature of ethical norms and in-

↵ Profesora. Doctora del Área de Filosofía del Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España).

✉ esantana@dcjb.ulpgc.es

struments that enable the effectiveness of these codes. Therefore, although ethical standards could actually found in this intermediate stage between law and morals, once nature in a code, they establish a framework of principles and professional duties of mandatory. Ethics thus, legitimizes a professional scope that affects society valued and sensitive materials. This applies a minimum ethical spirit in a context of everyday professional life that enables greatly in his performance the legal operator, ensuring that society in which exerts, a quantum of moral and legal guarantees as the main safeguard of his acting profession.

Keywords: *Ethics, legal operator, law, morality, advocacy.*

Resumo: *A intenção principal deste trabalho é para nos trazer mais perto para a idéia da existência de uma relação clara entre a ética-moral com a ética, no que diz respeito às profissões jurídicas em geral e em particular, com a profissão de advogado.*

Neste sentido, adquire uma análise de foco sobre a natureza das normas éticas e instrumentos que permitem a eficácia destes códigos. Portanto, embora padrões éticos podem realmente encontrado neste estágio intermediário entre a lei e a moral, uma vez a natureza em um código, estabelecem um conjunto de princípios e deveres profissionais de obrigatório. Ética legitima assim, um âmbito profissional que afeta a sociedade com valor e materiais sensíveis. Isto aplica-se um espírito ético mínimo em um contexto do cotidiano profissional que permite grandemente em sua performance, o operador jurídico, assegurando de que a sociedade em que exerce, um quantum de garantias morais e legais, como a principal salvaguarda de sua desempenho.

Palavras-chave: *ética, operador jurídico, lei, moral, advocacia.*

Recibido: 20170722

Aceptado: 20171002

Planteamiento

Dentro de cualquier actividad profesional puede entenderse que nos encontramos con un especialista en la materia, que la lleve a cabo. Así, los camareros, los estibadores, los médicos, pueden catalogarse dentro de un ámbito profesional determinado. Pero, en el caso que nos ocupa, cuando hacemos referencia a un operador jurídico, además de un profesional en determinada materia, estamos señalando a alguien, que no solamente tiene su calificación académica, sino que además cumple una concreta función social. Esta función social a la que nos referimos, no es más que “un genérico que identifica a todos los que con habitualidad se dedican a actuar en el ámbito del Derecho, sea como creadores, como intérpretes, como consultores o como aplicadores del Derecho, y que se diferencian precisamente por ese papel, que caracteriza su actividad, del común de los ciudadanos” (Peces Barba Martínez, 1987).

Así parece entenderlo también Hierro (Hierro Sánchez-Pescador, 1997), cuando reconoce que “la profesión jurídica sería toda aquélla en la que la titulación resulta una condición indispensable para el servicio o trabajo que se realiza, es decir, para ser un operador del Derecho”. No siendo, en este sentido, suficiente dicha titulación, sino la posterior acreditación y jura del código deontológico, la Constitución española y las leyes, ante el correspondiente colegio de abogados, como formalidad previa a la realización de actividad profesional de la abogacía.

En su labor profesional, la importancia que asume el operador jurídico se plasma en cualquier acto que tenga relación con una norma jurídica, ya que son precisamente éstos, los que tienen la función de interpretar y aplicar el derecho. En este sentido, resulta destacable como la función del operador jurídico varía en dependencia directa de la función que realiza en el ámbito de actuación profesional, ya que puede proyectarse en el ámbito de la docencia jurídica, como teórico del derecho, como intérprete, como mediador, entre otras muchas funciones. Todo ello, pone de manifiesto que “estos modelos aparecen mezclados o confundidos en la realidad de una cultura jurídica con-

creta” (Peces Barba Martínez, 1987), que no es otra que la aplicación e interpretación del derecho.

La figura del abogado, a lo largo de la historia ha sufrido numerosas vicisitudes en cuanto al rédito en su actividad. Es por ello, que este trabajo se centra en ella; ya que como operador jurídico, sus funciones resultan heterogéneas y dispares frente a la sociedad. En esa línea se contempla que los abogados pueden ejercer un sinnúmero de tareas profesionales, como dirimir o mediar en conflictos, ejercer el derecho de defensa de los condenables, asesoramiento empresarial, personal, en colaboración con las administraciones en infinidad de gestiones y procedimientos, y qué duda cabe, como funcionario público en el propio funcionamiento de la tutela judicial efectiva. Tutela que también se incardina en unos principios básicos de actuación de jueces y tribunales, entre los que se encuentran sin lugar a dudas, la independencia, la imparcialidad y la motivación, tripartito que conforma los principios rectores que orientan a la impartición de justicia (Atienza Rodríguez, 2003).

Por otro lado, si bien es cierto que los abogados no tienen la capacidad para dictar una sentencia, no es menos cierto que su labor es necesaria para el buen funcionamiento de la Administración de justicia (Torre Díaz, 2007). Ya que se debe tener presente que son los que de primera mano hacen acopio de las pretensiones del ciudadano para ajustarlas a derecho (Martí, 2002) y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En garantía de los derechos del justiciable, tanto la ley como los Colegios profesionales actúan como garantes de los deberes exigibles a los abogados. Precisamente por ello, el secreto profesional o la confidencialidad resultan principios básicos exigibles al abogado con respecto a su cliente. No obstante, desde esta base inicial hay que comprender el papel y la limitación de los Códigos deontológicos, pues los mismos definen en un texto normativo los criterios compartidos por el colectivo o colegio profesional. Haciendo con ello realidad la afirmación de que la Ética tiene que convertirse en horizonte para la Deontología; las normas y deberes deontológicos precisan de un horizonte de aspiraciones éticas (Hortal Alonso, 2002).

Uno de los retos a los que se enfrentan los abogados como defensores de la justicia, es el que resulta del marco normativo al que deben estar sometidos y por el que se apuesta desde la ética profesional. Cuando hacemos refe-

rencia a una conducta ética dentro del ámbito jurídico, nos referimos al comportamiento lógico y exigible que deben respetar los operadores jurídicos como profesionales al servicio de la Administración Pública de Justicia. De modo que, aunque puede afirmarse que “las relaciones entre Ética y Deontología, como tantos conceptos filosóficos, pueden hallarse o plantearse antagónicas o bien conectadas en desarrollo. La Deontología sería con, carácter general, la palabra que designaría la aplicación de la Ética al campo profesional; la Deontología sería, pues, una especificación de la Ética, como Ética aplicada a una profesión” (Grande Yáñez, 2010). Y, puede afirmarse que derivado de esa interpretación, “la ética aplicada a la profesión del jurista y del abogado se denomina deontología jurídica” (Pérez Valera, 2002).

Entonces, la deontología viene reconocida como “la ética aplicada al mundo profesional, concretada en unas normas y códigos de conducta exigibles a los profesionales, aprobados por el colectivo de profesionales, que enumera una serie de deberes y obligaciones mínimos para todos los profesionales con algunas consecuencias de carácter sancionador” (Torre Díaz, 2008). O como defiende Rodríguez-Toubes (Rodríguez-Toubes, 2010), “la deontología es, en su significado originario y todavía vivo, el estudio de los deberes morales de conducta”. Precisamente por ello, el Código deontológico se concibe como una exigencia en torno a los deberes de los operadores jurídicos desde un prisma ético y legítimo, mediante la regulación de comportamientos básicos por los que debe guiarse ese ámbito profesional determinado.

En este punto, entra en juego la ética y la moral privada del abogado, pues no resultan automáticamente exigibles en el ámbito profesional, por tanto, las medidas que garanticen su ejercicio profesional con una mínima base axiológica, atendiendo en todo caso, a los valores superiores que asisten a la sociedad que recibe la acción del operador jurídico. Ni tampoco garantiza, a priori, una conducta eficiente. Vistas así las cosas, el contenido de los Códigos deontológicos serán un compendio de reglas, principios y deberes que supervisan al abogado en el ejercicio de su actividad profesional, no pudiendo en ningún caso, como no podría ser de otro modo, entrar a valorar las actuaciones realizadas en el ámbito privado.

Ese compendio de reglas, principio y deberes provienen del propio colectivo de la abogacía (Carnicer Díez, 2003), en aras de alcanzar una unificación de criterios en torno a un ámbito de valores y derechos que conformen

la justicia, la seguridad jurídica y la honestidad en una esfera de actuación precisa y determinada.

La limitación al ámbito estrictamente profesional hace que el operador jurídico conforme su personalidad privada y personal como desee, pero que extreme la atención en el cumplimiento de las normas deontológicas establecidas en el entorno de sus tareas profesionales. Todo ello en garantía de que el derecho que reciba el ciudadano sea el más eficiente, responsable y respetuoso que pueda exigir.

La importancia deontológica del profesional abogado

En las sociedades modernas un requerimiento esencial en el ámbito de la justicia es precisamente que “toda persona tenga la posibilidad de proteger sus intereses, con los medios del Derecho, ante jueces y tribunales imparciales” (Rodríguez-Toubes, 2010).

La figura del abogado, en este sentido, juega uno de los papeles más importantes en el escenario jurídico, puesto que garantiza la información, actúa como asesor, representa el derecho de defensa, entre otros. Por tanto, el abogado no se puede concebir tan solo, como un representante del justiciable, sino que también como un operador del sistema jurídico, que tiene como objetivo el buen funcionamiento de la Administración de justicia (Zapatero, 2009).

Como colaborador de la Administración de Justicia, deberá no sólo conocer la ley, la jurisprudencia y la praxis en los tribunales, sino también, tener un código ético que le permita realizar su misión atendiendo al valor que representa la justicia. En este sentido, afirma Hilda Garrido, que:

el abogado no sólo forma parte de la administración de justicia, sino que juega un papel básico en su desarrollo. Tiene además algunas circunstancias muy particulares; Un abogado, como miembro de una profesión jurídica, es al mismo tiempo el representante de un cliente, un operador del sistema jurídico y un ciudadano que tiene una especial responsabilidad en el mantenimiento de la calidad del sistema de justicia (Garrido Suárez, 2012).

Se parte, entonces, de la idea que promulga que la abogacía tiene una función de orden social vinculada al interés público. De ahí, que su reconocimiento por parte de las instituciones así, como su régimen deontológico y de responsabilidad, disponga la conducta profesional a la que debe estar enteramente subordinado.

La respuesta a la relación que guarda la ética profesional con respecto a la deontología, cobra todo su sentido cuando se entiende que la deontología exige un determinado modelo de actuación y precisamente la ética, responde a las motivaciones. Así, autores como Hortal (Hortal Alonso, 1994), defienden que “sin la perspectiva ética, la deontología se queda sin su horizonte de referencia”. La deontología de la que se parte en este trabajo es la deontología en el ámbito jurídico y por ende, sería considerarlos principios y deberes del abogado en relación a la interpretación y aplicación del derecho.

En el modelo español, concretamente en el Estatuto de la Abogacía Española reconoce a la abogacía como “una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de los derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídica, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la justicia”. Se desprende del contenido de este artículo, que el ejercicio del abogado como profesional del derecho tiene como objetivo la búsqueda y la realización de la justicia, de ahí, que se defienda que la función de la abogacía no es más que la fórmula de contribuir a la aplicación más justa del derecho.

En su actuación, la relación abogado-cliente deberá estar investida de una serie de garantías que permitan la confiabilidad de su representado. Esas garantías son reconocidas y exigidas por un código deontológico, que posibilita una guía de principios y de actuación que deberá seguir la actuación del abogado durante el procedimiento. Ahora bien, si se parte del reconocimiento de la ética entendida como aquellos valores intrínsecos donde el individuo actúa conforme a su conciencia individual; se corre el riesgo de que el abogado como persona, pueda incurrir en la vulneración de algunos de los deberes recogidos en los códigos, precisamente por la falta de mecanismos institucionalizados que sancionen la vulneración de un precepto ético individual. En este sentido, el manual de conducta exigible o Código Deontológico

gico del que están dotados los Colegios Profesionales, surge como necesidad de adecuar el comportamiento individual dentro del ejercicio de la profesión, evitando así, en lo posible, el riesgo aludido.

La deontología y la ética trabajan con el mismo campo de actuación, precisamente por ello, es común que en el lenguaje cotidiano no encuentren diferencias. Autores como Torre Díaz defiende que “la ética profesional es esa ética aplicada, no normativa y no exigible, que propone motivaciones en la actuación profesional, que se basa en la conciencia individual y que busca el bien de los individuos en el trabajo. La ética es, por lo tanto, configuradora del sentido y la motivación de la deontología” (Torre Díaz, 2000). La deontología se configura, entonces, como un principio que inspira las formas en las que se debe obrar dentro del ejercicio de una profesión.

En el caso que nos ocupa, resulta necesario conocer cuál es el contenido de los deberes, obligaciones y alcance del ejercicio del abogado. Ya que la deontología en el ámbito profesional tiene como objetivo declarado el establecimiento de reglas que si bien pertenecen al ámbito moral o ético en sentido estricto, no es menos cierto que su carácter imperativo las posiciona en auténticas normas de obligado cumplimiento.

La proyección ética y moral del abogado en el ejercicio de su profesión

La actuación del abogado en el ejercicio de su profesión está íntimamente ligada a la configuración ética-moral que tiene como un ente personal.

En el lenguaje común es frecuente entre los estudiosos de los sistemas normativos, referirse a la moral y a la ética como conceptos sinónimos. Es por ello que resulta necesario concretar aspectos diferenciadores, puesto que ambas expresiones indican niveles de pensamientos diferenciados. La ética, en este sentido, constituye una pauta conductual del comportamiento. La ética viene entendida como una corriente filosófica cuyo objetivo prioritario es el análisis del comportamiento humano. Como ciencia, la ética explica las cosas por sus causas (Gutiérrez Sáenz, 2005).

La ética

Por una parte, y en el caso que nos ocupa, se parte de la relación que existe entre la ética y la moral en el ejercicio profesional. Si tomamos como antecedentes los referentes incuestionables de la deontología jurídica con el deber moral de los operadores jurídicos, se puede observar que la ética se ocupa de analizar qué valores deben estar presentes y las metas que se deben alcanzar en el ejercicio de su profesión. En la misma línea, la ética profesional, está íntimamente relacionada con la moral personal y colectiva. Este razonamiento parte de la consideración que defiende que el abogado debe tener presente que es un servidor de la defensa legítima de los derechos de su cliente y por tanto, la relación de confianza y de responsabilidad debe primar en todo caso, unido al respeto por su dignidad personal. El objetivo de la ética no es otra que la de dotar de respuestas a los actos asumidos por la moral del sujeto. Un análisis sobre el tema que nos ocupa, quedaría abreviado en la reflexión que hace la profesora Cortina Orts (Cortina Orts, 1989), cuando defiende que “la ética a diferencia de la moral, tiene que ocuparse de lo moral en su especificad, sin limitarse a una moral determinada, tiene que dar razón del porqué de la moral”. O bien, lo que otros autores como Gutiérrez (Gutiérrez Sáenz, 2005), entiende cuando defiende que la ética “trata de emitir juicios sobre la bondad o maldad moral de algo, pero dando siempre la causa o razón de dicho juicio”.

Entendida la ética como el comportamiento o conducta que tiene el ser humano ante el grupo social, permite hacernos una breve idea de la ética que debe tener el abogado como servidor de la justicia y colaborador de la Administración de Justicia. En consecuencia, la labor del abogado quedaría resumida en el deber de salvaguardar y garantizar con obediencia las normas jurídicas-morales así como, la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos, empleando en todo caso, los medios éticos-legales de los que dispone.

Precisamente por ello, como servidor de la justicia y por la función social que representa, se le requiere el compromiso de ostentar un criterio de justicia ecuánime. En el modelo Español, estos imperativos exigibles vienen derivados por la propia Ley y por las normas de obligado cumplimiento por parte del colectivo que representa.

Un ejemplo de ello, sería la protección por parte del Derecho Penal español con respecto al secreto profesional y a su vez el reconocimiento que hace del mismo el Código Deontológico de la Abogacía en España. De ahí, la importancia que asumen los Colegios Profesionales cuando se convierten en corporaciones que tienen como objetivo prioritario velar con eficacia por la salvaguarda de los deberes profesionales que se encuentran reconocidos por el código de conducta o código deontológico.

En el modelo español, la función y utilidad pública de la profesión jurídica, viene cristalizada en el propio preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española cuando afirma que “La función social de la Abogacía exige establecer unas normas deontológicas para su ejercicio” y por ello, la exigencia de cumplir con unas reglas deontológicas que ya vienen reconocidas por el propio Código.

Así, se determina de forma amplia el nivel de cumplimiento al que está obligado el profesional jurídico español cuando se le requiere a respetar los principios éticos y deontológicos de la profesión establecidos en el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, en el Código Deontológico aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados de Europa (CCBE) el 28 de noviembre de 1998, y en el presente Código Deontológico aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, en los que en su caso tuvieren aprobado el Consejo de Colegios de la Autonomía, y los del concreto Colegio al que esté incorporado.

La moral

Por otra parte, la moral viene reconocida como las normas que sirven como principios rectores del comportamiento humano y derivan directamente de la opción doctrinal que representan (Ara Pinilla, 2002). Por lo tanto, existirán tantas morales, como doctrinas filosóficas, religiosas, políticas, entre otras, existan.

A tal respecto existen autores que la entienden como “un conjunto de principios, preceptos, mandatos, prohibiciones, permisos, patrones de conducta, valores e ideales de vida buena que en su conjunto conforman un sistema más o menos coherente, propio de un colectivo concreto en una determinada época histórica... la moral es un sistema de contenidos que refleja una determinada

forma de vida” (Cortina y Martínez, 1996). De ahí, que la deontología jurídica venga identificada como un conjunto de obligaciones morales que el abogado debe tener presente en el ejercicio de su actividad profesional.

La figura del abogado en el ámbito profesional español

En el modelo español, es el propio Estatuto General de la Abogacía Española quien en su artículo 5 reconoce que “el abogado podrá ejercer su profesión ante cualquier clase de órganos jurisdiccionales y administrativos de España, así como ante cualesquiera entidades o personas públicas y privadas. También podrá ejercer como árbitro, mediador o interviniente en cualesquiera otros métodos alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos o litigios”.

Una definición material viene contemplada en el artículo 1 del propio Estatuto cuando establece que:

La Abogacía es una profesión libre e independiente, que asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas. Los Abogados deben velar siempre por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defienden con respeto a los principios del Estado social y democrático de Derecho constitucionalmente establecido.

Una definición más formal la encontramos en el artículo 9.1 del propio estatuto “Son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados”. En este sentido, es importante señalar que una de las tipologías que defendía, por ejemplo, Torre Díaz (Torre Díaz, 2000), con respecto a la apertura de un despacho profesional, queda extinguido con lo contemplado en el artículo 10 del Estatuto donde se defendía a la figura del abogado como “quienes, incorporados a un colegio de Abogados en calidad de ejercientes, se dedican con despacho profesional a la defensa de intereses jurídicos ajenos”.

Ese reconocimiento que se le dispensa al abogado, responde a la idea de que el abogado, como operador jurídico que debe satisfacer necesidades de

la sociedad en general, debiendo velar por garantizar la tutela judicial efectiva en todo momento. Así entendida, la función social que cumple la abogacía está muy clara, puesto que el abogado como servidor de la justicia, está obligado a la defensa y garantía de las libertades fundamentales y los derechos inherentes de todos los ciudadanos sin perjuicio de raza, sexo o religión. De esta manera, se garantiza al conjunto de la sociedad que todas las personas tienen derecho a alcanzar una tutela judicial efectiva por parte de la Administración de Justicia sin que pueda producirse indefensión.

En la misma línea, al abogado como operador jurídico también se le reconoce como pilar básico en la Administración de justicia, por la función social que representa. Con la denominación de operador jurídico, nos referimos a todos aquellos que se dedican a actuar dentro del ámbito del Derecho con una habitualidad profesional, ya sea como aplicadores del Derecho o bien como creadores, intérpretes o consultores del mismo (Peces Barba Martínez, 1987). Por ello, habrá que matizar que no todos los licenciados del derecho son operadores jurídicos, ni todos los operadores jurídicos son juristas. En este sentido, se pronuncia el profesor Peces Barba cuando hace referencia a la labor de un alcalde que es licenciado en medicina. En el ejercicio de sus funciones está trabajando como un operador jurídico, sin tener la competencia de un profesional jurídico, puesto que su titulación no le confiere conocimientos técnico-jurídicos (Peces Barba Martínez, 1987).

Nuestra carta magna, realiza un reconocimiento expreso de esa labor social y de responsabilidad, pues así viene consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución española, cuando establece que “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la *defensa* y a la *asistencia de letrado*, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

En el modelo constitucional español, se dota exclusivamente al Poder Judicial la posibilidad en materia de resolución de conflictos interpartes, relegando en ocasiones, la viabilidad de mecanismos altamente cualificados para la resolución de conflictos, quedando reconocido como “el principal, y a veces único, garante de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos”. Así parece entenderse cuando la interpretación del artículo 117, apartado 3 de nuestra Constitución española, dota con carácter exclusivo al Poder Judicial la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Es destacable, sin embargo, cómo la figura del abogado como operador jurídico, adquiere una relevancia en cuanto a garante de los principios básicos del Estado de Derecho. Pues el ciudadano litiga contra las instituciones en defensa de sus derechos y es guiado por el letrado en su camino, asumiendo así la protección de los derechos subjetivos de éste frente a los propios órganos del Estado.

Sobre las funciones que debe cumplir el Derecho es necesario hacer una reflexión sobre lo que debe ser el derecho y para qué debe servir (López Calera, 1996). Para responder esta cuestión habría que plantearse primeramente las funciones que cumple el Derecho como conjunto de normas que se postulan para organizar la vida social (Ferrari, 1989). En este sentido, se pronuncia el profesor Elías Díaz (Díaz García, 1996), cuando defiende que el Derecho se constituye como un conjunto de disposiciones normativas que deben conseguir, instaurar o reforzar una organización social. Entendiendo así, que el Derecho ayuda a mantener una estructura social determinada, colaborando a su conformación en base a esos ideales que la propia sociedad requiere o exige.

Como parte de la Administración de Justicia, el abogado se encuentra en un contexto determinado. Por un lado, al formar parte de la organización de la Administración de Justicia, se le considera un operador del sistema legal. Pues con esa adscripción queda supeditado a lo contemplado por el sistema judicial. Y por otro lado, su circunscripción como operador jurídico le obliga a realizar una serie de funciones encaminadas a la búsqueda de la justicia.

Ahora bien, el abogado puede tomar partido ante un conflicto en su actuación como asesor o consejero, indicando al cliente cuáles son sus derechos y obligaciones. También puede operar como evaluador, analizando los

asuntos legales de su cliente e indicarle el escenario jurídico en el que se encuentra. Pero, en todo caso, el abogado deberá actuar con su cliente transmitiéndole el marco legal y los límites legales de cualquier acción que pretenda realizar, señalando la mejor manera de actuar en la defensa de sus intereses e indicando además, las posibles consecuencias de un pleito o la realización de determinados recursos. Todo ello, en un marco de confianza, respeto y de total reconocimiento al ámbito del derecho, límites y normas aplicables.

Dicho esto, aunque parezca obvio, hay que entender que en la práctica del ejercicio, el abogado puede encontrarse con situaciones en las que sea difícil mantener el sentido de justicia. Imaginemos que se encuentra con un cliente que no quiera continuar el procedimiento tal y como establece el marco normativo o con pretensiones irreales y fraudulentas. Ello no significa, que el abogado quede eximido de explicarle la repercusión legal en caso de contravención y las consecuencias jurídicas que deriven de la elección realizada por su cliente. Pues, como se indica, la pretensión final del abogado es la justicia en beneficio de su cliente, pero también en beneficio de la sociedad y principalmente de la justicia.

Puede suceder también, que un abogado ante una dilatación del proceso en la justicia ordinaria, se convierta en un auténtico mediador en la resolución de conflicto a través de técnicas extrajudiciales, como puede ser la conciliación, el arbitraje o la mediación, para superar la ralentización que sufren los juzgados por el número de asuntos, o el coste que supone acceder a la Administración de Justicia (Falcón Martínez de Marañón, 2005). Colaborando de esta forma al logro de la justicia que reclama su cliente, mediante técnicas legales y conformadoras del Derecho, participando así de la efectividad de la justicia.

En todo caso, la labor primordial del abogado como operador al servicio del Derecho en cualquiera de las funciones que represente, no es más que la de gestionar los asuntos del cliente, tratando siempre que a éste le resulte provechosa la posibilidad que le otorga el Derecho, asegurando en todo caso resolver el conflicto con eficacia y sentido de la justicia. Así lo reconoce la profesora Añón Roig (Añón Roig, 1998), cuando defiende que el abogado en el ejercicio de sus funciones tanto de asesoramiento, negociación o mediación y en la defensa de intereses en litigio, coopera en la realización y aplicación real de algunas funciones del derecho, tales como la orientación social, la resolución de conflictos o la integración social.

La deontología en el ámbito jurídico

La deontología viene entendida como la ciencia que estudia el conjunto de los deberes morales, éticos y jurídicos con que debe ejercerse una profesión liberal determinada.

Así, Ángela Aparisi, la entiende como “aquella exigencia moral anclada en la naturaleza de una profesión. Desde esta perspectiva, las normas deontológicas son, básicamente, exigencias de ética profesional. Por ello, al igual que ocurre con las normas morales, se nos muestran ‘prima facie’ como un deber de conciencia” (Aparisi Miralles, 2006).

Entre los diferentes enfoques que pueden versar en torno a la aproximación conceptual, autores como Sánchez-Stewart definen a la deontología como “el conjunto de normas jurídicas que regulan sus relaciones con su cliente, con la parte adversa, con sus compañeros de profesión, con los órganos y funcionarios ante los que actúa y con su colegio profesional, normas cuyo origen y tutela es corporativo” (Sánchez-Stewart, 2008).

En la actualidad, las transformaciones sociales, económicas y políticas que sufren los Estados exigen una reconstrucción en el planteamiento sobre la propia deontología jurídica.

En esta línea, se pronuncia el Código Deontológico de la Abogacía Española cuando afirma que “La función social de la Abogacía exige establecer unas normas deontológicas para su ejercicio. A lo largo de los siglos, muchos han sido los intereses confiados a la Abogacía, todos ellos trascendentales, fundamentalmente relacionados con el imperio del Derecho y la Justicia humana”.

Siguiendo ese marco, véase por ejemplo, el artículo 1.1 del Código Deontológico del Consejo de los Colegios de abogados de la Unión Europea cuando reconoce que: “En una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el Abogado tiene un papel fundamental. Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco de la Ley. En un Estado de Derecho el Abogado es indispensable para la Justicia y para los justiciables, pues tiene la obligación de defender los derechos y las libertades; es tanto el asesor como el defensor de su cliente”.

Puede entonces afirmarse, que en el ejercicio de la abogacía la figura del abogado representa una pieza fundamental en el funcionamiento de la Administración de Justicia. Por la función social que representa, las normas deontológicas resultan del todo necesarias en la figura del abogado, puesto que trabaja con un arsenal ético tan importante como resulta de la seguridad jurídica, la justicia, la lealtad, la equidad, entre otras.

La respuesta a la necesidad de un Código Deontológico parte de la consideración del compromiso moral que debe tener el abogado, precisamente por la función social que representa. En el ejercicio de sus funciones no puede en ninguno de los casos, poner en riesgo la independencia, la lealtad, ni el secreto profesional, comprometiéndose en todo caso a actuar con honradez, diligencia y rectitud.

La justificación del esquema normativo que emana del Código Deontológico en la abogacía, cobra todo su sentido, en la necesidad de garantizar los valores ético-morales y de justicia en el ejercicio de su profesión.

Estas exigencias representan a en los ciudadanos una garantía de protección de los derechos que le son reconocidos, y permiten la posibilidad de incoar un procedimiento sancionador al abogado, cuando el interesado se vea vulnerado en cualquiera de sus derechos fundamentales, sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria.

El debate sobre la naturaleza de las normas deontológicas ha sido una constante dentro de los diferentes ámbitos. En este sentido, la deontología profesional se presenta como un esquema que se encuentra ubicado entre el derecho y la moral (Rodríguez-Arana Muñoz, 2003).

Si bien es cierto que, el Código Deontológico de la Abogacía Española es quien contempla las directrices deontológicas del abogado en el ejercicio de su profesión, no es menos cierto que los Consejos Autonómicos de la Abogacía y los Colegios de Abogados tienen la capacidad para aprobar normas de esta naturaleza con un alcance similar.

La naturaleza vinculante que asume la normatividad jurídica, viene reconocida en el artículo 9.1 de la Constitución española cuando establece que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del

ordenamiento jurídico”, se hace extensible por tanto esta sujeción a los acuerdos provenientes de Tratados Internacionales, acuerdos entre partes, los convenios colectivos etc. Derivado de lo cual, si las normas jurídicas vinculan a todos los ciudadanos, nada impide un posible reconocimiento de los acuerdos que surgen a través de la autonomía en el ámbito privado, sea individual o colectivamente, comprometiendo exclusivamente a quienes lo lleven a cabo.

Concretamente, esta aseveración viene reforzada con la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/89 de 18 de julio cuando consagra la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico español, lo que implica el reconocimiento como principio general inspirador del mismo de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenta, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias. Siendo así, que el abogado en su profesión se ve sujeto al cumplimiento estricto de las normas colegiales y al código deontológico firmado, pues de otro modo, si no quiere asumir el cumplimiento del código deontológico establecido, tiene plena libertad para no ejercer en un ámbito determinado del Derecho.

Por otro lado, el resultado de las disposiciones normativas provenientes del Código Deontológico de la Abogacía Española tiene una naturaleza corporativa (Carnicer Díez, 2003) pues regulan exclusivamente la labor del colectivo de la abogacía en el deber que debe cumplir como profesional.

Resultan oponibles exclusivamente a los abogados, pudiendo ser sancionados disciplinariamente cuando atenten gravemente contra el interés del cliente (Carnicer Díez, 2003).

El propio Código de Deontología para Abogados Europeos ya defiende en su artículo 1.2 que “Las normas específicas de cada Colegio de Abogados nacen de su propia tradición. Estas normas se adaptan a la organización y al ámbito de actuación de la profesión de Abogado en cada Estado miembro; así como a los procedimientos judiciales y administrativos y a la legislación nacional. No es posible, ni aconsejable, sacarlas fuera de contexto, ni intentar extrapolar unas normas que, por su naturaleza, no son susceptibles de generalización”.

Así lo defiende también el Tribunal Constitucional, cuando reconoce que estas normas son producto de la relación instituida sobre la base de la delegación de potestades públicas en los entes corporativos, a los que se les dis-

pensa facultades para lo relativo a la ordenación y control del ejercicio en lo relativo a las actividades profesionales, reconocida además en el artículo 36 de la Constitución española (Iglesias Pérez, 1991).

Ya el propio Código de Deontología de los Abogados Europeos en su artículo 1.1 defiende que “Las normas deontológicas están destinadas a garantizar, la correcta ejecución por parte del Abogado de su indispensable función, reconocida como esencial en todas las sociedades civilizadas. La inobservancia de estas normas por el Abogado puede tener como consecuencia sanciones disciplinarias”.

Aparte de la naturaleza de los Códigos Deontológicos, otra de las cuestiones que también suscita cierto debate es precisamente, cuál es el contenido y el alcance normativo de estos. Se plantea, en este sentido, qué comportamientos quedan incluidos o excluidos dentro de su ámbito de aplicación.

Autores como Iglesias (Iglesias Pérez, 1991), ponen en duda la naturaleza normativa de los Códigos Deontológicos, esgrimiendo que los códigos deontológicos en general no participan ni de la normatividad jurídica ni de la voluntariedad de los pactos entre particulares. Esa normatividad jurídica viene reconocida como la capacidad de coercibilidad o coactividad que asume la normativa jurídica (Díaz García, 1984). En este sentido, defienden algunos autores que los Códigos Deontológicos no vienen respaldados legalmente por la formalidad material exigible para reconocerlos como una auténtica norma jurídica, así como la inexistencia de una articulación que los incorpore al ordenamiento jurídico y por todo ello, pone en tela de juicio su capacidad normativa.

Olvidan quienes así piensan, que la validez del contenido normativo de los Códigos Deontológicos viene reforzada precisamente por la Ley y los Colegios Profesionales en el reconocimiento de la delegación normativa que se les confiere. En particular, en el caso español, el Código Deontológico de la Abogacía viene reforzado normativamente por el Estatuto General de la Abogacía.

Así, el Estatuto General de la Abogacía, define en su propio Preámbulo que una de las principales pretensiones es reconocer la mayor autonomía de los Colegios para determinar su propia organización y las reglas de su funcionamiento. Esta nueva concepción parte de la distinción entre los títulos materiales relativos al ejercicio profesional y a los Colegios profesionales.

Establecida esta distinción, se afirma la amplia competencia del Estatuto General para regular el ejercicio de la profesión de Abogado, mientras que se le reconoce un papel menor para establecer reglas de organización de la estructura colegial. El texto recoge normas deontológicas adecuadas a la realidad social actual, definiendo una deontología profesional no corporativista, protectora de los derechos del cliente y del interés general.

En el terreno de la deontología profesional en general y en de la deontología de la abogacía en particular, nociones como el secreto, la libertad profesional, la diligencia, la independencia, la competencia, o la lealtad, entre otros, son objeto de numerosos estudios por parte de diferentes ámbitos de conocimiento.

Se trata en realidad, de dar respuesta a si la realización de un acto inmoral justifica la intervención del derecho (Nino, 1984), o bien, si la inmoralidad de un acto resulta suficiente para que el derecho pueda sancionar (Colomer Martín-Calero, 2002). Esta disquisición surge precisamente, para responder sobre el alcance que puedan tener los códigos deontológicos con respecto a los actos que se alejan de los principios ético- morales en los profesionales, en particular en la del abogado.

A este respecto, no son pocos los autores que se han pronunciado en una posible intervención paternalista ante un acto individual que pueda ser moralmente rechazable, cuando se lesiona o daña a terceros. Sin embargo, autores como Mill (Mill, 2004) defendía al respecto, que nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo.

Para Nino (Nino, 1984), el principio que está en juego es lo que denomina principio de autonomía de la persona, según el cual, el Estado no debe interferir en la elección o adopción de ideales de excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente.

Se justifica por ello, la necesidad de la instauración de un Código Deontológico que contemple los deberes ético-morales en el ejercicio de la abogacía y que venga reforzado por un orden disciplinario. De tal manera que,

en el caso que se vulnere o se lesione daño a terceros por un acto inmoral por parte del profesional de la abogacía, puedan los ciudadanos sentirse protegidos por una regulación que permita la protección de su integridad. En este sentido, se parte de la consideración que el contenido de los códigos deontológicos deben reconocer principios que instauren compromisos por parte de quienes ejercen una profesión cualificada.

Si partimos de la acepción que define a la Deontología como una disciplina que se ocupa de las obligaciones de los profesionales, la Deontología Jurídica responde a los principios a los que debe ajustarse el profesional del derecho. El código de deontología jurídica sirve como guía de principios y normas cuya función prioritaria es la de suministrar y adecuar el valor que supone la ética en el ejercicio de la profesión de los operadores jurídicos. Principios como la honradez, integridad, honestidad, lealtad, celeridad o claridad, resultan una virtud que debe estar presente en el ejercicio del profesional del derecho. En este sentido, resulta necesario separar el carácter deontológico de lo que no lo es, sobre todo, para evitar una posible confusión entre lo que se puede entender como normas de carácter social o moral.

En la esfera sobre la deontología del abogado, el Código de la Abogacía Española en su Preámbulo reconoce unos principios fundamentales para la figura del abogado, y entre ellas resultan destacables, el secreto profesional, la independencia, la libertad de defensa y la confianza, entre otros. Estos valores suponen principios imprescindibles en la garantía al derecho de defensa del justiciable.

En cuanto al *secreto profesional*, resulta destacable lo contemplado por el Código Deontológico, adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española y aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, en su artículo 1, que reza “el abogado está obligado a respetar los principios éticos y deontológicos”. Se desprende a tenor de lo contemplado en el contenido del artículo que la intimidad de la vida privada del cliente constituye uno de los deberes éticos del abogado. Así viene reconocido en el artículo 4.1 del Código Deontológico de la Abogacía Española cuando establece que “La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente”.

Si bien es cierto que la Constitución española de 1978 no reconoce el derecho al secreto profesional, no es menos cierto, que su garantía se hace extensible cuando reconoce el derecho a la intimidad y la propia imagen en el artículo 18 donde dispone que “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

En cuanto a la *independencia* y las dispensas reconocidas a los abogados, resulta destacable lo contemplado por el artículo 542.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial donde establece que “en su actuación ante los juzgados y tribunales, los Abogados son libres e independientes...”. Esta idea también viene reforzada tanto por el Estatuto General de la Abogacía en su artículo 33.2 en el que establece que “El abogado, en cumplimiento de su misión, actuará con libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas éticas y deontológicas” como en el artículo 2 del Código Deontológico de la Abogacía Española donde se le otorga a la independencia, un valor normativo y un deber del abogado como exigencia en el asesoramiento y defensa de los legítimos intereses de sus clientes.

En lo que respecta a *la libertad*, el Código Deontológico de la Abogacía Española reconoce a la libertad de defensa como un principio fundamental en la actividad del abogado. Así lo reconoce en su artículo 3.1 cuando establece que “El abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, sin utilizar medios ilícitos o injustos, ni el fraude como forma de eludir las leyes. Por otro lado, el artículo 26.1 del Estatuto General de la Abogacía, establece que “Los abogados tendrán plena libertad de aceptar o rechazar la dirección del asunto, así como de renunciar al mismo en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se produzca indefensión al cliente”.

Por su parte, *la confianza* asume un elemento cardinal en el ejercicio de la abogacía. Pues indiscutiblemente, la base de la confianza se basa la relación abogado-cliente. Así viene reconocido en el Código Deontológico de la Abogacía Española en su artículo 4.1, cuando establece que “La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente. O en los principios Generales de la Abogacía cuando reconocen que, las relaciones de confianza no pueden existir si existe alguna duda sobre la honestidad, la probidad, la rectitud o la sinceridad del abogado”. La confianza

se postula como un instrumento ideal para la sugestión, ya que cuando una persona confía en otra, le prestaremos oídos, de lo contrario, no sería así (Bieger, 2006).

La abogacía: una visión española

En España, para poder ejercer la abogacía, hasta la entrada en vigor de la Ley 34/2006 el 30 de octubre de 2011 bastaba con poseer el título de licenciado en Derecho y la afiliación al Colegio de Abogados. En este sentido, el propio estatuto establece con criterio general, ser mayor de edad, no estar incurso en causa penal o cualquier incompatibilidad de derive del cargo que representa así como tener nacionalidad española o pertenecer a un Estado miembro de la Unión o Acuerdos Internacionales.

Como respuesta de las reformas legislativas y como los cambios políticos y sociales sufridos en la sociedad española, el ejercicio profesional del abogado en España se ha visto inmerso también inmerso en esa vorágine.

Es precisamente el Consejo General de la Abogacía española quien regula y coordina el ejercicio de los Colegios profesionales. Entre sus objetivos se encuentra la organización del ejercicio y actuación en el ámbito profesional de los abogados en aras de conseguir un sistema de justicia que cuente con todas la garantías de celeridad y eficacia.

A tal respecto, resulta destacable lo contemplado en el preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Europea, en el cual se defiende que “En un Estado de Derecho, el Abogado resulta indispensable para la justicia y los justiciables cuyos derechos y libertades le corresponden defender, cumpliendo a la vez el papel de defensor y asesor de su cliente”.

Es el Estatuto General de la Abogacía Española en su artículo 1.1 quien desde un punto de vista formal define a la abogacía como “es una profesión libre e independiente, que asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas. Los Abogados deben velar siempre por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defienden con respeto a los principios del Estado social y democrático de Derecho constitucionalmente establecido”.

En este sentido, se pronuncia Calamandrei esgrimiendo que:

para juzgar sobre la utilidad procesal de los abogados, es necesario no mirar al defensor aislado, cuya actividad unilateral y parcial, tomada en sí, puede parecer hecha ex profeso para desviar a los jueces de su camino, sino que es preciso considerar el funcionamiento en el proceso de dos defensores contrapuestos, cada uno de los cuales, con su propia parcialidad, justifica y hace necesaria la parcialidad de su contradictor. Imparcial debe ser el juez, que es uno, por encima de los contendientes; pero los abogados están hechos para ser parciales (Calamandrei, 1980).

No son pocos los autores que reconocen en la figura del abogado profesional que asume la dirección técnica en la preparación del procedimiento y la consecución de los medios de prueba (Weber, 1969).

La visión que se proyecta en la figura del abogado en el ejercicio de sus funciones constituye una de las herramientas obligatorias en la defensa y garantía de los derechos del justiciable ante la tutela judicial efectiva desde una visión de justicia social. Así lo entiende Sánchez-Stewart cuando defiende que “el abogado es un operador esencial e irremplazable en la administración de justicia y en el funcionamiento de uno de los poderes del estado y es pieza fundamental en la confianza que dispensa (o no dispensa) a ese servicio público” (Sánchez-Stewart, 2008). El rol del abogado en el ejercicio constituye, en este sentido, una función de orden social como garantía en la defensa de los derechos humanos.

En esta línea, surge el planteamiento del por qué siendo la abogacía la una profesión libre, tal y como se defiende en el propio Estatuto de la Abogacía, requiere que el abogado para el ejercicio de profesión como litigante deba estar al amparo de un Colegio Profesional regulado por el derecho público”. Así lo indica la Ley 2/1974 de 13 de febrero sobre Colegios Profesionales, en su artículo 1.1., cuando establece que los Colegios Profesionales son corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

A tal respecto, el Tribunal Constitucional se pronuncia entendiendo que la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales y el carácter mixto en

función de la naturaleza del asunto, estableciendo claramente su naturaleza pública cuando se trata de derechos fundamentales, jurisprudencia que ha mantenido a lo largo de los años desde el Auto 93/1980 de 12 de noviembre.

No empero, la Constitución española en su artículo 23 reconoce que “1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Lo que si queda del todo patente es, que para ser profesional del derecho se debe tener tal y como se defiende “un buen conocimiento de la ley de la jurisprudencia y de la práctica de los tribunales” (Gómez Pérez, 1991).

En la actualidad, la profesión del abogado está algo denostada. En su conjunto, el sistema judicial no ofrece en algunas ocasiones la celeridad y eficacia solicitada por el orden social y ese prisma, se hace extensible a los abogados, que deberán en todo caso actuar ante cualquier vulneración de la ley o injusticia social (González Bilbao, 2007).

Queda del todo patente que el ejercicio de la abogacía está íntimamente ligada con los principios de actuación que rigen por el propio Estatuto de la Abogacía y lo derivado del Código deontológico, teniendo como objetivos prioritarios la impartición de justicia, la aplicación correcta del Derecho garantizando, en todo caso, la defensa y la protección de los valores universales que supone el reconocimiento de los derechos humanos.

Estos principios de actuación como la diligencia, la competencia, la independencia, la libertad, la lealtad o el secreto profesional, son auténticos principios que deben estar presentes en todo caso en el ejercicio de su profesión.

Dentro de estas particularidades, la consideración como profesional liberal, quedan sometidos los preceptos deontológicos que resultan exigencias normativas precisamente porque en caso de incumplimiento tiene como respuesta la incoación de un procedimiento disciplinario. Vistas así las cosas, el abogado en el ejercicio de sus funciones queda sometido no sólo a un régimen jurídico especial como profesional, sino también como ciudadano a la ley general.

En torno a la relación abogado-cliente, se parte de la consideración que el abogado, como profesional, se debe a su cliente. Es por ello, que la confianza se presenta como una prioridad de primer orden. En cuanto al vínculo que une a un abogado con su cliente, esa relación de confianza, debe respetar una serie de principios que responden a la confiabilidad exigible. Teniendo además presente, que el cliente es un consumidor y usuario de determinados servicios profesionales protegidos además por la ley, y en base al Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Al respecto de la profesión de abogado, García Piñeiro afirma que:

las profesiones liberales son actividades intelectuales ya que consisten en aplicar la *lex artis* definida como un conjunto de contenidos de carácter ético y técnico-científico, a problemas de especial trascendencia para la persona y para la sociedad. Así, el carácter intelectual de los abogados es obvio, pues aplican los conocimientos propios de la Ciencia del Derecho para solucionar los problemas jurídicos que se le plantean. Además la abogacía cumple una función social, pues resulta esencial para la defensa de las libertades fundamentales y de los derechos de las personas, asumiendo la posición de intermediario entre el Estado y el ciudadano (García Piñeiro, 2009).

Referencias

- Añón Roig, M. J. (1998). *Derecho y Sociedad*. Valencia: Tirant lo Blach.
- Aparisi Miralles, A. (2006). *Ética y deontología para juristas*. Pamplona: EUNSA.
- Ara Pinilla, I. (2002). *Teoría del derecho*. Madrid: Taller ediciones JB.
- Atienza Rodríguez, M. (2003). Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces? *Jueces para la Democracia*, (46).
- Bieger, P. (2006). El Abogado. En L. M. Díez Picazo (coord.), *El Oficio de jurista*. Madrid: Siglo XXI.
- Calamandrei, P. (1980). *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.
- Carnicer Díez, C. (2003). Normas Deontológicas. *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía*. Madrid: Civitas.
- Colomer Martín-Calero, J. L. (2002). Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos. En E. Díaz y J. L. Colomer, *Estado, Justicia, Derechos*. Madrid: Alianza.
- Cortina Orts, A. (1989). *Ética Mínima*. Madrid: Tecnos.
- Cortina Orts, A. y Martínez, E. (1996). *Ética*. Madrid: Akal.
- Díaz García, E. (1984). *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus.
- Díaz García, E. (1996). De las funciones de Derecho: Organización y cambio social. En J. L. Iglesias Prada (coord.) *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, (vol. 4). Madrid: Civitas.

- Falcón Martínez de Marañón, J. (2005). El Abogado y la mediación. Algunas cuestiones sobre el asesoramiento y el rol del abogado en la mediación. En F. Romero Navarro (comp.) *La mediación: Una visión plural. Diversos campos de aplicación*. Las Palmas de Gran Canaria: Gobierno de Canarias.
- Ferrari, V. (1989). *Funciones del Derecho* (trad. de M. J. Añón), Madrid: Debate.
- García Piñeiro, N. (2009). Del abogado autónomo al abogado trabajador por cuenta ajena: la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos profesionales. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, (83).
- Garrido Suárez, H. (2012). Confiabilidad y abogacía: principios deontológicos. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (28).
- Gómez Pérez, R. (1991). *Deontología Jurídica*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- González Bilbao, E. (2007). *Guía práctica del abogado*. Pamplona: Aranzadi.
- Grande Yáñez, M. (2010). *Ética de las profesiones jurídicas*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Gutiérrez Sáenz, R. (2005). *Introducción a la Ética. Curso de Ética Profesional Jurídica*. San José: Esfinge.
- Hierro Sánchez-Pescador, L. (1997). Las profesiones jurídicas: Una visión de conjunto. *Sistema*, (137).
- Hortal Alonso, A. (1994). Planteamiento de una ética profesional. En J. L. Fernández y A. Hortal (comp.) *Ética de las profesiones*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- Hortal Alonso, A. (2002). *Ética general de las profesiones*. Bilbao: Desclée De Brouwer.

- Iglesias Pérez, T. (1991). El discutible valor jurídico de las normas deontológicas. *Revista jueces para la democracia*, (12).
- López Calera, N. (1996). Funciones del Derecho. *El derecho y la Justicia*, 2.
- Mill, J. S. (2004). *Sobre la libertad* (trad. N. Rodríguez Salmones) Madrid: Alianza.
- Nino, C. S. (1984). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Paidós.
- Peces Barba Martínez, G. (1987). Los operadores jurídicos. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, (72).
- Pérez Valera, V. (2002). *Deontología jurídica: La ética en el ser y el quehacer del abogado*. México: Oxford.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2003). Cuestiones deontológicas en torno al trabajo en la Administración Pública. En *Ética de las profesiones jurídicas*. Murcia: Universidad de San Antonio.
- Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (2010). Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*.
- Sánchez-Stewart, N. (2008). *La profesión de abogado: deontología, valores y Colegios de abogados*. (Vol. I). Madrid: Difusión Jurídica.
- Torre Díaz, F. J. (2000). *Ética y Deontología Jurídica*. Madrid: Dykinson.
- Torre Díaz, F. J. (2008). *Deontología de abogados, jueces y fiscales*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- Weber, M. (1969). *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Zapatero, V. (2009). *El Arte de Legislar*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.

Brenda Judith Saucedo Villeda y Yahaira Berenice Martínez Pérez✉

Los MASC desde el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en México

*The MASC from the System for
the Integral Development of the Family in Mexico*

*O MASC do Sistema para
o Desenvolvimento Integral da Família no México*

Resumen: *En el marco del 40 aniversario del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF Nacional), en este trabajo se presentan diferentes aspectos relacionados con la evolución de dicho organismo desde el año de 1977 a la actualidad, principalmente, los retos en la cultura de paz a través del uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) y las prácticas restaurativas en materia familiar ante el aumento de los índices de violencia familiar, salvaguardando los intereses de los grupos vulnerables como las niñas, niños y adolescentes, las personas dependientes implicadas directa o indirectamente en el conflicto familiar como personas con discapacidad o adultos mayores.*

Palabras clave: *justicia restaurativa, mediación, conciliación, violencia familiar.*

✉ Brenda Judith Saucedo Villeda: Doctora en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, Licenciada en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Maestría en Derecho Fiscal. Mediadora certificada por el Poder Judicial del Estado de Nuevo León. Docente en la Licenciatura de Derecho y Criminología, UANL y Asesor Jurídico en la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes en el Estado de Nuevo León. ORCID: 0000-0003-3614-7875.

✉ judith_sauceda@hotmail.com

✉ Yahaira Berenice Martínez Pérez: Doctora en Métodos Alternos y Solución de Conflictos, Licenciada en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. Maestra en Métodos Alternos y Solución de Conflictos por la Universidad Autónoma de Nuevo León, Docente de la UANL, Docente en postgrado en el Instituto de la Judicatura Federal, Facilitador con Certificación Nacional de la Procuraduría General del Estado de Nuevo León. ORCID 0000-0002-4047-7298.

✉ yahairamtz@hotmail.com

Abstract: *Within the framework of the 40th anniversary of the national system for the Integral development of the family (DIF Nacional), in this work there are different aspects related to the evolution of this organism since the year of 1977 to the present, mainly, the Challenges in the culture of peace through the use of alternative dispute resolution mechanisms and restorative practices in family matters in the face of increased rates of family violence, safeguarding the interests of vulnerable groups such as girls children and adolescents, dependent persons involved directly or indirectly in the family conflict, such as people with disabilities or older adults.*

Keywords: *restorative justice, mediation, conciliation, family violence.*

Resumo: *No marco do 40 aniversário do Sistema Nacional para o Desenvolvimento Integral da Família (DIF Nacional), neste trabalho apresentam-se diferentes aspectos relacionados com a evolução de dito organismo desde o ano de 1977 à actualidade, principalmente, os reptos na cultura de paz através do uso dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias (MASC) e as práticas restaurativas em matéria familiar ante o aumento dos índices de violência familiar, salvaguardando os interesses dos grupos vulneráveis como as meninas, meninos e adolescentes, as pessoas dependentes implicadas direta ou indirectamente no conflito familiar como pessoas com incapacidade ou adultos maiores.*

Palavras-chave: *justiça restaurativa, mediação, conciliação, violência familiar.*

Recibido: 20180202

Aceptado: 20180308

Introducción

La crisis de la década de los setentas hizo que los países del mundo reaccionaran tomando decisiones trascendentales en relación a sus modelos económicos y creando instituciones que brindaran apoyo ante los nuevos problemas sociales. En el caso de México, dicha época fue una coyuntura importante para la formalización de la asistencia social a nivel nacional y local. El 13 de enero de 1977 fue publicado el Decreto Presidencial para dar paso al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y que se conoce como DIF Nacional (Diario Oficial de la Federación, 1977).

En el ámbito internacional, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en 1948 aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, estableciendo el derecho a la familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (Naciones Unidas, 1948).

Lo anterior motiva en la evolución de la asistencia social, permitiendo nuevos desafíos que servirían para afrontar las problemáticas de los grupos vulnerables, con un cambio de paradigma en la solución de conflictos de forma particular, cultural y estructural. Por ello, se creó normativa que apoyara al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el ejercicio de sus funciones.

Siguiendo este mismo orden de ideas, cuando nos referimos a libertad, vida por el hombre en un gran número de derechos, no debemos olvidar la correlativa obligación de reconocer, atender o responder frente al bien de los demás, que también son seres humanos, y lo tendremos que hacer con el cumplimiento de los deberes que emanan de los mismos derechos que exigimos para nosotros como seres humanos individuales; los derechos humanos no

son máximos de comportamiento ni algún tipo de exigencia religiosa o arbitraria, sino solamente mínimos de justicia que nos pide toda convivencia social (Saucedo Villeda y Gorjón Gómez, 2015)

La asistencia social y los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia

Los primeros antecedentes de beneficencia se remiten desde la Constitución de Cádiz de 1812, misma que se establece en el párrafo sexto del artículo 321 (Cámara de Diputados, 1812), y fue relacionada con la atención de personas que tienen mayores necesidades, dando apertura a la asistencia social que aparece como un derecho y mecanismo de protección de determinados grupos de población considerada como vulnerable.

Ahora bien, la actual Ley General de Salud en su artículo 167 (H. Congreso de la Unión, 2017), define a la asistencia social como

el conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva.

En referencia a la mencionada definición, la Ley de Asistencia Social (H. Congreso de la Unión, 2014), transcribe los mismos términos y agrega un segundo párrafo *la asistencia social comprende acciones de promoción, previsión, prevención, protección y rehabilitación.*

La familia debe entenderse como el núcleo de la sociedad que provee a sus miembros de los elementos que requieren en sus diversos ámbitos de desarrollo. Bajo este contexto, le compete al Estado apoyar en su formación y subsistencia a individuos con carencias familiares esenciales no superables en forma autónoma (H. Congreso de la Unión, 2014).

La Ley de Asistencia Social reconoce al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (SNDIF), como organismo público descentralizado para lograr acciones de promoción, previsión, prevención, protección y rehabilitación quien actuará en coordinación con dependencias y entidades federales, estatales o municipales, a fin de diseñar las políticas públicas, ope-

rar programas y prestar servicios en materia de asistencia social.

En dicha tesitura, el Estado Mexicano cuenta con 1 Sistema Nacional, 32 Sistemas Estatales y 2,435 Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia, (INAFAD, 2017).

Cabe mencionar, que en la década de los 90, nacen las Procuradurías de la Defensa del Menor y la Familia a fin de garantizar los derechos de la infancia. Aproximadamente una década después, se crearon las Procuradurías de la Defensa del Adulto Mayor y en algunos Estados como Nuevo León se creó la Procuraduría de la Defensa de las Personas con Discapacidad en el año 2014 (H. Congreso de la Unión, 2014).

En el mismo año se creó la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes cambiando su denominación en el 2015 a Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de los Estados. En este sentido, los profesionistas de trabajo social, psicología y legal requieren por su parte conocer y desarrollar habilidades para la resolución de conflictos a través de los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) como la mediación y la conciliación, a fin de que obtengan técnicas que les faciliten la intervención en los casos y se apoye a los ciudadanos a lograr acuerdos hechos a la medida de las necesidades e intereses que beneficien a la familia y la comunidad, antes de presentarse la violencia familiar.

La violencia familiar en Nuevo León

La violencia que se ha vivido en los últimos tiempos ha evidenciado la falta de mecanismos y programas de prevención social en los diversos contextos, principalmente comunitarios y familiares, generándose mayores estudios en el ámbito de la investigación; sin embargo, hemos encontrado que no es suficiente la planeación de programas e infraestructura en los tres ámbitos de gobierno, municipal, estatal y federal para hacer frente a la violencia familiar.

Primeramente, nos remitimos a la fracción XXV del Artículo 13 de la Ley sobre el Sistema Estatal de Asistencia Social para el Estado de Nuevo León, la cual señala que el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia tiene como función establecer y dar seguimiento a los programas tendientes a *prevenir y atender las causas y efectos de la violencia familiar*, revistiendo

a dicho organismo público descentralizado de facultades para efectos de abatir el problema de la violencia familiar desde su esfera administrativa.

Por su parte, el legislador ha determinado que ciertas conductas en el ámbito familiar, sean consideradas como constitutivas de la comisión de delitos, mismas que deben ser sancionadas penalmente. En el Capítulo VII del Título Décimo Segundo denominado Delitos Contra La Familia del Código Penal del Estado de Nuevo León (CPNL) contiene delitos de orden familiar como en contra el estado civil, bigamia, incesto, exposición de menores, incumplimiento de obligaciones alimentarias, sustracción de menores, además se encuentra tipificado el delito de violencia familiar (H. Congreso del Estado de Nuevo León, 2017).

El CPENL, señala que comete el delito de violencia familiar quien habitando o no en el domicilio de la persona agredida, realice acción u omisión, y que ésta última sea grave y reiterada, que dañe la integridad psicológica, física, sexual, patrimonial o económica, de uno o varios miembros de su familia, de la concubina o concubino.

Además, al que realice la conducta prevista en el párrafo anterior se le sujetará a tratamiento integral ininterrumpido dirigido a la rehabilitación médico-psicológica, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 del CPENL y deberá pagar este tipo de tratamiento a la persona agredida hasta la recuperación total. De manera colateral la Ley General de Víctimas sustenta el derecho a la reparación integral del daño (H. Congreso de la Unión, 2017).

Empero, la falta de infraestructura en diversos organismos para prevenir, atender, disminuir y erradicar los casos de violencia familiar ha traído como consecuencia la proliferación de juicios de divorcio, juicios de alimentos, de custodia o convivencia con los hijos menores de edad, hasta la pérdida de la patria potestad o denuncias por delitos como sustracción de menores, violencia familiar y por delitos de carácter sexual aunándose el desgaste laboral de las instituciones, creando nuevos retos para las autoridades.

Bajo este contexto, la Procuraduría General de Justicia del Estado de Nuevo León publica de manera mensual una estadística sobre la cantidad de denuncias presentadas por el delito de violencia familiar (Gobierno Ciudadano, 2017), de tal manera, nos hemos dado a la tarea de registrar desde el mes de enero de 2012 hasta el mes de julio de 2017, dando origen a los siguientes resultados:

Tabla 1. Denuncias presentadas por Violencia Familiar en el Estado de Nuevo León 2012-2017

Años	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic	Total
2012	685	611	821	876	1,043	1,050	991	981	821	803	666	631	9,979
2013	727	869	876	1,027	1,108	1,201	1,191	1,052	1,067	1,006	835	802	11,761
2014	888	978	1,026	1,034	1,255	1,478	1,607	1,429	1,389	1,441	1,008	1,270	14,803
2015	1,045	1,102	1,286	1,432	1,532	1,671	1,630	1,669	1,690	1,435	1,325	1,245	17,062
2016	1,056	1,363	1,383	1,521	1,618	1,889	1,849	1,592	1,650	1,450	1,247	1,155	17,773
2017	1,178	1,260	1,458	1,356	1,652	1,852	1,512	1,696	1,630	1,290	1,295	966	17,145

Fuente: Elaboración propia con información de la Sub-Procuraduría del Ministerio Público del Estado de Nuevo León

<http://www.nl.gob.mx/publicaciones/estadistica-de-violencia-familiar-en-nuevo-leon>

Los datos expuestos con antelación, indican que anualmente han aumentado las denuncias por el delito de violencia familiar, adicionalmente se observa que en los meses del año en los que se presenta mayor índice de denuncias son en los meses de mayo a octubre, y considerando el clima de los Municipios del Área Metropolitana de la Ciudad de Monterrey, se puede deducir que uno de los factores que afectan la conducta de los ciudadanos es la situación climática en época de verano, de tal forma que en ocasiones impacta de forma violenta en su hogar.

De tal manera, en los meses de enero, marzo y mayo ha existido un aumento histórico en la presentación de denuncias por el mencionado delito. Si bien, en el resto de los meses se ha visto una disminución mínima en el índice de denuncias por violencia familiar, podemos observar en las cifras totales de cada año que se tiene un aumento considerable en dichos indicadores, a excepción del año 2017.

De este modo, destaca la importancia del papel de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia, los cuales tienen injerencia en participar en temas que, como hemos visto, van más allá de la beneficencia o actos de caridad, sino que a través de la asistencia pública tienen facultades para reforzar el apoyo a las familias y que cuenten con un entorno sano y libre de violencia en promoción a la paz cultural.

Debemos reconocer que se requiere identificar previamente los conflictos familiares, para efectos de que no sea un juzgador quien los resuelva y sean los miembros de las familias quienes aprendan a solucionarlos de forma pacífica, temprana y con tolerancia, es necesario incentivar el uso de la cultura y educación para la paz desde los Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia Nacional, Estatales y Municipales, que las familias tengan la oportunidad de aprender a dialogar, y el uso de la mediación y conciliación a fin de evitar desintegraciones familiares y episodios de violencia.

Sistemas DIF en la implementación de los MASC y prácticas restaurativas

Cabe mencionar cuatro posibilidades de intervención, es decir un nivel preventivo, rehabilitador, transformador y reparador (ADIVAC, 2011), siguiendo los teóricos en la mediación transformativa podemos obtener un resultado favorable en los procesos psicosociales en el marco del desarrollo y

el fortalecimiento de los individuos y las comunidades.

Esta visión ha sido considerada por algunos Estados como Puebla, el cual en marzo del año 2014, el Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia creó un Centro de Mediación Familiar, el cual en el primer año se lograron en total 501 convenios que representaron un 79% de los expedientes, en los que las partes que reclamaban custodia o pensión alimenticia llegaron a un acuerdo a través del diálogo, sin acudir a tribunales (Cruz, 2015). La creación de este nuevo recinto, se concretó con la coordinación de los 3 poderes del Estado y la aprobación del Código de Procedimientos Civiles del Estado y la Ley sobre el Sistema Estatal de Asistencia Social.

Es pertinente la colaboración de los tres poderes ejecutivo, legislativo y judicial para que sea posible la realización de estas acciones que permitan disminuir la violencia familiar, el número de procedimientos judiciales en esta materia y coadyuvar a la transformación de la dinámica familiar mediante una convivencia más sana, tal es el caso de la mediación transformadora, misma que no se centra en la definición del problema ni en la realización del acuerdo, sino más bien busca modificar las relaciones de convivencia (Suarez, 1996).

En cuanto a los MASC encontramos diversos lineamientos en la Carta de Naciones Unidas (1945), entre ellos la resolución 65/283 de fecha 25 de junio de 2012 emitida por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, titulada Fortalecimiento de la Función de Mediación en el Arreglo Pacífico de Controversias, la Prevención de Conflictos y su Solución (2012) y las Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz (Naciones Unidas, 2012).

Dichos ordenamientos internacionales destacan la importancia del uso de la mediación en las diferentes esferas, sosteniendo que este proceso tiene un efecto sobre el equilibrio de fuerzas y los cálculos políticos en el seno de un grupo y entre diferentes grupos, por lo que consideran la preparación como un elemento fundamental de la mediación, y enfatizan la necesidad de desplegar rápidamente mediadores y personal de apoyo calificado.

Además, la Carta Social Europea redactada en Turín (1961), reconoce los derechos civiles y políticos de los ciudadanos estableciendo que los ciu-

dadanos tienen derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud y servicios de bienestar social que pueda alcanzar. Al respecto, la mediación, la conciliación y las prácticas restaurativas son algunos medios que sirven para explorar las necesidades de los individuos y alcanzar su sano desarrollo integral, además de brindar un espacio de acceso a la solución de controversias de forma expedita.

En México, la reforma del Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2008 (H. Congreso de la Unión, 2017), establece que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias, lo cual ha incrementado la implementación dichos mecanismos en las Entidades Federativas, sin embargo, es innegable la falta de difusión y conocimiento de las ventajas de su uso, por lo que los ciudadanos carecen de información acerca de las alternativas de solución de sus conflictos.

En este contexto, el 13 de enero del año 2017, se abroga la Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León (LMASCENL), donde se fundamenta la creación del Instituto de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias del Poder Judicial del Estado (H. Congreso del Estado de Nuevo León, 2017), el cual sustituye al Centro Estatal de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos manteniendo la misma estructura orgánica, presupuesto, infraestructura, obligaciones y atribuciones previstas en la presente ley y en los demás ordenamientos legales aplicables.

De acuerdo con la fracción XX del artículo 2 de la nueva Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias del Estado de Nuevo León, los *mecanismos alternativos* son (H. Congreso del Estado de Nuevo León, 2017):

Procedimientos distintos a la justicia ordinaria que permiten prevenir, abordar y solucionar controversias de manera voluntaria y colaborativa. Los mecanismos alternativos se implementarán en forma presencial o, en los casos en que resulte procedente, a distancia mediante el empleo de tecnologías de la información y la comunicación.

En el presente estudio descriptivo consideramos de manera correlacional la mediación y la conciliación. La fracción XIX del referido artículo 2 de la LMASCENL, indica que la *mediación* es el mecanismo alternativo voluntario

mediante el cual los intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen, y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar una solución total o parcial. El facilitador durante la mediación *propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los intervinientes.*

La *conciliación* queda establecida en la fracción IX del mencionado artículo 2 de la ley en cita, la cual indica que es un mecanismo alternativo voluntario mediante el cual uno o más facilitadores denominados *conciliadores*, intervienen facilitando la comunicación entre los participantes en la controversia y *proponiendo recomendaciones o sugerencias* que les ayuden a lograr una solución que ponga fin al mismo, total o parcialmente.

Ahora bien, al referir la mediación o conciliación en materia familiar, estamos generando conocimiento en sus correspondientes ramas especializadas de solución de conflictos familiares, que a través de estos procedimientos no jurisdiccionales se posibilita la comunicación entre los miembros de la familia para que asuman la responsabilidad de los acuerdos que construyan o que les sean sugeridos, y atiendan, también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad.

El artículo 4 de que integra la LMASCENL señala la competencia de los mecanismos alternativos, los cuales serán aplicables solamente en los asuntos que sean susceptibles de convenio, que no alteren el orden público, no contravengan alguna disposición legal expresa o no afecten derechos de terceros, debiendo en todo caso observarse las siguientes consideraciones:

I. Los *derechos y obligaciones pecuniarias de los menores o incapaces*, podrán someterse a los mecanismos alternativos, por conducto de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, con exclusión de los asuntos que requieran autorización judicial, en los términos de la legislación vigente;

II. En los asuntos del *orden Civil o Familiar que se encuentren en ejecución de sentencia* se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles del Estado;

III. Podrán ser objeto de un mecanismo alternativo asuntos vecinales, comunitarios o colectivos, y en general toda aquella controversia en que las obligaciones derivadas de su solución puedan ser de contenido moral o social; y

IV. Las que resulten de la aplicación de éste y demás ordenamientos jurídicos.

Los ordenamientos jurídicos locales que corresponden su aplicación a través del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Estado de Nuevo León y a su vez hacen referencia sobre las facultades que dicho organismo tiene en materia de mediación y conciliación son las siguientes:

- a. Ley para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad del Estado de Nuevo León.
- b. Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.
- c. Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Nuevo León.

A continuación, desarrollaremos el fundamento legal que otorgan las mencionadas leyes en materia de protección para cada uno de estos grupos vulnerables como lo son las personas con discapacidad, personas adultas mayores y niñas, niños y adolescentes, en cuanto a su relación con los MASC.

A) Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad

La vida cotidiana de las personas con discapacidad no es sencilla inicialmente por las barreras propias de la salud, pero adicionalmente, algunas veces atraviesan por la exclusión social de su núcleo familiar, faltando al respeto de la dignidad y valores universales que debe tener todo ser humano. Dicho entorno se puede evitar, además de que las desventajas que tenga la persona con discapacidad pueden ser superadas con apoyo multidisciplinar y de la familia, a fin de entender y aceptar la diferencia y complicaciones de este grupo vulnerable de la sociedad.

De acuerdo al Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI, 2015), algunos datos que ayudan a entender el contexto de las personas con discapacidad en México, son los siguientes:

- a. En 2014, la prevalencia de la discapacidad en México es de 6 por ciento.
- b. Las dificultades para caminar y para ver son las más reportadas entre las personas con discapacidad.
- c. Los principales detonantes de discapacidad en el país son las enfermedades (41.3%) y la edad avanzada (33.1 por ciento).
- d. 23.1% de la población con discapacidad de 15 años y más no cuentan con algún nivel de escolaridad.
- e. De la población con discapacidad, 83.3% es derechohabiente o está afiliada a servicios de salud.
- f. Las personas con dificultades para ver son las que más asisten a la escuela (42.4%) entre la población con discapacidad de la población de 3 a 29 años.
- g. Participa en actividades económicas 39.1% de la población con discapacidad de 15 años y más, frente a 64.7% de su contraparte sin discapacidad.

Es de suma relevancia identificar el tipo de hogar donde vive la población con discapacidad, para tener una perspectiva sobre las redes de apoyo con las que cuentan, y a su vez dicha información es útil para el facilitador que orientará la situación hacia la inclusión social. El INEGI indica que en el estado Mexicano el 18% del total de hogares tiene al menos una persona con discapacidad, de los cuales 89.9% son familiares, 8.8 % son unipersonales y 1.3% corresidentes (INEGI, 2015).

Cabe hacer mención que existen dos convenciones sobre discapacidad: La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, cuyo objetivo es la pre-

vención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad; y la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Los principios generales de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas, 2006) aprobada mediante Resolución 61/106 de la Organización de las Naciones Unidas, son:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

En cuanto al tema de competencia familiar, se fundamenta la no discriminación en todos los aspectos matrimoniales, familiares y de relación personal dando apertura a una igualdad de condiciones con las demás personas, lo anterior bajo el contexto del artículo 23 de la mencionada Convención (Naciones Unidas, 2006), concerniente al respeto en el hogar y la familia.

Dicho Instrumento Internacional declara que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, dando facultad a los Estados para asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

De tal manera, podremos encontrar regulaciones con valores que conllevan una intención de índole económica, lo cual es importante para el sostenimiento de las necesidades materiales cotidianas de los individuos, los cuidadores y sus familias; sin embargo, se requiere de una visión transformadora en donde los mecanismos de solución a implementar consideren a la persona, su calidad de vida, sus derechos humanos y los principios mencionados líneas atrás.

Los MASC y las prácticas restaurativas en este tipo de situaciones permiten la sensibilización, concientización, creación de acuerdos, evitando confrontaciones y brindando un espacio de diálogo. Las personas en situación de dependencia como las personas con discapacidad, pueden presentar algunas dificultades para entablar dicho diálogo, por lo que es necesario considerar esas condiciones en el ejercicio del mecanismo alternativo a utilizar, a fin de alcanzar la comprensión de la información planteada, por lo que el facilitador requiere conocer el uso de texto tipo braille, lenguaje de signos, entre otras formas de comunicación.

Lo anterior, lleva implícita la garantía de representación legal de las personas con discapacidad, para lo cual es necesario sujetarse a los elementos instrumentales que preserva el derecho civil. En comunidades autónomas como Valencia, Extremadura y la ciudad de Alcorcón (Madrid) existe la figura del *defensor del discapacitado*, con la misma finalidad en la comunidad autónoma de Galicia se ha constituido el *mediador de personas con diversidad funcional*, cuya labor principal es velar por los derechos e intereses del colectivo durante su mandato 2009-2012 mediante la utilización de la mediación y su difusión como medio de resolución de conflictos (Munuera Gómez, Alemán Bracho y Gómez Gómez, 2014).

En México, en el año 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (H. Congreso de la Unión, 2011), cuyas últimas reformas son del 17 de diciem-

bre de 2015. Dicha normativa sirve a fin de que los Estados cuenten con una normativa común en esta materia, aplicada de forma general a nivel nacional.

En el Estado de Nuevo León, la fracción VIII del artículo 64 de la Ley para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad del Estado (H. Congreso de la Unión, 2014), establece como una facultad de la Procuraduría de la Defensa de las Personas con Discapacidad asesorara las personas con discapacidad mediante la vía de *métodos alternos*, para la solución de conflictos en cualquier procedimiento legal en el que sean partes interesadas, lo anterior bajo el normativo que establece la CNDH.

Actualmente, dicha Procuraduría de la Defensa de las Personas con Discapacidad en el Estado de Nuevo León es una dependencia del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), por lo que es importante dirigir las acciones a la solución de conflictos de este grupo vulnerable. Si bien, tanto niñas, niños y adolescentes como adultos mayores pueden tener alguna discapacidad, la competencia corresponde a las Procuradurías que correspondan en cada materia, empero, en la actualidad se desconoce la instrumentalización de los MASC en esta Institución.

B) Protección de los Derechos de las Personas Adultas Mayores

De acuerdo al Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (2017), la estadística referente a las personas adultas mayores en México, son los siguientes:

- a. De acuerdo con las proyecciones que estima el Consejo Nacional de Población (CONAPO), en 2017 habitan en el país casi 13 millones de personas de 60 y más años.
- b. De las 656 mil defunciones registradas en 2015, 65% correspondieron a personas de 60 y más años, de acuerdo con las Estadísticas de mortalidad 2015 (INEGI).
- c. En el primer trimestre de 2017, la tasa de participación económica de la población de 60 y más años es de 34%, mientras que la población no económicamente activa representa 66% y de este, más de la mitad (54%) se dedican a los quehaceres del hogar.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (OEA, 2015), misma que entró en vigor en los países adheridos en fecha 11 de enero de 2017, donde México forma parte, señala en su artículo tercero como principios generales la defensa de los derechos humanos, el papel en la sociedad del adulto mayor así como su desarrollo, dignidad, protagonismo, independencia, la igualdad, la no discriminación, la integración, el bienestar, el buen trato, la solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria, entre algunas por mencionar.

En este sentido, los adultos mayores deben ser valorados por su experiencia y sabiduría, pudiendo participar en la sociedad como agentes pacificadores, contribuyendo en la solución de conflictos que se presentan en su entorno, fomentando el cambio de paradigma respecto a la importancia de dichas personas en el desarrollo humano. Bajo este contexto, los miembros de la familia son invitados en las conferencias como factor coadyuvante en el soporte emocional y así mismo fungir como guías en ese proceso de responsabilización (Merino, Romera y Carlos, 1998).

Los principales objetivos de los MASC y de las prácticas restaurativas en materia de personas adultas mayores se dirigen hacia brindar calidad de atención a aquellos inmersos en un conflicto, cultivar el interés común de quienes se involucran en su cuidado y mejorar la calidad de vida de la persona adulta mayor, de su familia o de quienes se encuentran a cargo de su cuidado.

La Asociación Nacional del Alzheimer (AFAL), nació en 1989 en Madrid y ofrece la mediación familiar para evitar la desestructuración familiar ante la enfermedad de Alzheimer, con los objetivos de conseguir una adecuada planificación de la vida de la familia en base a la evolución de la demencia del enfermo, y la proporción de los conocimientos necesarios para aprender a manejar las distintas alteraciones de conducta del enfermo, resolviendo los conflictos de relación que surgen así como la prevención de los mismos (Munuera y Munuera Gómez, 2007).

El mediador va más allá de solamente brindar una asesoría, ya que actuaría como facilitador en la solución del conflicto. La mediación es un procedimiento no jurisdiccional. Lo mismo observamos en materia de las personas adultas mayores; el sexto párrafo del artículo 54 de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores señala como atribución de la Pro-

curaduría del Adulto Mayor *asesorar vía los Métodos Alternos para la prevención y la solución de conflictos*, a las personas adultas mayores en cualquier procedimiento legal en el que sean partes interesadas.

C) Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

En México, según datos de la Encuesta de Cohesión Social para la Prevención de la Violencia y la Delincuencia (ECOPRED) del año 2014, cuatro de cada 10 niños y niñas de 12 a 17 años de 47 ciudades del país, son víctimas de delito o maltrato (INEGI, 2017); a pesar de ello, este país ha evolucionado en materia de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes al margen de los avances que en el ámbito internacional han existido. Dichos avances han sido legitimados mediante reformas constitucionales y con la creación de leyes. A continuación, se desarrolla brevemente las principales reformas al Artículo 4º Constitucional:

1. Reforma del 18 de marzo de 1980, se establece el deber de los padres y el derecho del menor a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental (Diario Oficial de la Federación, 1980).
2. Reforma del 7 de abril de 2000, señala que las niñas y los niños tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentos, educación, salud y sano esparcimiento para su desarrollo integral, con el correlativo deber de ascendientes, tutores y custodios de garantizar esos derechos (Diario Oficial de la federación, 2000). Por tal motivo, el 29 de mayo de 2000 se publica la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.
3. Reforma del 12 de octubre de 2011, garantiza la aplicación del principio del interés superior de la niñez en todas las decisiones y actuaciones del Estado, cuyo objeto es garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución (H. Congreso de la Unión).
4. Decreto publicado de 12 de octubre de 2011, que en su artículo único destaca la reforma al artículo 4o. de la Constitución, de la siguiente manera:

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El 5 de diciembre de 2014 entró en vigor la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, abrogando la Ley de Protección para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual no establecía específicamente las atribuciones de las autoridades responsables de garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, tampoco contemplaba los mecanismos de coordinación y la obligatoriedad para todas las autoridades de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, así como de los distintos ámbitos municipal, estatal y federal, y para las familias, la sociedad civil organizada y el sector privado.

De inicio, las denominaciones *niñas, niños y adolescentes* parte de la tendencia basada en el género y la diferencia entre infancia y adolescencia conforme a la edad. Bajo este contexto, el artículo 5 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (H. Congreso de la Unión, 2014), señala que son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, de la misma manera señala que cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor de dieciocho años de edad, se presumirá que es adolescente.

La nueva Ley General Adolescentes (H. Congreso de la Unión, 2014), además de identificar los derechos de niñas, niños y adolescentes, señala las obligaciones concretas de los distintos actores gubernamentales y sociales, y la manera en que estos actores deben participar coordinadamente, reconociendo a la familia, a la comunidad y al Estado como los responsables de garantizar sus derechos de manera progresiva e integral. Así mismo establece medidas de protección especial y restitución de derechos de niñas, niños y adolescentes que se encuentran en situaciones particulares de vulnerabilidad con la finalidad reparar el daño y colocar al niño, niña y adolescente en una situación en la que todos sus derechos estén garantizados.

Si bien es cierto que los Ayuntamientos deben contar con un programa de atención para la infancia y con un área que sea el primer contacto con las niñas, niños y adolescentes y será el enlace con las instancias municipales, estatales y federales competentes para la garantía de sus derechos, también lo es que aún falta infraestructura profesional y material en este ámbito de gobierno.

En materia de solución de controversias, la fracción IV del Artículo 122 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (H. Congreso de la Unión, 2014), señala que las Procuradurías de Protección, en sus ámbitos de competencia, tendrá la atribución de:

IV. Fungir como *conciliador y mediador* en casos de conflicto familiar, cuando los derechos de niñas, niños y adolescentes hayan sido restringidos o vulnerados, conforme a las disposiciones aplicables. La conciliación *no procederá en casos de violencia*;

En dicha tesitura, entendemos como criterio residual que en los conflictos de casos en que no se presencie la violencia, las Procuradurías de Protección tienen facultades para la resolución de conflictos mediante el uso de mecanismos alternativos como la mediación y conciliación; para lo cual es necesario que el personal cumpla con la certificación como facilitador que otorgue cada Estado.

Los Estados cuentan con su legislación en materia de infancia, en el caso de Nuevo León, el artículo 147 de la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado (H. Congreso de la Unión, 2014), señala:

Artículo 147. Quienes ejerzan la patria potestad o tutela de una niña, niño o adolescente que se encuentren inconformes con las medidas de protección determinadas por la procuraduría, podrá resolver sus diferencias con la misma, mediante la *negociación y conciliación*, en la forma y términos establecidos por las leyes aplicables.

Al respecto, podemos mencionar que es menester destacar la importancia del derecho de participación de niñas, niños y adolescentes y la representación coadyuvante de la Procuraduría de Protección señalada en la fracción XXX del artículo 4 de la mencionada Ley Estatal.

D) Prácticas restaurativas

Como hemos visto, la mediación y conciliación proceden en casos que no presencien violencia familiar, por ello es que consideramos importante el estudio de las prácticas restaurativas como herramienta de solución en estos conflictos que requieren atención.

El autor Howard Zehr refiere a la justicia restaurativa como una filosofía, que surgió durante las décadas de los 70 y 80 en los Estados Unidos y Canadá en relación con una práctica que en aquel entonces se denominaba Programa de Reconciliación Víctima-Ofensor (Zehr, 2010). Los primeros antecedentes demuestran un programa titulado Centro para Justicia Comunitaria, *Center for Community Justice* con base de organización no lucrativa para la reconciliación entre víctima y delincuente, denominado *Victim-Offender Reconciliation Program* conocido por sus siglas en inglés VORP en la ciudad de Indiana (Bardales, 2011).

La justicia restaurativa ha sido definida como proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible (Zehr, 2010). Puede entenderse que el principal propósito de la justicia restaurativa es reparar el daño, restaurando el tejido social, generando una experiencia sanadora para todos los involucrados.

Siguiendo este orden de ideas, Walgrave considera la Justicia restaurativa como la oportunidad de reparar el daño ya sea en un sentido colectivo o individual una vez que se ha consumado un delito (Walgrave, 2008), sin olvidar que unos de los principales objetivos de los procesos restaurativos es integrar a todos los intervinientes a la sociedad (García-Pablos de Molina, 2008).

La fracción XV del artículo 2 de la Ley de Mecanismos Alternos para la Solución de Controversias del Estado de Nuevo León (H. Congreso del Estado de Nuevo León, 2017), señala que la justicia restaurativa es un mecanismo mediante el cual las partes de una controversia se involucran para identificar y atender colectivamente las consecuencias de una conducta y las necesidades y obligaciones de cada uno de los interesados a fin de resolver el conflicto, esto con el propósito de lograr la reintegración en la comunidad,

la recomposición social, así como la reparación del daño o perjuicio causado, o ambos, en su caso.

Siguiendo el contexto Internacional, ante la ONU, Los valores de todo proceso restaurativo son los siguientes (Naciones Unidas, 2006):

1. Participación y fortalecimiento de los participantes
2. Respeto por todos los participantes
3. Previsión de resultados consensuales en lugar de impuestos
4. Compromiso de las partes con el acuerdo logrado a lo largo del proceso
5. Flexibilidad y respuesta del proceso y los resultados
6. Fortalecimiento de la comunidad

Si bien, los procesos restaurativos han evolucionado y han cambiado su denominación, los nuevos modelos y estrategias tienen como característica una filosofía restaurativa con los elementos conocidos como las tres erres (R's) de Galtung: Reconstruir tras la violencia, Reconciliar a las partes y Resolver el conflicto (Fisas, 2001). De este modo, la diferencia entre uno y otro modelo radica en el quiénes y cómo, es decir, en el perfil de los participantes o en el cómo se realizará la práctica restaurativa, sin olvidar la necesidad de integrar tres elementos para coadyuvar en una óptima convivencia, siendo el perdón, la humanización y la privatización (Tamarit Sumalla, 2012).

En cuanto al término *prácticas restaurativas*, entendemos que son estrategias que se derivan del uso de la justicia restaurativa, las más comunes en materia familiar son: encuentros víctima-ofensor, conferencias restaurativas, conferencias de grupos de familias y círculos restaurativos, mismas que se mencionan en los párrafos a continuación:

a) Encuentro víctima-ofensor. En la mayoría de los países con programas de justicia restaurativa, el encuentro víctima y ofensor es denominado con las siglas VOM (Victim-OffenderMediation), éste conlleva una reunión entre

víctima y delincuente, la cual se facilita por un mediador especializado en donde comienzan a resolver el conflicto a fin de hacer justicia con respecto a ese delito (Zehr, 2010). Bajo esta alternativa los intervinientes tienen la posibilidad de dialogar de manera directa respecto al acto lesivo y formular en consenso la reparación del daño.

En este sentido, el paradigma del alcance visionado es más plausible ya que su objetivo es reparar los lazos que se han fracturado en correlación a la víctima, ofensor y comunidad con atención a un enfoque que orienta el sentido humano de la justicia (Martínez Pérez y Gorjón Gómez, 2017).

b) Conferencia restaurativa. Las conferencias son dinámicas que sirven para desarrollar un diálogo reparador, sin olvidar el vínculo comunitario, que puede materializarse, en su caso, con el desarrollo de trabajos y prestaciones al servicio de la comunidad (Igartua y Olalde, 2014-2015). Los participantes en las conferencias, generalmente son, además de la víctima y el victimario, las personas más cercanas a ellos, familiares y amigos, y en algunas ocasiones también personas de la comunidad; sin embargo, hay ocasiones en que la participación de la víctima y su entorno no se exige o no es posible, por ésta razón el International Institute for Restorative Practices (IIRP) no considera las conferencias, en las que no participa la víctima, como parte de la justicia restaurativa y prefieren denominarlas justicia comunitaria (Choya Forés, 2014-2015).

c) Conferencias de grupos de familias. Son espacios de encuentro y conciliación entre las familias en conflicto (Britto Ruiz, 2010). Bajo este contexto, el núcleo principal es integrado por la familia puede desarrollarse en cuatro etapas, la primera donde se valora la disposición para participar, la segunda converge la preparación de los participantes, la tercera busca el consenso mediante la reparación y la cuarta presenta el plan de reparación (Merino, Romera y Carlos, 1998).

d) Círculo restaurativo (círculo de paz o círculo de ayuda). Según los autores Ted Watchel, Terry O'Connell y Ben Watchell, esta metodología simboliza la unificación de la comunidad (Wachtel, O'Connell y Wachtel, 2010). Bajo este contexto, los círculos son una práctica restaurativa en la cual suelen participar todas aquellas personas que forman parte de un conflicto y quienes colaboran en su solución (Choya Forés, 2014-2015); se colocan en un

círculo y tienen la oportunidad de narrar su vivencia, expresar sus sentimientos, debatir y llegar a acuerdos, a fin de buscar respuestas y conocer necesidades; para que la participación sea equitativa se utiliza un objeto, como símbolo que propicie la reflexión o la identidad de los participantes (Greenwood, 2005).

El círculo orienta más allá de involucrar solamente a dos personas, sino que implica la participación de cualquier otra persona que se considere afectada en el hecho (Umbreit, Vos, y Coates, 2006), de tal forma que es importante que el facilitador mantenga el círculo en un espacio seguro dando facilitando la apertura al diálogo guardando el principio del respeto y confidencialidad entre todos los participantes (Pranis, 2009).

Podemos encontrar casos de familias en los que la problemática radica en que a un integrante le resulta difícil cambiar el estatus de vida, o que viven círculos de violencia para evitar modificar su condición socioeconómica, por la carga laboral, por la crianza de los hijos, la comunidad en que viven, estereotipos o por falta de herramientas psicológicas que ayuden a dimensionar el conflicto y tomar una decisión. Algunos autores consideran necesario anotar en un papel rotafolio los valores que guiarán el proceso, para efectos de visualizar el entendimiento y generar empatía entre los participantes (Fellegi y Szego, 2013).

Por ello, es importante que antes de seleccionar el uso de una de las prácticas restaurativas, se requiere realizar un diagnóstico que determine las características específicas del espacio y la circunstancia histórico-social de la situación de violencia que atraviesa una familia, considerar si la violencia es normalizada, si existe o no una aceptación de conductas indebidas.

Lo anterior servirá para determinar la procedencia o improcedencia de la mediación, de la conciliación o de las prácticas restaurativas, toda vez que un principio rector de dichos procedimientos es la voluntariedad de los intervinientes. En los casos que se presenten indicadores de violencia familiar se puede tomar como alternativa las prácticas restaurativas, en caso de ameritarlo, combinarlas con tratamiento psicológico.

En dichas prácticas restaurativas se considera trabajar temas relacionados con el respeto, la responsabilidad, la igualdad, equidad, inclusión, parti-

cipación, acceso a las oportunidades, los cuales son elementos importantes para el desarrollo y para fomentar las nuevas masculinidades y la sensibilización ante la problemática que se atraviesa.

En cuanto a las mujeres u hombres atrapados en su calidad de vida se requieren acciones de instituciones públicas y privadas a fin de brindar albergue, atención psicológica, esquemas de guarderías, empoderamiento económico, educación y en general otras alternativas que sirvan para que los grupos vulnerables cuenten con el respaldo institucional y desarrollen sus herramientas y capacidades para obtener mayor independencia.

Conclusiones

En general, la institución jurídica de la familia requiere ser atendida de forma especializada, tanto en sus conflictos interpersonales, como en los sociales, económicos y culturales que le aquejan en la actualidad, quedando de manifiesto que ha aumentado la cultura de la denuncia en el tema de violencia familiar, que la demanda de atención de la población ha crecido y que faltan programas eficientes que incentiven la disminución de la violencia familiar, por lo cual en el presente trabajo consideramos la necesidad de redoblar esfuerzos para implementar proyectos de cultura de paz en la familia, célula de nuestra sociedad.

Las Procuradurías mencionadas, dependencias del Sistema DIF, tienen facultades para utilizar la mediación y la conciliación como mecanismos alternativos de solución de conflictos, podrían colaborar a que toda niña, niño, adolescente, adulto mayor o persona con discapacidad tengan el derecho a contar con un mínimo de condiciones básicas para el desarrollo integral y su bienestar.

Resulta legítimo e indispensable para la justicia cotidiana en materia familiar, el establecimiento y certificación de Centros de Mediación Familiar en los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia de los Estado, así como la certificación de personal para brindar el servicio profesional de mediación, conciliación y prácticas restaurativas, implementándose el enfoque social en su ejercicio.

Referencias

- ADIVAC (2011). *Educación para la Paz y los derechos humanos. Reconstruir el tejido social desde la familia y la comunidad* (Segunda ed.). México: Talleres de Impresos y Ecuadernación Progreso.
- Bardales, E. (2011). *Medios Alternativos de Solución de Conflictos y Justicia Restaurativa*. México: Flores Editory Dist.
- Britto Ruiz, D. (2010). *Justicia restaurativa, Reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja. Recuperado de http://www.justiciarestaurativa.org/news/Justicia%20Restaurativa.%20Reflexiones%20sobre%20la%20experiencia%20en%20Colombia%20%20Diana%20Britto.pdf/at_download/file
- Choya Forés, N. (2014-2015). Prácticas Restaurativas: Círculos y Conferencias. Justicia restaurativa: nuevas perspectivas en mediación. *Revista pensamiento penal*, 14-24. Recuperado de <http://www.sociedadvascavictimologia.org/images/documentos/Materiales%20postgr>
- Consejo de Europa. (1961). *Carta Social Europea*. Recuperado de <https://rm.coe.int/168047e013>
- Cruz, E. (11 de marzo de 2015). *Diario Cambio de Puebla*. Recuperado de <http://www.diariocambio.com.mx/2015/zoon-politikon/item/908-centro-de-mediacion-familiar-del-sedif-logra-501-convenios>
- España. Cámara de Diputados. (1812). *Constitución Política de la Monarquía Española. Constitución de Cádiz*. Recuperado de www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_cadiz.pdf
- Fellegi, B. y Szego, D. (2013). *Handbook for Facilitating Peacemaking Circles*. P-T Muhely.
- Fisas, V. (2001). *Cultura de paz y gestión de conflictos*. (UNESCO, Ed.) Barcelona: Icaria/Antrazyt.

- García-Pablos de Molina, A. (2008). *Tratado de Criminología* (Cuarta ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Greenwood, J. (2005). *The Circle Process: A Path for Restorative Dialogue*. *School of Social Work. Colege of Human Ecology*.
- Igartua, I. y Olalde, A. (2014-2015). Prácticas Restaurativas: Círculos y Conferencias. Justicia restaurativa: nuevas perspectivas en mediación. En N. Choya Forés. País Vasco. Recuperado de <http://www.sociedadvascavictimologia.org/images/documentos/Materiales%20postgrado/9%20JUSTICIA%20RESTAURATIVA/PRACTICAS%20RESTAURATIVAS.pdf>.
- INAFAD. (15 de julio de 2017). *INAFED*. Obtenido de Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal de la Secretaría de Gobernación. Recuperado de <https://www.gob.mx/inafed>
- INEGI. (1 de diciembre de 2015). *Estadísticas a propósito del Día Internacional de las Personas con Discapacidad*. Recuperado el 21 de agosto de 2017, de Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. Recuperado de <http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2015/discapacidad0.pdf>
- INEGI. (27 de abril de 2017). *Encuesta a propósito del Día del Niño (30 de abril)*. Obtenido de Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. Recuperado de http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/ni%C3%B1o2017_Nal.pdf
- INEGI. (28 de septiembre de 2017). *Estadísticas a propósito del Día Internacional de las Personas de Edad*. Recuperado el 23 de octubre de 2017, de Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. Recuperado de http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/edad2017_Nal.pdf
- Martínez Pérez, Y. B. y Gorjón Gómez, G. d. (2017). La Justicia Restaurativa en centros penitenciarios. Una aproximación a la reinserción social. En G. d. Gorjón Gómez, *Tratado de Justicia Restaurativa. In enfoque integrador* (págs. 18-41). México: Tirant Lo Blanch.

- Merino, C., Romera y Carlos. (1998). Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo. *Eguskilore*, (12), 285-303.
- México. Diario Oficial de la Federación. (13 de enero de 1977). *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4600445&fecha=13/01/1977
- México. Diario Oficial de la Federación, Reforma al Artículo 4o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (18 de marzo de 1980). Recuperado de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4850209&fecha=18/03/1980
- México. Diario Oficial de la Federación. (21 de diciembre de 1982). *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4786642&fecha=21/12/1982
- México. Diario Oficial de la Federación. (9 de enero de 1986). *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4781367&fecha=09/01/1986
- México. Diario Oficial de la federación. (7 de abril de 2000). *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=2053045&fecha=31/12/1969
- México. Gobierno Ciudadano. (03 de Noviembre de 2017). *Estadísticas de violencia familiar en Nuevo León*. Recuperado de www.nl.gob.mx/publicaciones/estadistica-de-violencia-familiar-en-nuevo-leon
- México. H. Congreso de la Unión. (30 de Mayo de 2011). *Ley General para la inclusión de personas con discapacidad*. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIPD_171215.pdf
- México. H. Congreso de la Unión. (19 de Diciembre de 2014). *Ley de Asistencia Social*. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/270_191214.pdf

- México. H. Congreso de la Unión. (04 de diciembre de 2014). *Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes*. Recuperado de www.cinu.mx/minisitio/juventud_2015/ley_general_ninasninosyadolescentes.pdf
- México. H. Congreso de la Unión. (03 de Julio de 2014). *Ley para la protección de los derechos de las personas con discapacidad del Estado de Nuevo León*. Obtenido de Marco Normativo CNDH. Ley para la protección de los derechos de las personas con discapacidad del Estado de Nuevo León. Recuperado de www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Discapacidad/Ley_PDPD_NL.pdf
- México. H. Congreso de la Unión. (2017). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf
- México. H. Congreso de la Unión. (22 de Junio de 2017). *Ley General de Salud*. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_220617.pdf
- México. H. Congreso de la Unión. (03 de Enero de 2017). *Ley General de Víctimas*. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV_030117.pdf
- México. H. Congreso del Estado de Nuevo León. (15 de Noviembre de 2017). *Código Penal para el Estado de Nuevo León*. Recuperado de www.hcnl.gob.mx › Trabajo Legislativo › Leyes
- México. H. Congreso del Estado de Nuevo León. (13 de Enero de 2017). *Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León*. Recuperado de www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/dictamenes/7282-lxxii/

- Munuera Gómez, M. P., Alemán Bracho, C. y Gómez Gómez, F. (julio de 2014). *GT 35 Grupo de Sociología de los Valores*. Recuperado el 12 de septiembre de 2017, de Actas del XI Congreso Español de Sociología “Crisis y cambio: propuestas desde la Sociología”. Recuperado de http://eprints.ucm.es/29913/1/fes-web.org_uploads_files_modules_congress_11_Libro%20de%20Actas%20final_3.pdf
- Munuera, M. y Munuera Gómez, P. (2007). Mediación intercultural en el ámbito socio-sanitario. *Trabajo Social Hoy. Monográfico Salud del Colegio Oficial de Trabajo Social*, 119-141. Recuperado de http://eprints.ucm.es/15123/2/med_interc_pilar_munuera.pdf
- Naciones Unidas. (26 de junio de 1945). *Carta de Naciones Unidas*. Recuperado de https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf
- Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de www.un.org/es/documents/udhr/
- Naciones Unidas. (13 de diciembre de 2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Naciones Unidas. (2006). *Manual de programas de justicia restaurativa. Serie de Manuales sobre Justicia Penal*. Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Recuperado de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre
- Naciones Unidas. (2012). *Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz*. (N. Unidas, Ed.) Nueva York: Organización de Naciones Unidas.
- Naciones Unidas. (2012). *Fortalecimiento de la Función de Mediación en el Arreglo Pacífico de Controversias, la Prevención de Conflictos y su Solución*. Recuperado de https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/InformeSG_FortalecimientodelaFunciondeMediacion_A66811%28spanish%29.pdf

- OEA. (2015). *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf
- Pranis, K. (2009). *Manual para Facilitación de Círculos de Diálogo en Instituciones Educativas*. Costa Rica: Fundación Pedagógica Nuestramérica.
- Saucedo Villeda, B. J. y Gorjón Gómez, G. d. (2015). La mediación comunitaria como alternativa para fortalecer los derechos humanos. En P. A. Cabello Tijerina y J. Moreno Aragón, *Diversas miradas, un mismo sentir: comunicación, ciudadanía y paz como retos del siglo XXI* (pp. 227-237). México: Plaza y Valdes.
- Suares, M. (1996). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós.
- Tamarit Sumalla, J. (2012). *La Justicia Restaurativa: concepto, principios investigación y marco teórico*. Granada: Comares.
- Umbreit, M. S., Vos, B. y Coates, R. B. (2006). Restorative Justice dialogue: Evidence- Based practiced. *College of Human Ecology*, 1-8.
- Wachtel, T., O'Connell, T. y Wachtel, B. (2010). *Reuniones de Justicia Restaurativa. Real Justice y Manual de Reuniones Restaurativas*. (V. Winkwried y M. Torres, Trads.) Lima, Perú: CECOSAMI Prerensa e impresión digital.
- Walgrave, L. (2008). *Restorative Justice, Self-interest and responsible Citizenship*. Cullompton, Devon: Willan.
- Zehr, H. (2010). *El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*. (V. E. Jantzi, Trad.) Good Books and Centro Evangelico Mennonita de Teologia Asunción.

Agustín Texo Denes✉

Consideraciones sobre el contrato de transporte internacional terrestre de mercaderías

Considerations on the contract for the international carriage of goods by road

Considerações relativas ao contrato de transporte internacional terrestre de mercadorias

Resumen: *El transporte internacional tiene una importancia clave en la economía de los privados y de los diversos Estados. Asimismo, desde el punto de vista jurídico, el contrato de transporte internacional se presenta como uno de los negocios jurídicos a los que la doctrina le ha prestado mayor atención.*

Este trabajo se enfoca en el transporte internacional terrestre de mercaderías, por ser la especie que muestra mayores discusiones y problemáticas.

En esta exposición se realiza un análisis desde una doble perspectiva: desde el Derecho de los Contratos y desde el Derecho Internacional Privado, aportando un punto de vista sobre aquellos tópicos que han generado mayores dudas al aplicador del derecho.

Palabras clave: *derecho de los contratos, derecho internacional privado, transporte terrestre, ley aplicable, jurisdicción competente.*

Abstract: *International transport has a great importance in the economy of the privates and of diverse States. Also, from the legal point of view, the international transport contract is presented as one of the businesses to which the doctrine has paid great attention.*

✉ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho de las Obligaciones, Derecho de los Contratos y Teoría de la Responsabilidad Civil (Derecho Civil II y III) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

✉ atexo@bkzr.com.uy

This work focuses on the contract for the international carriage of goods by road, as it is of the kind that shows the greatest discussions and problems.

In this exposition an analysis is made from a double perspective: from the Contracts and from the Private International Law, providing a point of view on those topics that have generated greater doubts to those who apply the law.

Key words: *law of contracts, private international law, land transport, applicable law, competent jurisdiction.*

Resumo: *O transporte internacional é de fundamental importância para a economia do privados e dos diversos estados. Além disso, do ponto de vista jurídico, a contrato de transporte internacional é apresentado como uma das entidades jurídicas que recebe mais atenção.*

Este trabalho se concentra no transporte terrestre internacional de mercadorias, como uma das espécies que mostram majora discussões e problemas.

Esta exposição oferece uma análise a partir de uma dupla perspectiva, dos contratos e do direito internacional privado, fornecendo uma visão sobre os temas que geraram maiores dúvidas para o aplicador do direito.

Palavras-chave: *direito de contratos, direito internacional privado, transporte terrestre, lei aplicável, juiz competente.*

Recibido: 20171213

Aceptado: 20180205

Introducción

El transporte ha sido considerado desde antaño como una de las actividades más importantes para la vida en sociedad. La doctrina destaca que no existen actos o contratos que no impliquen en su gestación o en su ejecución—en la base o en la cúspide— un desplazamiento o traslado de cosas o personas, por más mínimo que éste sea. Tan es así que Jossierand sostiene que el transporte es la actividad humana más necesaria y la más multiforme a la vez (Gaggero, 2001, 23).

Considerando al contrato de transporte propiamente dicho, y como se encargan de anotarlos Aguirre y Fresnedo, éste constituye una actividad que cumple funciones tanto sociales como económicas que se vinculan con toda la actividad productiva y comercial de los diversos Estados (Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre, 2000, 15-16)

En este sentido, y dirigiendo las miradas al transporte internacional de bienes, el mismo se erige como un contrato auxiliar de la compraventa internacional de mercaderías,⁽¹⁾ piedra angular del comercio internacional. Por lo que destacamos, desde ya, la importancia del contrato de marras, puesto que sin éste, entre otras cosas, aquélla no podría tener lugar.

Por la trascendencia que reviste el contrato de transporte internacional terrestre, se realizará un abordaje del mismo, centrando el objeto de estudio en el de mercaderías, dado su interés dogmático. Para ello, se considerarán algunos de los puntos más discutidos a su respecto, intentando ofrecer un punto de vista entre las variadas interrogantes y respuestas que se han presentado en doctrina y en jurisprudencia, tanto desde el Derecho de los Contratos, como desde el Derecho Internacional Privado.

La internacionalidad del contrato

¿Cuándo estamos ante un contrato internacional?

Respecto al término *contrato*, y siguiendo a Terra Corbo, el mismo se encuentra definido, tanto por el derecho positivo como por la doctrina, como una convención por la cual una, dos o más partes se obligan a una prestación cualquiera, consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa (Terra Corbo, 1992, 256-257).

Ante la existencia de diferentes fuentes normativas y opiniones dogmáticas y jurisprudenciales diversas, se considera que el concepto de *contrato internacional* no es unívoco. Cabría afirmar que, no obstante ello, en principio un contrato es internacional cuando tiene vínculos con más de un Estado (y por tanto, con más de un ordenamiento jurídico). Como dice Fresnedo, la problemática surge cuando se intenta resolver si cualquier vínculo es suficiente para internacionalizar a un contrato (Fresnedo de Aguirre, 2015, 143).

Así, Goldschmidt sostiene que un contrato es internacional “si su lugar de celebración o su lugar de cumplimiento o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración se halla en el extranjero” (Fresnedo de Aguirre, 2015, 143). Por su parte, Alfonsín nos dice que el contrato internacional es el que “no tiene todos sus elementos nacionales ni afecta exclusivamente a una sociedad nacional” (Alfonsín, 1950, 7).

Como opina Lorenzo, dirimir la internacionalidad de los contratos en general, se vincula directamente con el objeto del Derecho Internacional Privado. Tanto para parte de los conflictualistas, como para los privatistas, objeto de normas del Derecho Internacional Privado deben ser únicamente las relaciones privadas *internacionales*. Por ello, debe determinarse cuándo estamos frente a una relación privada de tal naturaleza (Lorenzo Idiarte, 2005, 74-75), para lo cual, se han desarrollado varios criterios, a saber:

a) Criterio positivo. Autores nacionales como Alfonsín y Tállice adhieren a esta postura, que considera que la relación de hecho se torna jurídica cuando pasa a ser objeto de una norma jurídica (Operti Badán, 1972, 226); y será internacional si tomamos en cuenta los propios criterios de internacionalización previstos por el sistema de Derecho Internacional Privado positivo

aplicable al caso (“los elementos que las normas de ese ordenamiento estiman relevantes”). El elemento fundamental estará dado por el *punto de conexión*, en el caso de las normas de conflicto; y por la *descripción del ámbito de aplicación del cuerpo normativo*, en el caso de las normas materiales.

b) Criterio teórico. Esta postura entiende que la relación será jurídica en tanto posea la potencialidad que la haga susceptible de regulación jurídica. A su vez, el elemento de internacionalización está en la existencia de al menos un elemento extranjero, lo que se extrae, no de las normas del sistema, sino de criterios teóricos y mediante una actividad previa a cualquier consulta al orden positivo (Lorenzo Idiarte, 2005, 77). Operti parece adherir a este criterio, conforme al cual desarrolla su tesis del contrato de transporte, el que se verá *infra* (Operti Badán, 1972, 227-228)

c) Criterio objetivo. De más temprana aparición es el denominado criterio objetivo, según el cual las relaciones privadas son internacionales cuando poseen *contactos objetivos* con más de un Estado, debiéndose observar para esto, todos los elementos de hecho y de derecho que componen la relación. En el área contractual se ha restringido el criterio general expuesto, limitándolo a la existencia de elementos con relevancia económica vinculados a diversos Estados (Lorenzo Idiarte, 2005, 77-78).

Haciendo un estudio de normas regionales en el ámbito del MERCOSUR, Lorenzo sostiene que los criterios meramente teórico y positivo han sido descartados, prevaleciendo el criterio objetivo. Tradicionalmente, la doctrina uruguaya ha adoptado el criterio positivo, sin perjuicio de que la jurisprudencia se ha pronunciado en alguna sentencia a favor del criterio económico (objetivo).

Seguimos en este caso a Herbert (Lorenzo Idiarte, 2016, 44) y a Lorenzo (Lorenzo Idiarte, 2005, 87-88) quienes se inclinan por el criterio objetivo, por lo que estaremos ante un contrato internacional cuando el mismo posea elementos objetivos, tanto fácticos como jurídicos, que lo vinculen a más de un Estado. Dichos elementos han de ser reales (no ficticios), no bastando para dicha consideración, la sola voluntad de las partes.

Todo lo dicho es sin perjuicio de la existencia de textos positivos (vinculantes o no para Uruguay) que conceptualizan autárquicamente el elemento

de extranjería relevante a los efectos de determinar la naturaleza internacional o no del contrato⁽¹⁾.

¿Cuándo el contrato de transporte terrestre de mercaderías es internacional?

Sostienen Aguirre y Fresnedo: “una relación jurídica es internacional o extranacional cuando contiene un componente foráneo relevante”. En este sentido, dichos autores expresan que cuando la mercadería es transportada de un Estado a otro, en principio el contrato es internacional, por afectar a más de un ordenamiento jurídico (Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre, 2000, 24).

En líneas similares se encuentran Terra Corbo (Terra Corbo, 1992, 257) y Alfonsín (Alfonsín, 1952, 323). Éste último entiende que el contrato de transporte es internacional “cuando el lugar de expedición se encuentra en un Estado y el lugar de la entrega en otro”.

En uno de sus trabajos sobre el transporte internacional, Operti define al mismo como aquel contrato por medio del cual un sujeto de derecho —expedidor—, conviene con otro sujeto de derecho —porteador—, el traslado de bienes o efectos o mercaderías, a través de la vía terrestre, habiendo transporte internacional si el contrato en su ejecución —en sentido lato— involucra como mínimo dos Estados (Operti Badán, 1972, 229, 249).

En base a esa definición primaria —la cual compartimos—, es que el profesor uruguayo realiza un recorrido por las principales posiciones que la dogmática internacionalista ha expuesto sobre el tema, concluyendo que la existencia del transporte como contrato internacional o extranacional supone la concurrencia de ciertos extremos (Operti Badán, 1972, 241-242), a saber:

1° Debe tratarse de un contrato en que se convenga el traslado de bienes de un Estado a otro, o dentro de un mismo Estado, siempre que en éste se dé cumplimiento a la entrega de parte de los objetos transportados;

2° La mera utilización de rutas que pertenezcan a otros Estados, sin que estén previstas en el contrato escalas de carga o de descarga de lo transportado, no convierte en internacional la relación jurídica si el punto de partida y el punto de expedición se hallan en el mismo lugar;

3° En la hipótesis anterior, aun en caso de uso efectivo del lugar de escala como sitio de abastecimiento o atención del vehículo, no haría del contrato un acto jurídico internacional;

4° La utilización forzada de una ruta de otro Estado en un contrato de transporte nacional, cuyo itinerario original no preveía tal uso, no internacionaliza el contrato, aun cuando hayan operaciones de carga o descarga en dicho Estado;

5° El intérprete dispondrá de un criterio para categorizar al contrato como internacional o no, verificando si hay o no más de un orden jurídico afectado por la relación.

Compartimos ampliamente lo expresado por Operti, que en definitiva es lo sostenido también por otros autores y textos positivos. Así, cuando se pacta que la mercadería se carga en un Estado y se descarga en otro, nos encontramos frente a un factor relevante a los efectos de considerar dicha convención como internacional, como parece surgir del Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de 1940 (artículo 14)⁽¹⁾.

En síntesis, el consenso general pasa porque existan vínculos relevantes del transporte con distintos países. Dicha relevancia ha de ser visualizada desde el punto de vista de la operación económica del transporte, poseyendo ésta la virtualidad de afectar a más de un ordenamiento jurídico en base a los elementos que la componen.

En los principales textos y opiniones sobre el tema, predomina un criterio de *internacionalidad objetiva* (Lorenzo Idiarte, 2005, 89, 103). Se descartan como elementos relevantes, además de los señalados *supra* por Operti, aquellos de tinte subjetivo, como la nacionalidad o el domicilio de las partes.

Características del contrato de transporte internacional terrestre de mercaderías

Partes del contrato

Compartimos la postura general de la doctrina y jurisprudencia en cuanto estiman que las partes materiales (y formales) del contrato son el expedidor

y el transportista (Lorenzo Idiarte, 2005, 68) (Operti Badán, 1972, 249-257). La presencia de una tercera figura (el consignatario o destinatario) no debe confundir el panorama, dado que puede suceder que sea, o el propio expedidor, o un sujeto distinto (como en el caso de la compraventa internacional de mercaderías, donde el consignatario resulta ser el comprador de la cosa, mientras que el expedidor asume el ribete de vendedor en el contrato de cambio).

El expedidor, cargador o remitente es quien contrata con el transportista (por sí o por intermedio de otra persona) el desplazamiento de cierta mercadería de un lugar a otro, a cambio del pago de un flete.

El porteador, transportista o acarreador es quien se compromete a realizar el desplazamiento pactado (por sí o por intermedio de otra persona), entregando las cosas en el estado en que fueron recibidas y según las indicaciones efectuadas por el expedidor.

El consignatario o destinatario es quien recibe la mercadería y quien tiene el derecho de exigir su entrega en el destino pactado. Como ya fue referido, puede ser el propio cargador o un tercero.

Finalmente, corresponde decir que, sin perjuicio de las críticas de la doctrina moderna (Caffera, 1999, 267-277) (Mariño, 2005, 29-31) a la clasificación bipartita de Demogue en obligaciones de medio y de resultado, debemos destacar que dicha categorización está muy arraigada en la doctrina y jurisprudencia de América Latina y Europa (Caffera y Berdaguer, 2015, 853-864).

Tradicionalmente, doctrina y jurisprudencia han sido contestes en admitir que la obligación del transportista o porteador es de resultado. Asimismo, y como consecuencia de lo expuesto, se ha destacado la naturaleza objetiva de su responsabilidad (Rippe, 1988, 137-139). El acreedor (el consignatario o el expedidor), no obstante tener a un deudor con una obligación de resultado, deberá probar la existencia del daño o menoscabo, así como el nexo causal entre el daño y el hecho (Lorenzo Idiarte, 2005, 72).

Naturaleza jurídica

Teniendo en cuenta las relaciones que se traban en virtud de la convención, la doctrina ha ofrecido diversas tesis acerca de su naturaleza jurídica.

a) Mandato. Hay quienes han entendido que el porteador actuaría como un mandatario del expedidor; dicha tesis recibiría acogida en el artículo 164 del Código de Comercio uruguayo (“...además de los deberes que tienen como mandatarios mercantiles...”). Sin perjuicio de esto, la actividad del transportista no es propia del mandato, dado que no actúa en representación del cargador, sino que lo hace en nombre propio y bajo su propia responsabilidad (Operti Badán, 1972, 249).

b) Depósito. Podría entenderse que el cargador o remitente (depositante) confía al porteador (depositario) los efectos a transportar. Sin embargo, no obstante la obligación de custodia estar presente en el transporte, ésta es una obligación accesoria, secundaria o implícita, que no oficia de clave para determinar la obligación típica (Operti Badán, 1972, 250).

c) Arrendamiento de Cosas. Ha sido entendido por algunos que el propietario de los bienes asume la calidad de arrendador, mientras que el expedidor o remitente asume la de arrendatario. La crítica a esta postura radica, entre otras cosas, en que se centra en ubicar la obligación típica en el uso de la cosa y no en su traslado, además de que el expedidor no es quien controla las condiciones operativas del transporte, sino el transportista (Operti Badán, 1972, 252-252).

d) Arrendamiento de Servicios. En tanto el porteador se obliga a desarrollar una cierta actividad a favor del expedidor, parecería existir locación de servicios. Sin embargo, se ha apuntado que la actividad personal del porteador está puesta al servicio de un resultado determinado, cual es el traslado (transporte) de la carga. Asimismo, y puesto que los riesgos son del porteador y no del expedidor, se aproximaría más bien al arrendamiento de obra (Operti Badán, 1972, 250).

e) Arrendamiento de Obra. Esta es la postura dominante, cuyo origen se encuentra en la doctrina alemana. Es notoria la vinculación con la locación de obra, la antigua “*locatio operis*” del derecho romano, en la que el transporte tuvo su origen. La característica que lo asemeja al arrendamiento de obra está en la obligación de resultado que asume el porteador, quien carga con los riesgos de la actividad que se desencadena para llegar al resultado de entregar la mercadería transportada al destinatario (*opus*). Mezzera (Mezzera Álvarez, 2001, 270), Lorenzo (Lorenzo Idiarte, 2005, 66), Pérez Fontana,

Gaggero (Gaggero, 2001, 141), Aguirre y Fresnedo (Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre, 2000, 73-75) se inclinan por sostener esta postura, tradicional en el derecho nacional y comparado⁽¹⁾.

f) Contrato Autónomo. Sin desconocer lo cierto de lo propugnado por la doctrina referida en el último punto, y aun llegando a considerar como válida la naturaleza mixta del contrato (sea locación de obra y depósito, sea locación de obra y locación de servicio) (Lorenzo Idiarte, 2005, 72), coincidimos con Caicedo, Opertti (Opertti Badán, 1972, 252), Rocca, Mapelli, Ayala (Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre, 2000, 65), Josserand, Uría, Langle y Rodríguez y López (López, 2005, 30) en que la naturaleza del contrato de marras es la de ser un contrato autónomo, con rasgos y atributos que lo hacen particular y diferenciable del resto de las convenciones tradicionales vistas. La evolución de la ciencia jurídica, el hecho de que sea un contrato típico y nominado, la importancia que revisten los estudios sobre el tema y las particularidades de la figura en análisis, hacen preferir la idea de que se trata de un negocio jurídico autónomo, caracterizado por las obligaciones que fueron puestas de manifiesto en las definiciones y nociones que se han dado a lo largo de esta exposición.

Categorización

Es posible sostener con el resto de la doctrina, que el contrato es *bilateral* o *sinalagmático* (por derivar obligaciones para ambas partes, debiendo cada una de ellas cumplir con prestaciones correlativas), *oneroso* (ambas partes se gravan recíprocamente a los efectos de alcanzar una ventaja económica “equivalente”), *commutativo* (dado que la equivalencia antedicha es visualizada como tal por las partes indubitadamente), *generalmente de adhesión* (decimos “generalmente” porque no es una característica esencial del mismo, pues puede faltar) y *de ejecución continuada aunque de cumplimiento instantáneo* (por cuanto la ejecución material del contrato requiere de cierta duración, cual es el propio transporte, aunque su cumplimiento se produce con la entrega, que es un acto instantáneo). Por su parte, no existen vacilaciones en considerarlo un contrato comercial (Gorosito Zuluaga, 1997, 66-72) (Opertti Badán, 1972, 257-263) (Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre, 2000, 66-70) (Lorenzo Idiarte, 2005, 66-67)

El punto que presenta mayores dificultades y discrepancias tiene que ver con el modo en que se perfecciona el contrato. Por la importancia de las discusiones y la trascendencia de la determinación del tema, abordaremos dicho punto en el apartado siguiente.

Forma del contrato

Todo negocio jurídico ha de revestir una *forma* determinada, dado que la misma constituye la expresión de la voluntad (centro fundamental de todo contrato). Según lo indica Messineo, la forma es el elemento a través del cual el contenido del contrato se expresa y se vuelve cognoscible a las propias partes, así como a los terceros. La voluntad se puede exteriorizar, pues, mediante la forma escrita (instrumento público o privado) u oral (verbalmente), o a través de un determinado comportamiento (Gamarra, 2012, 165).

La forma, en este sentido, se vincula con uno de los elementos esenciales de los contratos: el *consentimiento*.

Respecto a la forma en que debe expresarse la voluntad para que el contrato se perfeccione, existen dos alternativas posibles: que dicha expresión sea libre o reglada. Si es libre, estaremos frente a un contrato consensual. Si es reglada (esto se produce cuando el legislador prescribe expresamente una forma especial, so pena de no tener por expresada la voluntad), estaremos frente a un contrato solemne. Estas categorías (“consensuales” y “solemnes”) son excluyentes una de la otra.

Constitución del contrato

Como fuera visto, la voluntad de las partes puede exteriorizarse de varias maneras. En este sentido, y para los contratos consensuales y solemnes, coincidirá la *forma* con la *constitución* del contrato (por cuanto el mismo se perfeccionará con el consentimiento expresado en forma libre o reglada, respectivamente). Sin embargo, en el caso de los contratos reales (que suponen un tipo complejo: consentimiento *más* entrega), se visualiza nítidamente la diferencia entre forma y constitución: la voluntad se expresará en forma libre o reglada, pero a dicho consentimiento, debe de seguirle, inexorablemente, la entrega de una cosa (sin perjuicio de lo sostenido por alguna corriente doctrinaria que estima que en derecho positivo uruguayo no existe la categoría de contrato real).

Como lo indica Gamarra, en los contratos *consensuales* es suficiente el consentimiento de las partes, por cualquier manera que éstas lo expresen. El contrato *solemne* nace cuando la voluntad se exterioriza por la forma especial (reglada) prescrita por la ley (Gamarra, 2012, 171). Y en los contratos *reales*, el consentimiento por sí solo no basta para concluir el contrato; la ley requiere de algo más: la entrega de una cosa; por lo que el contrato no se perfecciona sino por la entrega (Gamarra, 2012, 9).

La determinación del modo de perfeccionamiento o constitución del contrato es esencial por varios motivos, entre ellos uno básico: saber cuándo es que el contrato nace (se celebra), y por ende, cuándo dimanen las obligaciones a cargo de las partes.

Como veremos más adelante, uno de los puntos de conexión utilizados para regular determinados aspectos del contrato de transporte es el *lugar de celebración* del mismo.

Dada la importancia preliminar anotada, se ha discutido profundamente en doctrina a qué clase pertenece el contrato de transporte internacional terrestre de mercaderías. Así, hay unos pocos que entienden que es solemne, otros —la gran mayoría— que es consensual y, por último, una prestigiosa corriente que lo considera real.

A. Contrato solemne

Pacíficamente la doctrina rechaza la tesis de que el contrato de transporte sea un contrato solemne. El fundamento para descartar tal idea, radica principalmente en que los requisitos de solemnidad solo tienen lugar cuando son impuestos a texto expreso, no pudiendo ser inferidos por el intérprete (Operti Badán, 1972, 286) (Mezzera Álvarez, 2001, 268).

Dada la excepcionalidad de la solemnidad, ésta debería surgir de una previsión directa del derecho positivo, siendo además, de interpretación estricta.

Para la cabal comprensión del asunto, corresponde distinguir las formas *ad solemnitatem* y las formas *ad probationem*. En las primeras, la forma especial prescrita por la ley resulta ser un requisito de validez; un elemento del cual depende la existencia misma del contrato (en caso de faltar, el mismo será

absolutamente nulo). Mientras que las segundas, refieren a la forma para probar el negocio, lo cual presupone su validez y eficacia (Gamarra, 2012, 170-178). La existencia del contrato es, pues, totalmente independiente a la prueba del mismo. La ley puede establecer formalidades especiales a los efectos de determinar el nacimiento del contrato, y de forma independiente, establecer formalidades cuya finalidad radica en determinar cómo ha de probarse dicha existencia y efectos (permitiendo o no, recurrir a medios supletorios).

Por lo dicho, doctrina y jurisprudencia han interpretado que el requisito de la *carta de porte* en los contratos de transporte no es sino un requisito de prueba, en tanto no hace referencia a la naturaleza solemne del negocio⁽¹⁾. En este sentido, Lorenzo (Lorenzo Idiarte, 2005, 67) indica que “la carta de porte posee naturaleza probatoria, no constitutiva del negocio celebrado”.

No obstante lo dicho hasta aquí respecto al contrato de transporte internacional terrestre de mercaderías en general, una cuestión particular se presenta en el artículo 15 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, en tanto exige *carta de porte única y directa* para que sea reputado *único* el contrato de transporte internacional *por servicios acumulativos*.

La exigencia referida ha llevado a Operti (Operti Badán, 1972, 247, 286) a considerar que en el caso del transporte por servicios acumulativos, la carta única y directa es un requisito de *solemnidad*, una excepción que no altera el régimen general del contrato de transporte internacional terrestre (el que no sería solemne). La jurisprudencia parece seguir esta postura⁽¹⁾. Aguirre y Fresnedo (Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre, 2000, 71-72) hablan, no de solemnidad, sino de requisito de “existencia”. No obstante, más tarde, Fresnedo (Fresnedo de Aguirre, 2015, 231) sigue a Operti en cuanto a que se trata de una solemnidad. Por su parte, Lorenzo (Lorenzo Idiarte, 2005, 330-331) se muestra discordante con lo anterior, por cuanto estima que el requisito de carta única y directa no es más que una “presunción absoluta de unidad del contrato”.

B. Contrato consensual

La doctrina, mayoritariamente, y la jurisprudencia, unánimemente, consideran que el contrato de marras es consensual, en tanto el mismo se perfecciona con el solo acuerdo de voluntades entre el expedidor y el porteador.

Lorenzo, Basedow, Rodière y Mercadal (Lorenzo Idiarte, 2005, 67), Terra Corbo (Terra Corbo, 1992, 259-259), Aguirre y Fresnedo (Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre, 2000, 29-33), Rocca, Pérez Fontana, Vivante, Mezzera (Mezzera Álvarez, 2001, 268), Gaggero (Gaggero, 2001, 134), Rodríguez y López (Rodríguez Olivera y López Rodríguez, 2005, 28) entre otros, patrocinan esta postura. Sin perjuicio de que la dogmática de Derecho Comercial se ha planteado la duda, entienden que el contrato de transporte, cualquiera sea su especie (nacional o internacional, terrestre, marítimo, aéreo o multimodal)⁽¹⁾ es consensual. Basta para constituirlo, según esta postura, el consentimiento libremente formado por las partes; una vez que se han puesto de acuerdo en el objeto del contrato, nacen las obligaciones para expedidor y porteador.

Se ha invocado la práctica mercantil, donde el transporte funciona como un contrato consensual, pactándose o no por escrito, y que se perfecciona previamente a la recepción de la carga o a la expedición del conocimiento de embarque.

En los hechos —dicen los defensores de esta postura— el expedidor llega a un acuerdo con el agente del transportador en el lugar de origen, para que una cierta carga sea recogida en una cierta fecha para hacer un cierto viaje. Cuando la carga es entregada, los operarios del transportador entregan recibos provisorios, que luego se canjean por la Carta de Porte o Conocimiento de Embarque (Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre, 2000, 32).

Que el contrato aparezca plasmado (aparentemente) en la carta de porte y que el mismo se emita contra la entrega de la carga, podría hacer pensar en la realidad del contrato. Pero, dice esta doctrina, esto implica

confundir el contrato de transporte (que es previo y consensual) con el conocimiento de embarque (que es un título valor autónomo, transmisible por endoso, representativo de la mercadería, que contiene la obligación de entregarla en destino a su portador (...) pero que no es un contrato de transporte) (Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre, 2000, 32).

Por otro lado, esta postura reprueba la tesis del contrato real, por cuanto la estiman artificiosa, dado que se funda en limitar la autonomía de la volun-

tad de las partes, para evitar que se falsee un punto de conexión voluntario, como puede serlo el “lugar de celebración”; para ello existen otros instrumentos, dicen, como el *fraude a la ley*. Asimismo, critican el hecho de alterar la naturaleza del contrato dependiendo de si es enteramente nacional (en cuyo caso sería consensual), o internacional (siendo en esta hipótesis, real) (Terra Corbo, 1992, 359).

La jurisprudencia uruguaya, como se dijo, es pacífica en considerar al contrato de marras como consensual⁽¹⁾. Al respecto, los tribunales nacionales han expresado, en un caso de transporte desde Chile a Montevideo: “Sin embargo, (el demandado) olvida que el contrato de transporte, además de bilateral y oneroso, es consensual, esto es, se perfecciona por el acuerdo de voluntades”, rechazando la tesis de la realidad⁽¹⁾.

C. Contrato real

Una prestigiosa doctrina preconiza la postura de que el contrato objeto de estudio entra en la clase de los reales. Entre los autores que patrocinan esta tesis encontramos a Alfonsín (Operti Badán, 1972, 242), Thaller, Lyon Caen, Renault (Mezger Álvarez, 2001 268), Borgognon y Operti (Operti Badán, 1976, 9-12).

El último autor nombrado ha planteado la defensa más sólida de esta teoría. Al respecto, Operti (Operti Badán, 1972, 243-245) estima que el contrato es real por cuatro grandes razones.

La primera parte de la idea de que para que se produzca efectivamente la afectación a más de un ordenamiento jurídico, es necesario que el porteador disponga *materialmente* de los objetos transportables, a los efectos de cumplir con su obligación de resultados (trasladar los bienes de un Estado a otro y entregarlos en su lugar de destino).

La segunda razón esgrimida por el profesor uruguayo, radica en que al ser los lugares de expedición y de entrega de los objetos los puntos de relevancia jurídica, el primero de los lugares nombrados es donde se entrega la cosa transportable al porteador, y puesto que no hay transporte sin lugar de expedición, y no hay lugar de expedición si no hay bienes expedidos, es la presencia del objeto lo que califica materialmente el lugar, gracias a la realidad

del contrato y no al mero consentimiento.

En tercer lugar, Operti nos dice que no obstante ser el contrato de transporte consensual en derecho interno (por así opinarlo la Cátedra de Derecho Comercial uruguaya), la nota de internacionalidad lo torna indubitablemente de naturaleza real.

El cuarto y último fundamento dado por el autor, está en su concepción de internacionalidad del contrato de transporte, según fuera expuesto y compartido *supra*.

Si se le atribuye carácter consensual al contrato, dicen los sostenedores de esta tesis, podría darse el caso en que el mismo se celebre en un Estado (por ejemplo, Argentina, en donde se produce el acuerdo de voluntades), pero el lugar de expedición y destino de la mercadería se realicen en puntos distintos dentro de un mismo Estado (por ejemplo, Rivera y Montevideo). En esta hipótesis, si sostenemos que es consensual, el contrato sería internacional; mientras que si se sigue la tesis de la realidad, el contrato sería interno.

Siguiendo con el ejemplo anterior, y suponiendo que el contrato es consensual, podría resultar aplicable la ley Argentina (ley del lugar de celebración), cuando dicha ley sería la de un orden jurídico que no estaría afectado en forma efectiva y relevante por la relación jurídica, y que por tanto, no tendría interés en su regulación.

Defender la tesis del perfeccionamiento por el mero acuerdo de voluntades, puede llevar a que las partes artificiosamente internacionalicen un contrato que objetivamente es nacional (por estar los lugares de expedición y destino en un mismo Estado) (Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre, 2000, 28-29).

Unos de los pilares de esta tesis es la de funcionar como límite a la autonomía de la voluntad de las partes, la que puede elegir artificial o fraudulentamente el punto de conexión (lugar de celebración) para regular el contrato.

D. Importancia que reviste el tema

Como ya fuera referido, precisar el momento de perfeccionamiento de cualquier contrato es una cuestión capital, por cuanto nos determinará, en de-

finitiva (y observándose los requisitos esenciales de capacidad, objeto y causa lícitos), cuándo el consentimiento ha sido expresado en la forma requerida por la ley, implicando esto el nacimiento del contrato a la vida jurídica, y por ende, el surgimiento de las obligaciones principales a cargo de las partes.

En el contrato objeto de estudio la trascendencia radica, también, en lo referente a la internacionalidad o no del contrato (dado que como se vio, en la generalidad de los casos un contrato es internacional cuando su lugar de celebración se produce en un Estado y su destino o cumplimiento en otro). Por su parte, y en un momento posterior, la importancia radicará en especificar cuál será la ley aplicable al mismo, así como la jurisdicción internacionalmente competente para juzgar cualquier clase de litigio o controversia.

Si sostenemos que el contrato es consensual y se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades, el lugar de celebración del contrato será en donde se haya producido tal acuerdo, con total prescindencia del lugar de carga de la mercadería. Si por el contrario, sostenemos que es real, y no nace hasta que el porteador recibe los bienes transportables, la celebración del contrato tiene lugar en donde se expide la cosa.

E. Nuestra opinión al respecto

Sin perjuicio de que la fundamentación de nuestra posición la expondremos *infra*, adelantamos que compartimos lo expuesto por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, respecto a que el contrato es consensual y no real.

Regulación del contrato en el sistema de Derecho Internacional Privado uruguayo

El Derecho Comercial Internacional: ¿derecho autónomo o de excepción?

Previo a ingresar al análisis de nuestro sistema de Derecho Internacional Privado respecto al contrato de transporte internacional de mercaderías por carretera, corresponde exponer brevemente las posturas doctrinarias que se han desarrollado en torno a la naturaleza del Derecho Comercial Internacional.

La respuesta a si se trata de un derecho de excepción o de un derecho autónomo resultará de suma importancia a los efectos de determinar la fuente normativa aplicable al caso internacional.

A. Autonomía

El profesor Tállice propugna la tesis de que el Derecho Comercial Internacional goza de autonomía científica frente al Derecho Civil Internacional. Esto, en pocas palabras, significa que dado un caso internacional de naturaleza comercial, el mismo debe resolverse conforme a la solución expresa que brinde el Derecho Comercial Internacional (frente a lo cual no hay ningún tipo de discrepancias). Sin embargo, el diferendo tiene lugar frente a un vacío en esa normativa; para Tállice no debe recurrirse al Derecho Civil Internacional, sino que será necesario resolver la cuestión conforme a los principios propios del Derecho Comercial Internacional, en tanto rama autónoma. Al respecto, nos dice Tállice:

subsiste, además, un importante vacío normativo en otros sectores del derecho internacional privado, que requieren un permanente auxilio a los medios de integración. Así sucede en el derecho comercial internacional, sector que no ha recibido el mismo tratamiento normativo que el derecho civil internacional. En general, las normas internas de derecho comercial internacional son escasas, incompletas y se encuentran dispersas en el viejo Código de Comercio que data de 1865 (Tállice, 1974, 156).

En nuestro derecho positivo, expresa el autor,

existen diversas relaciones comerciales extranacionales que no tienen regulación en la legislación interna uruguaya. Sin embargo, si se comparte la opinión de cierto sector de la doctrina (cita a Alfonsín y a Pérez Fontana), en el sentido de que nuestro derecho comercial está subordinado al derecho civil, relación de dependencia que se reproduce entre el derecho comercial internacional y el derecho civil internacional, no se plantean mayores dificultades, porque cuando una relación comercial extranacional no ha sido prevista por una norma comercial específica, deberá entonces ser regulada por el derecho civil internacional (Tállice, 1974, 156 -157).

Dado este panorama, Tállice (Tállice, 1974, 157-158) preconiza que ante la falta de una norma interna de derecho comercial internacional uruguaya que regule el transporte internacional terrestre de mercaderías o cualquier otra relación comercial internacional, se plantea un problema de laguna dentro de este derecho, que debe colmarse mediante los procedimientos de integración. Sostiene que el derecho comercial no es un derecho de excepción frente al civil, sino un derecho “especial” (autónomo), por lo que se deberá acudir a la analogía, a los principios generales del derecho o a la doctrina más recibida. Ante un caso de transporte internacional terrestre de mercaderías, por vía analógica (curiosamente, por el artículo 16 del Código Civil), serán las normas del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 las que lo regularán.

En síntesis, y para esta tesis, el contrato objeto de estudio en todos los casos encontraría solución en la regulación del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940, no solo en aplicación expresa con Argentina y Paraguay, sino también con el resto de los Estados, dada la integración analógica más arriba explicada, no debiéndose recurrir ni a los Tratados de Montevideo de 1889, ni al Apéndice del Código Civil.

Adhieren a esta postura, aunque con algunos matices, Gaggero, Paul Arrighi, Corbrán (Corbrán Rizzo, 2016) y Terra Corbo (Terra Corbo, 1992, 270-271).

B. Derecho de excepción

Tradicionalmente, doctrina y jurisprudencia se han inclinado por sostener que el Derecho Comercial Internacional es un derecho de excepción frente al Derecho Civil Internacional.

Esto supone que, ante la inexistencia en nuestro Derecho Internacional Privado de fuente interna de normas específicas para un contrato comercial (como lo es el contrato de transporte), esta figura, según la opinión mayoritaria, se califica en la amplia y genérica categoría *actos jurídicos* del artículo 2399 del Apéndice del Código Civil.

La historia fidedigna de la sanción de los Tratados de Montevideo de 1889 se demuestra por las declaraciones de Gonzalo Ramírez, representante

de la Comisión de Derecho Comercial. En relación a este tema, Ramírez expresó:

La legislación Mercantil constituye un derecho especial y de excepción, cuyos principios fundamentales y dirigentes tienen su fuente originaria en el Derecho Civil que impone sus preceptos, y esta subordinación, en el orden interno, del Derecho Comercial al Derecho Común o Civil, tiene la misma razón de ser en las relaciones jurídicas de carácter internacional. No se extraña, pues, que la Comisión, en cuyo nombre tengo el honor de tomar la palabra, haya solucionado los conflictos que pueden presentarse en el Derecho Mercantil, con el mismo criterio con que han sido resueltos en las colisiones del Derecho Civil Internacional, en el Tratado que sobre tan vasta materia acaba de sancionar el Honorable Congreso (Operti Badán, 1972, 277).

En nuestra opinión, entendemos que no existe una subordinación del Derecho Comercial Interno ni del Derecho Comercial Internacional al Derecho Civil (interno e internacional), ni que aquellos sean una excepción frente al último. No obstante esto, creemos que las conclusiones a las que llega Tállice y el sector de la doctrina que se acopla a sus postulados, merecen algunas críticas, conforme a lo que se dirá.

En primer lugar, la historia fidedigna de los Tratados, como lo patrocinan Alfonsín (Alfonsín, 1982, 404-405) y el propio Tállice (Tállice, 1974, 139-141), debe ser tomada en cuenta al momento de interpretar sus normas y el alcance extensivo de las categorías a los efectos de poner en práctica la calificación.

En segundo término, la historia fidedigna, en el caso de los Tratados de Montevideo de 1889, propugna, como se vio, la tesis de la excepcionalidad del Derecho Comercial, preconizando, incluso, que ante el silencio de una solución expresa, debe de acudir a las soluciones tomadas en el Tratado de Derecho Civil Internacional.

En tercer lugar, el Apéndice del Código Civil —al igual que su Título Preliminar “De las Leyes”— es aplicable a toda rama del Derecho, sin distinción, por lo que el hecho de que forme parte de tal Código no lo hace privativo del área civil.

En último término, esta postura coincide con lo expuesto por el redactor del Apéndice, Vargas Guillemette, por cuanto el mismo utilizó un método sintético, condensando en pocos artículos “la sustancia jurídica de nuestra doctrina internacional”, con la intención de que la jurisprudencia desarrollara luego las normas así expuestas (Tálice, 1974, 133). Conforme al método sintético referido, agrupó a todos los contratos —sin distinción de su naturaleza— en la categoría “actos jurídicos”, regulándolos por la ley del lugar de cumplimiento, conforme a los criterios establecidos en los artículos 34 a 38 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889, a los efectos de interpretar tal punto de conexión jurídico.

En síntesis, creemos apropiado lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia⁽¹⁾ mayoritarias, por lo que el contrato de marras se encuentra reglado por el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940, en hipótesis de tratarse de un caso con Argentina o Paraguay; por el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 (artículo 34), tratándose de un caso con Bolivia, Colombia o Perú; y por el Apéndice del Código Civil (artículo 2399) en las restantes hipótesis.

Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889

En caso de que el transporte relacione a Uruguay con Bolivia, Colombia o Perú, ante la inexistente regulación en el Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 del contrato en estudio, será de aplicación el Tratado de Derecho Civil Internacional del mismo año, si se acepta la tesis que viene de verse.

El contrato de marras ha de calificar en la categoría “actos jurídicos”, regulada por los artículos 32 a 39 del Tratado. El artículo 33 determina que será la *ley del lugar donde los contratos deben cumplirse* (artículo 32) la que regirá todo lo concerniente a los contratos. El referido punto de conexión jurídico se determina conforme a lo dispuesto en el artículo 34, donde la doctrina y jurisprudencia nacionales han entendido mayoritariamente que es de aplicación el inciso 4 (dado que el transporte versa sobre una *prestación de servicios*), y específicamente el literal b), por cuanto el transporte se relaciona con un lugar en especial (aquel en donde la mercadería debe entregarse; solución ésta que se compadece con la obligación de resultado que tiene el porteador) (Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre, 2000, 54).

Finalmente, y en lo que respecta a la jurisdicción competente, es de aplicación el artículo 56 del Tratado, debiendo entender en el caso, los jueces del lugar de cumplimiento del contrato (criterio Asser), conforme a lo visto, o los del domicilio del demandado, a opción del actor.

Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940

A. De lo dispuesto por el artículo 14

Dado que el Tratado de 1940 regula expresamente como categoría autónoma al contrato de transporte terrestre (artículos 14 a 18), corresponde aplicar el Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de 1940, vigente entre Uruguay, Argentina y Paraguay.

A través del método conflictualista, el artículo 14 establece dos hipótesis diversas: que el contrato se ejecute en más de un Estado; o que el contrato tenga un único lugar de ejecución (este último caso lo analizaremos en el apartado siguiente).

En el primero de los casos mencionados, se produce un *dépeçage*, puesto que lo concerniente a la forma, efectos y naturaleza de las obligaciones, se regula por la ley del *lugar de celebración*; mientras que lo referido al cumplimiento y la forma de ejecución de la obligación de entregar, por la ley del *lugar donde se entrega o debió entregarse la carga*.

Como se puede apreciar, en caso de que el contrato se ejecute en varios Estados, la norma ha optado por regular la situación mediante un *desmembramiento horizontal* (incisos 1 y 2). Por exceder los límites de este trabajo, solo diremos que esta solución del *dépeçage* ha sido criticada por la doctrina por originar zonas grises, difíciles de demarcar por el jurista (Terra Corbo, 1992, 265-266).

B. Alcance de la expresión “Si debe ejecutarse dentro del territorio de un solo Estado, lo será por la ley de este Estado”

Interesa centrarse en la parte final del inciso 1 del artículo 14, donde se establece que el desmembramiento horizontal —que opera como criterio general— cesa si el contrato “debe ejecutarse dentro del territorio de un solo

Estado”. El alcance de la referida expresión ha dado lugar a diferentes posturas en la doctrina, encontrándose, por lo menos, tres interpretaciones al respecto.

La primera, preconiza que el artículo 14 consagra el desmembramiento en todos los casos, refiriendo la frase en estudio a contratos meramente internos, por lo que sobraría (“está de más”, en palabras de Alfonsín). Esta interpretación se apoya en parte de los antecedentes históricos de la redacción de la norma, los que arrojarían el triunfo de la posición argentina (la cual fue acompañada por la paraguaya), y que consistía en regular el acuerdo por la ley del lugar de celebración, al contrario de la solución defendida por la delegación uruguaya (la que pregonaba la ley del lugar de cumplimiento; esto es, la de la entrega de la mercadería, echando por tierra cualquier tipo de intervención de la autonomía de la voluntad de las partes). Por último, cabe decir que esta tesis también encuentra apoyo en las sesiones en que se discutió el texto del Tratado (Lorenzo Idiarte, 2005, 320-321).

La segunda interpretación posible, es que la expresión “ejecución” significa “cumplimiento”, y que el contrato se cumple cuando se lleva a cabo la entrega de la mercadería. Esta sería la interpretación que quiso imponer la delegación uruguaya en el Congreso. Supone que el desmembramiento solo tiene lugar cuando el transportista tiene que entregar las mercaderías en diversos Estados (más de dos), dado que cuando el contrato involucra a dos, el contrato se “ejecuta” en uno, y será la ley de éste la que resultará aplicable en todos sus aspectos. Esta interpretación fue expuesta por Opertti, aunque no compartida por él (Lorenzo Idiarte, 2005, 321-323).

Finalmente, la tercera interpretación a la que es posible arribar es la patrocinada por Lorenzo. El autor, ante la disparidad de criterios y ante una escasa jurisprudencia, sostiene que la inteligencia de la norma debe buscarse en la historia fidedigna de su sanción.

Es incuestionable —dice Lorenzo— que la delegación argentina patrocinó la solución del *dépeçage*, mientras que la uruguaya defendió la aplicación a la totalidad de los aspectos del contrato de la ley del lugar donde la mercadería debió entregarse (ley del lugar de cumplimiento, solución adoptada en los Tratados de Derecho Civil de 1889 y 1940).

Descartando que hayan primado una u otra postura en su totalidad (dada la redacción final del texto), cabe concluir que hubo un *acuerdo transaccional* entre las delegaciones. Ahora bien, ¿cuál ha sido dicho acuerdo? ¿La interpretación expuesta por Opertti aunque no compartida por él? Pues creemos que no.

Acompañamos la posición de Lorenzo (Lorenzo Idiarte, 2005, 323-325), en que la transacción estuvo en la exposición de Argaña (miembro de la delegación paraguaya), quien entiende que el “lugar de ejecución” es difícil de determinar, dado que en el transporte internacional, “el contrato se ejecuta en parte en el país de expedición y en parte en el de destino, desde que tanto en el uno como en el otro se ha efectuado el desplazamiento de las cosas transportadas”.

De lo expuesto se deduce que “ejecución” debe interpretarse conforme a las delegaciones argentina y paraguaya, incluyendo el despacho, el traslado y la entrega, y no como sinónimo de “cumplimiento”. El Tratado adopta como criterio general el lugar de celebración; sin embargo, de esta forma se le estaría otorgando un rol clave a la autonomía de la voluntad de las partes, quienes podrían internacionalizar un contrato cuya ejecución fuera totalmente en un país, distinto al de la celebración, lo que arrojaría que sería la ley de un Estado ajeno la que regularía lo medular de la relación contractual. En este punto está presente lo postulado por la delegación uruguaya.

Pero la frase en estudio no “está de más”, sino que cumple el rol capital para evitar la internacionalización de un contrato que se ejecuta totalmente en un solo Estado. En la especie, cualquiera sea el lugar de celebración (sea real o espontáneo, sea ficticio), el contrato se regulará por la ley del lugar de su ejecución, esto es, del lugar en donde el transporte tiene principio y fin (desde la expedición, hasta la entrega).

C. Conclusiones respecto al momento en que el contrato se perfecciona. Se trata de un contrato consensual

Creemos que la tercera interpretación, patrocinada en nuestro país por Lorenzo, es la correcta. Y es en base a la interpretación referida que podemos fundar nuestra posición relativa a que el contrato objeto de estudio entra en la clase de los consensuales, perfeccionándose por el mero acuerdo de vo-

luntades. No hay razón para sostener, pues, de que se trata de un contrato real, en mérito a lo que a continuación se dirá.

En primer lugar, tomando la principal premisa de los defensores del contrato real, si el acuerdo de voluntades tuviera lugar en un Estado absolutamente ajeno al Estado en que se desarrolla la totalidad del transporte (por ejemplo, supongamos que el acuerdo tiene lugar en Argentina, mientras que el transporte se ejecuta enteramente en Uruguay), el Tratado de 1940 establece una solución: se regulará por la ley del Estado en que se *ejecuta* el contrato, conforme a la interpretación que consideramos adecuada; por lo que, en el ejemplo visto, el contrato se regulará por la ley uruguaya, y no por la ley argentina, aun cuando en dicho país se haya producido el acuerdo de voluntades, y sea el *lugar de celebración*. En la hipótesis expuesta, según fue visto, no opera el *dépeçage*.

En segundo término, no hay necesidad de alterar la naturaleza del contrato según se trate de un contrato interno o internacional: en todas las hipótesis estaremos ante un contrato consensual, lo que resulta conforme con la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, tanto nacionales como extranjeras.

En tercer lugar, Opertti, quien es el mejor defensor de la tesis del contrato real, consideró más cercanamente en el tiempo que el fundamento de su postura, sostenida en los años 1972 y 1976, obedeció a su intento por evitar que, al ser regulado el contrato por la *lex celebrationis*, las partes pudieran internacionalizar un contrato puramente interno (Opertti Badán, 1984, 55-56). Si el fundamento de los defensores de la tesis de la realidad está en la artificiosidad de alterar un punto de conexión de realización voluntaria, el mismo no tiene razón de ser en caso de que se acepte la interpretación de la expresión “*ejecutarse dentro del territorio de un solo Estado*” pregonada por Lorenzo, y compartida en este trabajo.

En caso de que se produzca, por ejemplo, el acuerdo de voluntades en Paraguay, la carga en Argentina y la entrega en Uruguay, si bien el contrato se encontraría regulado, en parte por la ley paraguaya (lugar de celebración), y en parte por la uruguaya (lugar de entrega), el instituto del *fraude a la ley* es el instrumento para lograr invalidar cualquier clase de maniobra ilegítima de las partes (artículo 6° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado).

En cuarto lugar, creemos que, conforme a la interpretación vista, la autonomía privada se halla limitada, no solo por razones de texto positivo (artículo 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940) y por el instituto del fraude a la ley, sino también por el alcance de la expresión analizada, puesto que en este caso, el Estado en que se desarrolla enteramente el transporte, será el que regulará todos los aspectos del contrato, sin que exista ninguna oportunidad de que se produzca el *dépeçage*, ni resulte el contrato regulado por una ley —la del lugar de celebración— totalmente ajena a la operación.

Finalmente, y en quinto lugar, en caso que se deba aplicar el Tratado de 1889 o el Apéndice del Código Civil, el contrato terminará siendo regulado por la ley del lugar de entrega de la mercadería (artículo 34 lit. b) del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 y artículo 2399 CC), en donde el punto de conexión “lugar de celebración” no tiene trascendencia, razón por la cual, no existe necesidad de sostener la tesis del contrato real.

En resumidas cuentas, consideramos que el contrato es consensual, no solo por las razones expuestas por la corriente que defiende tal postura (según se vio *supra*), sino fundamentalmente por la interpretación de la parte final del inciso 1 del artículo 14 del Tratado que estimamos correcta.

D. Otras consideraciones

El artículo 15 regula al transporte por servicios acumulativos, el que se reputa “único”, en caso de que se celebre mediante la expedición de una carta única (esto es, cuando no se ha expedido ninguna otra) y directa (cuando se establece claramente el destino final) (Fresnedo de Aguirre, 2015, 231).

Debemos mencionar que en caso de transporte de personas, lo relativo al *equipaje* registrado que no se encuentra con el pasajero, se regulará por las disposiciones vistas anteriormente (transporte de *mercaderías*, artículos 14 a 16) y no por el artículo 17 (el que regulará al transporte de personas y al equipaje que se encuentre con el pasajero).

Por último, y respecto a la jurisdicción competente, Operti (Operti Badán 1976, 18) y Terra Corbo (Terra Corbo, 1992, 266) estiman que lo dispuesto por el artículo 16 del Tratado es aplicable en toda hipótesis: tanto en el trans-

porte acumulativo (artículos 15 y 16 inc. 1), como en los restantes casos. Así, el actor, tendrá la opción entre “los jueces del lugar de la partida, o del destino, o de cualquiera de los lugares del tránsito en donde haya un representante del porteador demandado”. Sin perjuicio de lo expuesto, existen quienes determinan la jurisdicción competente conforme al artículo 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940.

Apéndice del Código Civil

Ante un caso en que no resulten aplicables los Tratados vistos, debemos acudir a nuestro sistema de fuente interna, constituido en la especie por el Apéndice del Código Civil, el que estimamos aplicable conforme al desarrollo expuesto *supra*, aun cuando la naturaleza del contrato sea comercial.

La calificación de las situaciones en torno a este contrato nos arrojará su ubicación dentro de la categoría “actos jurídicos”, regulada en el artículo 2399, que hace aplicable la ley del lugar de cumplimiento. A dichos efectos, el punto de conexión jurídico referido será interpretado conforme al artículo 34 literal b) del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889, según lo entiende la postura mayoritaria.

Finalmente, y en lo que concierne a la jurisdicción competente, es de aplicación el artículo 2401 del Código Civil. Como regla general, será aplicable el criterio Asser, teniendo el actor la opción de entablar la demanda ante los jueces del domicilio del demandado, por tratarse de una acción personal patrimonial.

Conclusiones

A modo de conclusión, y conforme al análisis realizado con anterioridad, se pueden formular las siguientes consideraciones:

1º.- El transporte es una actividad que cumple funciones de importancia, que se vinculan con toda la actividad productiva y comercial de los Estados. Por la trascendencia que tiene en los planos social, económico y jurídico, el contrato es merecedor de una regulación especial, armónica y unitaria en el Derecho Internacional Privado.

2°.- Consideramos acertado el criterio objetivo a los efectos de determinar la internacionalidad de los contratos con carácter general, sin perjuicio de tener en cuenta las diversas soluciones de derecho positivo expuestas en los distintos tratados y convenciones, las cuales pueden optar por un criterio diverso.

3°.- El contrato de transporte internacional terrestre de mercaderías es aquel por el cual el expedidor comete al porteador el transporte de la mercadería desde un lugar a otro; cuando los lugares involucrados determinan la aplicación de normas integrantes de ordenamientos jurídicos diversos, se puede hablar de transporte internacional, siendo terrestre cuando la vía en que se desarrolla es de dicha índole.

4°.- Compartimos la tesis de que el contrato de marras constituye un negocio jurídico autónomo, no identificable con figuras tradicionales nominadas, sin perjuicio de la mayor o menor relación con éstas.

5°.- El contrato de transporte internacional terrestre de mercaderías es un contrato consensual, tanto en su forma como en su modo de perfeccionarse.

6°.- Optamos por rechazar la postura de la autonomía del Derecho Comercial Internacional como argumento para no aplicar el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 ni el Apéndice del Código Civil, cuando corresponda, según el caso.

7°.- El sistema de Derecho Internacional Privado uruguayo vigente está formado por el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 (ante un caso con Argentina o Paraguay); por el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 (ante una hipótesis con Bolivia, Colombia o Perú); y por el Apéndice del Código Civil (en los restantes casos).

8°.- El término “ejecutar” de la parte final del inciso 1 del artículo 14 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940, debe ser interpretado conforme a la historia fidedigna de su sanción; por lo que dicha expresión incluye el despacho, el traslado y la entrega de la mercadería, no debiéndosela entender como sinónimo de “cumplimiento”. En este aspecto, descansa también nuestra inclinación por patrocinar la tesis de que se trata de un contrato consensual.

Referencias

- Aguirre Ramírez, F. y Fresnedo de Aguirre, C. (2000). *Curso de Derecho del Transporte. Parte General*. Montevideo: FCU.
- Alfonsín, Q. (1952). *Apuntes de Clase*. Montevideo: Centro de Estudiantes de Derecho.
- Alfonsín, Q. (1950). *Régimen Internacional de los Contratos*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.
- Alfonsín, Q. (1982). *Teoría del Derecho Privado Internacional*. Montevideo: Idea.
- Caffera, G. (1999). Algunas perspectivas críticas de la categoría obligación de resultado. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*. (7-12), 267-277.
- Caffera, G. y Berdaguer, J. (2015). Contrato de transporte y responsabilidad. Entre el bloqueo dogmático y un intento de salida inconcluso. En C. De Cores, R. Gamarra y B. Venturini, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario: Incumplimiento de Contrato, Tomo 3*, (pp. 863-900). Montevideo: La Ley Uruguay.
- Corbrán Rizzo, R. (2016). Regulación del transporte internacional terrestre en el ámbito latinoamericano y en Uruguay. *La Justicia Uruguaya*. (153). Recuperado de <http://www.laleyonline.com.uy> Cita Online: UY/DOC/27/2016
- Fresnedo de Aguirre, C. (2009). *Curso de Derecho Internacional Privado*. Tomo II, Vol. 2. Montevideo: FCU.
- Gaggero, E. (2001). *Derecho de los Transportes Terrestres, Acuáticos, Aéreos. Tomo I*. Montevideo: FCU.

- Gamarra, J. (2012). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo 8*. Montevideo: FCU.
- Gamarra, J. (2012). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo 9*. Montevideo: FCU.
- Gorosito Zuluaga, R. (1997). *Marco Normativo del Transporte Terrestre por Carretera en el Uruguay*. Montevideo: FCU.
- Lorenzo Idiarte, G. (2016). Aportes del Dr. Herbert en temas de contratación internacional. *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, (8), 44-45.
- Lorenzo Idiarte, G. (2005). *Derecho aplicable al transporte multimodal entre Uruguay y los demás países integrantes del MERCOSUR*. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho.
- Mariño, A. (2005). *Los Fundamentos de la Responsabilidad Contractual*. Montevideo: Carlos Álvarez Editor.
- Mezzera Álvarez, R. (2001). *Curso de Derecho Comercial. Tomo 3*. Montevideo: FCU.
- Operti Badán, D. (1984). Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera. *Documento de referencia para la CIDIP-III, OEA/Serie K/XXL3, CIDIP-III/13*.
- Operti Badán, D. (1976). El Transporte internacional terrestre y la compra-venta internacional de bienes muebles. *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, (3-4).
- Operti Badán, D. (1972). Transporte Internacional Terrestre de Mercaderías. Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1939-40. *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, I(1).

Rippe, S. (1988). Las limitaciones de responsabilidad del transporte terrestre, marítimo y aéreo, sus relaciones con el seguro y la protección del consumidor. *Revista de Transporte y Seguros*. (1).

Rodríguez Olivera, N. y López Rodríguez, C. (2005). *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, 2(2). Montevideo: FCU.

Tálice, J. (1974). Interpretación e integración en el Derecho Internacional Privado. *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, (3).

Terra Corbo, D. (1992). El Transporte Internacional Terrestre. Conceptos Generales. *Revista Judicatura*, (34).

Normas

Uruguay. Ley N° 817, Código de Comercio. *Compilación de Leyes y Decretos de E. Armand Ugón y Otros*. No fue publicado.

Uruguay. Ley N° 2.207, Acuerdos Internacionales. Congreso Internacional Sudamericano. *Compilación de Leyes y Decretos de E. Armand Ugón y Otros*. (inédito).

Uruguay. Decreto-Ley N° 10.272, Acuerdos Internacionales. Aprobación de Tratado Internacional. Asilo. Propiedad Intelectual y Artística. Ejercicio de profesiones liberales. Navegación Comercial Internacional. Derecho Procesal Internacional. Derecho Civil internacional. *Diario Oficial*, 22 de diciembre de 1942.

Uruguay. Decreto-Ley N° 14.953, CIDIP II. Se aprueban diversas Convenciones suscritas por nuestro país, en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. *Diario Oficial*, 18 de diciembre de 1979.

Uruguay. Ley N° 16.603, Código Civil. *Diario Oficial*, 21 de noviembre de 1994.

Uruguay. Ley N° 16.879, Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de las Naciones Unidas. *Diario Oficial*, 3 de noviembre de 1997.

Jurisprudencia

Uruguay. Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 15° Turno. Sentencia Definitiva N° 355/1997, 18 de setiembre de 1997. Cantero, M (Redactora).

Uruguay. Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 11° turno. Sentencia Interlocutoria N° 2308/1997, 17 de noviembre de 1997. Casanova, Z (Redactora).

Uruguay. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno. Sentencia Definitiva N° 77/1998, 19 de junio de 1998. Klett, S (Redactora), Ruibal, J., Chalar, J. (Firmantes).

Uruguay. Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14° Turno. Sentencia Interlocutoria N° 177/2010, 26 de julio de 2010. Haedo, M. (Redactora).

Uruguay. Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2° Turno. Sentencia Definitiva N° 54/2011, 10 de agosto de 2011. Haedo, M. (Redactora).

Uruguay. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno. Sentencia Definitiva N° 16/2017, 22 de febrero de 2017. Ettlin, E. (Redactor), Cabrera, M., Tommasino, B. (Firmantes).

Notas

¹ Mercaderías que generalmente son vendidas por el expedidor al consignatario o destinatario del transporte.

² Así, y a los solos efectos de dar un ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (ratificada por Uruguay mediante la Ley No. 16.879), considera al contrato como

internacional cuando la compraventa de mercaderías se produce entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes, teniendo en cuenta ciertas características señaladas por los artículos 1 y 10.

³ Misma solución fue la adoptada en la aun no vigente Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera (CIDIP-IV).

⁴ Posición que se ve reforzada en derecho interno uruguayo por lo dispuesto en el artículo 1855 del Código Civil, en sede de Arrendamiento de Obras, que no solo propugnaría la tesis de la autonomía del derecho comercial frente al civil, sino también que se trataría de una especie de locación de obra: “El servicio de los empresarios o agentes de transportes, tanto por tierra como por agua, así de personas como de cosas, se regirá por las disposiciones de la ley comercial”.

⁵ Sentencia No. 2308/1997 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 11° Turno.

⁶ Sentencia No. 97/1987 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno; Sentencia No. 133/1989 de la Suprema Corte de Justicia.

⁷ La tesis de que es consensual admitiría una excepción ante la existencia de normas expresas, como las convenciones europeas para el transporte ferroviario (CIM-COTIF).

⁸ Entre otras: Sentencia No. 355/1997 del Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Civil de 15° Turno; Sentencia No. 54/2011 del Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Civil de 2° Turno.

⁹ Sentencia No. 2308/1997 del Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Civil de 11° Turno.

¹⁰ A modo de ejemplo: Sentencia No. 10.293/1978 del Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Civil de 14° Turno; Sentencia No. 77/1998 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno; Sentencia No. 177/2010 del Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Civil de 14° Turno; Sentencia No. 16/2017 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno.

Mauricio Vázquez Bevilacqua✉

A diez años de la creación del Sistema Nacional de Archivos en Uruguay: Análisis de la Ley 18220

Ten years since the creation of National System of Archives in Uruguay: Analysis of Law 18220

À dez anos da criação do Sistema Nacional de Arquivos em Uruguai: Análise da Lei 18220

Resumen: *A diez años de la promulgación de la Ley 18220 “Sistema Nacional de Archivos” (2007), conocida también como “Ley Nacional de Archivos”, el autor propone resaltar sus postulados, su vigencia, y reflexionar sobre sus principales disposiciones. Esta norma jurídica, producto de una sinergia entre Poderes Públicos, Universidad y Sociedad Civil, colmó un vacío legal que completa y articula una trilogía normativa junto a las leyes de protección de datos personales y de acceso a la información pública.*

Palabras clave: *derecho, legislación archivística, sistemas nacionales de archivos, acceso a información pública, protección de datos personales, archivología, gestión documental, patrimonio documental.*

Abstract: *Ten years after the promulgation of Law 18220 “National System of Archives” (2007), also known as the “National Archives Law”, the author proposes to highlight its postulates, its validity and to reflect on its main dispositions. This rule, a result of the synergy between the legal framework, the university and the civil society, satisfied a legal empty that completes and articulates a normative trilogy*

✉ Magíster en Gestión Documental y Administración de Archivos por la Universidad Internacional de Andalucía (España). Licenciado en Archivología por la Universidad de la República (Uruguay); posee estudios en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Doctorando en Historia de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad de la República (Uruguay). Secretario Técnico de Dirección del Archivo General de la Nación (Uruguay), desde 2005 hasta el presente.

✉ mvazquez@montevideo.com.uy – mauriciov@agn.gub.uy

along with the Habeas Data Law and the Information Access Law.

Keywords: *law, archival legislation, national systems of archives, public information access, personal data protection, archival science and records management, documentary heritage.*

Resumo: *À dez anos da promulgação da Lei 18220 “Sistema Nacional de Arquivos” (2007), conhecida também como “Lei Nacional de Arquivos”, o autor propõe destacar os seus princípios, sua validade e refletir sobre suas principais disposições. Esta norma jurídica, produto de uma sinergia entre Poderes públicos, Universidade e Sociedade civil, encheu um vazio legal que completa e articula uma trilogia de regulamentos junto a leis de proteção de dados pessoais e de acesso à informação pública.*

Palavras-chave: *direito, legislação arquivística, sistemas nacionais de arquivos, acesso à informação pública, proteção de dados pessoais, arquivologia, gestão documental, patrimônio documental.*

Recibido: 20170726

Aceptado: 20170910

Introducción

En el presente año se cumple una década de la promulgación de la Ley N° 18.220 del “Sistema Nacional de Archivos” (SNA) de 20 de diciembre de 2007, conocida también como “Ley Nacional de Archivos” o en su formato más breve y directo: “Ley de Archivos”. Transcurridos estos diez años, parece oportuno resaltar sus postulados, su vigencia, y reflexionar sobre sus principales dispositivos reguladores.

Esta norma jurídica, producto de una sinergia entre Poderes Públicos, Universidad y Sociedad Civil, colmó un vacío legal y puso al Uruguay en el concierto de países que legislaron en esta materia.

Tomando en consideración la labor desarrollada por UNESCO, ha sido ésta la que se ha ocupado de atender los temas vinculados a la información, la documentación y los archivos –con especial énfasis– a partir de la década de los setenta del siglo XX (Jardim, 2010); es desde entonces que, teniendo como referencia el planteo de Delmas y D’Olier (1974) fueron desarrollados en países de América Latina, los sistemas nacionales de archivos de: Perú (1972/1991), México (1979), Costa Rica (1990) y Brasil (1991), más tarde, seguirían los de Colombia (2000) y Uruguay (2007).

Metodología

Este trabajo, luego de comentar sintéticamente algunos antecedentes y su contexto en el Uruguay, propone analizar los principales postulados de la referida ley, su trascendencia en el ámbito archivístico, de la gestión documental y de la conformación del patrimonio documental de la nación con una visión sistémica.

Seguidamente, comentaremos acerca de la repercusión y alcance de la ley –especialmente– en el ámbito público. Además, aportaremos datos de referencia en materia de jurisprudencia nacional e internacional.

Para terminar, veremos algunas consideraciones finales y subrayaremos el punto de inflexión que marcó esta norma en el tiempo.

El abordaje de este análisis se hará desde una perspectiva archivológica y jurídica, resaltando la interrelación de dos disciplinas pertenecientes al conjunto de las ciencias sociales y humanas.

Legislación Archivística: definición y elementos

En el inicio de este trabajo, corresponde precisar a qué nos referimos cuando hablamos de “legislación archivística”. Implica normas de distinto valor y rango, que contienen disposiciones referentes a:

- Archivos;
- Documentos de archivo;
- Archivos y Sistemas Nacionales de Archivos;
- Administración de documentos / gestión documental;
- Administración pública y procedimientos administrativos;
- Registros públicos y registros de estado civil;
- Protección de datos personales;
- Acceso a información y documentos públicos;
- Formación y titulación en archivología / archivística. (Vázquez Bevilacqua, 2015).

Antecedentes y contexto

Normativa jurídica: Cultural-patrimonial-documental

Los fondos y las colecciones documentales –existentes en distintos archivos– integran el concepto de “patrimonio documental de la nación” y, a su vez, este último conforma un concepto más amplio al integrar el “patrimonio cultural de la nación”.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Artículo 34 de la Carta Magna, otorga rango constitucional a la salvaguardia del tesoro cultural de la nación, dentro de los cuales encontramos los documentos de archivo. Esta norma está reglamentada por Ley N° 14.040 de 20 de octubre de 1971, que creó la “Comisión del Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural de la Nación” –hoy

denominada “Comisión del Patrimonio Cultural de la Nación” (CPCN)–.

Sobre las particularidades de lo dispuesto en el mencionado Artículo 34 de la Constitución y las conceptualizaciones de “tesoro cultural” y “patrimonio cultural”, para mejor ilustrar remitimos a un detallado trabajo de la doctora Arriaga Villamil (2005a).

Por su parte, la Ley 18220 que estudiaremos en detalle, regula la protección del “patrimonio documental de la nación”. Esta norma tiene como antecedentes la Ley 8015 de creación del Archivo General de la Nación (1926) reglamentada por Decreto 713/974 (1974) y más alejado en el tiempo –durante el periodo preconstitucional– tenemos el Decreto de 5 de marzo de 1827 que creó el primer Archivo General del entonces Gobierno Provisorio.

Una trilogía de leyes y una sinergia interinstitucional

La Ley N° 18.220 del “Sistema Nacional de Archivos” de 20 de diciembre de 2007, la Ley N° 18.331 de “Protección de Datos Personales y Acción de Habeas Data” de 11 de agosto de 2008, y la Ley N° 18.381 de “Derecho de Acceso a la Información Pública” de 17 de octubre de 2008, integran una trilogía de normas que tuvieron un tratamiento parlamentario consecutivo.

Las tres leyes fueron aprobadas en el lapso de un año y medio (2007-2008), teniendo como premisa que, para brindar protección y acceso a los datos personales y a la información pública, es necesario contar con archivos científicamente organizados que permita luego la consulta a los ciudadanos.

La Ley del Sistema Nacional de Archivos es el resultado de una sinergia interinstitucional: Estado, Universidad, Sociedad Civil, teniéndolos como actores que intervinieron en el proceso de elaboración de la norma legal.

Censo-Guía de Archivos a nivel nacional

Un instrumento de descripción de relevancia a nivel nacional lo constituye un Censo-Guía de Archivos, que aporta un conocimiento de la situación archivística útil para la toma de decisiones y la construcción de un sistema nacional de archivos.

Este Censo fue realizado por el Archivo General de la Nación conforme a sucesivos Acuerdos de Cooperación Científica celebrados con la Subdirección General de los Archivos Estatales de España, entre los años 2005 y 2011. El referido Censo tuvo la declaración de interés nacional de la Presidencia de la República (Resolución N° 1179/005).

A través de este instrumento fue posible identificar más de mil archivos en todo el país, siendo posible acceder a sus datos a través del Portal del Censo- Guía de Archivos de España e Iberoamérica y de la publicación editada por el Archivo General de la Nación (2011).

Formación profesional universitaria en Archivología

Este nivel de formación en el Uruguay lo tiene, hasta el momento y en forma única, la Universidad de la República a partir del año 1983. Sus egresados datan desde diciembre de 1985 hasta el presente, contabilizando 286 titulados al 31 de diciembre de 2016, de los cuales 75 poseen el grado de licenciatura.

Sobre el detalle de los egresados en archivología en el país remitimos a una investigación y publicación de sus resultados en Vázquez Bevilacqua (2016).

El anteproyecto de ley: Grupo de trabajo

La exposición de motivos del proyecto de ley, presentado en la Cámara de Senadores (2007), expresa que un grupo de trabajo de carácter interinstitucional tuvo la iniciativa de elaborar un Anteproyecto de Ley Nacional de Archivos (2005-2007). El referido grupo estuvo integrado por: Archivo General de la Nación (AGN), Universidad de la República – EUBCA⁽¹⁾, Asociación Uruguaya de Archivólogos (AUA) y Archiveros Sin Fronteras (AsF).

Corresponde tener presente que en el ámbito de la Asociación Uruguaya de Archivólogos existió, previamente (2002~2004), un grupo de trabajo abocado a preparar una propuesta de anteproyecto de ley de archivos, que no hacía otra cosa que cumplir con el Estatuto Social de la AUA (1993, Art. 2°, literal Ñ) (Asociación Uruguaya de Archivólogos, 1993) aprobado por el Ministerio de Educación y Cultura (Resolución N° 851/994).

Ley 18220: Trámite parlamentario

En general, el anteproyecto de ley en un todo fue moldeado y consensuado –previamente– en los ámbitos: profesional, académico, de la administración y parlamentario, lo que agilizó su sanción legislativa.

La secuencia del trámite parlamentario –y posterior– fue la siguiente:

a - 18 de abril de 2007: Entrada a la Cámara de Senadores (CSS) y pase a la Comisión de Educación y Cultura;

b - 13 de junio de 2007: Aprobación de texto sustitutivo por la Comisión de Educación y Cultura (CSS);

c - 3 de julio de 2007: Aprobación de texto en el pleno de la Cámara de Senadores (media sanción);

d - 10 de julio de 2007: Entrada a la Cámara de Representantes (CRR) y pase a la Comisión de Educación y Cultura;

e - 5 de setiembre de 2007: Aprobación de texto, sin modificaciones, en la Comisión de Educación y Cultura (CRR);

f - 5 de diciembre de 2007: Aprobación de texto, sin modificaciones, en el pleno de la Cámara de Representantes (sanción);

g - 20 de diciembre de 2007: Promulgación del Poder Ejecutivo;

h - 8 de enero de 2008: Publicación en el Diario Oficial.

Cabe precisar que, el texto íntegro de la Ley original no ha sufrido modificaciones hasta el presente.

Postulados y disposiciones de la Ley: texto, contexto, análisis

La Ley 18220 fue sancionada, por unanimidad de ambas Cámaras legislativas, bajo la premisa de ser una “ley marco”, de ahí su brevedad que resume en tan solo siete artículos sus principales postulados y disposiciones, el artículo octavo –y final– establece las derogaciones de precepto.

Pasaremos ahora a detenernos, puntualmente, en cada uno de los componentes del articulado.

Artículo 1º. (Fin).- Es deber del Estado la conservación y organización del Patrimonio Documental de la Nación y de los documentos de gestión como instrumentos de apoyo a la administración, a la cultura, al desarrollo científico y como elementos de prueba, garantía e información.

La administración pública deberá garantizar a sus archivos las condiciones necesarias, en cuanto a edificios y equipamiento, de acuerdo a especificaciones técnicas. (Ley 18220)

Este primer artículo resume el fin de la ley, relativo a la preservación, conservación –desde el punto de vista material– y a la organización documental –desde el punto de vista intelectual y científico–; introduce una preocupación y ocupación primera que es la concerniente al patrimonio documental de la nación. Por otra parte, nos introduce la idea de “documento” y en particular utiliza el término “documento de gestión” –siguiendo a Manuel Vázquez Murillo⁽²⁾– procurando poner el acento en el inicio del ciclo vital de los “documentos de archivo” –este último, término avalado y recogido en forma casi unánime por la literatura archivística iberoamericana–. Asimismo, aporta una idea instrumental de los documentos donde se soporta la administración, la cultura y la ciencia. Medular es el aporte de estos documentos como prueba, fe, garantía e información para el ejercicio de los derechos ciudadanos. Por último, luego de hablar del “contenido” de los archivos, nos habla del “continente” y los requerimientos necesarios de edificios y equipamiento apropiados a tal fin.

Artículo 2°. (Conceptos).- Se considera:

A) Archivo: conjunto orgánico de documentos, reunidos por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas en el ejercicio de sus funciones.

B) Documento de archivo: testimonio material de un hecho o acto, de cualquier fecha o forma, registrado en cualquier soporte, producido o recibido por persona física o jurídica en el desarrollo de su actividad. (Ley 18220)

El segundo artículo aporta dos conceptos, dos términos, centrales a la hora de hablar de archivos o de archivología y su objeto de estudio disciplinar: el concepto de archivo y el concepto de documento de archivo, siguiendo el Diccionario de Terminología Archivística (1995) –en su versión española– y autores reconocidos de la archivología científica.

En cuanto a la terminología archivística será el decreto reglamentario el que aporte un glosario más extenso y rico en significados propios de la disciplina archivológica.

Asimismo, para abordar estos conceptos desde una perspectiva archivística, histórica y jurídica, sugerimos consultar a Fuster Ruiz (1999).

Artículo 3°. (Objeto).- Regular la función archivística a nivel nacional entendiendo por tal la actividad realizada por órgano competente para garantizar la salvaguarda de los archivos públicos y privados que constituyen el Patrimonio Documental de la Nación. (Ley 18220)

En un tercer aspecto, la ley nos habla de su objeto, que ha sido precisamente regular la “función archivística”. Este concepto de función archivística⁽³⁾, tan caro a la archivología, podemos compararlo en su relevancia al concepto de función notarial, esencial al notariado en su ejercicio profesional. Por otra parte, nos aporta el alcance de esta regulación, que será a nivel nacional y que tendrá un órgano competente –el Archivo General de la Nación, rector del Sistema Nacional de Archivos– y menciona también el alcance en dos ámbitos –público y privado–, sobre los archivos privados nos detendremos más adelante (véanse el artículo 6° de la Ley y el apartado “Un Sistema Na-

cional de Archivos en construcción”). Finalmente, reitera su preocupación que se detiene en la salvaguarda del patrimonio documental de la nación.

En una visión más personal, este artículo tercero es el que me permite disentir con el legislador a la hora de caratular o denominar la presente ley que nos ocupa, pues lo hizo en un formato un tanto breve al expresar “Sistema Nacional de Archivos”; por el contrario, entiendo que debió denominarla como Ley de “Regulación de la función archivística y creación del Sistema Nacional de Archivos”, o Ley de la “Función archivística y Sistema Nacional de Archivos” como ha sido mencionada o referida posteriormente (Vázquez Bevilacqua, 2015). Esta visión, para tranquilidad, fue recogida luego en la reglamentación de la ley a través del Decreto 355/012.

Artículo 4°. (Ámbito de aplicación).- El alcance de este derecho obliga a todos los órganos y organismos públicos, sean estatales o no estatales. (Ley 18220)

El artículo cuarto, en pocas palabras, pero con una visión de amplia e integradora dimensión, nos establece el conjunto de instituciones públicas alcanzadas por la presente ley, que comprende: los tres Poderes del Estado; los organismos autónomos: Corte Electoral, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas; los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados (incluye organismos de la educación, de la seguridad social, de la salud, las empresas industriales y comerciales del Estado, los bancos públicos, la Fiscalía General de la Nación y otras entidades oficiales); los Gobiernos Departamentales y Municipios locales; y las personas de derecho público no estatal (a vía de ejemplo podemos mencionar las cajas paraestatales de jubilaciones y pensiones). Esta categoría de personas públicas no estatales, había pasado inadvertida en los textos del anteproyecto de ley, siendo corregida la redacción de este artículo en el ámbito de tratamiento de la Comisión de Educación y Cultura de la Cámara de Senadores (véase Proyecto sustitutivo de 13 de junio de 2007).

Este artículo cuarto, fue uno de los pocos modificados en la etapa de tratamiento parlamentario.

Artículo 5°. (Órgano rector).- El Archivo General de la Nación, dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, será el órgano rector

de la política archivística nacional tendiente a: normalización, diseño y ejecución de las políticas y asesorar en la gestión documental y archivística. (Ley 18220)

El artículo quinto, establece quién es el órgano rector: el Archivo General de la Nación (AGN) perteneciente al Ministerio de Educación y Cultura (MEC). Y además, asume una política pública expresa en materia de gestión documental y archivística, en lo referente a normalización, diseño, ejecución y asesoría.

En cuanto a normalización, el AGN conformó un grupo de trabajo interinstitucional que –con el aporte y revisión de expertos internacionales⁽⁴⁾ que colaboraron con su experiencia y visión–, elaboró la Norma Uruguaya de Descripción Archivística (2016) (NUDA; AGN, Resolución N° 016/2016), siguiendo los estándares internacionales fijados por el Consejo Internacional de Archivos con sede en París. En materia de diseño y ejecución de políticas, el AGN ha brindado directrices en gestión y evaluación documental y de buenas prácticas en archivos, a través de seminarios y cursillos y de ediciones en soporte papel y accesibles electrónicamente en el sitio web; y, por último, respecto de asesorías archivísticas a instituciones, desde el momento de entrada en vigencia de la ley, el AGN ha desarrollado las mismas (véanse Memorias Anuales en línea).

Artículo 6°. (Sistema Nacional de Archivos).- Se crea el Sistema Nacional de Archivos que estará compuesto por el conjunto de Archivos Públicos del Uruguay y los privados que se integren a él, con el solo objetivo de posibilitar la normalización de los procesos archivísticos.(Ley 18220)

Sobre el final del texto legal, en su artículo sexto, aparece la disposición central objeto de la denominación de la ley, la creación del Sistema Nacional de Archivos, aspiración de significación en el camino del desarrollo archivístico de un país. La composición de este Sistema está dada –con carácter obligatorio– para los archivos del ámbito público (téngase presente el artículo 4° de la ley), y –con carácter optativo– para los archivos privados. La ley marca un objetivo sustancial en la creación de este Sistema Nacional de Archivos: posibilitar la normalización de los procesos archivísticos.

La integración de este Sistema Nacional de Archivos en el Uruguay está determinada por el régimen político-administrativo dado por la Constitución de la República (1967), de carácter republicano y unitario, con una marcada descentralización a nivel territorial –gobiernos departamentales– y por servicios –entes autónomos y servicios descentralizados–.

A los efectos de conocer, en una primera visión, los integrantes del Sistema Nacional de Archivos, remitimos al Censo-Guía de Archivos de Uruguay (2005-2011), publicación disponible en el sitio web del AGN, y al Portal del Censo-Guía de Archivos de España e Iberoamérica (en línea).

Artículo 7°. (Profesionalización).- A los efectos de garantizar la conservación y la organización de los documentos se propenderá a la profesionalización del personal responsable de los archivos. (Ley 18220)

Como última disposición de relevancia, el artículo séptimo introduce el concepto de profesionalización en los archivos. Desde mi entender, esta disposición involucra dos aspectos: 1) la formación técnico-profesional universitaria de los egresados en archivología⁽⁵⁾; y 2) el reconocimiento profesional del Archivólogo en la vía legislativa, aspecto aún pendiente de concreción.

No puedo dejar el análisis de este artículo, sin detenerme en el lenguaje y en particular en un giro utilizado por la ley en este artículo al expresar “se propenderá (...)”, giro, un tanto, criticado. De acuerdo al Diccionario de la RAE (Real Academia Española, 23° edición), “propender” significa: “(...) tender a algo”; a la luz de esta acepción parece, por lo menos, correcta la utilización del verbo en tanto procura “tender” a requerir una formación profesional al personal responsable de los archivos (véanse artículos 6° y 13° del Decreto reglamentario). Otra circunstancia es que el término empleado refleje adecuadamente la idea a expresar y sea coincidente con el espíritu de sus redactores iniciales. En principio, entiendo que el término sería válido al momento de la sanción de la ley.

Por su parte, los artículos 6° y 13° del Decreto 355/012 (reglamentario de la ley), establecen como requerimiento el título universitario de archivólogo a quienes ocupan la dirección técnica en gestión documental y archivo dentro de las instituciones, un paso más en procura de la profesionalización que se aspira.

Artículo 8°. (Derogaciones).- Derógase toda norma que se oponga a la presente ley. (Ley 18220)

Para finalizar el análisis del articulado, cabe mencionar que el texto del proyecto original contenía nueve artículos, siendo el noveno el correspondiente a las derogaciones, y el octavo establecía el acceso a los archivos. En el trámite parlamentario, el legislador entendió que por estar en proceso de discusión el proyecto de ley de acceso a la información pública, debía retirarse el artículo octavo original del proyecto de ley de archivos.

Este aspecto debe ser explicado a nivel internacional, pues en más de una ocasión he sido consultado acerca de por qué la ley uruguaya de archivos no incluyó la temática del acceso en su articulado. La respuesta es la misma: la previó, pero quedó pospuesto por estar en tratamiento un proyecto de ley específico en materia de acceso –más tarde: Ley 18381–. Por su parte, esta Ley de Acceso, en su artículo 6° establece la responsabilidad de los sujetos obligados de mantener “archivos organizados” para cumplir el pleno ejercicio del “derecho de acceso”; además, estos aspectos están mencionados en los artículos 4° (literal A), 10° y 14° de la Ley 18331 de Datos Personales.

Sobre la interdependencia de las leyes de archivos, de acceso y de transparencia –en particular el caso español–, remitimos a un interesante trabajo presentado en las Primeras Jornadas de Archivos de la Fundación Olga Gallejo, a cargo de un catedrático gaditano de derecho administrativo (Fernández Ramos, 2015).

En suma

La Ley Nacional de Archivos en Uruguay constituye una “ley marco” que, como queda demostrado, contiene un cúmulo relevante de disposiciones que, fiel al espíritu del anteproyecto, pueden desarrollarse sus contenidos por vía de reglamentación en el entorno de un mundo dinámico donde la constante es evolución y cambio permanente. Éste y otros aspectos del entonces proyecto de ley, fueron destacados en su oportunidad por la presentadora del proyecto y miembro informante, senadora Margarita Percovich.

Esta ley que nos ocupa –y su reglamentación–, nos plantean un escenario que se proyecta en extensa duración, a tener presente:

1) El Estado como responsable de conservar y organizar el Patrimonio Documental de la Nación;

2) Los documentos como elemento de prueba, garantía e información, aportando elementos para su definición;

3) La Administración como responsable y garante de las condiciones adecuadas (equipamiento y recursos humanos), para el tratamiento archivístico de los documentos;

4) Regulación de la función archivística a través de un órgano competente;

5) Un ámbito de aplicación amplio, obligatorio en el sector público y optativo en el sector privado;

6) El AGN como órgano rector de la política archivística nacional;

7) Creación del Sistema Nacional de Archivos y su implementación;

8) Profesionalización de los archivos y unidades de administración documental de las instituciones públicas. (Vázquez Bevilacqua, 2015).

Por su parte, en lo referente a la elaboración de un Anteproyecto de ley de regulación del ejercicio profesional del Archivólogo, fue redactada una primera propuesta por parte de un Grupo de Trabajo (Asociación Uruguaya de Archivólogos, 2009). Actualmente, las autoridades de la Asociación están procurando reimpulsar el reconocimiento legal de la profesión con la elaboración de un nuevo anteproyecto, que tiene como base y antecedente el anterior ya mencionado.

En otro orden, cabe señalar que, en la medida que Uruguay tuvo como referencia las legislaciones archivísticas a nivel comparado –en especial en el contexto iberoamericano–, donde estuvieron presentes las de: España, Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, México, Perú y Venezuela, actual-

mente otros países observan nuestra legislación en los procesos de estudio y construcción de normativa legal. Podemos señalar el caso de Chile, que se encuentra en proceso de rediseño de su institucionalidad cultural y patrimonial, previendo la creación de su Sistema Nacional de Archivos⁽⁶⁾ teniendo una particular referencia en la Ley Nacional de Archivos uruguaya.

Un Sistema Nacional de Archivos en construcción

Siguiendo al doctor Pedro López Gómez⁽⁷⁾, un sistema archivístico comprende: órganos (administrativos, técnicos, consultivos), normas de procedimiento (leyes, reglamentos, normas técnicas) y medios (recursos humanos, locales y equipamiento, presupuesto financiero). Por su parte, será el Real Decreto N° 1708/2011 del “Sistema Español de Archivos”, el que nos aporte un concepto breve y completo acerca de un sistema archivístico: “conjunto de normas reguladoras, así como de órganos, centros y servicios competentes en la gestión eficaz de los documentos y de los archivos”.

El Sistema Nacional de Archivos en Uruguay y su Ley –aún hoy- se encuentra en proceso de implementación, en tanto, podemos caracterizar a este Sistema como: “un sistema en construcción”; ligado a las características de la cultura organizacional –del Estado, la Administración y sus instituciones–, el grado de conciencia archivística –medida en el nivel de atención y cuidado de sus documentos y sus archivos–, el destino de recursos materiales y humanos y la preocupación y ocupación por la preservación del patrimonio documental.

El sector público, integrante de este Sistema, es actor y destinatario –más que relevante– del mismo. Las múltiples solicitudes de asesoramiento técnico al Archivo General de la Nación, la designación de referentes en materia de gestión y evaluación documental de una importante cantidad de instituciones públicas –ante el AGN y la Comisión de Evaluación Documental de la Nación (Decreto 355/012; Decreto 070/015; MEC, Resolución M-240/14 de 07/03/2014)–, la incorporación de archivólogos en un número creciente, así como el desarrollo de capacitaciones para el personal involucrado en la gestión documental y de los archivos, son testimonio de este proceso de implementación y revela que las instituciones del ámbito público se han involucrado en el cumplimiento de la Ley y de su decreto reglamentario.

A vía de ejemplo, podemos mencionar:

- AGESIC y el Banco Central del Uruguay, han celebrado convenios de cooperación interinstitucional con el Archivo General de la Nación. La primera, además designó sus representantes en la Comisión de Evaluación Documental de la Nación (véase Resolución N° 004/2013); y el segundo, ha desarrollado un sistema de gestión documental con apoyo técnico del AGN (véase Resolución N° D-307-2013).

- La Dirección General Impositiva –en el llamado a Licitación Pública N° 11/2016–, ha incluido dentro del capítulo delegación vigente, la Ley 18220 y su decreto reglamentario y ampliatorio, así como especificaciones técnicas y la obligatoriedad de contar con personal profesional a cargo (véase Pliego en el apartado de “Fuentes documentales” de este trabajo).

- El Tribunal de Cuentas –en una comunicación a la Asamblea General– sobre el mantenimiento de una observación del gasto a una Empresa pública del Estado, entre sus argumentaciones manifiesta el incumplimiento de la Ley 18220 y su Decreto reglamentario 355/012 frente a la eliminación no autorizada de documentación de procesos licitatorios (véanse Oficio del Tribunal de Cuentas en el apartado de “Fuentes documentales” y Resolución de 16 de diciembre de 2015 en el apartado de “Normas”).

Un elemento que debemos destacar, es el interés demostrado por instituciones del interior del país, con las que el AGN ha procurado dialogar y apoyar en la medida de las posibilidades. Sin este elemento, el Sistema no alcanzará una dimensión: “Nacional”.

En el ámbito privado, el Sistema –siguiendo las líneas trazadas en las legislaciones archivísticas a nivel comparado–, incluye la posibilidad de integrarse a él. No obstante, aún sobre este aspecto es necesario producir una mayor reglamentación que involucre e incentive a los archivos privados en el desarrollo archivístico nacional. Cabe mencionar, que la doctora Nuri Rodríguez Olivera (2013), en un trabajo sobre actualización normativa comercial se detiene en el Decreto 355/012 y la Ley 18220 señalando la regulación de la función archivística, la rectoría del Sistema Nacional de Archivos por parte del Archivo General de la Nación y la normativa en materia de acceso a los archivos, establecida en observancia a las leyes de

protección de datos personales y de acceso a la información pública.

Los grandes volúmenes documentales producidos en empresas e instituciones del sector privado, representativas del quehacer nacional, deben tenerse presente a la hora de su preservación para las futuras generaciones, como parte integrante del Patrimonio Documental de la Nación, en atención a su carácter testimonial y de fuentes para la investigación.

Leyes de Archivos en la jurisprudencia⁽⁸⁾

Archivología y Derecho

Los documentos de archivo, además de objeto de estudio de la Archivología, son fuente de seguridad jurídica para el Derecho. A través de ellos quedan representados hechos y actos jurídicamente válidos, permitiendo subrayar la máxima “el derecho es documentación” dada por Desantes Guanter (1987).

La necesidad de documentar derechos y obligaciones (estado civil, bienes, garantías, propiedad intelectual, etc.), implica mantener una estructura archivística/registral generadora de una creciente producción documental, portadora de seguridad jurídica. Una necesaria planificación de la producción, su conservación y organización –manteniendo su integridad, autenticidad y fidelidad– resulta medular en este proceso, así como atender el servicio de consulta a los usuarios que asegure el derecho de acceso.

De acuerdo a Braibant, los archivos cumplen una triple función:

- 1) conservar la memoria,
- 2) facilitar la gestión de las administraciones, y
- 3) permitir el ejercicio de los derechos a los ciudadanos; estos derechos quedan contenidos en documentos administrativos y judiciales (López Gómez, 2006).

En atención a lo antedicho, queda expresada a fuerte interrelación existente entre archivología y derecho.

Por su parte, el marco legal y su interpretación, en particular, la jurisprudencia nos aporta la vigencia del derecho aplicado a las situaciones concretas (Couture, 2013). Su conocimiento resulta trascendente para la vida social e institucional; las leyes de archivos y su aplicación jurisprudencial no escapan a esta realidad.

Jurisprudencia nacional uruguaya

En Uruguay, no existe jurisprudencia nacional sobre la Ley 18220 en cuestión (Poder Judicial, Base de Jurisprudencia Nacional, 2008-2017). Por otra parte, tampoco existe jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁽⁹⁾.

En atención a ello, se infiere que se trata de una norma jurídica que no ha generado conflictos de interpretación en el derecho uruguayo. La unanimidad otorgada en el momento de su sanción: Cámara de Senadores 26/26 y Cámara de Representantes 50/50, habla por sí del amplio respaldo otorgado al texto y sus postulados.

Jurisprudencia nacional extranjera

Costa Rica posee un desarrollado Sistema Nacional de Archivos, a cargo de su Archivo Nacional, según Ley N° 7.202 de 24 de octubre de 1990.

En atención a esta norma fue posible identificar jurisprudencia de aquel país, producto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2007 y 2015), por lo que remitimos a sus sentencias para ahondar en fundamentaciones y consideraciones.

Jurisprudencia internacional

En tanto, la jurisprudencia internacional en el Caso Gelman vs. Uruguay (Sentencia CIDH, 2011, 78-79), dedica un apartado a la organización documental y acceso a los archivos estatales. Asimismo, menciona expresamente la Ley del Sistema Nacional de Archivos de 2007 (Ley 18220) —entonces aún pendiente de reglamentación, efectivizada en 2012—; y señala la existencia de las leyes de datos personales y de acceso a la información pública —esta última valorada especialmente—, promulgadas por el Estado

uruguayo. A los efectos archivísticos, esta Sentencia destaca la importancia de la accesibilidad a los archivos, en tanto torna posible la consulta de los mismos garantizando el derecho de acceso, bajo una premisa, que estos archivos estén organizados científicamente.

Por otra parte, la resolución en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia de la referida Corte (Resolución CIDH, 2013, 6/32) sobre el caso *Gelman vs. Uruguay*, entre sus considerandos destacó la creación de un equipo de archivólogos para realizar el tratamiento técnico del fondo documental de la entidad responsable de las investigaciones históricas (párrafo 14, p. 6) y entre sus declaraciones mantiene abierta la etapa de supervisión –entre otros aspectos– hasta la adopción de medidas que permitan el acceso técnico a los documentos⁽¹⁰⁾ (...) que se custodian en archivos estatales (parte declarativa, numeral 4º, p. 32).

Algunas consideraciones finales

Derecho de acceso y accesibilidad a los archivos

En el marco de un trabajo sobre derecho a la información pública la doctora Claudia Arriaga, citando a García de Enterría (1993), nos dice:

(...) de todos los derechos nuevos, el de acceder a los archivos y registros administrativos es, sin duda, el más trascendental y está llamado a transformar radicalmente los hábitos tradicionales de nuestra Administración, que, a partir de ahora, está emplazada a actuar en despachos de cristal, a la vista de todos los ciudadanos y no sólo de los interesados en cada procedimiento concreto (Arriaga Villamil, 2005b).

Esta visión se completa –según lo enunciando por la doctora Arriaga–, al indicar que: “Para la salvaguardia del derecho a la información, es menester tomar la iniciativa para asegurar la preservación y accesibilidad de los documentos, para la consulta de todos, no solamente para los investigadores acreditados (Arriaga Villamil, 2005b).

El derecho de acceso y la accesibilidad constituyen un binomio inseparable a la hora de tornar –fácticamente– posible su realidad, que solo se logrará con archivos científicamente organizados.

Desafíos en el escenario nacional actual

Es necesario tener presente los principales desafíos que marca la legislación vigente en el Uruguay, la Ley Nacional de Archivos y su decreto reglamentario, a saber:

- Fortalecimiento del Archivo General de la Nación como órgano rector de la política archivística a nivel nacional;
- Implementación del Sistema Nacional de Archivos (en proceso);
- Instalación de la Comisión de Evaluación Documental de la Nación [actualmente en funcionamiento];
- Concientización, en los diferentes niveles de gobierno, de la necesidad del desarrollo de una política de evaluación documental a nivel nacional (en proceso);
- Ampliación y reestructuración del presupuesto y la estructura organizativa del Archivo General de la Nación, para concretar la puesta en práctica de los nuevos cometidos;
- Promoción de la creciente necesidad de Archivólogos formados en el nivel universitario;
- Regulación del ejercicio profesional del Archivólogo mediante sanción parlamentaria (ley);
- Capacitación de los recursos humanos vinculados a las funciones de administración documental y archivo. (Vázquez Bevilacqua, 2015).

Los archivos generales/nacionales de un país están llamados a ser piedra angular de la preservación del Patrimonio Documental de la Nación (Casas de Barrán, 2013). Estas instituciones archivísticas –en numerosos casos– orientan las políticas archivísticas y los sistemas nacionales de archivos de su respectivo país, en una estructura institucional que crea, regula y obliga, procurando brindar un adecuado servicio a los ciudadanos en aplicación del marco legal vigente en materia de: archivos, datos personales y

acceso a la información (Vázquez Bevilacqua, 2014).

A modo de conclusión

En tanto la ley de creación del Archivo General de la Nación –en el segundo cuarto del siglo XX– marcó un antes y un después en materia de avance de legislación archivística en el país (Ley 8015, 1926), en el comienzo del siglo XXI el punto de inflexión en el Uruguay está marcado por la ley de regulación de la Función Archivística y la creación del Sistema Nacional de Archivos (Ley 18220, 2007).

Así el estado de situación, continúa el proceso de construcción e implementación de un sistema archivístico nacional en el Uruguay.

Referencias

- Archivo General de la Nación (2011). *Censo-Guía de Archivos de Uruguay. Actualizaciones: Capital e Interior*. Montevideo: AGN. Recuperado de <http://www.agn.gub.uy/pdf/censoguia.pdf>
- Archivo General de la Nación (2016). *Norma Uruguaya de Descripción Archivística*. Montevideo: . Recuperado de <http://www.agn.gub.uy>
- Arriaga Villamil, C. (2005a). ¿Está constitucionalmente bien regulado nuestro patrimonio cultural? *Revista de Derecho Público*, (27), 33-46.
- Arriaga Villamil, C. (2005b). El derecho de acceso a la información pública. *Revista de Derecho Público*, (28), 69-82.
- Asociación Uruguaya de Archivólogos (1993). *Estatuto Social*. Recuperado de <http://www.aua.org.uy/estatuto.html>
- Asociación Uruguaya de Archivólogos (2009). *Anteproyecto de Ley de Regulación del ejercicio de la profesión de Archivólogo*. Montevideo: AUA. Recuperado de https://es.scribd.com/fullscreen/55848145?access_key=key-1nvwytoqu8mixfrswksf
- Cámara de Representantes (2007). *Diario de Sesiones. Votación del Proyecto de Ley del Sistema Nacional de Archivos* [Asunto 32407]. Montevideo, 5 de diciembre de 2007, Tomo 0, pp. 83-87, Diario 3470.
- Cámara de Senadores (2007). *Diario de Sesiones. Proyecto de Ley con Exposición de Motivos* [Asunto 32407]. Montevideo, 18 de abril de 2007, Tomo 441, pp. 403-405, Diario 148.
- Cámara de Senadores (2007). *Diario de Sesiones. Votación del Proyecto de Ley del Sistema Nacional de Archivos* [Asunto 32407]. Montevideo, 3 de julio de 2007, Tomo 443, pp. 23-24, Diario 159.
- Casas De Barrán, A. (2013). La memoria del país. En H. Achugar et al., *Cultura*, (pp. 49-63). Montevideo: Ministerio de Educación y Cultura.

- Couture, E. J. (2013). *Vocabulario Jurídico* (4ta. ed. act. y amp. por Á. Landoni Sosa). Montevideo: B de F.
- Delmas, B. y D'Olier J. H. (1974). *La Planification des infrastructures nationales de documentation de bibliothèques et d'archives: esquisse d'une politique générale*. París: UNESCO.
- Desantes Guanter, J. M. (1987). *Teoría y Régimen Jurídico de la Documentación*. Madrid: EUDEMA.
- Fernández Ramos, S. (2015). Leyes de transparencia y leyes de archivos: dos sistemas interdependientes. *Actas de las I Jornadas "Olga Gallego" de Archivos*, (pp. 27-62). Recuperado de http://fundacionolgallego.gal/upload/recursos/cat_2/44/transparencia_1_olgallego_def.pdf
- Fuster Ruiz, F. (1999). Archivística, archivo, documento de archivo. Necesidad de clarificar los conceptos. *Anales de Documentación*, 2, 103-120. Recuperado de <http://revistas.um.es/analesdoc/article/view/2631/2611>
- Jardim, J. M. (2010). *Políticas y sistemas de archivos*. México: SEGIB-RADI (Colección Archivum I).
- López Gómez, P. (2006). Política archivística en acción: ingresos y destrucciones en los archivos históricos del Estado. En V. Cortés Alonso et al., *Los archivos españoles en el siglo XX: Políticas archivísticas y producción bibliográfica*. Tomo I, (pp. 17-71). Madrid: ANABAD.
- Ministerio de Cultura (1995). *Diccionario de Terminología Archivística* Recuperado de <https://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/archivos/mc/dta/diccionario.html>
- RAE (2014). *Diccionario de la Real Academia Española* (DRAE, 23° Ed.) Recuperado de www.rae.es
- Rodríguez Olivera, Nuri (2013). *Actualización normativa de derecho comercial uruguayo*. Montevideo: Thomson La Ley.

Subdirección General de los Archivos Estatales de España. *Censo-Guía de Archivos de España e Iberoamérica*. Recuperado de <http://censoarchivos.mcu.es/CensoGuia/portada.htm>

Vázquez Bevilacqua, M. (2014). Arquivos Nacionais. Entre a responsabilidade estatal e a prestação de serviços aos cidadãos: o caso do Uruguai. *Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro*, (8), 107-112. Recuperado de http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4204432/4133801/revista_agcrj_oito.pdf

Vázquez Bevilacqua, M. (2015). *La Evaluación desde la gestión del documento en un país en vías de desarrollo*. Tesis – III Maestría en Gestión Documental y Administración de Archivos [Tanodi, Branka (dir.)]. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía. Recuperado de <http://dspace.unia.es/handle/10334/3457>

Vázquez Bevilacqua, M. (2016). Egresados en Archivología en el Uruguay 1985-2015: Treinta años después... ¿Cuántos somos? *Informatio*, 21 (2), 121-140. Recuperado de <http://informatio.eubca.edu.uy/ojs/index.php/Infor/article/view/193/276>

Vázquez Murillo, M. (2008). *Administración de documentos y archivos: planteos para el siglo XXI*. (3º Ed. Amp.). Buenos Aires: Alfagrama.

Bibliografía

Barranco García, V. y Queijo Fellosa, E. G. (2016). Primer acercamiento a la historia de la Archivología en el Uruguay. *Revista del Archivo Histórico de la Asamblea Legislativa de Bolivia*, (43), 31-44.

Casas De Barran, A. (2004). El derecho a la información: el Archivo General de la Universidad como garantía de los derechos universitarios. *Revista de Derecho Público*, (25), 103-107.

- CIA/ICA (1996). *Código de Deontología para Archiveros*. Aprobado por la Asamblea General del CIA/ICA en el XIII Congreso Internacional de Archivos, Pekín (China), el 6 de setiembre de 1996. Adoptado por el V Congreso de Archivología del MERCOSUR, en Córdoba (Argentina), el 30 de agosto de 2003. (Trad. L. Hernández Olivera). Recuperado de <http://www.aua.org.uy/codigosdeo.html>
- Cortés Alonso, V. (1981). *Sistema Nacional de Archivos y Gestión de Documentos: RAMP Proyecto Piloto* [Perú]. París: UNESCO.
- Jaén García, L. F. (2006). *El sistema nacional de información archivística*. San José de Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Ketelaar, E. (1985). *Legislación y reglamentos en materia de archivos y gestión de documentos: estudio RAMP con principios rectores (PGI-85/WS/9)*. París: UNESCO. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0006/000649/064948so.pdf>
- Mendoza Navarro, A. L. (2002). *Legislación Archivística: lo que el archivero debe conocer*. Lima: Perú Textos SAC.
- Nahabetián Brunet, L. (2015). Protección de datos y gestión documental: Decálogo ampliado para la sociedad de la información. *Revista de la Facultad de Derecho*, (39), 199-225. Recuperado de <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/527/591>
- Rhoads, J. B. (1983). *La función de la gestión de documentos y archivos en los sistemas nacionales de información: un estudio del RAMP (PGI-83/WS/21)*. París: UNESCO. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000566/056689so.pdf>
- Melgar, M y Hernández, L. (Ed.) (2012). *El derecho a saber y el deber de la privacidad: el acceso a los documentos*. Salamanca: ACAL. Serie Tábula N° 15.

- Tanodi, A. (2009). *Manual de Archivología Hispanoamericana: teorías y principios* (Rev. y act. por B. Tanodi). Córdoba (Argentina): Brujas.
- Vázquez Bevilacqua, M. (2015). Patrimonio documental y legislación archivística en la gestión cultural: una experiencia de formación de posgrado [Texto de conferencia]. *Archivalia* (UNAN-León), 8(14), 18-23. Recuperado de <http://sibul.unanleon.edu.ni/img/archivalia/Archivalia14.pdf>
- Vázquez Bevilacqua, M. (2016). Evaluación Documental: Estudio Teórico Comparado-Evolutivo (1898-2013). *Anuario Escuela de Archivología* (UNC-Córdoba), V-VI, 173-191. Recuperado de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/anuario/article/view/16021>
- Vázquez Bevilacqua, M. (2017). Archivología Jurídica: Aportes, reflexiones y planteo transdisciplinar. *Revista del Archivo Histórico de la Asamblea Legislativa de Bolivia*, (48).
- Uruguay. Archivo General de la Nación (2017). Recuperado de www.agn.gub.uy

Fuentes documentales

- Acta de instalación de la Comisión de Evaluación Documental de la Nación [Firmantes: Ministro de Educación y Cultura, Directora del Archivo General de la Nación, Escribana actuante]. Montevideo, 25 de marzo de 2014. Recuperado de <http://www.agn.gub.uy/pdf/actainstala.pdf>
- Anteproyecto de Ley Nacional de Archivos. Grupo de Trabajo de la Ley de Archivos: AGN, UDELAR/EUBCA, AUA, AsF. Montevideo, 11 de diciembre de 2006.
- Anteproyecto de Ley Nacional de Archivos. Texto revisado y corregido por el Archivo General de la Nación. Montevideo, 29 de marzo de 2007.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes. Sanción del Proyecto de Ley del Sistema Nacional de Archivos [Asunto 32407]. Montevideo, 5 de diciembre de 2007, Tomo 0, pp. 83-87, Diario 3470.

Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Entrada del Proyecto de Ley con Exposición de Motivos. Montevideo, 18 de abril de 2007, Tomo 441, pp. 403-405, Diario 148.

Informe de la Comisión de Educación y Cultura de la Cámara de Representantes [En sesión, recibe invitada a la Directora del Archivo General de la Nación y aprueba el proyecto de ley sin modificaciones]. Carpeta 1905/2007, Repartido N° 1008 (Anexo I) de 5 de setiembre de 2007.

Memorias Anuales del Archivo General de la Nación (2005-2016). Recuperado de <http://www.agn.gub.uy/informacion.html>

Oficio N° 101/16 del Tribunal de Cuentas al Presidente de la Asamblea General. Montevideo, 5 de enero de 2016. Recuperado de <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/128288-2016001013846402.PDF>

Pliego de Licitación Pública N° 11/2016 “Servicio de organización, logística, guarda y gestión del Archivo Documental de la DGI”, Dirección General Impositiva. Recuperado de https://www.comprasestatales.gub.uy/Pliegos/pliego_537672.doc

Proyecto de Ley Nacional de Archivos presentado a la Cámara de Senadores. Firmantes: Margarita Percovich, José Korzeniak, Alberto Breccia, Mónica Xavier, Jorge Saravia, Víctor Vaillant, Nora Castro, Juan José Bentancor, Carlos Baraibar, Alberto Couriel, Susana Dalmás, Eleuterio Fernández Huidobro, Eduardo Lorier, Lucía Topolansky, Alberto Cid, Luis Oliver. Montevideo, 18 de abril de 2007.

Proyecto de Ley [Nacional de Archivos] sustitutivo de la Comisión de Educación y Cultura de la Cámara de Senadores. Carpeta 797 de 2007, Repartido N° 490 (junio de 2007). Firmantes: Margarita Percovich, Alberto Breccia, Ruperto Long, Gustavo Penadés, Julio María Sanguinetti. Montevideo, 13 de junio de 2007.

Versión taquigráfica de la sesión de la Comisión de Educación y Cultura de la Cámara de Senadores [Recibe invitada a la Directora del Archivo General de la Nación]. Distribuido N° 1702 de 6 de junio de 2007.

Normas

Costa Rica. Ley del Sistema Nacional de Archivos. Ley N° 7.202 de 24 de octubre de 1990. Recuperado de www.archivonacional.go.cr/pdf/ley_7202.doc La Gaceta N° 225, 27 noviembre 1990.

España. Real Decreto N° 1708/2011, Sistema Español de Archivos [Reglamentario de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español]. Madrid, 18 de noviembre de 2011. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-18541>

Provincia Oriental. Decreto de la Gobernación y Capitanía General [Creación del Archivo General del Gobierno Provisorio]. Canelones, 5 de marzo de 1827. En E. Armand Ugón et al., *Compilación de Leyes y Decretos*, Tomo 1 (p.73). Montevideo: 1930.

Uruguay. Constitución de la República de 1967 [Actualizada]. Recuperado de <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>

Uruguay. Decreto N° 713/974 [Reglamentario de la Ley N° 8.015 de 28 de octubre de 1926 – Creación del Archivo General de la Nación]. Montevideo, 5 de setiembre de 1974. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/713-1974> Diario Oficial, 19 setiembre 1974.

Uruguay. Decreto N° 355/012 [Reglamentario de la Ley del Sistema Nacional de Archivos]. Montevideo, 31 de octubre de 2012. Recuperado de www.agn.gub.uy Diario Oficial, 09 noviembre 2012.

Uruguay. Decreto N° 070/015 [Ampliatorio del Decreto Reglamentario 355/012 del Sistema Nacional de Archivos]. Montevideo, 3 de febrero de 2015. Recuperado de www.agn.gub.uy/ Diario Oficial, 09 marzo 2015.

Uruguay. Ley N° 8.015, Archivo y Museo Histórico Nacional [Creación del Archivo General de la Nación]. En E. Armand Ugón et al., *Compilación de Leyes y Decretos*, Tomo 53, 1926. Montevideo: 1930, pp. 247-249.

- Uruguay. Ley N° 14.040, Comisión del Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural de la Nación. Montevideo, 20 de octubre de 1971. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/14040-1971>. Diario Oficial, 27 octubre 1971.
- Uruguay. Ley N° 18.220, Sistema Nacional de Archivos. Montevideo, 20 de diciembre de 2007. Recuperado de www.agn.gub.uy Diario Oficial, 08 enero 2008.
- Uruguay. Ley N° 18.331, Protección de Datos Personales y Acción de Habeas Data. Montevideo, 11 de agosto de 2008. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18331-2008> Diario Oficial, 18 agosto 2008.
- Uruguay. Ley N° 18.381 Derecho de Acceso a la Información Pública. Montevideo, 17 de octubre de 2008. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18381-2008> Diario Oficial, 07 noviembre 2008.
- Uruguay. Resolución N° 851/994 de 21 de julio de 1994 del Ministro (I) de Educación y Cultura [Reconocimiento de la personería jurídica de la Asociación Uruguaya de Archivólogos]. Recuperado de <http://www.impo.com.uy/diariooficial/1994/08/18/20> Diario Oficial, 18 agosto 1994.
- Uruguay. Resolución N° 1179/005 de 24 de octubre de 2005 del Presidente de la República [Declaración de interés nacional del Censo Nacional de Archivos a cargo del Archivo General de la Nación]. Recuperado de <http://www.impo.com.uy/bases/resoluciones/1179-2005> Diario Oficial, 28 octubre 2005.
- Uruguay. Resolución N° 004/013 de 20 de febrero de 2013 del Consejo Directivo Honorario de AGESIC [Designación de representantes en la CEDN]. Recuperado de http://www.agesic.gub.uy/innovaportal/file/2711/1/resolucion_004_2013.pdf

Uruguay. Resolución N° D-307-2013 de 4 de diciembre de 2013 del Directorio del Banco Central del Uruguay [Aprobación del programa de gestión documental]. Recuperado de <http://www.bcu.gub.uy/Acerca-de-BCU/Concursos/Material-Analista-Abogado/R.N%C2%B0D%20307%202013.pdf>

Uruguay. Resolución M-240/14 de 7 de marzo de 2014 del Ministro de Educación y Cultura [Integración de la Comisión de Evaluación Documental de la Nación, que funcionará en la órbita del Archivo General de la Nación].

Uruguay. Resolución N° 403/014 de 30 de julio de 2014 del Poder Ejecutivo [Créase un Grupo de Trabajo Archivístico Interinstitucional dependiente de la Presidencia de la República]. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/resoluciones/403-2014> Diario Oficial, 06 agosto 2014.

Uruguay. Resolución de 16 de diciembre de 2015 del Tribunal de Cuentas. Recuperado de www.tcr.gub.uy/archivos/resoluciones_15201_r2015-17-1-0005744.doc

Uruguay. Resolución N° 016/2016 de 22 de junio de 2016 de la Directora del Archivo General de la Nación [Adopción de la NUDA – Norma Uruguaya de Descripción Archivística]. Recuperado de www.agn.gub.uy [Consulta: 19/07/2017].

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Sentencia de 24 de febrero de 2011. García-Sayán, D.; Franco, L. A.; Ventura Robles, M. E.; May Macaulay, M.; Abreu Blondet, R.; Vio Grossi, E. (Firmantes). [Caso Gelman vs. Uruguay, párrafos 279-282, pp. 78-79]. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Resolución de 20 de marzo de 2013 [Supervisión en etapa de cumplimiento de la Sentencia de 24 de febrero de 2011]. García-Sayán, D.; Ventura Robles, M. E.; de Figueredo Caldas, R.; Vio Grossi, E.; Sierra Porto, H. A.; Ferrer Mac Gregor Poisot, E. (voto razonado); (Firmantes). [Caso Gelman vs. Uruguay, pp. 6/32]. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf

Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia. Resolución N° 2007006307, 08 mayo 2007. Solano C., L. F.; Calzada M., A. V.; Vargas B., A.; Armijo S., G.; Jinesta L., E.; Cruz C., F.; González Q., H. (Firmantes). Recuperado de <https://vlex.co.cr/vid/-499118698>

Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto. Resolución N° 2015002133, 17 febrero 2015. Armijo S., G.; Jinesta L., E.; Castillo V., F.; Hernández L. N.; Cruz C., F.; Rueda L., P.; Salazar A., L. F. (Firmantes). Recuperado de http://www.nacion.com/sucesos/poder-judicial/Voto-Sala-Constitucional_LNCFIL20150218_0001.pdf

Uruguay. Poder Judicial. Base de Jurisprudencia Nacional. Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>

Uruguay. Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA). Fallos. Recuperado de <http://www.tca.gub.uy/>

Notas

¹ EUBCA: Escuela Universitaria de Bibliotecología y Ciencias Afines, hoy Instituto de Información de la Facultad de Información y Comunicación (Universidad de la República – Uruguay).

² Lic. Manuel Vázquez (1932-2013). Ex Profesor de la Escuela de Archivología de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

³ Función archivística, se define como: “grupo de actividades interrelacionadas que contribuyen a lograr los objetivos de salvaguardia y conservación de los documentos de valor permanente, y garantizar que sean accesibles e inteligibles” (Consejo Internacional de Archivos – ICA).

⁴ La Dra. Antonia Heredia Herrera –ex Archivera del Archivo General de Indias y ex Directora del Archivo General de Andalucía, España– y el Dr. Vitor Manoel Marques da Fonseca –Profesor de la Universidad Federal Fluminense y ex Profesional del Arquivo Nacional, Brasil–.

⁵ Debe tenerse presente un elemento adicional: la necesaria capacitación básica de los funcionarios involucrados en la gestión de documentos y archivos.

⁶ Congreso Nacional de Chile: Proyecto de Ley aprobado el 16 de agosto de 2017, de creación del “Ministerio de las Culturas, de las Artes y el Patrimonio”; en su Artículo 33° crea el “Sistema Nacional de Archivos” de Chile.

⁷ Dr. Pedro López Gómez: Ex Catedrático de la Universidad de La Coruña y ex Director del Archivo del Reino de Galicia, España.

⁸ Agradezco a la Biblioteca de la Asociación de Escribanos del Uruguay (AEU) –en la persona de la Lic. Gabriela Quesada–, la revisión de jurisprudencia en las bases de datos a las que la Asociación está suscripta, a saber: La ley online Uruguay, CADE, El derecho digital e IJ Editores, además de la Base de Jurisprudencia Nacional.

⁹ La consulta al enlace “fallos de interés” del sitio web del TCA, tampoco arrojó existencia de sentencias de este Tribunal que refieran a la Ley 18220, así como al Decreto 355/012.

¹⁰ Con relación a este punto, cabe anotar que la Presidencia de la República creó –bajo su dependencia– un Grupo de Trabajo Archivístico Interinstitucional (Resolución N° 403/014 de 30 de julio de 2014).

CONTRIBUCIONES ESPECIALES

Pablo Guerra✉

¿Cómo evaluar las revistas científicas? Acerca de las limitaciones del Índice de Impacto por citas

*How to evaluate scientific journals?
About limitations of the citation index impact*

*¿Como avaliar periódicos científicos?
Sobre as limitações do Fator de impacto da citação*

Resumen: *Existen miles de revistas científicas en todo el mundo, muchas de ellas surgidas a partir de las mayores posibilidades generadas por las nuevas tecnologías de la información. Tal cantidad ha obligado en los últimos años a varias agencias del ecosistema de publicaciones científicas a tener indicadores objetivos de calidad. Lo que a priori podría considerarse una iniciativa muy razonable, en los hechos se ha convertido en un asunto muy debatido en el mundo académico por las ineludibles aspectos vinculados al poder que se asoman a la hora de definir quiénes y cómo se establecen los criterios de evaluación. En el presente artículo sostendremos una posición crítica respecto a los modelos hegemónicos en el mundo, impulsando una mirada alternativa que tenga en cuenta las realidades de los países hispanoparlantes así como los diferentes puntos de partida de las ciencias sociales respecto a las denominadas “ciencias duras”.*

Palabras clave: *factor de impacto, revistas científicas, investigación científica.*

Abstract: *There are thousands of scientific journals around the world, many of them arising from greater possibilities by the ICT. A lot of them, should have build objective indicators of quality in the past years by several agencies of the scientific publications ecosystem. It was a reasonable initiative? In fact it has become a one of the most debated topic in academia by the inescapable aspects linked to the power*

✉ Profesor Agregado Facultad de Derecho, Carrera de Relaciones Laborales. Investigador Activo SNI.

✉ pablo.guerra@fder.edu.uy

that is in defining who and how establish the measure criteria. In this article we sustain a critical position regarding the hegemonic world models, promoting an alternative look that takes into account the realities of Spanish-speaking countries as well as the different starting points of the sciences social about the “hard sciences”.

Keywords: *Impact factor; scientific journals, scientific research.*

Resumo: *Nos temos milhas de revistas científicas em todo o mundo, muitas das quais surgiram a partir das maiores possibilidades geradas pelas novas tecnologias de informação. Tal quantidade levou a que nos últimos anos, várias agências do ecossistema de publicações científicas propusieran indicadores de qualidade. O que a priori pode-se considerar uma questão muito razoável, em contrapartida, tornou-se um problema muito debatido em todo o mundo, por questões profundamente ligadas ao poder. En el presente artículo expongo una posición crítica sobre los modelos hegemónicos en el mundo, impulsando una perspectiva alternativa, que tenga en cuenta las realidades de los países hispanoparlantes así como los diferentes puntos de partida de las ciencias sociales sobre las denominadas “ciencias duras”.*

Palavras-chave: *fator de impacto, revistas científicas, pesquisa científica.*

Introducción

El pasado 15 de diciembre de 2017 la Asociación Uruguaya de Revistas Académicas (AURA) organizó un Panel para debatir cómo se evalúan a los investigadores nacionales según dónde publican sus resultados de investigación. Lo más destacado de esa interesante jornada de trabajo vino por parte de las autoridades del Sistema Nacional de Investigadores, quienes claramente establecieron que en Uruguay no aplican los criterios hegemónicos gestados en el primer mundo y para las ciencias básicas, que consiste básicamente en evaluar la calidad de las revistas a partir del denominado “factor de impacto”. Según las declaraciones de Gerardo Caetano y Pablo Chilibroste, a la hora de evaluar las publicaciones de nuestros científicos, no se toman en consideración los habituales rankings que diseñan algunas multinacionales del sector. Respecto a si hay alguna diferencia de valor entre publicar en revistas nacionales o extranjeras, los delegados de la Comisión de Evaluación del SNI fueron categóricos: “No hay ninguna regla, ni criterio que diga que las publicaciones extranjeras valen más que las publicaciones nacionales” (AURA, 2017). Dicho de otra manera, todas las revistas en la medida que sean arbitradas por pares tienen el mismo peso. Se esperará de un investigador entonces, que publique buenas producciones dentro y fuera del país, en una amplia gama de revistas siendo el criterio de arbitraje el más decisivo. Esta posición, que compartimos, sin duda rompe con los esquemas más habituales entre las agencias e instituciones académicas que evalúan a sus integrantes, donde impera el criterio de puntuar más alto a quienes publican en revistas con mayor impacto. Si bien la enorme cantidad de revistas en todo el mundo¹ obliga a nuestras instituciones a analizar la calidad de las mismas, la posición que defendemos en este artículo es que el impacto por citas, si bien atractivo en un principio, no es conveniente ni justo como criterio de aplicación en el campo de las ciencias sociales y en el contexto de países de la periferia del mundo. En las siguientes líneas explicaremos por qué debemos marcar distancias respecto al FI y desde dónde podríamos comenzar a discutir en Uruguay posibles estrategias para clasificar nuestras revistas.

¿Qué es el Factor de Impacto y cuáles sus debilidades?

En los últimos años se ha divulgado el denominado FACTOR DE IMPACTO que considera la cantidad de citas que cada revista ha tenido en un período de tiempo (por lo general dos años). Destaca en tal sentido el Journal Citation Report (JCR) de la empresa Thomson Reuters. Teniendo en cuenta sus limitaciones y el hecho que muchas instituciones obligan a sus investigadores a publicar en las revistas mejor rankeadas como condición para mantener el estatus de investigador, se ha extendido el malestar de muchos académicos (“publish or perish” dicen en tierras anglosajonas) que consideran a este mecanismo tan inapropiado como impertinente. ¿Razones? Veamos algunas en formato de pregunta:

1) ¿Es el número de citas el indicador más apropiado? En la tradición científica se esgrime como argumento que toda producción científica bebe de fuentes, por lo tanto es de rigor citar los antecedentes que influyen en los nuevos resultados. En los hechos, sin embargo, se cita por varias razones y no solo para mostrar otras valiosas investigaciones que avalan o anteceden a las nuestras. Por ejemplo, a veces citamos para distanciarnos de una posición y/o autor. A manera de ejemplo, en ciencias sociales Marx es un típico autor que se cita muchísimo, pero tantas veces para justificar un estudio científico como para mostrarlo como completamente errado en sus visiones. Con eso queremos decir que no es válido partir de la base que las citas por sí mismas sean un indicador de calidad ni de una revista ni de un autor. Además, las citas no son un indicador justo, pues su número depende de las áreas temáticas: por ejemplo, se sabe que las disciplinas se citan más que las subdisciplinas; y las grandes áreas temáticas se citan más que las sub áreas; lo mismo con las nuevas temáticas científicas respecto a las tradicionales, y todo ello por la sencilla razón que hay mayor cantidad de investigadores en áreas y temáticas consolidadas. Es así que un texto de “sociología de la educación” tendrá normalmente mayor potencialidad de ser citado que otro sobre “el impacto de las pruebas PISA en alumnos del ciclo básico del Departamento de Tacuarembó”. Por lo demás, siguiendo con las limitaciones de estos sistemas, lamentablemente es más chic citar a un colega conocido que a uno desconocido (lo que Robert Merton denominó el “efecto Mateo”), y en la misma línea, se cita más a las revistas del primer mundo antes que a las del tercer mundo, o incluso hay quienes prefieren citar más a autores clásicos muertos hace siglos que a colegas potencialmente “peligrosos” en la medida que sean más citados que uno

mismo. Un capítulo aparte es el hecho que se cite más en inglés que en castellano, a pesar que el español es la segunda lengua materna del mundo tras el mandarín. De hecho, las principales bases de datos están sesgadas hacia las revistas publicadas en inglés y más aún: “La supremacía de la lengua inglesa en el campo científico es un hecho afianzado... y no tiene visos de cambiar durante las próximas décadas” (Miró et al, 2016, 34).

2) ¿Qué límites tiene el factor de citas desde el punto de vista metodológico?

Son varios los límites de este indicador, a saber:

- El factor se aplica a la Revista en su conjunto, pero claramente no todos sus artículos reciben la misma cantidad de citas. Hasta es probable que algunos artículos nunca sean citados. O sea, publicamos en una revista por su supuesto alto impacto, pero quizá alguno de nuestros artículos no tenga impacto alguno entre colegas.

- No distingue ni el tipo de texto que es citado, ni motivos o razones que llevan a su citación. Como dijimos antes, quizá la cita sea a los efectos de mantener distancia y hasta confrontación.

- Si solo tomamos en cuenta las publicaciones en un determinado período de tiempo (p.e. los últimos dos años), dejamos de lado las eventuales citas a publicaciones anteriores.

- Este sistema contribuye a una suerte de mecanismo de “auto citaciones”: sabemos de revistas que escriben a sus potenciales autores para que hagan el esfuerzo de citar artículos ya publicados en ediciones pasadas. También es conocido en el mundillo de los académicos ciertos “pactos de reciprocidad”, por la cuál algunos autores se citan entre sí.

- Es un sistema endogámico, pues como dice Herrán: “el índice de impacto de una revista se define en función de las citas recibidas de autores que publican en las revistas de impacto indexadas que componen las bases de datos que publican los propios índices” (Herrán, 2012, 7). Por desgracia, las citas que se generan en otros ámbitos fuera de estos sistemas cerrados no son tomadas en cuenta.

3) ¿Las revistas de ciencias sociales son especialmente castigadas por estos indicadores de moda?

Si. Como señala incluso la propia Thomson Reuters, las citas en ciencias sociales y humanidades suelen darse con otros tiempos respecto a las ciencias básicas. Además, claramente en ciencias sociales la obsolescencia de las citas no se compara con las ciencias básicas. Pensemos por ejemplo en los estudios históricos y la dificultad de contar allí con citas recientes. Veamos dos datos contundentes en este sentido. En primer lugar, el índice de Price, que mide el porcentaje de referencias con cinco años de antigüedad o menos, en relación al total de referencias citadas, por ejemplo, es de 41,9% en Inmunología y de 27,9% en ciencias sociales (Arias, 2017, 15). En segundo lugar, Herrán citando a Hamilton, señala que “el 75% de los trabajos publicados en revistas de Ciencias Sociales no son nunca citados” y ese porcentaje aumenta al 98% en Humanidades (Herrán, 2012, 13).

Hay otro aspecto que también perjudica a las revistas de ciencias sociales y es referido a cómo determinada concepción de ciencia termina afectando los requisitos para ingresar a los catálogos más demandados. Me refiero por ejemplo al requisito de mencionar la fuente de financiación de la investigación, lo que indica un sesgo hacia la investigación experimental en detrimento de la investigación teórica. Recordemos que en ciencias sociales, muchos artículos son fundamentalmente reflexivos y no implican necesariamente inversiones para trabajo de campo y de laboratorio.

4) ¿Son realmente de mayor calidad las revistas rankeadas en instrumentos como JCR?

No. Ese es solo un supuesto. Desde el punto de vista científico lo único que se puede afirmar con esas revistas, es que son las más citadas de acuerdo a criterios metodológicos que como vimos, presentan algunas limitaciones pero también algunos riesgos desde el punto de vista de qué ciencia pretendemos construir y cómo queremos comunicar nuestros conocimientos. Y es que muchas veces con el afán de guiarnos solo por indicadores perdemos el rumbo acerca de cómo podemos contribuir mejor como investigadores al bien común (nótese cómo la publicación del libro ha perdido estatus frente a la publicación del paper; o cómo con la propensión a publicar en inglés perdemos de referencia a nuestros potenciales lectores más cercanos). A eso se

suma lo que señala Mato, es decir, cómo “la presión por publicar” altera el trabajo de los investigadores y afecta a la calidad científica, “convirtiendo lo que era un medio en un fin” (Mato, 2017). El resultado es que a veces, terminamos cortando artículos con resultados fragmentados solo para que un trabajo que podría publicarse como una obra completa, dé lugar a dos o tres artículos en revistas científicas. ¿Eso es fomentar la calidad? Más bien creo que es fomentar conductas no deseadas.

Claramente, además, existen revistas de mucha calidad que por no entrar en las reglas de juego ya impuestas, quedan por fuera de esos circuitos hegemónicos. Pero aún seguirán siendo revistas de alta calidad.

En esta línea, digamos que otros eventuales criterios de calidad podrían no estar correlacionados a los criterios manejados por el JCR. Un estudio de correlaciones llevado adelante por Matías Gámez aplicado a revistas de psicología, demostró en tal sentido que revistas muy bien rankeadas en el JCR estaban muy mal posicionadas de acuerdo a los criterios de calidad de Latindex, que claramente son de otra naturaleza (Gámez, 2013). Dicho de otra manera, de cómo midamos la calidad dependerá qué resultados obtengamos.

5) ¿Por qué debemos jugar con las reglas de juego que otros imponen? Las reglas del juego han sido desarrolladas por quienes sacan mayor partido de ellas (primer mundo, lengua inglesa, ciencias básicas). Adoptarlas desde las periferias parece una política desacertada pues las probabilidades de que nuestras revistas lleguen a estar entre las de mayor ranking del mundo parece hoy más que una utopía, una quimera. Es así que cada vez mayor cantidad de académicos reclaman sistemas de mediciones locales.

Nuestra posición, en ese sentido, es que debemos avanzar hacia mecanismos de evaluación de calidad de las revistas sin las presiones del entorno que responden a intereses concretos que muchas veces son claramente anti-científicos, caso de los intereses meramente mercantilistas. Una posibilidad es erradicar los criterios basados en las citas y pasar a criterios centrados en las políticas editoriales, con especial énfasis en los procesos de revisión. Los criterios de calidad que maneja Latindex nos ayudaría mucho en tal sentido. Latindex es un sistema de evaluación creado para los países iberoamericanos. Para entrar a su Catálogo hay que cumplir determinados criterios de calidad (se evalúan 36 ítems en revistas en línea y 33 en revistas en papel). Algunos

de ellos como el sistema de arbitraje, la presencia de evaluadores externos y autores externos, son de especial pertinencia para pensar en criterios de calidad de las revistas. Obviamente que el desafío será controlar que efectivamente esas políticas editoriales se cumplan en tiempo y forma.

Conclusiones

El auge de las revistas científicas en todo el mundo, impulsadas entre otras razones por el avance de las TICs y por los nuevos criterios de evaluación de los investigadores, ha puesto en la mesa del debate académico la forma en cómo evaluamos su calidad. Lentamente, metodologías basadas en el cálculo de citas como las que lleva adelante el Factor de Impacto vienen siendo cuestionadas por amplios sectores que impulsan miradas contra hegemónicas a este fenómeno.

Considerando las limitaciones del FI y su sesgo contra las producciones de ciencias sociales generadas en países de la periferia del mundo, sostenemos la necesidad de una nueva mirada que logre evaluar la calidad de las revistas de manera alternativa. En tal sentido, confiamos más en un viraje hacia la evaluación centrada en los procesos de revisión de nuestras revistas. Para el caso nacional, la presencia de una asociación como AURA podría ser clave para instrumentar sistemas de auto certificación participativa de manera de asegurar un control adecuado sobre aquellos indicadores que sean elegidos como los más pertinentes para una correcta evaluación de calidad.

Referencias

- Arias, F. (2017). Obsolescencia de las referencias citadas: un mito académico persistente en la investigación universitaria venezolana. *E-Ciencias de la Información*, 7(1),15-30.
- AURA (2017). Evaluación de los investigadores según dónde publican sus artículos de investigación. Mesa Redonda, inédito.
- Benavent, R., González, A. y Valderrama, J. C. (2007). El factor de impacto de las revistas científicas: limitaciones e indicadores alternativos. *ResearchGate*. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/28806635_El_factor_de_impacto_de_las_revistas_cientificas_limitaciones_e_indicadores_alternativos
- Gámez, M. (2013). La evaluación de revistas de psicología: correlación entre el factor de impacto, el índice h y los criterios de Latindex. *Investigación Bibliotecológica*, 27(61), 15-27.
- Herrán, A. (2012). Algunas Críticas a la Evaluación del Profesorado Universitario Centrada en el Impacto. En A. de la Herrán y J. Paredes (Coords.), *Promover el cambio pedagógico en la universidad*. Madrid: Pirámide (Colección Pedagogía y Didáctica).
- Journal Impact Factor (2017). *Annual Reviews Rankings in JCR*. Recuperado de <http://www.annualreviews.org/about/impact-factors>
- Mato, J. M. (2017). Jornada sobre la publicación en revistas científicas. *Csic.es*. Recuperado de <http://www.fgcsic.es/sala-de-prensa/noticias/jornada-sobre-la-publicacion-en-revistas-cientificas>
- Miró, Ó., Fernández, I. y González, J. (2016). Presencia y relevancia de las revistas científicas editadas en lengua española incluidas en el repertorio JCR. *Tremédica*, 17(43), 34-45.

Notas

¹ Solo la base de datos de Web of Science recoge información de más de 11.000 revistas científicas de todo el mundo. Cfr. Journal Impact Factor (2017).

RECENSIONES

Mariana Malet Vázquez ↵

Recensión de: LA LUCHA POR EL PASADO.
Cómo construimos la memoria social. Elizabeth Jelin.
Ed. Siglo XXI. Buenos Aires. 2017 (302 págs)

El 29 de noviembre de 2017, organizada por Extensión de la Universidad de la República, se realizó la presentación de este libro de la socióloga argentina Elizabeth Jelin. A lo largo de su vida se ha dedicado especialmente a la investigación sobre los Derechos Humanos, la represión política y las memorias, junto con el abordaje de otros temas que se vinculan fácilmente con aquéllos, tales como los estudios sobre familia, género y movimientos sociales. De proficua trayectoria, la autora mantiene lazos estrechos con Uruguay, siendo la tutora de varios de nuestros investigadores, lo que propició el clima cálido de la presentación.

En este volumen, reúne una serie de textos cuyo eje es la memoria del pasado reciente, en particular el de Argentina, si bien se refiere también a otros países de la región que sufrieron la dictadura.

Las memorias son procesos de construcción –siempre abiertos– del sentido que damos al pasado, el cual se forma con vivencias propias y colectivas. Esos procesos resultan conflictivos ya que al ser una construcción cultural, están sujetos a los avatares de cada presente y a los distintos marcos interpretativos en que se producen. Asimismo, las memorias están erigidas con silencios –vaya si lo sabemos en Uruguay– formados con actos políticos voluntarios de ocultamiento de prueba por los culpables, también con lo omitido por opción de los investigadores y con lo que no se quiere saber o escuchar por muchos.

↵ Ex catedrática de Derecho Penal, docente de Posgrados en Facultad de Derecho e integrante del Grupo Derecho y Género.

✉ marmalet12@gmail.com

Al principio del libro, Jelin ilustra sobre su concepción de la memoria con distintos ejemplos. Así, enfoca la forma en que Alemania se ha ido plantando en el mundo con el lastre vergonzante de su pasado nazi: desde la postulación del silencio a la relativización de ese pasado, al calificarlo como ‘normal’ frente a otras atrocidades que se han sucedido en la historia. En el Mercosur, los militares se presentaron como defensores de la Nación y cuando adquirió estado público el ensañamiento del terrorismo de Estado, enfocaron su actuación como un costo menor necesario. La oposición, a su vez, pasó del sentimiento de derrota política a la perspectiva de violación de los derechos humanos.

En el capítulo siguiente, se analiza el modo en que se produjo la salida de las mujeres de lo privado a lo público: a partir de la lógica del afecto expresada en el familismo y el maternalismo; distinta por cierto a la del convencimiento ideológico. Esa salida, prendida al rol femenino de los cuidados, se iría transformando por el contacto con militantes de Derechos Humanos, con actores sociales nuevos y con la redefinición de la noción de ciudadanía. Por su parte, antropólogos y sociólogos comenzaron a desarrollar una visión distinta, desde abajo, interesada en los procesos micro sociales, en los de democratización. Aquí surge el concepto de ciudadanía complejo, noción abierta en reconstrucción y cambio.

En el capítulo cuarto en particular, la autora señala la materialización de las luchas por la memoria, en el *marcar para recordar*, con la ‘memorialización’, por medio de reconocimientos simbólicos: las conmemoraciones concretadas de diferentes formas; el restablecimiento de los espacios con su impacto emocional (pensemos en edificios como la sede actual de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, ubicada en una casona que fue centro clandestino de detención durante la dictadura), la recuperación de los archivos de represores, de organismos de los Derechos humanos y de comisiones investigadoras, así como el rescate de los materiales dispersos en ámbitos familiares.

Otra lucha apunta a la legitimidad de los actores, que es la lucha por la legitimidad de la memoria. Retoma aquí las ideas de familismo y maternalismo, con el papel central, casi hegemónico, de las madres en el Movimiento de Derechos Humanos en Argentina y concomitantemente, con la relegación de las voces ancladas en la ciudadanía o más ampliamente en la condición humana.

La metáfora de la familia fue usada por los militares como célula de la nación –asociada a la autoridad paterna, a la familia patriarcal–, cuando en los hechos, ellos se dedicaron al avasallamiento de miles de familias. Al mismo tiempo, la familia formó parte de la estrategia de defensa de los Derechos Humanos: madres en busca de sus hijos, enfoque irreprochable aún para los militares. (¿Por qué madre y no padre?)

En el proceso de transición de la posdictadura, se da una modificación importante en el escenario: se pasa del protagonismo central de las víctimas y familiares al reconocimiento de los crímenes y la necesidad de su castigo con una macro mirada, desde el enfoque democrático, la demanda universal de Derechos Humanos y el crecimiento de la conciencia del Estado de Derecho. Se restaura la subjetividad cívica y política y se amplía el abanico de las personas legitimadas para recordar. En cuanto al sentido de los eventos a rescatar, el desafío consiste en transformar la experiencia singular en demandas más generalizadas, con la defensa de los Derechos económicos, sociales y culturales.

En relación a la perspectiva de género, al encarar los abusos sexuales como crímenes de lesa humanidad– Jelin reconoce que en su trabajo no logró la transversalidad de género en todos los temas, pero sí en algunos como éste. La violación, cuando se practica como política generalizada de destrucción del enemigo, es muy distinta a la búsqueda del placer sexual. Constituye oblicuamente una agresión a la moral de los hombres. Por extensión, se viola la masculinidad, y a la vez, la soberanía y la autonomía de la Nación misma. Las mujeres son objeto de represión y secuestro para obtener información, pero especialmente por su vínculo con los hombres y por su identidad familiar.

Subraya además, la polarización masculino/femenino, que aparece tanto entre los militares como entre los guerrilleros y el conjunto social. Aquí plantea dos interrogantes: una en cuanto a cómo explicar que en los primeros informes sobre los crímenes de Estado no aparecieran los vejámenes sexuales; la otra en relación a la no judicialización de los casos. Para la primera cuestión, ensaya una respuesta con distintas hipótesis complementarias (clima cultural, la percepción de la honestidad como el bien jurídico atacado en los delitos sexuales en general, el papel central de madres y abuelas por sobre las víctimas sobrevivientes, etc.). Se llegaría al cambio gracias a la influencia de los marcos interpretativos internacionales, la renovación de las nociones mo-

rales y las redefiniciones de los espacios privados y públicos. Para responder a la segunda interrogante, opina que se evaluó entonces como necesario dar prioridad a la unidad de militancia sobre la unidad de género, para que aquella no fuera afectada. Creemos que tuvo más peso otra explicación que se maneja: el sentimiento de desconfianza frente al sistema judicial, lo que en Uruguay ha sido corroborado.

En uno de los últimos capítulos –relativo al tiempo y los testimonios–, se advierte que la generación más vieja debe tener disponible para los jóvenes un relato que sirva de estímulo provocador para hacer preguntas. Los recuerdos, como renacimiento del pasado, implican múltiples temporalidades, sin coincidir el tiempo de los hechos y el de la narración. El ámbito en que se produce ésta –por ejemplo en un contexto institucional–, orienta sobre qué se puede preguntar y según a quien se dirija la respuesta, ampliar o silenciar distintos aspectos, considerando para ello finalidades, climas de época, parámetros culturales, y hasta la evolución del lenguaje. Dado que juegan además, la memoria y la reflexión sobre sí mismo, los testimonios son instrumentos de reconstrucción de la propia identidad. El contenido de las memorias personales se conforma no sólo por lo vivido individualmente, sino por lo transmitido de memorias y olvidos de los otros, que se transforma en experiencia propia.

Hacia el final, Jelin formula otra pregunta trascendente, cuya contestación en realidad, se fue dando en el desarrollo de su análisis: memoria ¿para qué? Para un futuro más democrático, con inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales, a partir de un concepto amplio de Derechos Humanos. La víctima como tal y el reconocimiento del deber de la reparación surgen con la generalización de esos derechos. Sin embargo, de esta forma se corre el riesgo de que quede en segundo plano y hasta se silencie su capacidad de acción en tanto sujeto reflexivo y propositivo.

En la conclusión, otra advertencia: la rigidez que implican un relato único y una interpretación única, puede contradecir objetivos de futuro orientados a la construcción de una ciudadanía activa, comprometida, con convicciones democráticas. Esta reflexión sintetiza el propósito del libro, que trasunta además de una investigación profunda, comprometida y activa, una perspectiva valiosa para aquella construcción.

Revista de la Facultad de Derecho

Normas de estilo Instrucciones para los autores

1. Temas de interés. La Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, es una publicación de carácter académico, arbitrada que tiene por objeto contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica y las ciencias sociales, promoviendo el análisis crítico y plural sobre temas relevantes de las diferentes áreas del Derecho.

La Revista se compone de las siguientes secciones: doctrina (investigaciones o artículos doctrinarios), jurisprudencia o norma comentada, artículos estudiantiles, reseñaciones e informaciones, estas dos últimas no arbitradas.

En cada una de ellas se aceptan trabajos inéditos, nacionales y extranjeros, de cualquier disciplina jurídica o social, en castellano, inglés o portugués.

2. Envío de originales. Los trabajos deberán ser inéditos. La Revista emplea métodos de detección de plagio.

Se enviarán en lengua castellana, en soporte electrónico, escritos en documento de texto word (.doc) u OpenDocument (.odt) a la dirección del correo electrónico de la Revista (editor@fder.edu.uy), de acuerdo al siguiente formato: interlineado sencillo, Arial 12, hoja A4, márgenes superiores e inferiores de 2,54 cm, márgenes izquierdo y derecho de 3 cm. Los trabajos no deberán tener menos de 12 páginas ni superar las 25, incluidas las notas, referencias, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título en castellano, inglés y portugués, nombre del autor o autores, filiación académica, ORCID (Open Researcher and Contributor ID) y dirección de correo electrónico. En una segunda página se incluirán tres resúmenes, en castellano, portugués e inglés, de 200 palabras máximo cada uno y con al menos cinco palabras clave en los tres idiomas. Los trabajos presentados deben coincidir con la lengua materna del autor.

Nuestra revista no tiene ningún tipo de cargos para los autores, esto es, no hay costos por envío de artículos para evaluar, ni por procesamiento de artículos, ni por suscripción, ni cualquier otro tipo de costo.

3. Compromiso con el editor y copyright. El envío de un original supone el compromiso por parte del autor de no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. El envío de los originales al editor, supone que el autor o los autores de las colaboraciones ceden a la Revista los derechos de reproducción de los textos admitidos.

4. Proceso de publicación. Una vez recibidas las colaboraciones se efectuará un examen preliminar destinado a verificar el cumplimiento de las exigencias formales y el carácter de colaboración original, pertinente y de calidad. No existiendo observaciones en ese aspecto, se continuará el proceso.

La Revista someterá a arbitraje los trabajos recibidos mediante el sistema doble ciego, es decir, los revisores no conocen la identidad de los autores ni los autores la de los revisores, recurriéndose para ello a evaluadores externos a la Revista y de notoria idoneidad. Cada evaluador contará con un plazo de dos semanas para presentar por escrito su evaluación, en la que deberá manifestar si el trabajo reviste la calidad suficiente como para ser objeto de publicación en la Revista. En caso de opinión discordante de los evaluadores se solicitará una tercera evaluación. De acuerdo al resultado de ese arbitraje, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos, así como de indicar eventualmente al autor ciertos cambios, como condición para su publicación.

Normas sobre referencias bibliográficas

El autor de un trabajo debe citar sus fuentes de información identificando el autor y fecha de publicación de los libros, revistas, tesis y otros documentos utilizados, en el cuerpo del texto. Este método de citar por autor-fecha [apellido, año de publicación] permite al lector localizar la fuente de información en orden alfabético, en la lista de REFERENCIAS al final del trabajo. Se debe, así mismo, incorporar él o los números de página en que aparece la cita. La cita directa se realiza entre comillas si es de menos de 40 palabras. Si la cita es mayor a 40 palabras, realizarla en un bloque con sangrado independiente del texto y no usar comillas.

Las citas y referencias bibliográficas, se harán de acuerdo con las normas APA (American Psychological Association) 6^o edición. A continuación se presentan algunos ejemplos de uso de las normas y de las particularidades que incorpora la Revista.

Todas las líneas después de la primera línea de cada entrada en la lista de referencias deben tener sangría desde el margen izquierdo, la denominada sangría francesa.

a) Libros: Apellidos del autor/es, Inicial/es. (Año). *Título del libro* (Edición). Ciudad de publicación: editorial.

Howard, W. (2016). *Alimentos*. Montevideo: FCU.

b) Revistas: Apellidos del autor/es, Inicial/es. (Año). Título del artículo. *Título de la publicación, Volumen* (Número), pp-pp.

Blanco, A. (2012). Penas y estructura económica. *Revista de Derecho Penal*, (20), 139-143.

c) Capítulo o artículo en libro: Apellidos del autor/es, Inicial/es. (Año). Título del artículo o capítulo. En Iniciales/es. Apellidos del autor, editor o coordinador del libro, *Título del libro* (ed., pp-pp). Ciudad de publicación: editorial.

Loustaunau, N. (2010). Consejos de salarios. En J. Raso Delgue, H. Barreto Ghione, N. Loustaunau, *Las nuevas relaciones laborales en Uruguay* (pp. 73-120). Montevideo: FCU.

d) Artículo de revista electrónico con DOI (digital object identifier): Apellidos del autor/es, inicial/es. (Año). Título del artículo. *Título de la publicación, Volumen* (Número), pp-pp.

Abal Oliú, A. (2016). Clasificación de las resoluciones judiciales. *Revista de la Facultad de Derecho*, (40), 13-49. DOI: <http://dx.doi.org/10.22187/rfd201612>

Artículo de revista electrónico [doi (digital object identifier) no presente]: Apellidos del autor/es, inicial/es. (Año). Título del artículo. *Título de la publicación, Volumen* (Número), pp-pp. Recuperado de <http://>

Castronuovo, S. (2016). El rol de la Revolución Libertadora en el encarcelamiento de la militancia femenina peronista (1955-1958). *Revista de historia del derecho*, (51), 49-71. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842016000100003&lng=es&tlng=es.

Referencias completas de Normas citadas. Se deberá considerar al final de las referencias bibliográficas, todas las referencias legales o normativas, ordenadas, bajo el título Normas. Dicho listado se limitará a las normas efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Se indicará, en el caso de una ley:

País. Número de la ley y denominación oficial si la tiene. *Título de la publicación* en que aparece oficialmente, fecha (día, mes y año).

Uruguay. Ley N° 18.987, Interrupción voluntaria del embarazo. *Diario Oficial*, 30 octubre 2012.

Referencias completas de Jurisprudencia citada. Se deberá considerar al final de las referencias bibliográficas, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales, bajo el título Jurisprudencia. Dicho listado se limitará a las sentencias efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Las sentencias se ordenarán alfabéticamente. En el listado final, se indicará:

País. Sede: Tribunal, Turno. Sent. N°/año, fecha (DD/MM/AAAA). Apellido, Inicial del Redactor, Apellidos, Iniciales integrantes del Tribunal, Apellido, Inicial. Miembro discordante (disc.)

Uruguay. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno. Sentencia Interlocutoria N° 189 /2011, 21 septiembre 2011. Simón, L. M. (Redactor), Fiorentino, B., Gradín, M. E. (Firmantes)

Se sugiere indicar además el volumen, año, secciones, página, DOI o URL, si corresponde.

En caso de citar jurisprudencia internacional, se empleará para su identificación el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia.

Estados Unidos. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

En caso que una sentencia haya sido publicada por dos sedes editoriales distintas, el autor deberá citar exclusivamente aquella que utilizó en su trabajo.

Notas

Las frases o párrafos aclaratorios que amplían la información proporcionada en el texto se citan mediante notas. Se recomienda que sólo se incluyan si son importantes.

Éstas se deben colocar en una página nueva, a continuación de las Referencias bibliográficas, en orden secuencial. Debe utilizarse la numeración automática del procesador de texto.

Utilice números arábigos como superíndices. Ejemplo: una nota¹

Se podrá incluir una BIBLIOGRAFÍA que contenga las fuentes consultadas y no citadas en el texto, que se considere útil para profundizar en el tema del artículo presentado.

La Revista declina cualquier responsabilidad sobre posibles conflictos derivados de la autoría de los trabajos que publica.

Revista de la Facultad de Derecho

Normas de estilo Diretrizes para autores

1. Assuntos de interesse. A Revista de la Facultad de Derecho da Universidad de la República é uma publicação de tipo acadêmico, arbitrada, que visa contribuir para o desenvolvimento da ciência jurídica e das ciências sociais, promovendo a análise crítica e plural de assuntos relevantes às diferentes áreas do Direito.

A revista é composto pelas seguintes seções: doutrina (pesquisas ou artigos doutrinários), jurisprudência ou legislação comentada, artigos de estudantes, comentários e informações as últimas dois sem arbitragem.

Em cada uma delas são aceitos trabalhos inéditos, nacionais e estrangeiros de qualquer disciplina jurídica ou social, em castelhano, Inglês ou Português são aceitos.

2. Envio de originais. Os trabalhos deverão ser inéditos, o jornal emprega métodos de detecção de plágio. Os trabalhos deverão ser redigidos em língua espanhola, em suporte eletrônico, escritos em formato de documento de texto word (.doc) ou Open Document (.odt) e encaminhados ao endereço de correio eletrônico da revista (editor@fder.edu.uy), conforme a seguinte formatação: espaço simples, Arial 12, papel A4, margens superiores e inferiores de 2,54 cm, margens esquerda e direita de 3 cm. Os trabalhos não deverão ter menos de 12 páginas nem superar as 25 incluídas as notas, referências, bibliografia e apêndices, se for o caso. A primeira página incluirá o título em português, castelhano e inglês, nome do autor ou autores, filiação acadêmica, ORCID (Open Researcher and Contributor ID) e endereço de correio eletrônico. A segunda página deverá conter três resumos, em português, castelhano e inglês, máximo de 200 palavras cada um e com pelo menos cinco palavras-chave nas três línguas.

Os artigos submetidos devem corresponder à língua materna do autor.

Nossa revista não tem encargos, ou seja, não há custo para o envio de itens para avaliar, ou para artigos de processamento, ou por assinatura, ou qualquer outro custo.

3. Compromisso com o Editor e copyright. O envio de um original supõe o compromisso por parte do autor de não submetê-lo simultaneamente à consideração de outras publicações periódicas. O envio dos originais ao Editor supõe que o autor ou os autores das colaborações cedem à revista os direitos de reprodução dos textos admitidos.

4. Processo de publicação. Uma vez recebidas as colaborações, será efetuada uma análise preliminar com a finalidade de verificar o cumprimento das exigências formais e o caráter de colaboração original, pertinente e de qualidade. Não existindo ressalvas nesse aspecto, continuará o processo.

A Revista submeterá à arbitragem os trabalhos recebidos por meio do sistema duplo-cego, isto é, os revisores não conhecem a identidade dos autores, nem os autores a dos revisores, utilizando-se para isto avaliadores externos à Revista e de notória idoneidade. Cada avaliador contará com um prazo de duas semanas para apresentar por escrito sua avaliação, na qual deverá manifestar se o trabalho reviste a qualidade suficiente como para ser objeto de publicação na Revista. Caso opinião discordante dos avaliadores, será solicitada uma terceira avaliação. Conforme o resultado dessa arbitragem, a Revista se reserva o direito de aceitar ou rejeitar a publicação dos trabalhos recebidos, assim como de indicar eventualmente ao autor determinadas mudanças, como condição para sua publicação.

Normas sobre referências bibliográficas

O autor de um trabalho deve citar suas fontes de informação identificando o autor e a data de publicação dos livros, revistas, teses e outros documentos utilizados, dentro do próprio texto. Este método de citação por autor-data [sobrenome, ano de publicação] permite ao leitor localizar a fonte de informação em ordem alfabética, na lista de REFERÊNCIAS no final do trabalho. Deve-se, da mesma forma, incorporar os números de página em que a cita aparece. A cita direta é realizada entre aspas se ela for de menos de 40 palavras. Se a cita for maior a 40 palavras, deve ser realizada em um bloco com sangrado independente do texto e não usar aspas.

As citas e referências bibliográficas serão feitas conforme as normas APA (American Psychological Association), 6ª edição. A seguir, são apresentados alguns exemplos de uso das normas e das particularidades que a Revista incorpora.

Todas as linhas depois da primeira linha de cada entrada na lista de referências devem ter recuo desde a margem esquerda.

a) Livros: Sobrenomes do/s autor/es, Inicial/ais. (Ano). *Título do livro* (Edição). Cidade de publicação: editora.

Howard, W. (2016). *Alimentos*. Montevideo: FCU.

b) Revistas: Sobrenomes do/s autor/es, Inicial/ais. (Ano). Título do artigo. *Título da publicação*, *Volume* (Número), pp-pp.

Blanco, A. (2012). Penas y estructura económica. *Revista de Derecho Penal*, (20), 139-143.

c) Capítulo ou artigo em livro: Sobrenomes do/s autor/es, Inicial/ais. (Ano). Título do artigo ou capítulo. Em Inicial/ais. Sobrenomes do autor, editor ou coordenador do livro, *Título do livro* (ed., pp-pp). Cidade de publicação: editora.

Loustanau, N. (2010). Consejos de salarios. Em J. Raso Delgue, H. Barreto Ghione, N. Loustanau, *Las nuevas relaciones laborales en Uruguay* (73-120). Montevideo: FCU.

d) Artigo de revista eletrônico com DOI (Digital object identifier): Sobrenomes do/s autor/es inicial/ais. (Ano). Título do artigo. *Título da publicação*, *Volume* (Número), pp-pp. DOI:

Abal Oliú, A. (2016). Clasificación de las resoluciones judiciales. *Revista de la Facultad de Derecho*, (40), 13-49. DOI: <http://dx.doi.org/10.22187/rfd201612>

Artigo de revista eletrônico [doi (Digital object identifier) não presente]: Sobrenomes do/s autor/es inicial/ais. (Ano). Título do artigo. *Título da publicação*, *Volume* (Número), pp-pp. Recuperado de <http://>

Castronuovo, S. (2016). El rol de la Revolución Libertadora en el encarcelamiento de la militancia femenina peronista (1955-1958). *Revista de historia del derecho*, (51), 49-71. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842016000100003&lng=es&tlng=es.

Referências completas de Normas citadas. Deverão ser inclusas, no final das referências bibliográficas, todas as referências legais ou normativas, ordenadas cronologicamente, sob o título Normas. Essa lista apenas conterà as normas efetivamente citadas ou referidas no trabalho. Em caso de uma lei, será indicado:

País. Número da Lei e denominação oficial, se a tiver. *Título da publicação* em que aparece oficialmente, data (dia, mês e ano).

Uruguai. Lei N. 18.987, Interrupción voluntaria del embarazo. *Diario Oficial*, 30 de outubro de 2012.

Referências completas de Jurisprudência citada. Deverão ser inclusas no final das referências bibliográficas, numa lista, todas as referências jurisprudenciais, sob o título Jurisprudência. Essa lista apenas conterà as sentenças efetivamente citadas ou referidas no trabalho. As sentenças serão ordenadas alfabeticamente. Na lista final, será indicado:

País. Foro: Tribunal, Vara. Sentença N.º/ano, data (DD/MM/AAAA). Sobre-nome, Inicial do relator, Sobrenomes, Iniciais dos integrantes do Tribunal, Sobre-nome, Inicial. Membro discordante (disc.).

Uruguai. Tribunal de Alçada no Cível da 5ª Vara. Despacho Interlocutório No. 189/2011, 21 de setembro 2011. Simón, L. M. (Relator), Fiorentino, B., Gradín, M. E. (assinados).

Sugere-se indicar, ainda, volume, ano, seções, página, DOI ou URL, se corresponder. Caso uma sentença tenha sido publicada em dois meios diferentes, o autor deverá citar exclusivamente aquele que utilizou no trabalho.

Notas

As frases ou parágrafos esclarecedores que ampliem a informação proporcionada no texto serão citados por meio de notas. Recomenda-se que sejam incluídas só se forem importantes.

Segundo a APA essas notas devem ser colocadas em uma página nova, depois das Referências bibliográficas, em ordem sequencial. Deve ser utilizada a numeração automática do processador de texto.

Utilize números arábicos como sobrescritos. Exemplo: uma nota¹

Poderá ser incluída uma Bibliografia que contenha as fontes consultadas e não citadas no texto, que sejam consideradas úteis para aprofundar na temática do artigo apresentado.

A Revista declina qualquer responsabilidade sobre possíveis conflitos derivados da autoria dos trabalhos que ela publica.

Revista de la Facultad de Derecho

Style guidelines Instructions for authors

1. Subjects of interest. The Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (The Law School Journal of the University of the Republic) is an academic publication aimed at contributing to the development of the Science of Law and the Social Sciences, by promoting the critical and plural analysis of relevant subjects within the different areas fields of study of our Law School.

The journal consists of the following sections: doctrine (or doctrinaire research articles), jurisprudence or commentary rule, student papers, reviews and information latter two not refereed.

Unpublished papers in any legal or social discipline are accepted for each of the sections.

In each of them unpublished, national and foreign works of any legal or social discipline, in Spanish, English or Portuguese are accepted.

2. Submission of originals. Papers must be unpublished. The Journal uses methods of detection of plagiarism. They must be submitted in English, in soft copy, in Word (.doc) or OpenDocument (.odt) format, to the journal's email address (editor@fder.edu.uy). The following format must be used: single spacing, Arial 12, A4 sheet, 2.54 cm top and bottom margins, 3 cm left and right margins. Papers must not be shorter than 12 pages nor exceed 25 pages in length, including notes, references, bibliography and appendices, if applicable. The first page must include the title in English, Spanish and Portuguese, author's name (s), academic affiliation, ORCID (Open Researcher and Contributor ID) and email of the author(s). The second page must include three abstracts, in English, Spanish and Portuguese, not exceeding 200 words each and with at least five keywords in the three languages.

Articles submitted must correspond to the mother tongue of the author.

Our magazine does not have any charges, that is, there is no cost for sending items to evaluate, or for processing articles, or by subscription, or any other cost.

3. Commitment to the editor and copyright. Submitting an unpublished paper implies the author's commitment not to submit it simultaneously to other journals. Submitting a paper to the editor implies that the copyright to the paper is assigned to the journal, should the paper be accepted for publication.

4. Publishing process. Upon receipt of the submissions, a preliminary evaluation is carried out in order to ensure that each paper complies with the formal requirements and that it is an original, relevant paper of good quality. If there are no remarks in this respect, the process continues.

The journal submits all papers received to arbitration, applying a double blind system, in which revisers do not know the author's identity and vice versa, resorting to well-known and competent assessors external to the journal. Each assessor has two weeks to submit a written evaluation stating whether or not the paper meets the quality standards required for publication in the journal. In the event of conflicting evaluations by the assessors, a third evaluation will take place. The journal reserves the rights to accept or deny the publication of any submitted papers according to the arbitration's resolution, and to notify the author in due time of any changes required for the publication of the paper.

Guidelines for bibliographical referencing

Authors must cite their sources of information stating the name of the author and date of publication of books, journals, thesis and other documents used in the text itself. This method of citing by author-date [last name, year of publication] allows the reader to locate the source of information in alphabetical order, under the REFERENCES list at the end of the paper. The number of the page where the quoted text appears must also be included. The citation must be made between inverted commas if under 40 words. If the citation exceeds 40 words, it must be made in a free-standing indented block of text with no inverted commas.

Citations and bibliographical references must follow the APA (American Psychological Association) rules, 6th edition. Below are some examples of the usage of these rules and specific variants used by the journal.

All lines after the first one in the references list shall be indented; this is known as the hanging indent method.

a) Books: Last name of author/s, Initial/s. (Year). *Title of work* (Edition). Location: Publisher.

Howard, W. (2016). *Alimentos*. Montevideo: FCU.

b) Journals: Last name of author/s, Initial/s. (Year). Title of article. *Name of Journal, Volume* (Number), pp.

Blanco, A. (2012) Penas y estructura económica. *Revista de Derecho Penal*, (20),139-143.

c) Chapter or article in a book: Last name of author/s, Initial/s. (Year). Title of article or chapter. In initial/s and Last names of author/s, book's editor or coordinator, *Title of work* (ed., pp.). Location: Publisher.

Loustaunau, N. (2010). Consejos de salarios. En J. Raso Delgue, H. Barreto Ghione, N. Loustaunau, *Las nuevas relaciones laborales en Uruguay* (pp. 73-120). Montevideo: FCU.

d) Electronic Journal article with DOI (digital object identifier): Author(s) surnames, initial(s). (Year). Article title. *Journal title. Volume number* (Issue number), page numbers. DOI:

Abal Oliú, A. (2016). Clasificación de las resoluciones judiciales. *Revista de la Facultad de Derecho*, (40), 13-49. DOI: <http://dx.doi.org/10.22187/rfd201612>

Electronic Journal article [without DOI (digital object identifier)]: Author(s) surnames, initial(s). (Year). Article title. *Journal title. Volume number* (Issue number), page numbers. Retrieved from <http://>

Castronuovo, S. (2016). El rol de la Revolución Libertadora en el encarcelamiento de la militancia femenina peronista (1955-1958). *Revista de historia del derecho*, (51), 49-71. Retrieved from http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842016000100003&lng=es&tlng=es.

Full reference to cited legislation. At the end of the bibliographical references, all references to laws and regulations must be listed in chronological order, under the title “Legislation.” Said list must be limited to the regulations that have been actually cited or referred to in the paper.

In the case of regulations, state:

Country. Number and official name if it has one. *Title of official publication*, date (day, month and year).

Uruguay. Law No. 18.987, Voluntary interruption of pregnancy. *Diario Oficial*, 30th, October 2012.

Full reference to case law. At the end of the bibliographical references, all references to case law must be given, in a list, under the title “Case Law.” Said list will be limited to the judgements that have actually been cited or referred to in the paper. Judgements must be listed in alphabetical order. In the final list, state:

Country. Jurisdiction: Court, Term Judgement. No./year, date (DD/MM/YY). Drafter’s Surname, Drafter’s initial, Surnames, Initials of members of the Court, Surname, Initial. Discordant member (disc.)

Uruguay. Court of Civil Appeals 5th Term. Interlocutory Decision No 189/2011, 21 September 2011. Simón, L.M. (Drafter), Fiorentino, B., Gradín, M.E. (Signatories)

It is also recommended to state volume, year, sections, page, DOI or URL, if applicable. Where a judgement has been published by two different printing houses, the writer must only cite the one used in his paper.

Notes

Explanatory sentences or paragraphs that expand the information provided in the text are cited by means of notes. It is recommended that they only be included if they are relevant.

According to APA, notes must be included in a new page, after the biographical References, numbered consecutively, using the automatic numbering of the word processor.

Superscript Arabic numerals must be used. Example: a note¹.

A Bibliography containing works that you have read but not cited in your text, which may contribute to deepen the knowledge on the topic of the paper submitted, may be included.

The Revista waives any responsibility for possible conflicts arising from the authorship of works published in the journal.

