

# Revista de la Facultad de Derecho

2<sup>a</sup> Época

*Publicación semestral*

**ARBITRADA**

Indexada en:  
DOAJ  
REDIB  
SciELO  
DIALNET  
LATINDEX  
PORTAL TIMBÓ  
REPOSITORIO COLIBRÍ



Montevideo  
Facultad de Derecho  
Universidad de la República  
2017

**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<sup>a</sup> Terradillos Basoco - *Universidad de Cádiz, España*

## **Evaluadores externos 2017**

- Actis, Esteban — *Universidad Nacional de Rosario, Argentina*  
Afonso, José Roberto — *Universidad Estatal de Campinas-UNICAMP, Brasil*  
Birrichaga Gardida, Diana — *Universidad Autónoma del Estado de México*  
Bordalí Salamanca, Andrés — *Universidad Austral de Chile*  
Bouzas, Roberto — *Universidad de San Andrés, Argentina*  
Brignoni, Marcela — *Universidad de la República, Uruguay*  
Brunero, Sofia Yanina — *Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*  
Bueno Pinto, Roberto — *Universidade de Brasília (CT), Brasil*  
Caetano, Gerardo — *Universidad de la República, Uruguay*  
Cámara Pellón, Bosco — *Universidad de Navarra, España*  
Colín García, Ricardo — *Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), México*  
Cordero Quinzacara, Eduardo — *Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile*  
Chaves Luna, Laura Selene — *Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina*  
De Oliveira Veras, Erica Vericia C. — *Universidade Federal da Paraíba (UFRN), Brasil*  
De Verda y Beamonte, José Ramón — *Universitat de València, España*  
Del Río Ferretti, Carlos — *Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Chile*  
Fernández Lamarra, Norberto — *Universidad Nacional de Tres de Febrero, Argentina*  
García Ferreira, Roberto — *Universidad de la República, Uruguay*  
Gauthier Guazzoni, Gustavo — *Universidad de la República, Uruguay*  
Guzman Brito, Alejandro Angel — *Universidad Católica de Valparaíso, Chile*  
Hiroshi Nakao, Silvio — *Universidad de São Paulo, Brasil*  
Jiménez Valero, Bisleivys — *Universidad de Matanzas, Cuba*  
Kemelmajer de Carlucci, Aída — *Universidad de Mendoza, Argentina*  
Kierszenbaum, Leandro — *Universidad de la República, Uruguay*  
Labaure, Carlos — *Universidad de la República, Uruguay*  
Leles da Silva, Mariella — *Universidad de la República, Uruguay*  
Luján, Carlos — *Universidad de la República, Uruguay*  
Maldonado Fuentes, Francisco — *Universidad de Talca, Chile*

Malet, Mariana — *Universidad de la República, Uruguay*  
Mañalich R., Juan Pablo — *Universidad de Chile, Chile*  
Maraniello, Patricio — *Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina*  
Medina, Graciela — *Universidad de Mendoza, Argentina*  
Meliante Garcé, Luis — *Universidad de la República, Uruguay*  
Núñez Ponce, Julio — *Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Perú*  
Ortiz Benavides, Fedra Lorena — *Nova Southeastern University, Florida, EE.UU*  
Palomares-Ruíz, María Blanca E. — *Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México*  
Pereyra Doval, María Gisela — *Universidad Nacional de Rosario, Argentina*  
Quesada Sánchez, Antonio José — *Universidad de Málaga, España*  
Ramírez Aceves, Merizanda M.C. — *Universidad Autónoma del Estado de México*  
Ramírez, Sofía — *Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina*  
Roa-Rojas, Luddy Marcela — *Universidad EAN, Universidad de Colombia*  
Rosales, Carlos Manuel — *Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México*  
Rotondo, Felipe Eduardo — *Universidad de la República, Uruguay*  
San Martín, Beatriz — *Universidad de la República, Uruguay*  
Sanchez Lorenzo, Jesús — *Universidad Internacional de Valencia (VIU), España*  
Sapolinski, Jaime Ruben — *Universidad de la República, Uruguay*  
Schiavi, Pablo — *Universidad de la República, Uruguay*  
Severin Fuster, Gonzalo — *Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile*  
Suárez Llanos, Leonor — *Universidad de Oviedo, España*  
Torrelles-Torrea, Esther — *Universidad de Salamanca, España*  
Varón Mejía, Antonio — *Universidad del Rosario, Colombia*  
Vázquez, Cristina — *Universidad de la República, Uruguay*  
Viega, María José — *Universidad de la República, Uruguay*  
Vitelli, Marina — *Universidad Nacional de Rosario, Argentina*  
Zelicovich, Julieta — *Universidad Nacional de Rosario, Argentina*

---

## **Traducciones**

Las traducciones fueron revisadas por estudiantes de la Licenciatura en Traductorado Público de esta Casa de Estudios. La revisión final estuvo a cargo de los docentes Prof. T. P. Alejandra Pérez Favero, para los textos en portugués; y para los textos en inglés, la Prof. Agr. Beatriz Sosa Martínez y el asistente de Cátedra Dr. Guzmán Andrada. Agradecemos a todos su valiosa colaboración.

### **Portugués:**

Debali, Ana  
Gutiérrez, Soledad  
Melgar, Ma.Noél  
Moll, Andrea  
Sánchez, Marina

### **Inglés:**

Acuña, María Fernanda  
Alba, Florencia  
Amorín, Emilia  
Barletta, Romina  
Ceretta, Matías  
Dimperio, María Laura  
Escofet, Mónica  
Fontoura, Richard  
Gutiérrez, Ana María  
Lerena Amilivia, Daniel  
Licandro, Martina  
Licio, Mariana  
Machado, Valentina  
Menéndez, Ricardo  
Migues, Marina  
Miller, María Emilia  
Olave, Tatiana  
Peralta, Laura  
Puig, Sofía  
Puppo, Brenda  
Pérez, Agustina  
Romero, Gimena  
Ruiz Díaz, Paula  
Ríos, Magdalena  
Schenck, Evelyn  
Varela, Manuela

---

Revista de la Facultad de Derecho  
No. 43, julio-diciembre 2017

|   |         |
|---|---------|
| Editorial .....   | 9-10    |
| <b>DOCTRINA</b>   |         |
| De La Torre Lascano, Carlos Mauricio. <i>Relación existente entre paraísos fiscales, lavado de activos y defraudación tributaria. Un análisis desde la normativa de Ecuador</i> .....                 | 13-36   |
| Jung, Pedro Ernesto Neubarth y Rocha, Leonel Severo. <i>O Décimo Segundo Camelo no Poder Judiciário: uma análise a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Auto-poietico</i> .....                      | 37-53   |
| Marquisio Aguirre, Ricardo. <i>El ideal de autonomía moral</i> .....  | 55-92   |
| Martínez Montenegro, Isnel; Baeza Leiva, Mónica Alejandra y Carrillo Rosa, Gabriel Alejandro. <i>Un segundo acercamiento a la responsabilidad contractual de las agencias de viajes en Cuba</i> ..... | 93-110  |
| Rey, Rodrigo y Zubillaga Puchot, Daniel R. <i>Tráfico internacional de menores: aspectos penales</i> .....  | 111-141 |
| Risso Ferrand, Martín. <i>Acción de amparo sobre el acceso a los servicios de comunicación audiovisual de personas con discapacidad auditiva</i> .....  | 143-167 |
| Rizik Mulet, Lucía. <i>Las obligaciones alimenticias internacionales en favor de los niños en el ordenamiento jurídico chileno</i> .....  | 169-197 |
| Sánchez Lorenzo, Jesús. <i>El multiculturalismo y la autodeterminación en el ámbito de los derechos humanos</i> .....   | 199-233 |
| Sánchez Marín, Ángel Luis. <i>La selección del profesorado universitario en Europa</i> .....  | 235-257 |
| Silva, Felipe Alves da. <i>A destruição do inimigo público inominado: uma interpretação do político em Carl Schmitt</i> .....   | 259-286 |

Tenenbaum Ewig, Gabriel. *El crimen organizado de las drogas ilegales en el Uruguay del siglo XXI. Una aproximación normativa y cuantitativa*..... 287-326

## **RECENSIONES**

Godio, Leopoldo M. A. y Vázquez, Agustina N. *Tanzi, Attila M., International Law: a concise introduction. Bologna: Bonomo-Wouters Kluwer. Italia, 2017, 201 páginas*..... 329-331

### ***Instrucciones para los autores***

Normas de estilo..... 333

---

## Editorial

---



La noticia nos ha conternado a todos. El pasado 13 de setiembre falleció nuestro Decano, el Doctor y Escribano Gonzalo Uriarte Audi. Viudo, padre de cuatro hijos y abuelo de cuatro nietos, tenía 66 años de edad y 42 años de ejercicio profesional. Como docente, fue Profesor Titular grado 5 de Técnica Forense, Profesor Agregado grado 4 de Derecho Procesal, y dirigió el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho desde 2005 hasta su elección como Decano, en agosto de 2014. Entre su nutrida actividad profesional destacan su rol en la Dirección General Jurídica de la Udelar, la Agencia Nacional de Vivienda, el Banco Central del Uruguay, y el Departamento Jurídico de la Intendencia de Montevideo, entre otros.

El Portal de la Universidad recordó una entrevista que se le realizara en 2014. Allí, Uriarte adelantaba que no se postularía a un segundo mandato: “Creo que cada persona tiene su momento o su ciclo y el mío es ahora /.../ Creo que cuatro años son suficientes, nadie es insustituible, lo importante es poner en marcha los cambios y lograr que otras personas los continúen”.

La Revista de la Facultad de Derecho adhiere al sentimiento de dolor que embarga a toda la comunidad académica.

\*\*\* \*\*

En cuanto a las novedades editoriales, informamos que a partir del 2018 nuestra Revista adoptará la práctica de un número creciente de revistas científicas, esto es, la publicación continua, también conocida como Ahead of Print. De esta manera, nos embarcamos en un proceso que desde 2013 comienza a aplicarse por parte de numerosas revistas, fundamentalmente americanas y europeas: en lugar de publicar sus números completos en línea a intervalos fijos, las revistas fueron pasando a un modelo de publicación continua.

El objetivo principal es acelerar el proceso de comunicación de las investigaciones y así contribuir a su disponibilidad inmediata para la lectura y citación.

El aspecto central del nuevo modelo de publicación es que los artículos son publicados en línea en su forma final tan pronto como han sido evaluados, corregidos y editados. Este proceso de publicación podrá anticipar en algunos meses la publicación regular del número impreso.

Estamos convencidos que esta modalidad favorecerá la pronta disponibilidad del artículo aprobado y proporcionará un mejor servicio a lectores y autores, asegurándoles a estos últimos que su artículo aceptado se pondrá a disposición lo más rápidamente posible.

Finalmente, agradecemos a los profesionales que han colaborado como evaluadores durante el año 2017 y que hacen posible el desarrollo de la Revista de la Facultad de Derecho como instrumento académico.

# DOCTRINA



Carlos Mauricio De La Torre Lascano✉

## Relación existente entre paraísos fiscales, lavado de activos y defraudación tributaria. Un análisis desde la normativa de Ecuador

*Existing relationship among tax havens, money laundering  
and tax fraud. An analysis based on the rules of Ecuador*

*Relação entre paraísos fiscais, lavagem de dinheiro  
e fraude fiscal. Uma análise das regras do Equador*

**Resumen:** *En la actualidad, son cada vez más frecuentes los escándalos públicos que devienen de hechos corruptos, utilizando diversos y creativos artilugios que incluyen esquemas de ingeniería financiera o registros contables fraudulentos. La falta de transparencia, escasa cooperación, entrega de información casi nula, crean campos propicios para que se alojen descomunales capitales de origen desconocido, y en muchos casos ilícitos en centros offshore. Por lo que se torna necesario entender la relación existente entre paraísos fiscales, lavado de activos y defraudación tributaria, lo perjudicial de esa letal amalgama en las sociedades y Estados, pero sobre todo entender quiénes se benefician. Desde la perspectiva jurídica se determinó que existen posiciones doctrinales encontradas al considerar que la defraudación tributaria constituye objeto material del delito de lavado de activos. Por otro lado, también se procedió al análisis de la reciente normativa emitida en Ecuador referente a esta materia, ratificando la responsabilidad penal del contador como autor en la defraudación, inclusive si no ha actuado con mandato expreso. No obstante, quedan aún pendientes varios temas por legislar, a pesar que los diferentes entes reguladores nacionales, han emitido amplia e inclusive podría decirse excesiva normativa para cada uno de los sectores económicos.*

**Palabras clave:** *corrupción, defraudación tributaria, lavado de activos, opacidad, paraísos fiscales.*

---

✉ Doctorando de la Universidad de Salamanca. Magíster en Gerencia Empresarial, MBA. Profesor Titular de la Universidad Central del Ecuador, Facultad de Ciencias Administrativas.  
✉ [cdelatorre@uce.edu.ec](mailto:cdelatorre@uce.edu.ec)

**Abstract:** *At present, public scandals involving corrupt events are increasingly frequent, using diverse and creative contrivances that include financial engineering schemes or fraudulent accounting records. The lack of transparency, poor cooperation and almost non-existent information, create favorable environments for the accommodation of huge amounts of funds of unknown origin and often illicit in offshore centers. Consequently, it becomes necessary to understand the relationship among tax havens, money laundering and tax fraud, the harmful effects of this lethal combination for societies and states, and, above all, understand who benefits from this. From a legal perspective, when considering tax fraud material object of the crime of money laundering, there are conflicting theoretical views. This paper also contains an analysis of the recent Ecuadorean regulation regarding this matter, ratifying the criminal responsibility of the accountant as the perpetrator of the fraud, even if not under an express mandate. However, several issues are yet to be regulated, although the different national regulatory bodies have issued broad and even excessive regulation for each of the economic sectors.*

**Keywords:** *corruption, tax fraud, money laundering, opacity, tax havens.*

**Resumo:** *Na atualidade, são cada vez mais freqüentes os escândalos públicos decorrentes de fatos de corrupção, utilizando diversos e criativos artifícios incluindo esquemas de engenharia financeira ou registros contábeis fraudulentos. Falta de transparência, escassa cooperação, entrega de informação quase nula, geram espaços propícios para abrigar enormes capitais de origem desconhecida, e em muitos casos ilícitos, em centros offshore.*

*Assim, faz-se mister entender a relação entre paraísos fiscais, lavagem de dinheiro e fraude fiscal, o prejudicial dessa letal fusão nas sociedades e Estados, mas por cima de tudo, entender quem se beneficia disto. Da perspectiva jurídica, determina-se que existem posições doutrinárias encontradas na hora de considerar se a fraude fiscal constitui ou não objeto material do delito de lavagem de dinheiro. Por outro lado, também foi feita a análise da normativa recente emitida no Equador referente a esse assunto, ratificando a responsabilidade criminal do contador como autor na fraude, mesmo não tendo agido com mandato expresso. No entanto, há ainda várias pendências para legislar, embora os diferentes órgãos reguladores nacionais emitissem ampla e, até poderia ser dito, excessiva normativa para cada um dos setores econômicos.*

**Palavras-chave:** *corrupção, fraude fiscal, lavagem de dinheiro, opacidade, paraísos fiscais*

Recibido: 20170508

Aceptado: 20170703

## Introducción

Rose-Ackerman y Søreide especifican que “la corrupción se produce cuando la búsqueda privada de ventajas económicas y de avances personales se opone a leyes y normas que condenan tal comportamiento” (Rose-Ackerman y Søreide, 2011, 14). Esas prácticas ilegales y corruptas podrían ajustarse a normas sociales tendiendo a buscar beneficios personales principalmente, pero también familiares, de amistades, grupo étnico o para el partido político.

Los perjuicios económicos que devienen de los delitos de corrupción, lavado de activos, extorsión, secuestro, trata de personas, narcotráfico, defraudación tributaria, entre otros, son enormes afectando a todos los Estados y dentro de ellos a la sociedad en sí y por tanto a las empresas, es decir en general a todos quienes conformamos las naciones, por lo que se asevera que este fenómeno está presente en todos los países y en todos los niveles de la sociedad. El lavado de dinero puede tener efectos negativos económicos, sociales y políticos. Unger (2013, 3) determina que los efectos económicos se refieren a la competencia desleal entre los negocios honestos y deshonestos, distorsión de precios, efecto negativo en la inversión y, eventualmente, a la exclusión de los negocios honestos. Los efectos sociales incluyen el aumento de la corrupción y el soborno. El lavado de activos necesita permanentemente colaboradores y cómplices, por lo que cada vez más personas son atraídas hacia la criminalidad. Los efectos políticos radican en que los delincuentes socavan los sistemas democráticos, al designar a criminales en altas funciones públicas, inclusive llegando a convertirse en ministros.

Los casos de corrupción que se presentan con mayor frecuencia tanto en los sectores públicos y privados, han envuelto a grandes multinacionales como Enron, Parmalat, Lehman Brothers, Volkswagen, siendo estos ejemplos una pequeña pero contundente evidencia. Los crímenes corporativos a menudo son difíciles de detectar y procesar, “ya sea porque el ilícito puede ser transferido a uno o más empleados individuales o porque el comportamiento

ilegal está inmerso en complejas redes de transacciones ocultas detrás de empresas u ocultas en cuentas offshore” (Etzioni y Mitchell, 2007, 188-189).

Dentro de la esfera pública, es muy similar, los escándalos políticos de Watergate en Estados Unidos, el caso de la infanta Cristina en España, o el reciente *impeachment* de la expresidenta de Brasil por tomar préstamos de bancos estatales sin consultar al parlamento para tapar agujeros en las cuentas públicas (BBC, 2016), son entre otros incidentes que nos muestran claramente el poder de la corrupción en las naciones ya sean estas anglosajonas, asiáticas, europeas o latinoamericanas. Enormes cantidades de dinero provenientes de actividades ilícitas, tienen que insertarse dentro de la economía formal dentro o fuera del país de origen donde se cometieron los delitos.

Para Ballbé:

Se descubre ahora que la mayoría de las multinacionales que operan en Europa, entre ellas el mismo Deutsche Bank, están residenciadas fiscalmente en Luxemburgo, contraviniendo los principios más elementales del Derecho Europeo de la Competencia y provocando un grave perjuicio a los bancos y empresas españolas y europeas (Ballbé, 2014, 27).

Por lo que esta investigación trata de explicar dónde se alojan esos descomunales *excedentes* generados, ya sea a través de: 1) la acumulación de riqueza originada por corporaciones multinacionales que operan en todo el mundo, 2) mediante el fruto de las diferentes y variadas actividades ilícitas o, 3) en muchos casos también destinados para evadir la carga tributaria del país de origen. Por ejemplo, en Ecuador altos funcionarios de la empresa pública Petroecuador firmaron millonarios contratos con determinadas empresas que les entregaban jugosas comisiones a través de depósitos en sus cuentas en paraísos fiscales, adicionalmente el exgerente de esa institución mantenía USD 2,4 millones en depósitos a plazo fijo en el Capital Bank INC. de Panamá ya sea a su nombre o a nombre de sus empresas offshore (Quiroz y Ortega, 2016).

### **Cronología de los Paraísos Fiscales**

Si bien a inicios de la década de 1920 en Estados Unidos fue el tráfico prohibido de alcohol, que generaba abundantes ganancias, con el transcurso del tiempo y el auge del comercio ilegítimo de las sustancias sicotrópicas y es-

tupefacientes en la década de los años 70, es cuando efectivamente el lavado de activos empieza a tomar verdadera preponderancia y aumenta la preocupación mundial en torno al blanqueo de dinero, debido básicamente al incremento exponencial del ingreso de drogas ilegales en Estados Unidos.

Cuantiosas sumas de activos son introducidas en ese país, cuyo origen es el tráfico ilícito de estupefacientes, lo cual desemboca en la decisión de las naciones de unificar esfuerzos y criterios para luchar contra este delito, intencionalidad que no fraguó de forma inmediata. (Marengo, 2011, 3) acota: “De esta manera tuvieron origen poderosas organizaciones transnacionales que pronto extendieron su modalidad delictiva por diversas regiones del mundo”, a estos eventos se suma la utilización del sistema bancario “que ya tenía una histórica propensión a la ocultación de sus actividades más comprometidas con su conocido secreto bancario” (Martínez, 2015, 345), que si añadimos la corrupción de funcionarios públicos, terminaron fortaleciendo un régimen global de blanqueo de capitales que incluye paraísos fiscales o *tax haven*.

Luego del auge que tuvo en la década de los setenta el narcotráfico, la implementación de estándares internacionales para mitigar las nuevas amenazas se tornó en imperativo mundial, las convenciones internacionales sobre la materia llevadas a cabo son una clara muestra de ello, simultáneamente la aparición de leyes contra el blanqueo y la supervisión financiera revolucionaron el esquema normativo. Originalmente, el desarrollo de cada variable fue totalmente independiente entre sí.

Las raíces de la Diligencia Debida del Cliente (DDC) se encuentran en el Derecho prudencial y en la gestión interna del riesgo dentro de las instituciones financieras. Por una parte, ya en 1971 los legisladores de Estados Unidos y otros países limitaban las normas de sigilo bancario a los casos en que las autoridades fiscales sospechaban un drenaje ilegal de los activos imponibles en el extranjero, especialmente a los centros off-shore. Por otro lado, es una interesante ilustración de la aparición de la DDC, como parte de la gestión del riesgo privado dentro de las instituciones (Pieth, 2004, 6).

Las operaciones internacionales empezaron a tener cada vez mayor protagonismo, no solo en las Instituciones Financieras Internacionales (IFI) que eran utilizadas por los *lavadores* para disimular el origen ilícito de su fuente, sino también por las grandes corporaciones multinacionales que buscaban nue-

vos territorios que les facilite incrementar su rentabilidad mediante la aplicación de mecanismos de ingeniería financiera, o a su vez por funcionarios corruptos que debían sacar la riqueza *adquirida* de sus naciones en jurisdicciones con controles mucho más laxos y pagando una tasa menor de impuestos.

Dentro del cauce cronológico Salto aporta la “evolución histórica de los paraísos fiscales tiene su origen en la segunda mitad del siglo XX. Su auge responde al desarrollo industrial y económico de los años de la postguerra así como al proceso de descolonización de algunas potencias europeas” (Salto, 2000, 5-6). Esas, entre otras circunstancias, determinaron que algunos territorios diseñen sistemas fiscales capaces de atraer el capital extranjero, utilizando para tal fin las más variadas estructuras jurídico-fiscales. Si bien el desarrollo económico que devino tras la segunda guerra mundial marcó el punto de partida de estos centros financieros, se encuentran muchas otras referencias anteriores, se menciona “los casos de Delaware y New Jersey, que en 1899 empiezan atraer negocios de otros Estados más prósperos, ofreciéndoles ventajas tributarias, a condición de que se domiciliasen en su territorio” (Lombardero, 2009, 227).

### **Definiciones de paraíso fiscal o *tax haven***

Son varios los autores que están de acuerdo en cuanto al error terminológico en la traducción del vocablo original en inglés *tax haven* (no *tax heaven*), es decir refugio fiscal (Lombardero, 2009) (Mallada, 2012) (Paredes, Rodríguez y de la Cuesta, 2014). Mallada determina: “Lo cual tiene sentido ya que los paraísos o territorios offshore son lugares en los cuales no es que no exista tributación, sino que los tipos impositivos son más bajos que en otros países lo cual atrae a los grandes patrimonios que quieren hacer una planificación fiscal” (Mallada, 2012, 217).

Los territorios o sociedades *offshore* no son propiamente paraísos fiscales, Salto señala “existen territorios que establecen ventajas fiscales traducidas en tipos bajos de imposición a ciertas clases de sociedades que realicen operaciones por no residentes en el exterior” (Salto, 2000, 9), tales como Suiza o Liechtenstein, en la práctica territorios *offshore* y paraísos fiscales se emplean como términos sinónimos.

Hernández señala “se denomina paraísos fiscales a ciertos países y territorios que han desarrollado una importante actividad financiera realizada por no residentes, atraídos por sus ventajas fiscales, legislativas y de funcionamiento para el negocio bancario y financiero” (Hernández, 2009, 8). Por esa razón se les denomina en el lenguaje técnico Centros Financieros Offshore (OFC por sus siglas en inglés), generalmente son extraterritoriales. El problema que genera el blanqueo de dinero cuando se transfieren los fondos ilegales a los OFC, radica en el magro enfoque de control y supervisión de los OFC, ello implicó que se requería una definición técnica de OFC: se reemplazaron las definiciones neutrales emitidas tempranamente de las transacciones financieras offshore referentes a la banca en el extranjero, fuera del territorio de su actividad comercial. La noción de centro offshore rápidamente se volvió moralmente contaminada y la expresión se utilizó como un equivalente a *paraíso fiscal*. Al remitirse a los OFC, se hizo referencia a los servicios que ofrecían, específicamente la incorporación rápida y barata del domicilio de las grandes Corporaciones Mercantiles Internacionales, (IBC por sus siglas en inglés), el resultado una escasa estructura regulatoria y de supervisión con una combinación de leyes rigurosas de sigilo de sus clientes con una asistencia jurídica mutua inadecuada (Pieth, 2004, 23).

Tomando en consideración las múltiples posibilidades que presentan, Chávez define “puede ser un país, un territorio, una determinada región o también una actividad económica que se busca privilegiar frente al resto, con la finalidad de captar fuertes inversiones, constituir sociedades, acoger personas físicas con grandes capitales, etc.” (Chávez, 2014, 15). Dando mayor amplitud a esta definición, decimos que los paraísos fiscales son aquellos lugares que atraen a los inversionistas extranjeros por el trato fiscal preferente que reciben.

Analizando varios factores o diferentes rasgos de las características de los paraísos fiscales, Carpizo y Santaella los definen como “aquellas jurisdicciones, de carácter estatal o subestatal, con niveles de tributación bajos o inexistentes, en los que los operadores económicos gozan del anonimato que proporcionan el secreto bancario, mercantil y profesional, garantizados estos últimos por normas de rango legal o constitucional” (Carpizo y Santaella, 2007, 28). La combinación de estos elementos, que contienen básicamente concesiones fiscales privilegiadas y sigilo, permiten entender de manera más ilustrativa la denominación en español realizada y que efectivamente coincide con el concepto emitido de paraíso.

### Adoptando un enfoque histórico Hernández afirma:

(...) el desarrollo de los paraísos fiscales, como se manifiestan actualmente, se enmarca dentro de la aparición de las actividades de financiación offshore, para no residentes, como un sector de los mercados globales, innovaciones que sin moverse de casa permiten realizar compras y ventas de acciones, bonos, concertar préstamos y seguros y operar con los diversos productos financieros con mayor rentabilidad porque evitan el pago de impuestos (Hernández, 2006, 21).

### Para Ramírez:

Hoy en día, los paraísos fiscales son considerados por muchos Estados, como aquellos países que eximen del pago del impuesto sobre la renta, a los inversores extranjeros que mantienen cuentas bancarias o aplican tasas impositivas muy reducidas, en algunos casos, estas estructuras son utilizadas para el depósito de dinero producto, de delitos como el blanqueo de capitales, narcotráfico, terrorismo, entre otros (Ramírez, 2015, 7).

En el Ecuador la administración tributaria define a los paraísos fiscales como regímenes tributarios con imposición fiscal menor al 60% de la vigente en el Ecuador por el mismo concepto (Servicio de Rentas Internas, 2017), y los clasifica en regímenes fiscales preferentes y regímenes o jurisdicciones de menor imposición, detallando a abril de 2016 un listado de 86 paraísos fiscales. Adicionalmente, los artículos 5 y 4, de la Resolución No. NAC-DGERCGC15-00000052 señalan las siguientes condiciones respectivamente: a) no exista actividad económica sustancial; o, b) la tarifa efectiva de impuesto sobre la renta o impuestos de naturaleza idéntica o análoga cumple para dicho régimen con el criterio que sea inferior a un sesenta por ciento (60%) a la que corresponda en el Ecuador sobre las rentas de la misma naturaleza de conformidad con la Ley de Régimen Tributario Interno, durante el último período fiscal, según corresponda.

## **Estrategias utilizadas por las empresas y la utilización de paraísos fiscales**

Una necesidad imperante de los diferentes y múltiples agentes económicos en el actual entorno vertiginoso donde desarrollan sus actividades comerciales, es la versatilidad que deben tener sus procesos, la adaptación y respuesta al cambio que requieren las empresas en la búsqueda de ser más eficientes y reducir sus costos de producción ante unos consumidores cada vez más exigentes que requieren mayor calidad, requisitos indispensables que los administradores de las mismas no pueden darse el lujo de omitir. A lo que debe añadirse la inclusión de nuevos competidores en la industria, por lo que la inversión en factores tecnológicos se convierte en una obligación para poder subsistir en un ambiente tan competitivo y mundial.

La globalización ha aumentado la competencia internacional entre los agentes económicos privados. Los capitales han encontrado un entorno propicio para moverse libremente, tanto por la eliminación de controles, la disponibilidad de nuevas tecnologías y la mayor información disponible, como por las nuevas oportunidades de inversión que han aparecido de la mano de la desregulación de numerosos mercados, los procesos de privatización y los procesos de integración de mercados regionales (Vallejo, 2005, 148).

En el entorno global actual, la simulación de transacciones entre partes relacionadas es muy común en las grandes corporaciones multinacionales realizadas con diferente finalidad, la manipulación del comercio toma muchas y diversas formas. Las exportaciones e importaciones de bienes y servicios tienen precios falsos, denominados como precios erróneos en transacciones no relacionadas entre sí y como precios de transferencia en transacciones abusivas entre partes relacionadas. No sólo los precios están sujetos a manipulación, sino también cantidades, especificaciones técnicas, pesos y medidas. Por tanto, las operaciones financieras pueden ser completamente falsificadas, con dinero fluyendo fácilmente para pagar por transacciones que nunca se realizaron (Baker, 2005, 134).

Las exorbitantes ganancias generadas debido a su poder económico y político por grandes corporaciones multinacionales en diversas jurisdicciones territoriales y por tanto legales (dejando en *stand by* el análisis de la congruencia que debería determinar el límite de la razonabilidad de sus re-

sultados con la responsabilidad social corporativa), así como los enormes caudales económicos provenientes de turbulento origen, se ven seducidas por jurisdicciones con claras ventajas fiscales, legislativas y operatividad financiera, la aplicación de esquemas impositivos bien delineados por parte de las corporaciones incrementan considerablemente sus beneficios.

Los tributos tienen como finalidad cubrir las necesidades de los habitantes de las naciones. Los impuestos son la contraprestación de los servicios comunes que necesitamos y recibimos cuando convivimos en sociedad; cuanto más desarrollada y avanzada es una sociedad más impuestos son necesarios para satisfacer las necesidades colectivas que individualmente no podemos atender, como educación de los hijos, atención de la salud, retribución en situación de desempleo, pensiones jubilares, cuidado de ancianos, seguridad pública, disponibilidad de vías públicas (Hernández, 2006, 13). Elementos que fortalecen el Estado de Derecho, mismo que comprende la protección de los derechos de propiedad, independencia judicial, entre otros, incluidos elementos de orden público (Kaufmann, 2004, 8).

Generalmente las naciones aplican el principio de proporcionalidad impositiva, es decir quien más capital posee más impuestos paga, pero como contrapartida existen muchos y variados mecanismos para eludir las obligaciones tributarias, por tal razón no es de sorprenderse que las empresas con énfasis en las corporaciones multinacionales, apliquen artilugios con alto contenido de ingeniería financiera para mermar los valores correspondientes a pago de impuestos. Una técnica popular creada en el primer lustro de los años 2000, fue la transferencia de derechos de autor, logotipos, marcas, patentes y otros tipos de intangibles a las filiales extraterritoriales domiciliadas en paraísos fiscales. Los ingresos derivados de la concesión de licencias o la venta de estos activos corporativos a otras subsidiarias y filiales se acumulaban en el paraíso fiscal libre de impuestos. Luego, millones acumulados por la subsidiaria en el paraíso fiscal podían ser prestados a la empresa matriz, sobre la cual se pagaban intereses a la filial. El pago de intereses es deducible de impuestos; los ingresos por intereses recibidos en el paraíso fiscal son nuevamente libre de impuestos (Baker, 2005, 135-136).

Enfatizamos que el espíritu de las empresas o el fin para el cual son creadas es la obtención de ganancias, dentro de éste objetivo el maximizar sus utilidades y decrementar sus costos de operación se convierten en misiones

constantes de los administradores de las compañías. Dentro de esta vorágine comercial, el apetito de riesgo cada vez más elevado por parte de los inversionistas juega un rol fundamental en las organizaciones actuales que buscan optimizar sus recursos, por lo que en esa búsqueda de rentabilidad “la preferencia por operar en países cuyos sistemas tributarios ofrecen un tratamiento ventajoso condiciona las decisiones de inversión” (Ferrer, 2009, 83), la carencia de normas o vacíos legales incrementan esa *creatividad* especialmente en las grandes corporaciones multinacionales que expanden cada vez más sus horizontes en un entorno globalizado. Resulta incierto conocer hasta qué punto, si dichas organizaciones al operar en paraísos fiscales maximizan sus utilidades, debido a varios factores.

Sarrabayrouse acota:

Es necesario señalar que la operatoria de servicios financieros extraterritoriales no es ilegítima por sí sola sino que se torna de esa forma cuando es utilizada con fines de fraude, evasión impositiva, lavado de dinero; en fin, cuando se pretende ocultar el origen de los fondos para esquivar las normas éticas y de transparencia exigidas en el país del cual provienen los mismos (Sarrabayrouse, 2012, 77).

“La falta de transparencia y de un intercambio efectivo de la información, características de los *paraísos fiscales*, dificultan la obtención de datos reales relacionados con la actividad económica financiera desarrollada por las empresas multinacionales en esos territorios” (Ferrer, 2009, 96).

### **Relaciones entre paraíso fiscal, defraudación tributaria y lavado de activos**

Uno de los problemas que los delincuentes tienen es insertar grandes cantidades de dinero ilícito en el flujo económico lícito, para lo cual uno de los esquemas tradicionales ha sido el crear *compañías fantasmas* cuya finalidad es aparentar desarrollar actividades lícitas, tomando justamente en consideración los volúmenes considerables de dinero a los que tienen fácil acceso, permitiendo que los precios de los productos o servicios que comercializan estén por debajo de los precios que maneja el mercado a manera de subvención. Las empresas fantasmas también son conocidas como *compañías de fachada* o *de portafolio*, en inglés *shell company*. La utilización de este

mecanismo es considerada por muchos autores dentro de las tipologías clásicas del delito de lavado de activos y si bien como se expone ha sido un esquema tradicional, en el Ecuador no es sino hasta el 16 de agosto de 2016 cuando mediante Resolución No. NAC-DGERCGC16-00000356 emitida por el Servicio de Rentas Internas, publicada en el 2S del Registro Oficial 820, se establece que la utilización de empresas consideradas como inexistentes o fantasmas, así como de personas naturales y sociedades con actividades supuestas y/o transacciones inexistentes, serán consideradas como prácticas de planificación fiscal agresiva.

Con este breve preámbulo se trata de explicar la asociación de los paraísos fiscales con blanqueo de capitales y defraudación tributaria, toda vez que en esas jurisdicciones se generan verdaderas plataformas financieras y societarias propicias para el desarrollo de actividades comerciales, bancarias y financieras de dudosa procedencia. Uno de los recientes escándalos mundiales sobre corrupción en 2016, denominado *Panama Papers* nos da una visión de la trascendencia a la que nos referimos, un sin número de funcionarios públicos poseedores de cuentas millonarias en los denominados *tax haven*, subsidiarias, empresas *offshore* conformadas en dichos territorios cuyos principales socios o accionistas son gobernantes, senadores, diputados o fungen como las máximas autoridades de entes reguladores como fiscalías y obviamente sus cónyuges y familiares cercanos, engrosan las listas de propietarios de esas compañías.

Con fecha 10 de febrero de 2014 fue publicado en Ecuador mediante Registro Oficial Suplemento N° 180, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), lo que ha determinado un nuevo espacio para la aplicación de sanciones, tipificando delitos y estableciendo penas, cuya disposición final establece que entrará en vigencia en ciento ochenta días, es decir éste nuevo cuerpo legal es de reciente data y está vigente desde el 10 de agosto de 2014, no obstante ya ha sido modificado en varios tópicos incluyendo el delito de defraudación tributaria. Dentro de la Sección Quinta del cuerpo legal señalado, Delitos contra el régimen de desarrollo, encontramos la normativa correspondiente, por lo que procedo a señalar las modificaciones del artículo 298.- Defraudación tributaria:

a) *Sustituir el primer inciso por el siguiente:* “La persona que simule, oculte, omita, falsee o engañe a la Administración Tributaria para dejar de cumplir con sus obligaciones o para dejar de pagar en todo o en parte los tri-

butos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero, será sancionada cuando:”

b) *Agregar el siguiente numeral a continuación del numeral 19: “20.- Utilizar personas naturales interpuestas, o personas jurídicas fantasmas o supuestas, residentes en el Ecuador o en cualquier otra jurisdicción, con el fin de evadir el cumplimiento de las obligaciones tributarias.”*

c) *En el quinto inciso posterior al numeral 19, sustitúyase “18 y 19” por lo siguiente “18, 19 y 20”.*

d) *Sustitúyase el antepenúltimo inciso por el siguiente: “Los representantes legales y el contador, respecto de las declaraciones u otras actuaciones realizadas por ellos, serán responsables como autores en la defraudación tributaria en beneficio de la persona jurídica o natural, según corresponda, sin perjuicio de la responsabilidad de los socios, accionistas, empleados, trabajadores o profesionales que hayan participado deliberadamente en dicha defraudación, aunque no hayan actuado con mandato alguno.”*

Lo particular de la reforma del artículo 298 que corresponde a Defraudación tributaria y que se encuentra dentro del COIP, es que están dentro de las Disposiciones Reformatorias Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, expedida en el 2do. Suplemento Registro Oficial No. 802 y publicado con fecha 21 de julio de 2016.

Con fecha 15 de noviembre de 2016, la Corte Constitucional de Ecuador mediante Dictamen N.º 003-16-DCP-CC declara la constitucionalidad del proyecto de convocatoria a consulta popular propuesto por el presidente de la República mediante oficio N.º T.7328-SGJ-16-422 del 14 de julio de 2016, que propone la siguiente pregunta:

¿Está usted de acuerdo en que, para desempeñar una dignidad de elección popular o para ser servidor público, se establezca como prohibición tener bienes o capitales, de cualquier naturaleza, en paraísos fiscales?

Por lo tanto, en el plazo de un año, contado a partir de la proclamación de los resultados definitivos de la presente consulta popular, la Asamblea Na-

cional reformará la Ley Orgánica de Servicio Público, el Código de la Democracia y las demás leyes que sean pertinentes, a fin de adecuarlos al pronunciamiento mayoritario del pueblo ecuatoriano. En este plazo, los servidores públicos que tengan capitales y bienes, de cualquier naturaleza, en paraísos fiscales deberán acatar el mandato popular y su incumplimiento será causal de destitución.

La consulta popular se llevó a cabo en las elecciones del 19 de febrero 2017, resultando ganadora la opción del Sí con el 54,71% de votación.

El precedente en Ecuador para el delito de lavado de activos estuvo en la Ley 108 de 1990 denominada Ley de drogas (de sustancias estupefacientes y psicotrópicas) y asume que el mismo sujeto que se dedica al delito previo o precedente como el de drogas o el gran contrabandista o defraudador, o el que comete peculado abusando de los dineros o bienes públicos que le han sido entregados en razón del ejercicio del cargo, es el que posteriormente va a tratar de lavar activos que tiene un origen maculado, y puede ser procesado sin ningún obstáculo o presupuesto de procedencia que limite el ejercicio de la acción penal (Zambrano, 2010, 227-228).

Si bien la internacionalización se ha tornado en una constante que delimita estándares que los países deben cumplir, para algunos autores dentro de las cuarenta recomendaciones emitidas por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), organismo creado en 1989, no se encuentra un detalle específico que señale a la evasión fiscal entre la lista de delitos principales para el blanqueo de capitales, por tanto, los sujetos obligados no estarían forzados a notificar a las autoridades si existiesen operaciones sospechosas en este sentido.

Se realiza un énfasis en la necesidad de distinguir entre planificación fiscal legítima (economía de opción) y fraude fiscal, señalando que una cosa es el fraude fiscal, esto es, el impago de impuestos mediante medios ilegales, y que constituye delito en muchos países, y otra muy distinta la evitación del pago de impuestos o economía de opción, es decir, el empleo de medios legales para procurarse un ahorro tributario y no incurrir así en responsabilidad tributaria, que no es delictivo (Blanco, 2015, 470-471), en la mayoría de ocasiones las diferencias son muy sutiles y extremadamente difíciles de puntualizar.

El sistema fiscal internacional tiene diferencias fundamentales con el régimen de lucha contra el blanqueo de capitales. Mientras que el régimen de lucha contra el blanqueo de capitales fundamenta su regulación internacional en la Convención de la ONU de 1988, la normativa fiscal nunca se ha internacionalizado mediante un tratado multilateral, sino que se ha ido estableciendo entre Estados a través de un creciente número de Acuerdos de Doble Tributación (ADT) bilaterales o lo que muchos académicos consideran acuerdos para evitar la doble tributación (Blickman, 2009, 15). Es decir, mientras en el lavado de activos tenemos estándares internacionales, en la evasión tributaria son los países quienes delimitan el accionar de las empresas. Adicionalmente, debemos acotar que en el blanqueo de capitales los flujos económicos son el resultado de actividades ilícitas precedentes, en tanto en la evasión fiscal los fondos no provienen de un ilícito penal. Para tener una visión más clara la gravedad de la magnitud de los flujos que devienen de delitos de bienes públicos de los países en desarrollo, (United Nations Office on Drugs and Crime, 2007, 1) señala “El flujo transfronterizo de los ingresos mundiales de las actividades delictivas, la corrupción y la evasión fiscal se estima entre 1 trillón y 1,6 trillones de dólares al año”.

Señalando la variedad de argumentos existentes sobre este tópico, tomado en consideración que existen muchas posiciones contrarias a considerar que el tributo defraudado constituye objeto material del delito de lavado de activos, Blanco aporta:

Generalmente la aplicación de los tributos origina una relación jurídico-tributaria de la que se derivan obligaciones materiales y formales para el obligado tributario. La obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de una cantidad de dinero en concepto de tributos. La realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir genera la obligación de pago de una cantidad de dinero. Lo que se debate, es si dicha cantidad de dinero puede ser o no objeto material del delito de lavado de activos (Blanco, 2014, 213-214).

Uno de los temas siempre vigentes y de mucha relevancia en los acuerdos internacionales es la cooperación internacional que debe existir entre las naciones para poder realizar los respectivos seguimientos, determinar niveles de complicidad, autoría o responsabilidad. En el caso de los paraísos fiscales esa ayuda es muy limitada, la mayor parte de esos territorios muestran resistencia

a entregar información acerca de montos, origen de los bienes, titularidad de las cuentas, entre otros datos, argumentando cierta liberalidad en el manejo de los ingresos declarados o no por las personas (naturales o jurídicas) que son consideradas residentes en dichas jurisdicciones (Chávez, 2014, 14).

El hecho que el sistema impositivo se haya manejado hasta el momento al margen del ámbito internacional y que los sistemas tributarios nacionales individuales les salgan tan caros a los Estados, se debe en gran medida, a una concepción miope de la soberanía (Blickman, 2009, 15). Resulta lógico asumir que la mayoría de países se beneficiaría con una mayor cooperación internacional, pero establecer una política común para abordar las cuestiones tributarias a escala internacional, ha resultado una tarea más difícil que implementar estándares internacionales contra el blanqueo de capitales.

Dentro de esa implementación de regulaciones propias para cada jurisdicción, los países adoptan medidas económicas que sin lugar a dudas tienen un tinte político, los gobiernos europeos de derechas e izquierdas no solamente toleran las filiales y las sociedades offshore, como en el caso de los bancos y grandes multinacionales, sino que las medidas para rescatar a los bancos están financiando actualmente mecanismos bancarios que defraudan las haciendas nacionales (Hernández, 2009, 59), situación que fomenta el proceso de blanqueo de capitales, ensanchando las vías para las grandes operaciones financieras transnacionales carentes de ética y transparencia, volviendo entonces al inicio de ese gran círculo vicioso que definimos como línea base, denominado *corrupción*.

La defraudación tributaria constituye delito previo del lavado de activos, Blanco Cordero, et al, determinan:

(...) esta figura delictiva presenta unas peculiaridades propias que quizás merezcan una atención legislativa especial, como ocurre en países tales como Bélgica o Alemania. Podemos concluir señalando que la cuantía que integra el tributo defraudado constituye dinero o bienes de origen ilícito y, por lo tanto, idóneo para realizar las conductas típicas del delito de lavado de activos. No lo es, sin embargo, el conjunto de bienes y rentas no sometidos a tributación (que suponen la base imponible), porque no resultan contaminados por el delito tributario. Pese a ello, las dificultades más importantes surgen a la hora de identificar

los concretos bienes que integran la cuota tributaria (Blanco Cordero, Fabián Caparrós, Prado Saldarriaga y Zaragoza Aguado, 2014).

### **¿Doble moral o retórica política?**

En esa oscura y densa trama que tiene inherente la opacidad, la mejor estrategia política consiste en atraer capitales foráneos, y es justamente por esa connotación de sigilo y no cooperación internacional por la que acuden cantidades colosales de dinero a esos territorios, a lo que se añade la inserción de enormes flujos económicos provenientes del blanqueo obteniendo una combinación deplorable. El peligro más elocuente que presentan estas jurisdicciones es la posibilidad de ejecutar libremente operaciones de blanqueo de dinero. “La asociación paraíso fiscal-blanqueo no debe ser mecánica, pero es obvio que algunos territorios considerados paraísos fiscales son también estimados por la comunidad internacional como centros reales o potenciales de blanqueo de activos” (Lombardero, 2009, 240). Fabián (1998) plantea que la idea de *tax haven* es, ante todo, relativa: el presunto beneficio fiscal de un determinado territorio sólo se podrá apreciar si procedemos a compararlo con la situación existente en otra zona de referencia, lo que nos permitirá sacar conclusiones en función del contexto económico considerado (tributación sobre la renta y/o patrimonio, etc.), o en función de los sujetos intervinientes en tales actividades (personas naturales o jurídicas, sociedades mercantiles, fundaciones, etc.). En suma, cualquier país o región puede ser, de algún modo, un paraíso fiscal respecto de los países o regiones de su entorno.

Debemos entender también que los paraísos fiscales son apenas uno de los tantos artilugios utilizados para el blanqueo de capitales, centenares por no decir miles de casos se presentan en todo el mundo y Latinoamérica no es la excepción, donde fruto de los pésimos manejos especialmente de los gobernantes de turno y sus *obras* realizadas, terminan en éstas jurisdicciones, fruto de los dineros mal habidos de sobreprecios o coimas que reciben funcionarios corruptos. El caso Odebrecht ha sacudido a todo el mundo por el elevadísimo nivel de coimas entregadas a centenares de funcionarios en donde la empresa constructora realizaba sus actividades (Infobae, 2016).

Hernández señala:

El debate internacional sobre el desarrollo no ha tenido en cuenta generalmente el nefasto papel desempeñado por los centros financieros extraterritoriales en el atraso económico y social, agravando la inestabilidad económica y política de los países en desarrollo y, de este modo, exacerbando la pobreza mundial (Hernández, 2006, 104)

Países como Estados Unidos y Gran Bretaña tienen sus propios paraísos fiscales, por lo que sus opiniones en torno a prevención y sanción para algunos autores están cargadas de doble moral. Resulta carente de ética que las grandes potencias mundiales, a la vez que participan activamente y fomentan que los organismos globales fijen estándares internacionales imponiendo sanciones a los países *no cooperativos*, pero por otro lado, en sus propios territorios, no hagan todos los esfuerzos para erradicar los paraísos fiscales y la utilización de sociedades offshore, permitiendo el anonimato de los accionistas (Sarrabayrouse, 2012, 81).

## Conclusiones

Hay que tomar en consideración que los paraísos fiscales generalmente son utilizados para ejecutar actividades económicas, especialmente en torno al sector bancario, mediante la aplicación de diversos instrumentos financieros en muchos casos o simplemente en el desarrollo de sus actividades inherentes al *core* del negocio. Debido a sus peculiares características son considerados como territorios de competencia fiscal perjudicial y, potencialmente, como centros de blanqueo permanente, especialmente por la opacidad que les caracteriza, escasa o casi nula disposición al intercambio y entrega de información.

La combinación entre paraísos fiscales y defraudación tributaria, por un lado, y el lavado de activos, por otro, es constante, ya que la evasión origina la existencia de unos fondos que, forzosamente, han de ser blanqueados para poder ser reutilizados, generándose entonces la duda si es la delincuencia transnacional organizada quien *comanda* estas operaciones, o si las grandes corporaciones transnacionales u otros actores de gran trascendencia que poseen formidables cuotas de poder político y/o económico son realmente los beneficiarios, por lo que siempre será necesario seguir indagando acerca de

la utilización de los paraísos fiscales y sus nocivos efectos en las economías.

La modificación realizada al artículo 298.- Defraudación tributaria, del COIP está incluida en la emisión de la nueva Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos expedida en julio 2016, incluyendo sanciones a quienes utilicen centros offshore con la finalidad de evasión tributaria. Además, se incluye la responsabilidad directa del contador como autor en la defraudación, inclusive si no ha actuado con mandato expreso. A reglón seguido en agosto de 2016, se considera como prácticas de planificación fiscal agresiva la utilización de empresas consideradas como inexistentes o fantasmas. Reformas que debieron estar contempladas en primer lugar en el momento de la emisión de los recientes cuerpos jurídicos y por otra parte, dichos esquemas no son para nada recientes. La nueva ley orgánica de prevención de lavado de activos cambia de nombre al ente regulador denominándolo Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), lo novedoso es que esta institución pasará a ser adscrita al Ministerio Coordinador de la Política Económica, acorde lo determina el artículo 11 del cuerpo legal y será la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera quien ejercerá la rectoría en materia de prevención del lavado de activos y el financiamiento de delitos, derogando la ley expedida el 30 de diciembre de 2010 según registro oficial N° 352, mediante el cual se cambió la ley para reprimir el lavado de activos por la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. Se encuentra también pendiente la definición de normativa que la UAFE debe emitir a sujetos obligados que no tengan instituciones de control específicas, acorde lo determina la disposición transitoria segunda del Reglamento General a la Ley Orgánica expedido mediante Decreto Ejecutivo N° 1331 de fecha 23 de febrero de 2017.

## Referencias

---

- Baker, R. (2005). *Capitalism's Achilles heel: Dirty money and how to renew the free-market system*. New Jersey: John Wiley & Sons.
- Ballbé, M. (2014). El nuevo capitalismo monopolista financiero de estado. *Revista Economía Digital ED 2010-2014*, 26-28. Recuperado de <http://www.economiadigital.es/uploads/documents/revista-cuarto-aniversario.pdf>
- Blanco Cordero, I. (2015). *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Aranzadi.
- Blanco Cordero, I., Fabián Caparrós, E., Prado Saldarriaga, V. y Zaragoza Aguado, J. (2014). *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. (Ed. Especial para el Perú). Washington DC: CICAD.
- Blickman, T. (2009). *Lucha contra flujos capitales no regulados e ilícitos. Blanqueo de capitales, evasión fiscal y regulación financiera*. Recuperado de <https://www.tni.org/files/download/crime3s.pdf>
- Carpizo, J. y Santaella M. (2007). De los paraísos fiscales y la competencia fiscal perjudicial al Global Level Playing Field. La evolución de los trabajos de la OCDE. *Instituto de Estudios Fiscales, Cuadernos de Formación* (3), 27-45. Recuperado de [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos\\_formacion/03\\_2007/02\\_07.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/03_2007/02_07.pdf)
- Chávez, J. (2014). Los paraísos fiscales y su impacto global en América Latina (México). *CIMEXUS*, 9(2), 13-30. Recuperado de <http://cimexus.umich.mx/index.php/cim1/article/view/190/159>
- Etzioni, A. y Mitchell, D. (2007). Corporate Crime. En H. Pontel y G. Geis, *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime* (pp. 187-199). New York: Springer.

*Escándalo internacional: la confesión de Odebrecht llegó a las portadas de los medios más importantes. (21 de diciembre de 2016).* Infobae. Recuperado de <http://www.infobae.com/america/america-latina/2016/12/21/escandalo-internacional-la-confesion-de-odebrecht-llego-a-las-portadas-de-los-medios-mas-importantes/>

Fabián Caparrós, E. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex.

Ferrer, M. (2009). Multinacionales europeas: rentabilidad y paraísos fiscales. *Innovar 19*(35), 81-97. Recuperado de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/innovar/article/view/28763/34862>

Hernández Viguera, J. (2006). *El trasfondo de los paraísos fiscales*. Madrid: Attac.

Hernández Viguera, J. (2009). *Al rescate de los paraísos fiscales. La cortina de humo del G-20*. Barcelona: Icaria.

*Impeachment: Dilma Rousseff es destituida como presidenta de Brasil.* (31 de agosto de 2016). BBC. Recuperado de <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37232414>

Kaufmann, D. (2004). *Governance Redux: The Empirical Challenge*. Recuperado de <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/govredux.pdf>

Lombardero, L. (2009). *Blanqueo de Capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*. Barcelona: Bosch.

Mallada Fernández, C. (2012). *Fiscalidad y blanqueo de capitales* (tesis doctoral). Universidad de Oviedo, España. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10651/12737>

Marengo, F. (2011). Aspectos generales del lavado de activos. *Revista Pensamiento Penal*, 1-20. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina28927.pdf>

- Martínez, J. (2015). *Estrategias multidisciplinarias de seguridad para prevenir el crimen organizado* (tesis doctoral). Universidad de Barcelona, España. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10803/298308>
- Paredes, J. D., Rodríguez, J. M., y de la Cuesta, M. (2014). Los paraísos fiscales a discusión. *XIV Jornadas De Economía Crítica Perspectivas económicas alternativas*. UNED y Universidad de Valladolid. Valladolid
- Pieth, M. (2004). International standards against money laundering. En M. Pieth y G. Aiolfi, *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering. A Critical Analysis of Systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA* (pp. 3-42). Cheltenham: Edward Elgar.
- Quiroz, G. y Ortega, J. (24 de agosto de 2016). *Alex Bravo tiene USD 2,4 millones en el Capital Bank de Panamá*. El Comercio. Recuperado de <http://www.elcomercio.com/actualidad/alexbravo-dinero-capitalbank-pecuador-panama.html>
- Ramírez, G. (2015). *Los paraísos fiscales y las prácticas tributarias nocivas que afectan la administración tributaria en el Ecuador (tesis de maestría)*. Universidad Simón Bolívar, Ecuador. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/4549>
- Rose-Ackerman, S. y Søreide, T. (2011). *Introduction*. En S. Rose-Ackerman y T. Søreide, *International Handbook on the Economics of Corruption Volume Two* (pp. 14-21). Northampton: Edward Elgar.
- Salto, D. (2000). *Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española*. *Crónica Tributaria* (93), 49-88. Recuperado de [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad\\_internacional/ParaísosFiscales\\_DiegoSalto.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/ParaísosFiscales_DiegoSalto.pdf)
- Sarrabayrouse, D. (2012). Lavado de activos y paraísos fiscales. En D. Sarrabayrouse y M. Degoumois, *Lavado de Activos: prevención y sanción* (pp. 69-87). Buenos Aires: Infojus.

Servicio de Rentas Internas (2017). *¿Qué son Paraísos Fiscales?* Recuperado de <http://www.sri.gob.ec/web/guest/498>

United Nations Office on Drugs and Crime (2007). *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities and Action Plan*. Recuperado de <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf>

Vallejo, J. (2005). *La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea*. *Revista de Economía*, (825), 147-160. Recuperado de [http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE\\_825\\_147-160\\_\\_713157213A437FCC4C4C18F82FFA4895.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_825_147-160__713157213A437FCC4C4C18F82FFA4895.pdf)

Unger, B. (2013). Introduction. En B. Unger y D. Linde, *Research Handbook on Money Laundering* (pp. 3-18). Cheltenham: Edwar Elgar.

Zambrano, A. (2010). *Lavado de Activos. Aproximaciones desde la imputación objetiva y la autoría mediata*. Quito: CEP.

## Normas

---

Ecuador. Ley Reformativa de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos (2010). Registro Oficial No. 352 de 30 de diciembre.

Ecuador. Código Orgánico Integral Penal (2014). Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero.

Ecuador. Normas que establecen paraísos fiscales, regímenes fiscales preferentes y regímenes o jurisdicciones de menor imposición (2015). Resolución No. NAC-DGERCGC15-00000052. Suplemento Registro Oficial No. 430 de 03 de febrero.

Ecuador. Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos (2016). 2do. Suplemento Registro Oficial No. 802 de 21 de julio.

Ecuador. Normas que regulan el procedimiento de identificación y notificación de las empresas consideradas para efectos tributarios como inexistentes o fantasmas, así como de las personas naturales y sociedades con actividades supuestas y/o transacciones inexistentes (2016). Resolución No. NAC-DGERCGC16-00000356. 2do. Suplemento Registro Oficial No. 820 de 17 de agosto.

Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos (2017). Decreto Ejecutivo N° 1331 de 23 de febrero.

Ecuador. Reforma al Reglamento General a la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos (2017). Decreto Ejecutivo N° 1344 de 22 de marzo.

## Jurisprudencia

---

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen N.º 003-16-DCP-CC. Caso N° 001-16-CP, 15 noviembre 2016. Ruiz, A. (Presidente), Pozo, J. (Secretario).

Pedro Ernesto Neubarth Jung y Leonel Severo Rocha✉

## O Décimo Segundo Camelo no Poder Judiciário: uma análise a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoietico

*El Duodécimo Camello en el Poder Judicial: un análisis  
de la Teoría de los Sistemas Sociales Autopoyético*

*The Twelfth Camel in the Judicial Power: an analysis  
based on the Theory of Autopoietic Social Systems*

**Resumo:** *O estudo abordará a forma como os Órgãos Judiciais Colegiados vêm se comportando perante a presença de um elemento externo “Décimo Segundo Camelo” ao subsistema jurídico. Examinando-se, assim, como o subsistema do Direito lida com a introdução de um elemento externo em sua operacionalização, através*

✉ Pedro Ernesto Neubarth Jung, possui graduação em Direito pela Universidade Feevale (2015). Atualmente esta cursando Mestrado em Direito no PPGD da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, atua como pesquisador, mestrando, nesta mesma instituição, nos projetos de pesquisa “Teoria do Direito e Diferenciação Social na América Latina”, “Autoorganização do Sistema Jurídico: Comunicações e Autorreferência entre Brasil e Chile” e “Teoria do Direito e Evolução Social - UNISINOS”. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Advogado.

✉ [pedroneubarth@gmail.com](mailto:pedroneubarth@gmail.com)

✉ Leonel Severo Rocha, possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1979), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1982), Doutorado pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989) e Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6), bem como é Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), estabelecendo Convênio PROCAD. Membro pesquisador 1 do CNPq. Representante Titular da Área do Direito no CNPq. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, trabalhando principalmente os seguintes temas: Teoria dos Sistemas Sociais e Teoria do Direito.

✉ [leonel@unisinis.br](mailto:leonel@unisinis.br)

*da observação sistêmica de Luhmann. Deste modo, para se atingir o determinado fim, utilizar-se-á métodos qualitativos de pesquisa, os quais auxiliaram nesta pesquisa, acrescentando-se, ainda, elementos práticos como a análise de um caso prático em específico, o qual será amparado por referencias bibliográficos, buscando-se, assim, soluções ao problema proposto.*

**Palavras-chave:** sistemas autopoieticos, tribunais, comunicação, subsistema do direito, Niklas Luhmann.

**Resumen:** *El estudio abordará la forma en que se comportan los Organismos Judiciales Colegiados frente a la presencia de un elemento externo al subsistema jurídico, el "Décimo Segundo Camello". De esta manera, se examinará cómo el subsistema de derecho trata la introducción de un elemento externo en su operacionalización, a través de la observación sistémica de Luhmann. Es así que, para alcanzar el objetivo específico, se utilizan métodos cualitativos de investigación ya empleados en este estudio, incorporándose, también, elementos prácticos como el análisis de un caso en particular, el que será respaldado por referencias bibliográficas, buscándose así, soluciones al problema propuesto.*

**Palabras clave:** sistemas autopoieticos, tribunales, comunicación, subsistema de derecho, Niklas Luhmann.

**Abstract:** *This paper addresses the behavior of Collegiate Judicial Bodies in the presence of an external element, the legal subsystem – the "Twelfth Camel". This analysis examines how the legal subsystem deals with the introduction of an external element in its operation, through Luhmann's systemic observation. Thus, to accomplish this particular purpose, qualitative research methods previously applied in this study are used in addition to practical elements, such as the analysis of a particular case study, supported by bibliographic references. This is how solutions to the problem presented have been sought.*

**Keywords:** autopoietic systems, courts, communication, legal subsystem, Niklas Luhmann.

Recibido: 20170524

Aceptado: 20170704

## Introdução

A presença de um Décimo Segundo Camelo no Poder Judiciário, é algo praticamente corriqueiro, uma vez que, não são poucos os casos em que este gera irritações ao próprio subsistema do Direito, assim como, o Direito em relação a outros subsistemas da sociedade. Nesta senda, pretende-se utilizar a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiética, de Niklas Luhmann, para observar estas irritações geradas, objetivando-se, para tanto, constatar como o subsistema do Direito lida com a introdução de um elemento externo em sua operacionalização, assim como, subsidiariamente, identificar, o Décimo Segundo Camelo nos casos relacionados ao bloqueio de aplicativos de comunicação, pelo sistema jurídico. Nesta senda, argui-se, portanto, a seguinte problemática: a presença do Décimo Segundo Camelo confirma a operação do subsistema de maneira correta ou a conduz a um raciocínio errôneo das decisões judiciais, apresentando, assim, consequências diretas ao subsistema do Direito?

A comunicação dos sistemas sociais na qual o ser humano se faz presente, ancora o pressuposto de que a norma é um dogma, isto significa que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos por elas, muito menos, confrontar-se com si próprias. Deriva-se deste quesito, contudo, as dificuldades para tratar-se de assuntos legais modernos, deparando-se o operador do direito com a ausência de pressupostos legais ou, quando as soluções ofertadas, que por sua vez não satisfazem a necessidade de justiça. Isso ocorre, pois, o Direito é uma ciência cultural e seu conteúdo expõe-se às agitações culturais, necessitando, às vezes, que o intérprete se valha de meios externos para atingir os seus fins, ou seja, tira proveito de procedimentos integradores (Tomaz, 2005, 179). Enfim, pretende-se utilizar métodos de abordagem indutiva, acompanhado de técnicas de pesquisa qualitativa, consultas a referenciais bibliográficos como doutrinas e, também, jurisprudências, a fim de se abranger respostas aos problemas propostos.

## **A vida, obra e a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiético de Niklas Luhmann**

Niklas Luhmann é considerado o grande teórico da sociologia do final do século vinte, tendo estudado Direito na Universidade de Freiburg e trabalhado alguns anos na Administração Pública. Contudo, foram nos anos 60, após ter estudado Administração e Sociologia em Harvard e ter sido influenciado por Talcott Parsons e sua Teoria dos Sistemas Sociais, que começou a ser notoriamente conhecido. Em 1966 foi titulado Doutor pela Universidade de Münster e em 1969 foi o primeiro professor chamado, a lecionar, na recém-fundada Universidade de Bielefeld, onde permaneceu até o início dos anos 90 (Mansilla, 2005, 23).

Luhmann é um dos autores que mais contribui para o desenrolar-se da Teoria Sociológica, seus esforços de vida se orientaram pela construção de uma grande teoria, capaz de dar conta da sociedade e da sua vasta gama de fenômenos sociais. No entanto, com o passar dos anos, a execução de seu projeto resultou em uma enorme produção intelectual Luhmanniana (Mansilla, 2005, 23 e 24).

Deste modo, a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiético criada por Luhmann buscou levar em consideração o fato de que a comunicação é a operação elemental em que a complexidade social é construída, desenvolvendo-se, ainda, numa Teoria da Comunicação que permiti-se se entender os processos que tem lugar na interação, na organização e na sociedade. Com esta opção, afastou-se a tradição sociológica de que o átomo da sociedade é a ação, percebendo-se, por conseguinte, que a comunicação – de acordo com Niklas Luhmann – é necessariamente social, enquanto que a ação deve ser adjetiva – como a ação comunicativa – a fim de se tornar um elemento da sociedade (Mansilla, 2005, 27).

Posto isto, Leonel Severo Rocha (2005, 30) escreve a respeito da Pragmática-Sistêmica de Luhmann que, “esta se inspira numa dialética e, com isso, coloca que o mais importante não é uma perspectiva que está em Habermas de se obter o consenso, mas dizer que, ao contrário, o sentido da sociedade é a produção de diferença”. Assim, percebe-se que Luhmann não buscou em sua teoria ideologias consensualistas, mas sim a diferença entre elas, sendo, deste modo, sua teoria crítica aos conhecimentos tradicionais, motivos estes pelo

qual pode sua Teoria da Sociedade, e compreensão de mundo, ser compreendida como uma Teoria Contemporânea (Rocha, 2005, 30)<sup>1</sup>.

Destarte, convêm ressaltar-se que a Pragmática-Sistêmica de Luhmann parte da análise da Teoria dos Sistemas Sociais de Talcott Parsons, no entanto, este somente utilizou-se desta em uma primeira etapa de sua vida acadêmica, vindo em seus últimos textos a voltar-se a uma epistemologia autopoietica, acentuando-se, assim, a sistematicidade do Direito como auto-reprodutor de sua categoria (Rocha, 2005, 30 e 31). Leonel Severo Rocha (2005, 31), assim, exemplifica a respeito desta introdução da perspectiva autopoietica na Teoria da Sociedade que:

A perspectiva sistêmica autopoietica (pragmático-sistêmica) permite afirmar que por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente, as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidos no interior do sistema, a problemática do risco e do paradoxo. Nesta linha de idéias, é que se pode entender porque Luhmann, (...), define o direito (na Sociologia do Direito, 1972) como “uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (normal, social (institucionalização) e prático ou objeto (núcleo significativo))”.

Desta forma, compreende-se que o sentido e a forma de processamento da complexibilidade são, também, dimensões da própria complexibilidade, ou seja, estas três dimensões da complexibilidade do sistema são acessíveis pelo próprio sistema (Mansilla, 2005, 27). Luhmann, assim, passou a dar, por conseguinte, mais atenção às operações de autopoiese, baseando-se nos trabalhos de Humberto Maturana, aplicando-se a comunicação que, através dos sistemas sociais como redes de comunicação, produziriam seu próprio sentido e não as células e organismos vivos (King, 2009, 78 e 79).

É nesta senda que se adentra ao subsistema do Direito na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoietico, pois, trata-se o mesmo de um subsistema distinto, uma vez que, aventa-se o fato de o Direito ser um sistema autoprodutor, implicando-se suas próprias operações como sendo auto-referentes, ou seja, em outras palavras, suas decisões se referem a si mesmas, dentro do próprio sistema ou de si próprio.

Percebe-se, que esta diferença funcional, somente, é possível, pois, se trata o Direito de uma sistemática autopoietico, isto é, um subsistema operacionalmente fechado e auto-referente, entretanto, isto não se separa por completo da sociedade e dos de mais subsistemas. Ao contrário, significa apenas que por tratar-se do subsistema do Direito este é quem define os seus próprios limites, o que é relevante, ou não, para o seu entorno e quais as irritações, ao seu entorno, que poderão desencadear mudanças dentro de si próprio (Mansilla, 2005, 53).

No entanto, é na sociedade globalizada moderna que se perfila um problema ainda mais importante, qual seja, o evento de que em determinados ambitos da sociedade o Código ou o Direito, não pode ser aplicado, surgindo-se, assim, um meta-código de inclusão/exclusão (Mansilla, 2005, 53). Nesse ponto nos espelhamos com os limites do Direito que são enfrentados por Luhmann (2005, 68 a 70) da seguinte maneira:

Aquí nos enfrentamos al famoso problema de si estos límites se establecen de modo analítico o en modo concreto; es decir, si se establecen mediante un observador o mediante el objeto mismo. Si se responde: “de modo analítico” – y algunos creen erróneamente estar obligados a ello por razón de que están situados en la teoría científica –, entonces se concede a cualquier observador el derecho a su propia objetividad. De esta manera nos encontramos otra vez ahí en donde se constata la imposibilidad de una conversación interdisciplinaria. Por eso nosotros respondemos: “por medio del objeto”. Esto lleva directamente a afirmar: el derecho mismo determina cuáles son los límites del derecho. El derecho mismo determina, por lo tanto, qué es lo que pertenece al derecho y qué es lo que no. Las divergencias de opiniones se trasladan, entonces, hacia la pregunta: *¿cómo ocurre esto?*

Portanto, através desta passagem, consegue-se identificar um caminho com quatro pontos basilares que respondem a respectiva problemática: 1. A teoria que melhor descreve, atualmente, como algo produz seus próprios limites em relação ao seu entorno é a própria teoria dos sistemas; 2. Recusada a opção “analítica”, para determinação dos limites, far-se-á necessário organizar uma observação de segundo plano, ou seja, deve-se observar um objeto como se tratando de um observar que se oriente como um objeto; 3. Com o conceito de sistema observador, explorar-se-á um caminho epistemológico

construtivista; 4. Se por acaso chegarmos aqui, abrem-se possibilidades de se discriminar uma forma de observação jurídica do direito e outra sociológica: a sociológica observava o direito de fora, já à jurídica observa a si mesma de dentro (Luhmann, 2005, 68 a 70).

Destarte, é por estes motivos que a teoria sistêmica deve ser considerada uma teoria do conhecimento, necessitando-se ter em mente que toda a observação e toda descrição deve ser apoiada em uma diferença que, conseqüentemente, deve ser distinta, a fim de que quando constar-se algo afastado, teremos objetos, já ao constarmos algo por noções opostas, teremos conceitos (Luhmann, 2005, 79 e 80).

Assim, abrange-se sobre a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticas, como o anteriormente já exposto, que se trata essa de uma teoria capaz de se autorreproduzir, resolvendo, assim, a seus problemas com base em soluções tomadas anteriormente, contudo, é diante desta afirmação que questiona-se sobre o que aconteceria ao se inserir um *paradoxo* no subsistema do Direito?

### **O Décimo Segundo Camelo no subsistema do Direito**

Inicialmente, a de se esclarecer que trata-se a proposta do Décimo Segundo Camelo de uma metáfora, um modelo prático utilizado por Niklas Luhmann, para exemplificar a presença de *paradoxos* no cotidiano profissional do subsistema do Direito e, também, sua necessidade e não necessidade (Luhmann, 2004, 33 e 34). Desta forma, conta a “estória” que um rico beduíno realizou a sua sucessão através de testamento, deixando para os seus três filhos onze camelos que deveriam ser partilhados conforme a sua última vontade. O primeiro filho, Achmed, deveria receber a metade dos camelos. O filho do meio, Ali, ficaria com um quarto destes. Já o terceiro filho e mais novo deles, Benjamin, teria o direito de receber um sexto dos *camelus* (Luhmann, 2004, 33 e 34).

Assim, com a morte do beduíno, o seu filho mais velho, Achmed, reivindicou os seus seis camelos, entretanto, isto representava mais do que a metade dos camelos, o que resultou, imediatamente, em protestos por parte dos seus outros irmãos. Diante do impasse gerado, o conflito fora levado a um sábio local, que ofertou um de seus camelos, a fim de se ver resolvido o presente problema, arguindo que – se Alá assim o quiser vocês restituíriam o meu camelo – com doze camelos em posse, os irmãos deram, assim, início a

divisão. Achmed receberá metade, ou seja, seis. Ali ganhara um quarto, isto é, três. Benjamin, por sua vez, percebeu seu um sexto, dois camelos. Deste modo, foram os onze camelos partilhados e o sábio teve o seu décimo segundo devolvido (Luhmann, 2004, 33 e 34). Nesse contexto, percebe-se que se observarmos a questão, sob uma ótica de segunda ordem, como a realizada pelo sábio, teremos resultados totalmente diferentes, ou seja, *paradoxais* (Rocha, 2009, 34), nesse sentido, fazendo uso das palavras de Leonel Severo Rocha (2009, 35):

Não é possível, nas sociedades complexas, uma ruptura radical entre passado e futuro. Assim, algumas questões do normativismo podem estar ainda muito presentes em certas questões e, para outras, não fazerem nenhum sentido. (...) Existem passagens, portais, que se fecham e não fecham. Depende da observação do problema. (...) Do ponto de vista temporal, eventos do passado ainda estão presentes aqui, hoje, e outros já desapareceram.

Percebe-se, deste modo, que “a introdução de uma referência externa assimetriza esses *paradoxos*. Há princípios, há valores, há consequências etc. Mas os *paradoxos* não se resolvem apenas se desdobram para novas configurações” (Bahia; Simioni, 2010, 03). Juliana Neuenschwander Magalhães (2013, 292) diz assim a respeito desta irresolução dos *paradoxos*, que “o grande desafio da lógica contemporânea é o de descrever, de maneira não *paradoxal*, que a realidade é *paradoxal*”.

Ainda, em relação aos *paradoxos* no direito, percebe-se que estes constituem a forma como observamos as acomodações auto-referenciais no interior do sistema, podemos assim em um primeiro momento nos guiar pelas normas e decisões, ou seja, através das normas alcançaremos o objeto das decisões, as quais seguem suas próprias normas, após serem textualizados, tornando-se objetos das próprias decisões (Luhmann, 2004, 36).

Compreende-se, portanto, que este processo resulta em um círculo de auto-referência, ou seja, uma decisão somente é uma decisão, pois reage às expectativas da norma, cumprindo e apresentando, também, um leve desvio em relação a elas mesmas (Luhmann, 2004, 36 e 37). É importante destacar-se, também, que o termo *paradoxo* na sistemática autopoietica “refere-se a um fenômeno da observação e da descrição – (...). A observação dos paradoxos

bloqueia a observação e a descrição do sistema, embora a própria autopoiesis do sistema continue às cegas” (Magalhães, 2013, 292). Busca-se, assim, se identificar, ou não, há presença do Décimo Segundo Camelo nas operações do subsistema do Direito e a condução desta a um raciocínio errôneo ou adequado das decisões judiciais. Através desta compreensão, Juliana Neuenschwander Magalhães (2013, 295) doutrina sobre os *paradoxos* nas teorias clássicas do Direito, que:

Se nós observarmos as teorias clássicas do Direito, num nível superior de observação de suas observações, então podemos ver que estas teorias têm se caracterizado pela tentativa de evitar o encontro com esse paradoxo, lançando mão de instrumentos semânticos provisórios e ineficientes.

Desta maneira, pode-se entender que é através da observação pela teoria dos sistemas que a autorreferência ocorre, causando *paradoxos* através dos quais é possível que os sistemas sociais se *desparadoxem*, permitindo-se, portanto, a inclusão de assimetrias que, posteriormente, proporcionam a capacidade de se reconectar operações as operações (Magalhães, 2013, 295).

Pode-se compreender, assim, que através da cooperação entre dois subsistemas, por exemplo, o jurídico e o sociológico há uma pressuposição de “que a teoria reconheça as coisas que previamente deu por supostas a partir de sua função de “desparadoxação”. Desta forma, também a teoria do Direito pode transformar o paradoxo em uma qualidade do Direito” (Magalhães, 2013, 297). Ciente destas possibilidades, Leonel Severo Rocha (2005, 43) expõem em relação aos *paradoxos* e seu reconhecimento, que este deve estar:

Preparado para reconhecer e identificar todo o conjunto de fenômenos permanentes de auto-referência, paradoxo e contradições que permeiam o sistema jurídico. Esses paradoxos são inerentes à realidade do Direito e não podem ser suplantados por uma simples postura crítica (a qual apenas demonstra a existência de paradoxos dentro do sistema do Direito) ou por uma tentativa de suplantá-los mediante uma nova distinção, mas sim pela constatação de que os elementos que compõem o sistema do Direito – ações, normas, processos, realidade jurídica, estrutura, identificação – constituem-se circularmente, além de vincularem-se uns aos outros também de forma circular.

Ainda, compreende-se, que a *desparadoxização* dos *paradoxos* e sua realidade circular do Direito, nos possibilita realizar:

(...) um fechamento operativo, no qual o Direito atua auto-referencialmente com seus elementos internos (...). Entretanto, com o escopo de orientar a (...) codificação binária (...), o sistema se abre para a influência do sistema social ou de outros sistemas parciais (Economia, Política, Religião, Moral, Ciência). Esta abertura somente é possibilitada devido à clausura operativa, pois quanto maior o fechamento de um sistema, mais estável e apto estará este a uma abertura cognitiva (sensorial). (...) apenas adquirindo relevância sistêmica e sendo internalizadas por este quando passíveis de adequação à codificação binária, obtendo um sentido jurídico (Rocha; Carvalho, 2002, 247).

Assim sendo, abrange-se, a respeito do subsistema do Direito e seus *paradoxos* circulares, que estes devem depois de plantados os elementos necessários, serem capazes de produzir sua própria autoprodução, ou seja, ser capaz de se (re)alimentar, possibilitando ao mesmo, também, a capacidade de se auto-gerenciar (Rocha, 2005, 44). Igualmente, deve-se ter claro que no subsistema do Direito temos como a organização mais relevante, diante do fato de se encontra no centro de todo o diálogo, o Poder Judiciário, que possui como função basilar a *desparadoxizante*, ou seja, a necessidade de tomar decisões frente às incertezas (Rocha, 2009, 37). Ressalta-se por fim, ainda, que é devido à existência destes certos *paradoxos*, que ocorrem determinadas crises autopoiéticas no mundo, isto é, em virtude de não ser possível observar-se o mundo apenas a partir do Direito que se geram irritações que resultam na falta de eficácia e efetividade (Rocha, 2009, 38).

### **Aplicação jurisprudencial ao presente estudo: operação correta ou raciocínio errôneo**

Leonel Severo Rocha e Delton Winter de Carvalho (2002, 248) doutrinam, a respeito da aplicação dos *paradoxos* no subsistema do Direito, que é preciso em um primeiro plano desmistificarem-se os abandonos de que a práxis jurídica não esta localizada em uma circularidade, ou seja, assumir de fato que o subsistema jurídico faz parte de uma realidade circular. Deste modo, necessário é haver um consenso quanto a circularidade do subsistema do Direito que carece de:

(...) instrumentos teóricos, que possibilitem a gestão desses paradoxos sem que haja bloqueio nos processos de tomada de decisão, através de uma análise do modo com que a práxis jurídica lida com os paradoxos decorrentes da auto-referência, conseguindo atingir uma certa estabilidade para o Sistema do Direito. (...) A auto-observação de como a práxis jurídica oculta/anula/trabalha estes paradoxos, com a finalidade de permitir a tomada de decisões jurídicas em contextos altamente complexos, remete a uma autológica construída auto-referencialmente, onde os Tribunais encontram-se no centro do Sistema Jurídico. Reforça-se, assim, o cunho pragmático desta epistemologia sistêmica que, de forma construtivista, presume e admite a realidade circular do Direito (Rocha, Carvalho, 2002, 248).

Ainda, prosseguindo a respeito das ideias e dos posicionamentos apontados, os autores doutrinam, também, que:

A validade das legislações depende das decisões que as aplicam de uma forma interpretativa (Jurisprudência) e, esta interação demonstra que a legislação é um ponto de acoplamento entre o sistema jurídico e o sistema político, estando à legislação na periferia do sistema, enquanto que os Tribunais encontram-se no centro destes. Estas decisões judiciais, por sua vez, atuam normativamente/necessariamente na forma de uma distinção. Inobstante, o sistema mantém interações cognitivamente orientadas com o seu meio envolvente, isto é, de forma adaptável às possíveis frustrações. É neste sentido que a obrigatoriedade de prestação jurisdicional é um exemplo deste paradoxo, pois ao prever tal dogma, a legislação “vincula” normativamente (o sistema atua operativamente fechado) a uma abertura, cognitivamente orientada, (...) (Rocha; Carvalho, 2002, 249).

Contudo, necessita-se estar ciente de que há uma agitação muito grande ao falar-se de uma abertura para o novo, pois, isto eleva a insegurança e, conseqüentemente, os riscos, porém, é através do equilíbrio e do fortalecimento das instituições que se atinge *paradoxalmente* o caminho para o gerenciamento dos riscos e se admite o exercício e a capacidade de adaptação e aprendizagem do Sistema (Weber; Rocha, 2013, 17).

Niklas Luhmann (1990, 166) escreve, assim, a respeito das funções do centro do sistema que servem estas para a dissolução de *paradoxos*, ou seja, uma decisão que obrigue a coletividade e o próprio autor desta, garante a organização do Estado e a imputação da ação pelos agentes individuais em relação à coletiva que, conseqüentemente, não pode agir individualmente, devendo sempre ser representada pelo todo. A fim dê-se exemplificar este descabimento/irritações a outros subsistemas provenientes de decisões judiciais, bem como, de *paradoxos* no subsistema do Direito, busca-se transcrever passagem de liminar concedida em decisão *desparadoxizante* do Tribunal de Justiça do Piauí, envolvendo o aplicativo WhatsApp:

A decisão questionada determinou, segundo relatado, a suspensão do acesso a aplicativo de comunicação instantânea notoriamente utilizado por milhões de pessoas em todo o mundo, em razão de existir, segundo o próprio mandado de folha 38 (dos autos 2015.0001.001592-4), certa recalcitrância quanto ao cumprimento de outra ordem judicial, cujo teor, por se encontra o processo originário protegido por segredo de justiça, reveste-se de incertezas.

A princípio, independentemente do teor da ordem descumprida, em hipótese alguma se justifica a interrupção de acesso a todo um serviço, cuja área de abrangência, sabe-se, transpõe as barreiras nacionais de qualquer nação e afeta, direta e surpreendentemente, a comunicação entre um sem número de pessoas, envolvendo não somente os usuários nacionais, mas também aqueles que, fora de nossas fronteiras, tentem contatar parentes, amigos e afins residentes no Brasil.

A fim de melhor ilustrar a falta de proporcionalidade que emana do ato questionado, imagina-se um juiz que, insatisfeito com a contumácia de determinada empresa telefônica em prestar-lhe informações sigilosas, determine a suspensão, em todo o território nacional, dessa modalidade de serviço de comunicação. Ou, em uma analogia mais rústica, determinasse esse juiz a interrupção da entrega de cartas e encomendas pelo correio, apenas baseada na suspeita de que, por exemplo, traficantes estariam fazendo transitar drogas por esse meio.

Apesar de, num primeiro momento essas analogias parecerem destoar um pouco da situação em apreço, deve-se lembrar que em todas

essas três conjunturas, tem-se a mesma ideia, qual seja, a (tentativa de) paralisação de uma gigantesca e pesada estrutura, com inegáveis ramificações internacionais, diga-se passagem, em prol de uma investigação criminal que, muito provavelmente, possui um número limitadíssimo de suspeitos. (Tribunal de Justiça do Piauí, 2015)

Percebe-se, ainda, que são reiterados<sup>2,3,4,5</sup> os casos em que magistrados, insatisfeitos com determinados respostas, aplicam decisões que irritam a outros subsistemas, afetando assim diretamente a coletividade, ou seja, não percebem a importância da *desparadoxização* e a necessidade de comunicação, entre os sistemas, em suas decisões, a fim de evitar-se inclusive *paradoxos* dentro do próprio subsistema jurídico. Assim, em virtude dos *paradoxos* e irritações, proveniente de decisões judiciais, como a trazida à luz, far-se-á necessária à presença de um sábio detentor de um Décimo Segundo Camelo, qual seja, o legislador observador, que precisará buscar uma forma de sanar os eventuais erros cometidos pelos magistrados em instâncias iniciais, através da observação, no que versa ao respectivo caso<sup>6</sup>. Niklas Luhmann (1990, p. 168) nos ensina, assim, a respeito da função dos Tribunais no subsistema jurídico, que:

(...) como formas que apresentam sempre dois lados-seja como sistema e mundo circundante, seja como centro e periferia, seja como Direito e não-Direito. Toda a observação e descrição da unidade de uma multiplicidade ou da unidade de uma distinção fundamenta-se em última instância num paradoxo. Mas ela pode ao mesmo tempo tornar plausível a idéia de que trata apenas de um problema de observação e de que nenhum sistema chega à paralisação através da lógica. Devemos atentar apenas para a maneira pela qual o sistema dissolve o paradoxo da sua auto-referência; e uma possibilidade consiste em delegar essa tarefa a um centro do sistema, para o qual não há alternativas.

Deste modo, muitos são os eventos interligados e “conclusivos da complexidade e da necessidade de uma nova adaptação, que proporcione resultados positivas em vez de paradoxos” (Weyermüller, 2014, 248). Entende-se, portanto, que a presença do Décimo Segundo Camelo no subsistema do Direito, proporciona sim uma operação correta pelos Tribunais na busca por uma decisão *desparadoxizante* e sem grandes irritações aos demais subsistemas sociais, contudo, frequentes são as decisões judiciais *paradoxais* capa-

zes de gerar grandes irritações aos demais subsistemas, gerando-se um raciocínio errôneo ao proferirem-se determinadas decisões judiciais.

## Conclusão

Niklas Luhmann faleceu em novembro de 1998, no entanto, deixou uma herança de proporções incalculáveis a humanidade, sua Teoria dos Sistemas Sociais Autopoietica, apresenta a sociedade como sendo composta por distintos sistemas operativamente fechados, capazes de proporcionar eles próprios os elementos necessários para si mesmos, isto é, sistemáticas autopoieticas. Contudo, estes mesmos sistemas são cognitivamente abertos, pois, são capazes de se auto-observar. Nesta senda, os *paradoxos* presentes no subsistema jurídico, muitas vezes possuem dificuldade em aceitar a introdução de elementos externos na sua operacionalização, entretanto, percebe-se que nos Tribunais a uma maior abertura, o que pode ser visto em análise ao caso envolvendo o aplicativo de comunicação, uma vez que, houve uma aceitação por parte do Tribunal em se adequar aos anseios da sociedade, aceitando para tanto o ingresso de um Décimo Segundo Camelo externo.

Contudo, é imperioso destacar-se a existência de dificuldade por parte dos magistrados de 1ª instância em aceitar a introdução de elementos externos, o que acaba gerando irritações não só ao próprio subsistema do Direito como, também, em outros subsistemas, gerando assim *paradoxos*, que necessitam ser combatidos através de uma decisão superior *desparadoxizante*. Enfim, constata-se, ainda, no que diz respeito ao problema levantado que a presença de um Décimo Segundo Camelo, confirma a operação do subsistema de maneira correta, apesar disso, existem casos em que a um raciocínio errôneo por parte dos proferidores de decisões judiciais, apresentando-se, assim, consequências que afetam de maneira direta em alguns casos específicos, como no analisado, toda uma sociedade local.

## Referências

- Bahia, A. G y Simioni, R. L. (2010). *Decisões judiciais devem fazer diferença. Consultor Jurídico*. Recuperado em <http://www.conjur.com.br/2010-mai-12/decisoes-juridicas-levar-serio-valores-principios-constitucionais?pagina=3>
- King, M. (2009). A verdade sobre a autopeiose no Direito. Em L. S. Rocha, M. King, J. Clam. *A verdade sobre a autopeiose no Direito*. (pp. 41-98) Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Luhmann, N. (1990). A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da AJURIS*. (49), 149-168. Recuperado em <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/5b5af/5bb67/5bb68?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>
- Luhmann, N. (2004). A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. Em A. J. Arnaud, D. L. Junior. *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. (pp. 33-107). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Luhmann, N. (2005). *El Derecho de la Sociedad*. México: Herder.
- Magalhães, J. N. (2013). O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de justiça europeia. Em L. S. Rocha. *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Ijuí: Unijuí.
- Mansilla, D. R. (2005). Invitación a la Sociología de Niklas Luhmann. Em N. Luhmann. *El Derecho de la Sociedad*. (pp. 23-55). México: Herder.
- Rocha, L. S, Carvalho, D. W. (2002). Auto-referência, Circularidade e Paradoxos na Teoria do Direito. Em L. S. Rocha, L. L. Streck. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. (pp. 117-138) Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Rocha, L. S. (2005). Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. Em L. S. Rocha, G. Schwartz, J. Clam. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. (pp. 11-40) Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Rocha, L. S. (2009). Observação sobre a observação Luhmaniana. Em L. S. Rocha, M. King, J. Clam. *A verdade sobre a autopoiese no Direito*. (pp. 11-44) Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Tomaz, C. A. S. (2005). O Décimo Segundo Camelo de Luhmann e o §3º, do Art. 5º, da Constituição Brasileira, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45: inconstitucionalidade a partir de uma visão extradogmática do direito tendo como paradigma a alopoiese jurídica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. (6), 178-200. Recuperado em <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/281/274>

Weber, S. S, Rocha, L. S. (2013). Direito e Sociedade em transição: respostas sociológicas para decisões judiciais autopoieticas. Em J. A. O. Júnior, R. L. T. Mendes, M. L. Scaramella. *Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Recuperado de <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=142>

Weyermüller, A. R. (2014). *Água e adaptação ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção*. Curitiba: Juruá.

## Jurisprudencia

---

Brasil. Tribunal de Justiça do Piauí. Mandado de Segurança nº 2015.0001.001592-4, de 26 de Fevereiro de 2015. Alenda, R. N. C. (Relator). Recuperado em: <http://s.conjur.com.br/dl/liminar-whatsapp-tj-pi.pdf>

## Notas

---

<sup>1</sup> Rocha, L. S. (2005). Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. Em: L. S. Rocha, G. Schwartz, J. Clam. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito*. (11-39) Porto Alegre: Livraria do Advogado.

<sup>2</sup> Comunicação interrompida: por descumprir decisão judicial, WhatsApp deverá ser bloqueado por 48 horas. (2015, December). *Consultor Jurídico*. Recuperado em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-16/operadoras-telefonias-bloquer-whatsapp-48-horas>

<sup>3</sup> Rover, T. (2016, May). Quebra de Sigilo: Juiz determina bloqueio do WhatsApp a partir das 14h desta segunda. *Consultor Jurídico*. Recuperado em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-02/juiz-determina-bloqueio-whatsapp-partir-14h-segunda>

<sup>4</sup> Investigação criminal: Juíza do RJ manda suspender WhatsApp e reclama de resposta em inglês. (2016, July). *Consultor Jurídico*. Recuperado em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-19/juiza-manda-suspender-whatsapp-reclama-resposta-ingles>

<sup>5</sup> Streck, L. L. (2016, July). Abusos, não cidadania e WhatsApp: a Divina Comédia no Brasil. *Consultor Jurídico*. Recuperado em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-21/senso-incomum-abusos-nao-cidadania-whatsapp-divina-comedia-brasil>

<sup>6</sup> Senado pergunta aos brasileiros opinião sobre limitar a internet banda larga. (2016, May). *Portal EBC*. Recuperado em: <http://www.ebc.com.br/tecnologia/2016/05/senado-pergunta-aos-brasileiros-opinio-sobre-limitar-internet-banda-larga>



Ricardo Marquisio Aguirre 

## El ideal de autonomía moral\*

*The Ideal of Moral Autonomy* ■

*O ideal de autonomia moral* ■

**Resumen:** *En este ensayo planteo algunos elementos constitutivos del ideal de autonomía moral, que resulta un presupuesto central de las prácticas sociales centradas en la imputación normativa, fundamentalmente la moral y el derecho. Parto de una concepción constructivista de la normatividad, tomando como elemento esencial y no reductible a las razones, y me centro en los rasgos conceptuales que caracterizan a las razones morales dentro del dominio normativo. Posteriormente, desarrollo una idea de la autonomía moral basada en la auto-constitución que incluye tres propiedades fundamentales: la posibilidad de responder a razones fundadas en expectativas sociales compartidas; la responsabilidad por cierto ámbito de acciones, según el conjunto de razones de que dispone el sujeto y hasta el punto en que pueda ampliarlas, y la necesidad de conservar la autonomía como finalidad que unifica el conjunto de acciones autónomas de los agentes morales.*

**Palabras clave:** *autonomía moral, razones morales, moral y derecho, constructivismo.*

**Abstract:** *Some elements of the ideal of moral autonomy are discussed in this paper. Such ideal is a key assumption in social practices focused on normative imputation, particularly morality and law. First, a constructivist conception of normativity is introduced, taking reasons as an essential and non-reducible element, and focused on the conceptual features of moral reasons within the normative do-*

---

 Profesor Adjunto de Filosofía y Teoría General del Derecho (Facultad de Derecho-UDelar). Doctor de la Universidad de Buenos Aires.

 [rmarquisio@gmail.com](mailto:rmarquisio@gmail.com)

\* Artículo elaborado en el marco del proyecto “La teoría del derecho contemporánea y el problema de la objetividad de los valores” financiado por CSIC.

main. Then, an idea of moral autonomy based on the self-constitution is developed including three key features: the possibility of responding to reasons based on shared social expectations; the responsibility for certain scope of actions, according to a set of reasons available to the individual and to their maximum extent of expansion; and the need to preserve autonomy as a purpose unifying the set of autonomous actions of moral agents.

**Keywords:** Moral autonomy; moral reasons; morality and law; constructivism.

**Resumo:** Neste ensaio apresento alguns elementos constitutivos do ideal de autonomia moral, que é um pressuposto central das práticas sociais com foco na imputação normativa, fundamentalmente na moral e no direito. Partindo de uma concepção construtivista da normatividade, tomo como elemento essencial e não redutível às razões, e focalizo-me nos aspectos conceituais que caracterizam as razões morais dentro do domínio normativo.

Posteriormente, desenvolvo uma idéia da autonomia moral baseada na auto-constituição que inclui três propriedades fundamentais: a possibilidade de responder a razões fundadas em expectativas sociais compartilhadas; a responsabilidade por determinado âmbito de ações, segundo o conjunto de razões que dispõe o sujeito e até o ponto em que ele possa ampliá-las, e a necessidade de preservar a autonomia como finalidade que unifica o conjunto de ações autônomas dos agentes morais.

**Palavras-chave:** autonomia moral, razões morais, moral e direito, construtivismo.

Recibido: 20170214

Aceptado: 20170418

## Introducción

La atribución a los seres humanos de la condición de agentes morales autónomos es esencial para la propia inteligibilidad de un vasto número de prácticas sociales. Considerarnos unos a otros agentes autónomos es relevante para ser destinatarios de evaluaciones morales en las relaciones interpersonales, en tanto las expectativas recíprocas constitutivas de vínculos tales como los filiales, de pareja o amistad presuponen esa condición. También resulta un presupuesto de las instituciones sociales que reconocemos como fundamentales, tanto políticas (la democracia implica que los ciudadanos, precisamente por estar dotados de autonomía moral, tienen derecho a decidir cuestiones que afectan las vidas de sí mismos y de otros) como jurídicas (el ideal del imperio del derecho tiene entre sus componentes fundamentales la necesidad de que las normas puedan justificarse para destinatarios considerados como seres racionales y dotados de la capacidad de determinarse moralmente). Por tanto, resulta de innegable relevancia explorar las condiciones bajo las cuales alguien puede ser considerado un agente moral autónomo.

A continuación voy a plantear algunos rasgos centrales del ideal de autonomía moral a partir de una concepción constructivista de la razón práctica. El constructivismo constituye una vía para sostener la objetividad práctica y moral aunque, a diferencia del realismo moral, sin asumir la existencia de *hechos morales*. Se trata, en esencia, de una visión sobre la normatividad y el valor entendidos como no independientes de las posturas de los agentes prácticos y morales. A las preguntas “¿qué es el valor?” y “¿cómo ingresa el valor al mundo?”, el constructivismo da las siguientes respuestas: el valor es algo que confieren al mundo las criaturas que valoran y, por tanto, ingresa y desaparece junto con ellas (Street, 2012).

En términos generales, puede caracterizarse al constructivismo como la postura según la cual, en tanto hay verdades normativas, éstas están determinadas por un proceso idealizado de deliberación, acuerdo o elección racional (Bagnoli, 2011) (Van Roojen, 2015) o, siguiendo a Street –que

considera inadecuada la caracterización procedimental— a partir de la tesis de que la verdad de una afirmación normativa consiste en que sea implicada (lógica o instrumentalmente) desde el punto de vista práctico —que incluye los valores, deseos, planes, intenciones y, en general, todos los juicios evaluativos que pueda realizar un agente— que proporciona la totalidad del material para la “construcción” normativa (Street 2010)<sup>1</sup>.

La versión más ambiciosa e influyente del constructivismo contemporáneo es la concepción kantiana de Korsgaard (1996a, 1996b, 2008, 2009). De acuerdo con dicha autora, la existencia de estándares objetivos en la moral puede explicarse a partir de lo que denomina *realismo procedimental* (por oposición al *realismo sustantivo*, según el cual hay respuestas correctas a las cuestiones morales porque hay “hechos” morales). El *realismo sustantivo*, que transforma a la ética en una disciplina cognoscitiva (el conocimiento de una parte del mundo, la normativa, constituida por los hechos morales), no puede dar cuenta de la autoridad práctica inherente de la moral. En contraste, el rasgo definitorio del constructivismo es, para Korsgaard, que la cuestión normativa surge *únicamente* ante la necesidad de la acción. En tanto agentes prácticos, tenemos la necesidad de actuar y, también desde esa condición, necesitamos saber cómo y por qué debemos hacerlo. Nuestras múltiples disposiciones nos dan motivos e impulsos para actuar, pero ellos deben someterse a un test (que no es cognoscitivo ni teórico), antes de que podamos considerarlos razones para la acción, lo que Korsgaard denomina “apoyo reflexivo”. Una razón puede considerarse, desde el constructivismo, un éxito reflexivo: cuando mi deseo es una razón para actuar es porque decidí reflexivamente apoyar ese deseo. El rasgo fundamental de la mente autoconsciente es, por tanto, una estructura reflexiva que nos obliga a tener una concepción de nosotros y a constituirnos en algo que está por encima de nuestros propios deseos.

Desde una concepción constructivista de la racionalidad práctica, la autonomía moral se puede entender como el punto de vista del sujeto que posee una disposición normativa constitutiva a actuar de acuerdo con ciertas razones, identificando acciones por las que puede ser responsabilizado y asumiendo ciertos fines necesarios para el conjunto de sus acciones. Se trata de una postura ideal: para saber *realmente* si alguien en particular se comporta como un agente moral autónomo habría que tener acceso a su set global de compromisos normativos, esto es, a la totalidad de su mente. Sin embargo, la reconstrucción de una postura ideal de autonomía moral es relevante pues

permite comprender cuáles son las exigencias que subyacen a las prácticas sociales y hasta qué punto los destinatarios de las normas que las regulan tienen éxito o fracasan en satisfacerlas.

### **El problema de la normatividad**

Una parte importante de los debates de la filosofía de la práctica<sup>2</sup> contemporánea gira en torno a la idea de *normatividad* que engloba las razones para la acción y la creencia y, en general, todas las actitudes que pueden ser reconocidas como *reclamando razones*.

Las razones son el elemento fundamental del dominio normativo y es en términos de ellas que podemos analizar las restantes nociones como *bien* o *deber* (Scanlon, 2014). Consideramos típica de los seres humanos la capacidad de identificar razones y creer, actuar o desear de acuerdo con ellas. La *Razón* puede ser caracterizada como la capacidad de reconocer y responder (apropiadamente) al conjunto de las razones que se nos aplican. En particular, es una capacidad que permite a los agentes, actuando de forma reflexiva o deliberativa, reconocer que *determinados hechos* constituyen argumentos a favor de *ciertas cosas*. Lo que no quiere decir que ese reconocimiento involucre siempre reflexión actual, puesto que puede basarse en la experiencia (y hacerse por ejemplo de forma “mecánica” o “instintiva”) pero de modo tal que presupone la reflexión pasada y la disponibilidad de mecanismos racionales de control y corrección de las identificaciones erróneas (Raz, 2011).

Es casi imposible establecer un concepto de *razón* pues se trata de uno de los términos básicos a que puede reducirse la actividad de pensar: una razón para creer, desear o hacer *algo* es un hecho que cuenta en algún sentido a favor de ese *algo*. La circularidad parece imposible de evadir si no tomamos la razón como una idea primitiva: si preguntamos cómo algo puede contar a favor de otra cosa, la única respuesta disponible parece ser “porque es una razón para ello”. Es por ello que las razones tienen peso relativo unas respecto de otras y, en función de los hechos relevantes para cada agente en una situación determinada, algunas desplazan por completo a las restantes competidoras. Sin embargo, hay situaciones donde no es posible determinar razones concluyentes para adoptar o no una creencia o un curso de acción (Scanlon, 1998) (Parfit, 2011).

Por ejemplo, si un juez debe decidir la culpabilidad o inocencia de una persona acusada de homicidio sopesará los distintos elementos que tienen relevancia en el caso (por ejemplo, testimonios contradictorios) pero es posible que alguno de ellos tenga fuerza concluyente, como una filmación de excelente calidad que muestre al acusado cometiendo el delito. Esta razón tendrá un peso decisivo para que el juez crea que el acusado es culpable. Del mismo modo, al evaluar si debo levantarme a las 6 y 30 a.m. puedo tener razones contradictorias (por un lado, tengo sueño, por otro, podría aprovechar mejor el día si me levanto temprano) pero si una de ellas es que tengo que llevar a la escuela a mi hijo esa razón (en circunstancias normales) desplazará a todas las demás. Esa es una razón decisiva para *mi acción* bajo esas circunstancias. En cambio, si quiero comer cereales en la mañana y puedo elegir entre dos marcas que cuestan lo mismo, tienen sabores que me gustan de igual manera y no presentan diferencias relevantes en su información nutricional, no dispongo de ninguna razón decisiva para elegir entre una u otra.

La asunción de un punto de vista normativo es una condición constitutiva de la agencia racional y también de lo que consideramos como la propia idea de humanidad. No se puede actuar inteligiblemente si no se identifican razones que estén en condiciones de determinar lo que debe ser del caso ni si se está imposibilitado de orientar la propia conducta de acuerdo con ellas. Nos concebimos a nosotros mismos como agentes normativos y la negación de este supuesto, esto es, la asunción del escepticismo *tour court* (la duda de que *realmente* alguna cosa pueda contar en favor de otra) supone un compromiso con concebir las propias acciones como meros acontecimientos y evitar cualquier pensamiento sobre lo que podría decirse a favor o en contra de realizarlas (Scanlon, 1998).

Si el genuino escepticismo práctico normativo significa que es imposible argumentar sobre la racionalidad de las acciones tal postura no parece disponible para cualquier ser profundamente reflexivo y social como el humano que continuamente necesita involucrarse en valoraciones sobre la racionalidad de *sus* acciones, asumiendo una postura comprometida con los hechos que cuentan a favor o en contra de sus objetivos (Korsgaard, 1996a).

Esto tiene consecuencias en el tipo de escepticismo frente al cual tiene sentido discutir para quienes afirman que hay verdades normativas. En tal sentido, Dworkin argumenta contra lo que denomina *teorías arquimedianas*

(*archimedean theories*) de la *normatividad*, es decir, aquellas que se ubican por fuera de *cualquier* cuerpo de creencias normativas y lo juzgan como un todo, desde premisas y actitudes completamente externas. Estas teorías intentan asumir un punto de vista externo al dominio normativo. El escéptico *arquimediano* adopta como punto de partida premisas que no son evaluativas como por ejemplo, la clase de propiedades que existen en el universo o cuáles son las fuentes de conocimiento en que podemos confiar.

De acuerdo con Dworkin, cualquier argumento sobre la falsedad o verdad de las proposiciones normativas tiene que ser interno al dominio evaluativo. Es decir, debe ser contrastado con el escepticismo interno (aquel que acepta la pertinencia del punto de vista normativo pero niega la verdad de algún juicio normativo particular) y no con el escepticismo externo (aquel que no acepta la verdad de ningún juicio normativo). Una postura escéptica interna niega algún grupo de afirmaciones normativas y al mismo tiempo realiza las afirmaciones opuestas. Por ejemplo, dentro del dominio de argumentación moral, algunas personas rechazan ciertas normas de la moral sexual convencional porque creen que, en tanto dañar a otros es la única cosa inherentemente mala, los comportamientos sexuales de las personas (que no involucren determinados elementos adicionales) carecen de aptitud para ser inmorales. Esto tiene implicancias en las posturas afirmativas sostenibles: por ejemplo, que los comportamientos sexuales de las personas (en cuanto no causen daño a otros) no deberían ser censurados ni objeto de regulación jurídica o coerción estatal. El escepticismo interno puede ser local, como en el ejemplo anterior, o global como en el caso de alguien que afirma que toda la moral es un discurso vacío porque presupone un Dios benevolente incompatible con la explicación naturalista del mundo. Un escéptico global de este tipo no lo es acerca de la posibilidad de que haya razones normativas, sino de que algunas que se afirman como tales (las razones morales) lo sean realmente. (Dworkin, 1986) (Dworkin, 1996).

Dentro del dominio normativo, las razones son *razones para alguien; alguien* que adopta un cierto punto de vista particular, el punto de vista de la primera persona. Ello implica que es incompatible con el dominio normativo lo que se ha denominado *concepción impersonal del mundo*. El problema fue planteado por Nagel en los siguientes términos: si fuera posible una concepción impersonal del mundo que incluyese a todos los individuos y a todas las propiedades, ella proporcionaría la totalidad de los hechos relevantes. Si eso

es así, cómo es posible que haya lugar para hechos acerca de *una persona particular como yo* (Nagel, 1983) (Nagel, 1986). Los programas filosóficos que asumen el *naturalismo duro* (que defienden autores como Sellars o Quine) implican que no hay tales hechos, en cuanto la ciencia natural requiere tomar al mundo como impersonal. La adopción del punto de vista normativo supone que la perspectiva de la primera persona, la agencia, es irreductible e imposible de eliminar: no todo es expresable sin referencia a la primera persona. Yo soy *X* y eso implica no solo que soy quien piensa *mis* pensamientos y sostiene *mis* creencias sino también que soy el objeto de *mi propio pensamiento*, algo solo concebible desde la primera persona. Cualquiera con la capacidad de tener pensamientos (creencias, deseos, actitudes) y poder considerarlos como propios, ejemplifica una propiedad disposicional de la primera persona, irreductible e imposible de eliminar (Baker, 2013).

Las razones juegan un papel decisivo en la agencia práctica en cuanto son indispensables para que los agentes racionales formulen criterios de decisión, así como de explicación y justificación de sus acciones. Una propiedad de las razones prácticas es, entonces, su carácter relacional: un hecho constituye una razón para actuar *para un determinado agente* con respecto al cual se puede convertir en un motivo de la acción (Scanlon, 2014) (Parfit, 2011). En un mundo donde no existieran seres humanos u otros capaces de actuar motivados por razones no tendría sentido hablar de alternativas de acción disponibles (es absurdo invocar “razones” cuando nos referimos a acontecimientos donde no es posible la intervención humana como por ejemplo los fenómenos naturales).

La racionalidad de un agente tiene que ver con considerar sus actitudes como un sistema cuyas partes deben enlazarse de un modo no accidental o fortuito. Aunque los agentes puedan tener razones para actuar de los cuales no son conscientes y que por tanto no pueden determinar motivacionalmente su conducta (por ejemplo, tengo una razón para no beber un vaso de refresco que contiene veneno aunque no lo sepa) las decisiones y justificaciones de la conducta futura que nos son disponibles se basan en las creencias que consideramos actualmente justificadas y que, por tanto, podemos tener en cuenta en el momento de la deliberación.

Cuando una persona cree que debería hacer algo, sus creencias tienden a impulsarla a hacerlo. El problema de cómo eso sucede es lo que Broome de-

nomina la *cuestión de la motivación*. Una explicación sencilla (y esencialmente correcta) es que, como resultado de la selección natural somos, en general, seres que han evolucionado para tener la disposición a hacer lo que creen que deben hacer (*enkratic disposition*) o que alguna persona en particular ha sido condicionada causalmente (por su educación, por ejemplo) para ello. La racionalidad requiere que las personas intenten hacer aquello que creen que deben hacer y por tanto impone que estén motivadas a ello. Una criatura que cuenta como racional debe estar causalmente dispuesta a actuar en los sentidos en que piensa debería actuar o es deseable que actúe. La habilidad para razonar constituye parte de la disposición *enkrática*, en tanto el razonamiento puede lograr que alguien, respondiendo a razones, llegue a hacer aquello que cree que debería hacer (Broome, 2013).

Por tanto, se puede hablar de irracionalidad de la acción en sentido estricto cuando un agente reconoce que ciertas razones se le aplican pero es incapaz de motivarse por ellas, esto es, sostiene determinadas creencias cuya verdad le proporcionaría una razón con fuerza decisiva para actuar de modo contrario al que lo hace (Parfit, 2011) (Scanlon, 1998). Una vez que un agente ha dejado de reconocer la relevancia de sus creencias sobre las razones que tiene para actuar, la propia idea de crítica normativa a su conducta carece de sentido. En ese extremo, puede decirse que ha dejado de ser *realmente* un agente al carecer de la posibilidad de responder a razones.

En el polo opuesto a la pura irracionalidad estaría la plena racionalidad. De acuerdo con Scanlon formular una concepción completa de lo que haría un agente plenamente racional supone tener en cuenta tres niveles de idealización. Se requeriría: 1) plena información sobre la propia situación y las consecuencias de los diversos cursos de acción posibles; 2) plena consciencia de la gama de razones válidas para alguien en tal situación; 3) adecuación completa de la conclusión del razonamiento a las razones que lo apoyan.

Dada la vastedad de razones posibles para creer y actuar no parece probable la posibilidad de formular una teoría ideal sobre lo que resulta racional hacer: el curso de acción respaldado por todas las razones pertinentes, según la comprensión más completa y precisa de la situación del agente. Sin embargo, podemos utilizar un criterio débil o mínimo pero plausible a la hora de evaluar lo que decide hacer un agente en particular.

En este sentido, Scanlon emplea el término *razonabilidad* para referir a los juicios relativos a un determinado conjunto de informaciones y un cierto ámbito de razones de los que se dispone, que pueden ser incompletos pero susceptibles de ampliación cuando más razones e información adicional estén a disposición del agente. Así, podemos considerar como razonable aquello que, considerando la información y el rango de razones disponibles aparece en determinado momento como racional. Por ejemplo, resulta no razonable una decisión que no tuvo en cuenta cierta evidencia disponible o que ignoró determinados intereses que potencialmente podían haber motivado la acción (Scanlon, 1998)<sup>3</sup>.

Los agentes racionales tienen un número virtualmente ilimitado de razones potenciales para la acción, en cuanto casi cualquier cosa que alguien haga puede concebirse como afectando a alguna otra cosa para bien o mal, para mejor o peor. Pero una distinción es especialmente relevante. A la hora de decidir qué hacer entre diferentes cursos posibles de acción (y también de justificar lo que uno ha hecho o evaluar lo que otros han hecho) podemos identificar razones auto-interesadas (que no son necesariamente egoístas pues hasta un santo podría necesitar preocuparse en algún sentido por su propio bienestar) y altruistas (que pueden ser relativas a ciertos otros o imparciales). Así, tenemos razones para preocuparnos por nuestro propio bienestar<sup>4</sup>, por el de las personas que están relacionadas especialmente con nosotros (aquellas por las que sentimos amor, cariño, compasión, etc.) o, desde un punto de vista imparcial, por el de cualquiera<sup>5</sup>.

De acuerdo con lo precedente, puede caracterizarse a la moral como una parte de un dominio más amplio, la razón práctica y, a su vez, a ésta como una parte de un ámbito aún más general, lo normativo.

Las razones morales son entonces un tipo de razones prácticas. De modo muy básico, son aquellas que se conectan con el punto de vista de la imparcialidad y con los intereses de los otros con independencia de cualquier relación especial que puedan tener con nosotros. ¿Pero cómo es que a partir de la pura racionalidad, como noción normativa básica, es decir, la idea de que un agente racional responde a razones, podemos llegar a la idea de que las razones morales son relevantes para ciertos agentes?

## El punto de vista moral

Cuando nos involucramos en la empresa de argumentar sobre qué debe hacerse ingresamos en el ámbito de lo que se denomina ética normativa. Así, intentamos decidir o justificar nuestras decisiones sobre lo que los filósofos han denominado cuestiones de primer orden, utilizando un tipo de discurso que incluye términos como *bueno*, *correcto*, *obligación* y *deber*. Las cuestiones de ética normativa son virtualmente ilimitadas en tanto incluyen potencialmente todos los aspectos a que puedan dar lugar las interacciones humanas. Las discusiones de ética normativa no buscan únicamente responder a la pregunta sobre el curso de acción correcto en determinadas circunstancias sino, al mismo tiempo, descubrir los principios generales que subyacen a la propia práctica moral tal como la reconocemos y que aparecen como ineludibles al intentar responder las preguntas concretas (Miller, 2013).

Por ejemplo, a la pregunta sobre si deberíamos propender a erradicar el hambre en el mundo un utilitarista de acto podría justificar su respuesta afirmativa argumentando que ese es el curso de acción que producirá la mayor felicidad para el mayor número posible, siendo éste el principio justificativo último de las acciones humanas. En tanto un kantiano igualitarista podría argumentar que de no mejorar la condición de los peor favorecidos en las sociedades humanas podríamos incurrir en algún tipo de inconsistencia fundamental, siendo alguna variante del principio de universalidad el criterio justificativo último de la moral. Mientras tanto, otro kantiano pero libertarista podría justificar su respuesta negativa argumentando que, aunque pueda ser bueno que cada individuo ayude a quienes padecen hambre, la erradicación de ésta no puede constituir un deber moral porque su cumplimiento implicaría la existencia de instituciones como el Estado intervencionista que vulnerarían derechos naturales al tratar a algunas personas como meros medios para los fines de otros.

El lenguaje moral, que en la superficie de las cosas tiene una pretensión de objetividad similar a la del discurso descriptivo típico de la ciencia, nos remite a la evaluación de los posibles cursos de acción abiertos para los agentes desde una postura imparcial<sup>6</sup>. Este es el punto de vista moral, que resulta una clase especial dentro del punto de vista práctico. La agencia moral, sea cual sea la forma en que puede entenderse vinculada con la agencia práctica (necesaria u opcional) se caracteriza conceptualmente por el tipo de razones a las que puede responder.

Mientras que un agente práctico es cualquier ser racional capaz de responder a razones para la acción, identificarlas y motivarse por ellas, el agente moral es un agente práctico que identifica cierto tipo de razones –morales– y puede motivarse apropiadamente por ellas. Esto supone que las exigencias de la agencia práctica son escasas, en cuanto, desde el punto de vista conceptual<sup>7</sup> le basta ser capaz de valorar (cualquier cosa) que le proporcione razones para la acción, las del agente moral son mucho más intensas. Alguien que, como caso extremo, valore por encima de todo su propia destrucción es ya un agente práctico (aunque probablemente no destinado a perdurar demasiado), lo mismo que alguien que valore exclusivamente su propia supervivencia y bienestar.

Un agente moral, en cambio, valora, además de sus propios intereses (la condición de posibilidad de su continuidad como agente), los intereses de aquellos que se encuentran en relación especial o particular con él y también los de los otros imparcialmente considerados. (Nielsen, 1999) (Street, 2012)

### Razones morales

¿Cómo pueden motivarlas razones morales y cómo es posible caracterizarlas conceptualmente dentro de la clase de las razones prácticas? Estas preguntas pueden denominarse como *analíticas* o *metaéticas* por oposición a las preguntas sustantivas sobre cuáles razones morales efectivamente existen (Markovitz, 2014)<sup>8</sup>.

La respuesta a la primera pregunta, está marcada por el debate acerca de las razones normativas o justificativas planteado entre *internalistas* y *externalistas*. Se trata primariamente de una disputa sobre dónde ubicamos la autoridad moral, (Falk, 1948). Para los *internalistas* ésta se encuentra necesariamente en el individuo que actúa, que dispone de alguna razón acompañando al deber pues, aunque las demandas de la moral puedan tener un origen histórico en circunstancias sociales propias de la comunidad a la que pertenece, un agente racional será capaz de negar validez a cualquier demanda externa de deber que no tenga razón o motivo para satisfacer. El *internalista* sobre las razones sostiene que el hecho de que un agente tenga una razón debe basarse en algún motivo del que ya disponga. Por su parte, el *externalista* niega esta conexión interna entre razones y motivos.

Ambas posturas tienen un atractivo inicial. Mientras que el *internalismo* parece dar mejor cuenta de la vinculación inherente de las razones morales con la acción (¿puede hablarse de razones que no tengan la aptitud para motivar a alguien a actuar?), el *externalismo* se ajustaría más a la idea de que tener una razón para la acción importa el reconocimiento de algo como valioso o digno de ser realizado, valor que no tiene mucho sentido circunscribir a los motivos actuales del agente. Desde esta perspectiva, decir que alguien tiene una razón moral para hacer algo aparece como el reflejo de ciertas propiedades de una situación que reclama del agente una cierta clase de acción. La ausencia de motivación de un agente para responder a esa situación permitiría que lo critiquemos (moralmente) por insensible pero no afectaría su deber de dar la respuesta apropiada. El debate entre ambas posturas es acerca del modo en que las razones morales son normativas, esto es, cómo *justifican* el comportamiento en el sentido de constituir consideraciones a favor de cierto curso de acción que el agente debería seguir bajo un determinado set de circunstancias. Pero también se debe tener en cuenta el modo en que las razones explican (en sentido biográfico) la conducta del agente, en función de sus reales motivaciones para la acción. Una razón justificativa también motiva, cuando el agente la reconoce y actúa de acuerdo con ella. De ahí que tanto los internalistas como los externalistas pretendan que sus teorías sean compatibles con explicaciones plausibles de cómo las personas, en tanto agentes prácticos, pueden ser motivadas ante el reconocimiento de tales razones (Wong, 2006).

Reconstruir la polémica entre internalistas y externalistas es complejo en tanto hay diferentes variantes del internalismo y también distintas estrategias externalistas para rechazarlo. Una distinción importante es la que ubica en un extremo a las teorías internalistas que toman en cuenta exclusivamente las motivaciones reales del agente, siendo la más características la teoría humana de las razones según la cual si alguien tiene una razón para hacer algo, entonces debe tener algún deseo que sería servido por el hecho de hacerlo. Por otro lado, están las teorías contrafácticas según las cuales si alguien tiene una razón para hacer X, se sigue necesariamente que esa persona estará motivada en algún grado a hacer X (o desearía hacer X) en las circunstancias apropiadas. El constructivismo kantiano de Korsgaard es un ejemplo de teoría internalista de este tipo.

Algunas versiones contrafácticas del internalismo son tan extremas que resultan conciliables con el absolutismo y el realismo moral. Por ejemplo,

la versión de Michael Smith según la cual dada una circunstancia particular, cualquier agente actuaría en el mismo sentido que cualquier otro si se fueran satisfechas las condiciones contrafácticas relevantes. Bajo estas condiciones, afirma Smith, no importa con que deseos encontremos inicialmente a los agentes: si cada uno pudiera resolver los conflictos entre sus propios deseos bajo condiciones de plena información todos convergirían en el mismo set de deseos (Para una exposición detallada de este debate ver Finlay y Schroeder, 2012).

Con independencia del vínculo entre las razones morales y los motivos de los agentes prácticos, podemos preguntarnos si existen características conceptuales de dichas razones que permitan identificarlas en el razonamiento práctico. Desde luego, cualquier caracterización es controversial porque las diversas teorías morales también difieren en los modos en que conciben las razones. Aquí voy a referirme a cuatro características cuya relevancia parece muy difícil de cuestionar. Las razones morales son *intersubjetivas*, *neutrales al agente*, implican el *reconocimiento de los intereses otros*, y se hacen explícitas a través del *razonamiento práctico*.

Las razones morales son *intersubjetivas* en cuanto son válidas interpersonalmente como criterios de justificación de las acciones y son concebidas, para un set determinado de circunstancias, como aquellas que plantean *la mejor justificación* del curso de acción a elegir o validar. Aunque ello no quiere decir que, desde otra óptica, no sean también subjetivas en cuando son siempre razones *para* personas individuales (autores y destinatarios de sus pretensiones de validez). Las razones morales no pueden estar reducidas a deseos personales y por ello la acción sólo se justifica moralmente si la reflexión práctica del agente se orienta por razones que los demás podrían razonablemente anticipar como justificativos de la acción. Las razones morales deben poder responder la cuestión sobre el porqué de una acción de un modo que no sólo la explique sino que también la legitime (Forst, 2002).

En función de su relatividad a un determinado agente, si a una razón puede dársele una forma que no incluya una referencia a la persona que la tiene puede caracterizarse como *neutral al agente*. En cambio, si incluye una referencia esencial a un determinado agente, se trata de una razón *relativa a ese agente* (Nagel, 1986).

Por ejemplo, si una razón para que Juan haga algo (trabaje para ganar dinero) es que resulta en su propio interés, se trata de una *razón relativa* a Juan. En cambio, una razón para otra acción de Juan (por ejemplo, ayudar a alguien en extrema necesidad) que no incluya ninguna referencia esencial a su persona (se concibe como aplicable a cualquiera que esté en situación de poder ayudar a alguien en extrema necesidad) será una *razón neutral al agente*. Aunque las razones relativas al agente pueden tomarse como objetivas, si son comprensibles y pueden ser sustentadas también desde un punto de vista externo al propio agente<sup>9</sup>, solo las razones neutrales al agente son defendibles desde una óptica ajena a los intereses de éste.

También las razones morales se caracterizan a partir de la idea de *altruismo*. Se trata de la voluntad de actuar en consideración del interés de otros sin necesidad de motivos ulteriores: la pura creencia de que el acto beneficiará a alguien más puede motivar por el solo hecho de que el agente quiere el bien de ese otro. El altruismo no puede ser confundido con el auto-sacrificio (no impone que el agente ignore sus propios intereses a cualquier costo)<sup>10</sup> ni tampoco con el mero hecho de actuar en beneficio de otros (es posible hacerlo por amor o benevolencia en algunas ocasiones y en beneficio de ciertas personas pero ello no implica una disposición a actuar en general por pura consideración del interés de otros). El reconocimiento de la realidad de otros y la posibilidad de ponerse en su lugar son esenciales para el altruismo que implica percibir las situaciones particulares como si se ajustaran a un esquema más general donde los papeles podrían intercambiarse. La actitud de un agente hacia su propio caso, sus necesidades, acciones y deseos, a los que atribuye un cierto interés objetivo, y el reconocimiento de los otros como seres semejantes al propio agente, permiten la extensión de ese interés objetivo (como los intereses de *alguien*) a las necesidades y deseo de las personas en general o de quienes están siendo considerados (Nagel, 1970)<sup>11</sup>.

Constituirse en un agente moral exitoso implica adoptar una actitud de buena voluntad hacia otras personas tomando en cuenta sus intereses y deseando su bien, lo que no quiere decir que esta disposición nos determine siempre cursos obvios o evidentes de acción (Hare, C., 2013).

La articulación de las razones morales y las restantes razones del agente constituye una de las cuestiones fundamentales de la filosofía moral, aquella que Parfit denomina “el problema más profundo”. Sucede que muchas per-

sonas aceptan simultáneamente dos tesis que (salvo que se sostenga la creencia en un Dios benévolo que indefectiblemente recompensa las acciones motivadas por el deber moral) en ocasiones coliden entre sí. Una es el *racionalismo moral* según el cual siempre tenemos razones para cumplir con nuestro deber: no puede ser racional actuar a sabiendas de modo incorrecto. La otra es *el egoísmo moral* según el cual tenemos las razones de mayor peso para hacer aquello que es mejor para nosotros: no podría ser racional actuar en contra de lo que creemos son nuestros mejores intereses. Parece claro que si el deber y el auto-interés en muchas ocasiones entran en conflicto, ambas visiones no pueden ser igualmente verdaderas: no podemos tener las mejores razones para actuar de dos modos contradictorios.

Cuando estamos considerando qué hacer podemos enfrentarnos con dos cuestiones: I) ¿qué curso de acción tengo *mejores* razones para seguir? II) ¿qué debería *moralmente* hacer? Como afirma Parfit, la primera cuestión sobre las razones aparece como la más amplia y fundamental. Por eso, en tanto estas cuestiones a menudo entran en conflicto, para que la moral realmente importe, tengo que disponer de razones para preocuparme por ella y evitar actuar incorrectamente.

Por tanto, los requerimientos de la moral no pueden concebirse como demandantes al extremo de ignorar lo que Sidgwick denominaba *common sense morality*, es decir, la idea de que, a la hora de decidir cómo actuar, está moralmente permitido dar una prioridad fuerte al propio bienestar. Ello no supone que la moral no requiera sacrificar con frecuencia nuestro auto-interés (esto es, que la obligación moral no sea categórica) sino que no podemos tener deberes morales que exijan *determinado tipo de sacrificio* (por ejemplo, sacrificar la propia vida para salvar, según algún principio consecuencialista del acto, la de varios extraños). La incorporación de un criterio de este tipo disminuye los casos potenciales donde estaría justificado racionalmente actuar de manera moralmente incorrecta (Parfit, 2011)<sup>12</sup>.

Las personas actúan con frecuencia por razones morales sin un ejercicio previo de deliberación, por ejemplo, a través del simple cumplimiento con el derecho de las fuentes sociales o una norma ética que se acepta por costumbre<sup>13</sup>. Sin embargo, aunque no toda decisión sobre qué hacer reclama una deliberación (puede ser racional no deliberar en circunstancias que exigen acción inmediata), la enorme complejidad y variabilidad de las cuestiones

morales implica que quien pretenda ser un agente moral consistente tiene, en general, un deber de razonar. La agencia moral implica la responsabilidad de guiar el pensamiento, evaluando las razones aplicables al caso y respetando los requerimientos de racionalidad que sean aplicables en procura alcanzar respuestas fundadas a cuestiones bien definidas (Richardson, 2014).

Aunque es posible concebir un ejercicio puramente teórico del razonamiento moral (en el sentido de que siempre se puede dar una mirada externa a cualquier práctica evaluativa), se trata de una actividad típicamente práctica (de la cual la otra variante es el razonamiento prudencial). Es el tipo de razonamiento explícito que desarrollamos cuando nos preguntamos qué debemos hacer y cuando, para justificar nuestros juicios sobre valores y principios de acción, buscamos razones intersubjetivas, neutrales al agente y sensibles a los intereses de los otros. Este razonamiento nos permite identificar los aspectos propiamente morales de la situación concreta<sup>14</sup>, determinar las consideraciones más relevantes, lo que significa evaluar el peso relativo de las razones potencialmente aplicables al caso<sup>15</sup> y proponer argumentos justificativos que resuelvan entre criterios de acción conflictivos<sup>16</sup>.

### **El ideal de autonomía moral**

El ideal de *autonomía moral* es complejo pues involucra dimensiones que aparecen como mutuamente problemáticas. Por un lado, la idea de *autenticidad* (ser el *propio yo*), esto es, la capacidad de determinarse exclusivamente por influencias “internas”. Por otro, la necesidad de adoptar *principios de acción objetivamente fundados* que guíen el comportamiento futuro. La noción de *responsabilidad*, por otra parte, está íntimamente asociada con la de autonomía moral –un sujeto autónomo necesita decidir y actuar en un ámbito de cuestiones por las que puede ser considerado responsable– aunque una concepción excesivamente exigente de la autonomía –que excluya la posibilidad de cualquier influencia externa– resulta incompatible con la propia idea de agencia responsable.

La idea básica de autonomía supone entenderla como *auto-dirección* y el problema fundamental de su caracterización refiere a su compatibilidad con las influencias externas que necesariamente todos los sujetos tienen.

Por influencias *externas* hay que entender aquellas que, en principio, están fuera del control directo del agente. Entre ellas se puede mencionar a las convicciones religiosas (que pretenden guiar la conducta de acuerdo con una doctrina cuyo contenido no es establecido por el propio agente), los deseos orientados a ciertos objetos y estados de cosas cuya presencia o falta no depende de la voluntad del agente, las obligaciones jurídicas que suponen la necesidad de cumplir con los requerimientos de una autoridad identificadas a partir de las denominadas *fuentes sociales del derecho* (sentencia, ley, costumbre) y, por supuesto, las obligaciones morales que requieren acciones de acuerdo con los requerimientos de alguna teoría o concepción de la moral (May, Th., 1998).

Para gobernarse a uno mismo, la persona debe estar en condiciones de actuar a partir de deseos, valores, condiciones, etc, que en algún sentido relevante sean los propios. Esto da lugar a dos tipos de condiciones fundamentales de la autonomía: de *autenticidad* (capacidad de reflexionar y sostener o identificarse con los propios deseos y valores) y de *competencia* (lo que supone que el agente debe tener ciertas capacidades como pensamiento racional, autocontrol y auto-comprensión, y debe ser libre de ejercerlas sin coerción externa o interna) (Christman y Anderson, 2005).

La conexión entre la autonomía personal y la moral no es conceptualmente necesaria. La primera, que consiste en la capacidad de los individuos de controlar distintos aspectos de sus vidas, requiere tan solo que el sujeto sea capaz de dirigirse a sí mismo (no atado a las normas impuestas por otros, ni a las circunstancias del mundo ajenas a la voluntad humana, ni a los puros impulsos irracionales como los que pueden controlar la conducta de un bebé). La segunda, que refiere a la capacidad del individuo de sujetarse a principios morales objetivos, exige que los agentes se involucren en procesos de deliberación acerca de la permisibilidad moral de sus diferentes opciones de acción (Sneddon, 2013).

### **La auto-constitución del sujeto autónomo**

Un rasgo definitorio de la metodología constructivista es que el paso que va de la agencia práctica a la autonomía moral puede caracterizarse como una forma de auto-constitución<sup>17</sup>, aunque esta idea también es defendida por otros autores no constructivistas como Taylor, Frankfurt y Bratman (Velleman, 2006).

Una objeción plausible a la idea de auto-constitución es que asumiría la “realidad” del *yo* como una especie de *supervisión central* sobre el conjunto de nuestros deseos, un hipotético “centro de gravedad narrativo” que, en verdad, parece ser tan solo una abstracción, una especie de paradoja cartesiana. En tal sentido, Dennett argumenta que no solo el supuesto *yo* es un objeto ficticio sino que su sentido es, precisamente, ser una ficción. Al hablar de *nuestro yo*, los seres humanos actuamos como si fuésemos novelistas. Creamos como mecanismo de auto-defensa y auto-control, (una estrategia que nos ha proporcionado la evolución tal como, por ejemplo, ha dado a las arañas la disposición a tejer redes para los mismos propósitos) una historia, al tiempo que la presentamos a nosotros mismos y a los demás bajo la forma de una autobiografía. Esa historia requiere ser narrada como si fuera un material coherente y unificado. Pretender saber lo que el agente unificado *realmente* es, constituye un error categorial, pues no hay más *propio uno mismo* que el principal personaje de ficción de esta autobiografía que cada uno de nosotros presenta a sí mismo y a los demás (Dennett, 1988) (Dennett, 1992).

Sin embargo, una unidad como la que postula la idea de auto-constitución no es incompatible con que el *yo* pueda ser considerado, en cierto sentido, *ficticio*.

Cuando describimos al agente narrador como un *sí mismo* unificado no nos referimos a la unidad temporal que vincula a la persona con sus *sí mismos* pasados y futuros. Nos referimos a una unidad de agencia en virtud de la cual la persona pretende autogobernarse. Si consideramos al agente como reducido a los innumerables episodios mínimos en que puede dividirse su vida (cortar el pan, atender el teléfono, caminar unos pasos para tomar un libro), carece de sentido concebirlo como algo unitario. Pero cuando pretendemos constituirnos en alguien que decide por razones, pensamos a nuestras acciones como fluyendo desde ciertas descripciones de nosotros mismos que construimos. En el modelo de la auto-constitución, el protagonista es al mismo tiempo ficticio, porque su rol es “inventado” por el agente que actúa (al atribuirse a sí mismo la condición de agente) y real, porque la adopción de la postura de agencia implica la visión unificada desde el rol de *alguien* que inventa y actúa su propio rol (Velleman, 2006).

Dado que el agente moral autónomo es alguien que se concibe a sí mismo como desempeñando un cierto rol –adoptar decisiones y actuar de acuerdo

con razones morales— entonces cabe la pregunta de cuáles son las responsabilidades propias de ese rol. La noción de agente autónomo no puede dejar de vincularse con la de agente responsable, que a su vez es uno de los sentidos básico (aunque no el único) en que se es persona, es decir, miembro de la comunidad moral.

Si, como afirma Korsgaard, la agencia moral es una especie de identidad práctica, puede decirse que el modo en que se desenvuelve esa identidad depende de las opciones que pueda tomar y condicionan el conjunto de responsabilidades que pueda asumir. La conexión entre la autonomía moral y un cierto conjunto de acciones disponibles, es decir, un ámbito de responsabilidades aparece intuitivamente como necesaria. Quien carece de la posibilidad de actuar en ningún sentido o que solo dispone de un curso de acción como posible no puede considerarse un agente autónomo ni, en consecuencia ser responsabilizado por realizar una acción moralmente significativa o dejar de hacerla.

### **Autonomía moral y expectativas sociales**

Un aspecto problemático para la idea de una autonomía moral como autoconstitución en torno a la identificación de un ámbito de responsabilidad, es el propio significado de la responsabilidad moral cuando la idea de voluntad libre (que Aristóteles identificaba como condición de la acción y que es clave en los presupuestos metafísicos de la libertad para Kant) es severamente cuestionada por la visión naturalista del mundo que trasmite la ciencia contemporánea, donde el determinismo causal es ampliamente aceptado.

El determinismo científico es la idea según la cual todo lo que existe es causado a partir de un set de condiciones antecedentes suficientes (estados previos del universo combinados con las leyes de la naturaleza) lo que haría imposible que lo que ha llegado a ser de cierto modo pudiera haber sido de otro diferente. Esto ha dado lugar a una ardua disputa entre quienes piensan que la responsabilidad moral es compatible con el determinismo (compatibilistas) y quienes creen que ello es imposible (no compatibilistas), posiciones que pueden trazarse hasta la antigüedad, representadas por los estoicos y epicúreos respectivamente (Eslehnman, 2014).

La atribución de responsabilidad presupone la posibilidad de un control inteligente sobre el propio comportamiento y sus objetivos, lo que permite

asumir aquello que alguien hace como fruto de una voluntad efectiva e informada y por tanto indicativa del propio *yo* del agente.

Sin embargo, esta condición no es suficiente, como plantea Susan Wolf, pues existen casos donde es evidente que la fuente del contenido de la voluntad efectiva del agente es externa a él que, antes que un verdadero “iniciador” de una modificación en el mundo, resulta un mero vehículo de ésta. Un ejemplo extremo es el caso de alguien que actúa motivado de modo inteligente y efectivo aunque lo hace por deseos que le han sido inculcados a través de un proceso de hipnosis. Rechazamos la hipótesis del ejemplo como una situación donde el agente pueda ser responsabilizado por lo que hace porque, intuitivamente, la autonomía parece requerir que la voluntad no esté determinada por un factor ajeno al propio agente (condición “kantiana” de autonomía).

El problema es que esa condición no solo deja de cumplirse en ejemplos extremos como el de la hipnosis sino que difícilmente puede considerarse *plenamente* cumplida respecto de deseo alguno. Mi deseo por ir a comprar comida surge de la visión de mi heladera vacía; mi deseo por asistir a un concierto se origina en la escucha de una cierta música en la radio. Si se reconoce en los seres humanos la condición de criaturas que desean, y que los deseos son motivos de las acciones, parece difícil compatibilizar esta noción con las de autonomía y responsabilidad moral cuando cualquier set actual de deseos de un agente es, en definitiva, el resultado de una combinación de factores externos a su control: la herencia y el ambiente.

La noción de un *yo más profundo* (*deeper self*) no resuelve el problema porque si postulamos que éste controla al *yo* “superficial”, tendríamos que postular un *yo aún más profundo* controlando el nivel inferior siguiente y así hasta el infinito. Desde esta visión metafísica del agente autónomo parece requerirse una especie de *yo primer motor* que, a su vez, no sea impulsado por nada más. Si esta condición de autonomía es esencial para la responsabilidad moral entonces la idea parece ser de imposible realización (Wolf, S. 1990).

La forma de evitar este dilema es centrarnos en las condiciones constitutivas de ciertas prácticas sociales que presuponen e implican atribuciones de responsabilidad moral a los participantes. Se requiere abandonar, por tanto, el ideal de absoluta autenticidad que subyace a la visión metafísica de la autonomía como *autarkeia* (*autosuficiencia*) y su exigencia de completa au-

sencia de influencias externas al autor de la acción, por cuanto es demasiado rigurosa para cualquier propósito de aplicación práctica, es decir, la determinación de alguna acción concreta (May, 1998).

En el marco de una visión desde las prácticas sociales de los requisitos de la responsabilidad moral, las condiciones más apropiadas para plantearla son a partir de las ideas de reacción y de respuesta a razones<sup>18</sup>.

En “Freedom and Resentment” Strawson presenta una visión de la responsabilidad moral que resulta compatible con la (hipotética) verdad del determinismo, esto es sin asumir una metafísica *libertarista*. Strawson propone una vía de reconciliación entre las posturas que denomina *pesimismo* (el determinismo excluye la posibilidad de que conceptos como responsabilidad y obligación moral tengan alguna aplicación real) y *optimismo* (tales conceptos no perderían razón de ser aunque el determinismo fuera cierto).

Para el autor, tanto el pesimista como el optimista incurren en el error de construir en forma inadecuada los *hechos relevantes* acerca de las actitudes humanas que dan lugar a que hablemos de responsabilidad y obligación moral. Ser moralmente responsable depende, en esta visión, fundamentalmente de la posibilidad de ser el destinatario apropiado de un cierto tipo de actitudes que Strawson denomina *reactivas* (amor, gratitud, respeto, odio y resentimiento).

Pero lo que hace apropiadas a esas actitudes no depende de que su destinatario cumpla con ciertas condiciones teóricas acerca de lo que cuenta como alguien responsable (como la libertad metafísica) ni tampoco de que en el mundo se den determinadas circunstancias específicas (como la falsedad del determinismo causal). Las actitudes que se expresan al considerar responsable a alguien cumplen una función que da cuenta de una característica esencial a *nuestra forma de vida*: expresar lo mucho que nos importa si las acciones de otras personas (especialmente *algunas* otras personas) reflejan actitudes hacia nosotros de buena voluntad, afición o estima o, por el contrario, expresan desprecio, indiferencia o malevolencia.

Para entender adecuadamente la naturaleza de esas actitudes, debemos considerarlas como propias de participantes (sostenidas desde el punto de vista de quien está involucrado en relaciones interpersonales y considera a su

vez al destinatario como también participando en esas relaciones) y prestar atención a dos maneras en que dichas actitudes pueden ser modificadas o canceladas.

Un primer caso es aquel donde, pese a lo que puede resultar aparente en primera instancia, el destinatario no vulneró las expectativas de buena voluntad o afección hacia los coparticipantes en la relación social de que se trate. Por ejemplo, alguien puede realizar una acción (como empujarme al correr por la vereda) que me afecta negativamente sin que eso signifique desprecio o carencia de preocupación por mí (porque corría al enterarse que su familia estaba en un serio peligro).

Un segundo caso refiere a situaciones donde, respecto del destinatario de la actitud reactiva, adoptamos un punto de vista objetivo en tanto dejamos de considerarlo un genuino participante en relaciones sociales (lo que puede ocurrir por diversos motivos como enfermedades mentales o ausencia del desarrollo mínimo requerido). Ese individuo está fuera de los límites de la comunidad moral, lo que puede ser temporal o permanente.

El punto central de Strawson es que la caracterización de la responsabilidad moral no requiere ni permite una justificación racional externa a las propias prácticas sociales en que se desarrolla y que reclaman respuestas a preguntas tales como “¿es el comportamiento de X candidato a ser considerado una genuina expresión de mala voluntad?”. O “¿puede ser considerado X como participante genuino de relaciones que incluyan una dimensión moral? (Strawson, 1962).

Una visión como la de Strawson puede denominarse “compatibilismo por defecto” por cuanto considera que el problema del *determinismo-libertad-responsabilidad* no necesita ser *resuelto* con la prueba de que las condiciones objetivas para que alguien sea responsable moralmente son consistentes con el determinismo sino que puede ser *disuelto* con la evidencia de que la práctica de considerar a alguien responsable no necesita sustentarse en esas condiciones en tanto no requiere justificación *externa* (Eshleman, 2014).

En todo caso, el único tipo de libertad que parece requerir una caracterización de la responsabilidad como inherente a la participación en relaciones sociales es lo que Fisher y Ravizza denominan *guidance control* y que signi-

fica la posibilidad de responder moderadamente a razones: debe existir algún posible escenario en el cual (I) hay una razón suficiente para actuar de manera diferente a la que el agente podría estar en principio inclinado a actuar de modo que (II) cuando los mecanismos apropiados del agente operan, éste puede efectivamente actuar de esa manera alternativa. Si el mecanismo puede operar para guiar mis acciones, entonces yo soy responsable de esas acciones. Si mi comportamiento es independiente de esos mecanismos o carezco de ellos (si soy víctima de un ataque de epilepsia, actúo bajo sonambulismo o presa de un trastorno mental) no lo soy (Fisher y Ravizza, 1993).

La teoría de Strawson pone énfasis en la relevancia de poder atribuir responsabilidad a los agentes morales.

Una forma de calibrar esa relevancia es preguntarnos cómo sería la vida si careciéramos de sentimientos reactivos hacia la conducta de los demás, lo que implicaría dejar de tener expectativas que puedan ser violadas y también de sentir algún tipo de culpa al vulnerar las expectativas ajenas. ¿Podríamos adoptar esa clase de actitud *objetiva* hacia todo el mundo? Vivir de esa forma implicaría dejar de lado la totalidad de las relaciones que consideramos parte central de nuestras vidas. Basta imaginar relaciones de pareja, de amistad, de padre a hijo o incluso de conciudadanos sin un conjunto robusto de expectativas compartidas para advertir que serían completamente irreconocibles, con respecto al modo en que las concebimos y valoramos.

En tal sentido, R. Jay Wallace sugiere que la noción de expectativas debe incorporarse a una caracterización strawsoniana de la responsabilidad. Las actitudes reactivas de resentimiento, indignación y culpa son emociones que se conectan con lo que alguien ha hecho. Para dar cuenta adecuadamente de esta condición tenemos que suponer que poseen una dimensión cognitiva. Una persona sujeta a una emoción reactiva debe tener alguna clase de creencia evaluativa que pueda explicar su estado emocional: cada particular estado emocional reactivo se explica por la creencia de que alguna expectativa se ha vulnerado.

La dimensión cognitiva de las emociones reactivas permite distinguir entre actitudes reactivas morales y no morales en función de la clase de creencia que las origina. En el caso de las actitudes reactivas morales, la creencia es la que conecta la actitud con una obligación moral, aquella sobre la cual el agente re-

activo está en condiciones de proveer una justificación moral. Una justificación moral necesariamente incluirá razones que explican el esfuerzo del propio agente reactivo por cumplir con la obligación en cuestión y que proporcionan los términos que éste puede usar para reclamar su cumplimiento de parte de otros, que se encuentran obligados hacia él (Wallace, 1994).

### **El alcance de la responsabilidad moral**

Todo agente práctico actúa en condiciones de parcial incertidumbre sobre las propiedades relevantes de sus acciones y las consecuencias futuras de las acciones entre las que puede optar. ¿Teniendo en cuenta estas limitaciones cognitivas, hasta dónde alcanza la responsabilidad de un agente moral?

Una de las condiciones de éxito o fracaso de la agencia moral es la posibilidad de identificar los cursos de acción correctos: la forma en que el mundo debería ser modificado por las acciones sobre las que tiene control. Eso depende: I) de la información a la que el agente esté en condiciones de acceder; II) de que se haya procurado esa información; III) de un mecanismo complejo de interacción entre sus numerosos deseos, creencias, actitudes y disposiciones, muchas de las cuales son inconscientes, cuya importancia radica en que lo hacen el individuo que realmente es.

Una visión simple del alcance de la responsabilidad moral consistiría en que el agente solo es responsable cuando actúa de acuerdo con la información que realmente posee. Sin embargo, esto exoneraría de toda responsabilidad a los agentes *culpablemente ignorantes*, es decir, aquellos que tienen la posibilidad de acceder a la información relevante pero eligen permanecer en la ignorancia. Con un criterio así, bastaría decidir no informarse para que la conducta para lograr que la propia conducta resultara inmune al reproche moral.

Por ese motivo, Sher propone un criterio sobre el alcance de la responsabilidad según el cual un agente puede ser considerado responsable por un acto (u omisión) del cual no es consciente (en el sentido de carecer de la información relevante) si (1) su fracaso en reconocer la acción como errónea implica incumplir con algún estándar que le es aplicable y (2) puede darse cuenta del incumplimiento de ese estándar según una combinación de las actitudes y características constitutivas del agente (Sher, 2009).

La asunción del punto de vista moral implica, entonces, la aceptación de que se puede ser responsable por responder a razones que requieran la alteración o conservación de determinados estados de cosas e inclusive por fallar (culpablemente) en identificar las razones aplicables al no procurarse información adicional cuando se estaba en condiciones de hacerlo.

### **La autonomía diacrónica**

Para cumplir con su responsabilidad el agente necesita reconocer las razones relevantes, identificar sus obligaciones y encontrar la respuesta apropiada entre las disponibles. Necesita decidir qué hacer: sus decisiones tienen que tener la aptitud de impactar en sentido correcto en el mundo. Pero al mismo tiempo necesita poder seguir siendo un agente práctico, esto es, que sus decisiones sean compatibles con la preservación de la propia autonomía. Esto significa que ciertos cursos de acción que serían moralmente defendibles bajo un cierto set de circunstancias pueden no serlo si se consideran también las condiciones futuras del ejercicio de la agencia autónoma.

Tal como plantea Velleman (2000) el punto de vista de la agencia práctica plantea el problema de *decidir cómo decidir* que refiere al modo en que la razón práctica puede regular las propias condiciones temporales de su ejercicio. ¿Cómo puede asegurar un agente práctico la autonomía sobre sus acciones futuras?

La autonomía sobre acciones futuras requiere, por un lado, que el agente tenga el poder de tomar decisiones orientadas hacia el futuro que sean efectivas y así determinar lo que va a hacer. Por otro lado, el control agencial sobre el comportamiento futuro se tiene que realizar de forma tal que el agente no pierda autonomía sobre las acciones a realizar.

La única manera de cumplir simultáneamente con tales condiciones es, para el agente actual, adoptar decisiones que él mismo, como agente futuro, esté motivado a ejecutar por su propia volición, esto es, que tenga razones para hacerlo. A menos que el agente pueda comprometerse hoy de modo tal que pueda generar razones para actuar mañana, sus actos futuros pueden considerarse desde el presente como totalmente exentos de control por lo decidido actualmente o como un mero instrumento de ello, lo que deja al agente futuro carente por completo de autonomía.

La concepción maximizadora de la racionalidad no garantiza (ni hace probable) que las decisiones que tomemos hoy constituyan razones para mañana. La razón práctica del maximizador directo puede aconsejarle descartar cualquier intención previa si supone que esta estrategia lleva a incrementar su beneficio presente.

Nuestra autonomía sobre las acciones futuras requiere, de acuerdo con Velleman, que tengamos el poder de adoptar decisiones dirigidas hacia el futuro que sean efectivas del modo apropiado, es decir, que determinen hoy lo que vayamos a hacer mañana, pero no causando meros movimientos corporales sino a través de un control de agencia. Eso requiere que el agente actual proporcione al agente futuro razones para actuar de determinadas maneras. Compatibilizar la agencia presente con la autonomía futura, que Velleman denomina *autonomía diacrónica*, es la capacidad de realizar elecciones que el futuro agente aceptará pero que, quizás, de otro modo no hubiera hecho, si fueran contrarias a una estrategia de maximización directa.

La solución de Velleman a este problema es que se requiere un criterio de éxito de las acciones que sea diferenciable de los propósitos perseguidos por el agente con cada acción particular. De este modo, el agente siempre tendrá razones para tomar en cuenta decisiones pasadas que le permitieron desarrollar con éxito una cierta acción y le posibilitarán continuar actuando como agente en el futuro.

Para Velleman, la razón que regula las condiciones de la agencia práctica se comporta del mismo modo que la razón teórica en el sentido de que su criterio de éxito no se determina por un juicio normativo del agente sino que está dado por la meta interna de la propia decisión. Una analogía con la creencia es ilustrativa. Está en la propia naturaleza de las creencias la pretensión de ser verdaderas. Una creencia que no pretende la verdad simplemente no es tal. Por tanto, ser verdaderas es lo que las creencias requieren para ser exitosas en sus propios términos. Y esta afirmación no es un juicio normativo (al que arribamos por la razón práctica) sino un hecho acerca de las creencias, dada su naturaleza.

La razón práctica puede ser concebida de modo similar. Si la deliberación es constitutiva del ejercicio de la razón práctica: ¿cómo podemos encontrar principios que tengan autoridad como normas de la razón práctica y no pue-

dan ser desobedecidos cada vez que lo aconseje una estrategia de maximización directa?

La respuesta está en encontrar un fin interno con relación al cual las acciones puedan considerarse un éxito o fracaso en sus propios términos, esto es, como acciones, más allá de los fines contingentes que el agente persiga con cualquier acción en particular. Si las acciones tienen un propósito constitutivo, entonces este criterio estará determinado “por su naturaleza” y no por la propia razón práctica.

Velleman concluye que el propósito que hace que un mero comportamiento se convierta en acción es la *conservación de la propia autonomía*. Si la autonomía es la meta constitutiva de la acción, entonces las razones para actuar serán consideraciones relevantes respecto de la preservación de la autonomía, antes que consideraciones relevantes para la utilidad o el bien. Si tales razones son generadas por las decisiones orientadas hacia el futuro, entonces dichas decisiones pueden gobernar el futuro racionalmente (están dotadas de peso racional), es decir, hacer la *autonomía diacrónica* posible. La acción es una clase de cosas sobre las cuales los agentes racionales tienen autonomía diacrónica y por tanto no puede ser algo cuyo éxito o fracaso sea evaluado exclusivamente por consideraciones de utilidad o beneficio directo.

Cuando un agente práctico<sup>19</sup> se pregunta qué hacer y, tras un proceso de deliberación, decide adoptar un curso de acción determinado, se plantean dos propósitos involucrados: el fin que busca el agente a través de la acción de que se trata y el objetivo de preservar la autonomía (la medida de éxito de las acciones del agente en general). Por tanto, las consideraciones sobre la preservación de la propia autonomía futura están presupuestas en las acciones racionales de los agentes autónomos.

Un agente puede deliberar hoy si realizar o no un comportamiento que maximice sus fines actuales pero al precio de cancelar su autonomía futura. Por ejemplo, ingerir una droga que aumentará su capacidad intelectual exponencialmente en el presente, maximizando sus posibilidades de hacer las cosas que desea hacer, pero que arruinará su cerebro en poco tiempo<sup>20</sup>. Ese comportamiento no puede, en principio<sup>21</sup>, contar como la acción autónoma exitosa de un agente racional porque es incompatible con el ejercicio de su autonomía futura. Ahora supongamos que el agente ya decidió en el pasado no

ingerir esa droga y en el presente se le plantea la oportunidad de hacerlo. La decisión pasada proporcionó una razón para que el agente presente no ingiera la droga (aunque tenga deseos de hacerlo porque le permitiría obtener valiosos fines de corto plazo) y conserve la posibilidad de seguir actuando autónomamente en el futuro.

## Conclusiones

Cuando consideramos a alguien como destinatario de una norma moral o jurídica<sup>22</sup>- la atribución de la condición de autonomía moral es un presupuesto de dicho juicio. La condición de agencia moral autónoma puede ser entendida como una forma de auto-constitución: el punto de vista de alguien que, en primera persona, se pregunta qué debe hacer y para decidir cómo actuar realiza un juicio evaluativo en función de las razones que se le aplican y un ámbito de responsabilidad que reconoce como propio. La disposición a auto-constituirse en agente moral implica: a) la capacidad de identificar razones morales y motivarse a actuar por ellas, dejando de lado (hasta cierto punto) el auto-interés en aras de intereses de otros que resultan más relevantes para establecer el curso de acción correcto bajo determinadas circunstancias; b) la capacidad de dar respuesta a expectativas sociales compartidas que son obligatorias desde el punto de vista del agente por considerarse parte comprometida en diferentes vínculos con otros; c) adoptar como finalidad en cada acción –además de las metas contingentes del caso– la conservación de la propia autonomía, esto es, la posibilidad de seguir actuando como agente moral en el futuro.

## Referencias

---

- Bagnoli, C. (2011). Constructivism in Metaethics. En E. N. Zalta (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/constructivism-metaethics/>>.
- Baker, L. R. (2013). *Naturalism and the First Person Perspective*. New York: Oxford University Press.
- Baier, K. (1958). *The Moral Point of View*. Ithaca NY: Cornell University Press.
- Broome, J. (2013). *Rationality through reasoning*. Malden: Blackwell.
- Christman, J. y Anderson, J. (2005). Introduction. En J. Christman y J. Anderson (eds.). *Autonomy and the Challenges to Liberalism. New Essays* (pp. 1-23). Cambridge: Cambridge University Press
- Dancy, J. (2004). *Ethics Without Principles*. New York: Oxford University Press.
- Dennett, D. (1988). Why Everyone is a Novelist. *The Times Literary Supplement*. (Sept.), 16-22.
- Dennett, D. (1992). *Consciousness Explained*. Boston: Bay Back Books.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. New York: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1996). Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. *Philosophy & Public Affairs*, 25(2), 87-139.
- Dworkin, R. (2011). *Justice For Hedgehogs*. Cambridge MA: Belknap Press.
- Falk, D. (1948). Ought and Motivation. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 48(1947-1948), 492-510.

- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights* (2º ed.). New York: Oxford University Press.
- Finlay, S. and Schroeder, M. (2012). Reasons for Action: Internal vs. External. In E. N. Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/reasons-internal-external/>>.
- Fisher, J. M. and Ravizza, M. (1993). Responsibility for Consequences. En J. M. Fisher and M. Ravizza. *Perspectives on Moral Responsibility* (pp. 322-347). Ithaca: Cornell University Press.
- Eshleman, A. (2014). Moral Responsibility. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/moral-responsibility/>>.
- Forst, R. (2002). *Contexts of Justice, Political Philosophy beyond Liberalism and Comunitarism*. Berkeley: University of California Press.
- Hare, C. (2013). *The Limits of Kindness*. Oxford: Oxford University Press.
- Korsgaard, C. M. (1996a). *The Sources of Normativity*. New York: Cambridge University Press.
- Korsgaard, C. M. (1996b). *Creating the Kingdom of Ends*. Cambridge MA: Cambridge University Press.
- Korsgaard, C. M. (2008). *The Constitution of Agency, Essays on Practical Reason and Moral Psychology*. New York: Oxford University Press.
- Korsgaard, C. M. (2009). *Self-Constitution. Agency, Identity and Integrity*. New York: Oxford University Press
- Markovitz, J. (2014). *Moral Reason*. New York: Oxford University Press.
- May, T. (1998). *Autonomy, Authority and Moral Responsibility*. Dordrecht: Springer.

- Miller, A. (2013). *An Introduction to Contemporary Metaethics*. Malden: Polity Press.
- Nagel, T. (1970). *The Possibility of Altruism*. New York: Oxford University Press.
- Nagel, T. (1986). *The View from Nowhere*. New York: Oxford University Press.
- Nielsen, K. (1999). Moral Point of View Theories. *Crítica - UNAM*, 31(93), 105-116.
- Nussbaum, M. (2000). Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle, and Bad Behaviour. En B. Hooker & M. O. Little (eds). *Moral Particularism* (pp. 227-255). New York: Oxford University Press.
- Parfit, D. (2011). *On What Matters*. New York: Oxford University Press.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- Raz, J. (1990). *Practical Reasons and Norms*. New York: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation*. New York: Oxford University Press.
- Raz, J. (2011). *From Normativity to Responsibility*. New York: Oxford University Press.
- Richardson, H. S. (2014). Moral Reasoning. En E. N. Zalta (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/reasoning-moral/>>.
- Ross, W. D. (2002). [1930] *The Right and the Good*. New York: Oxford University Press.

- Sapontzis, S. (1987). *Moral, Reason, and Animals*. Philadelphia: Temple University Press.
- Scanlon, T. M. (1998). *What We Owe to Each Other*. Cambridge MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- Scanlon, T. M. (2014). *Being Realistic about Reasons*. New York: Oxford University Press.
- Sher, G. (2009). *Responsibility without Awareness*. New York: Oxford University Press.
- Sneddon, A. (2013). *Autonomy*. New York: Bloomsbury.
- Strawson, P. (1962). *Freedom and Resentment*. *Proceedings of the British Academy*. London: Routledge.
- Street, S. (2010). What is Constructivism in Ethics and Metaethics?. *Philosophy Compass*, 5, 363-384.
- Street, S. (2012). Coming to Terms with Contingency: Humean Constructivism about Practical Reason. En J. Lenman y Y. Shemmer (eds.). *Constructivism in Practical Philosophy* (pp. 40-59). Oxford: Oxford University Press.
- Velleman, J. D. (2000). *The Possibility of Practical Reason*. Michigan: University of Michigan Library.
- Velleman, J. D. (2006). *Self to Self. Selected Essays*. New York: Cambridge University Press.
- Wallace, R. J. (1994). *Responsibility and the Moral Sentiments*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Wolf, S. (1982). Moral Saints. *The Journal of Philosophy*, 8(79), 419-439.

Wolf, S. (1990). *Freedom Within Reason*. New York: Oxford University Press.

Wong, D. (2006). Moral Reasons: Internal and External. *Philosophy and Phenomenological Research*, 72(3), 536-558.

## Notas

<sup>1</sup> Street plantea que en las *construcciones* de Rawls o Korsgaard, el procedimiento es, en última instancia, un mero dispositivo heurístico, siendo lo central la idea de *punto de vista práctico* y aquello que se sigue de éste. Por ejemplo, la mejor forma de entender la posición original de Rawls es como un dispositivo heurístico para mostrar lo que se sigue de un *punto de vista práctico* particular: el de quienes aceptan los valores liberales de igualdad y libertad como fundamentales para la justicia de las instituciones.

<sup>2</sup> Este campo incluye a la filosofía moral, política y del derecho.

<sup>3</sup> En sentido similar, Parfit utiliza la expresión *menos que plenamente racional* para referirse a las decisiones de un agente que actúa de acuerdo con las creencias que tiene y considera justificadas pero que, sin embargo, pueden ser falsas (Parfit, 2011).

<sup>4</sup> Uso el término bienestar en sentido amplio como el conjunto de los intereses o las cosas que pueden beneficiar a alguien o ser buenas para él/ella.

<sup>5</sup> Lo habitual sería decir “por el bienestar de cualquier persona”. Sin embargo, tal como se entiende en términos corrientes la noción normativa de “persona”, como coextensiva de “ser humano”, esto significaría presuponer que solo los intereses humanos cuenta desde la perspectiva moral, algo que resulta por los menos discutible (Sapontzis, 1987).

<sup>6</sup> Una influyente caracterización del punto de vista moral se encuentra en Baier (Baier, 1958).

<sup>7</sup> Sobre si existen valoraciones prácticas necesarias, lo que implicaría que algunos agentes que no valoran ciertas cosas incurrirían en una especie de error normativo, existe un marcado contraste entre las teorías realistas y anti-rea-

listas. Para un realista (y también para un constructivista kantiano) existen verdades morales que todos los seres racionales (en condiciones ideales) *deberían* reconocer por lo que, normativamente, todos los agentes prácticos son, por su condición de tales, agentes morales pues por su sola racionalidad se les aplican las razones morales. Desde estas visiones, el punto de vista moral es una necesidad de la agencia práctica. Para los anti-realistas, no existen valoraciones prácticas necesarias (el agente que no asume los compromisos constitutivos de la moral ilustrada no incurre en un error normativo: simplemente no es un agente moral).

<sup>8</sup> Las disputas sobre qué requiere la moral (ética normativa) son tomadas por la filosofía como un discurso de primer orden y analizadas en un discurso de segundo orden al que se denomina *metaética*. La discusión metaética contemporánea abarca cuestiones de significado, metafísicas, epistemológicas, fenomenológicas y de psicología moral (Miller, A., 2013). La distinción no implica, sin embargo, que no haya relaciones entre ambos discursos pues la contestación a la pregunta “¿qué son las razones morales?” tendrá implicancias para establecer qué razones morales realmente existen. Incluso algunos filósofos –los internalistas– niegan que sea pertinente distinguir entre ambas preguntas (Markovitz, 2014). Para el constructivismo, en general, existe una continuidad entre los propósitos de la metaética y de la ética normativa.

<sup>9</sup> Aunque el hecho de tener que Juan tenga que ganar dinero es una razón para Juan exclusivamente, su objetividad radica en que cualquiera que comprenda las necesidades que motivan ordinariamente a las personas a hacer ciertas cosas la entenderá como una explicación suficiente de su conducta.

<sup>10</sup> Por el contrario, si la posibilidad de reconocer razones morales requiere adoptar la postura de agencia racional en general (ser la clase de ser que responde a razones), las razones morales presuponen la existencia de razones prudenciales, por ejemplo, la posibilidad de considerar los propios intereses futuros, al menos en cierto grado (Scanlon, 1998).

<sup>11</sup> En *The Possibility of Altruism*, Nagel defendió la tesis de que todo agente práctico debía aceptar razones neutrales so pena de recaer en una suerte de solipsismo práctico que implicaba la imposibilidad de reconocer su propia realidad desde una perspectiva práctica. En *The View From Nowhere* deja de lado

esta pretensión, aunque mantiene que la integración de los dos puntos de vista (el del propio interés y el neutral al agente, que posibilita el altruismo) y el pleno reconocimiento de que uno es solamente una persona entre otras “son las fuerzas esenciales detrás del desarrollo de una posición moral” (Nagel, 1986).

<sup>12</sup> Por supuesto, tal prioridad no puede concebirse de modo tan fuerte que trivialice las exigencias de la moral. Aunque, de acuerdo con el propio bienestar, pudiera ser racional preferir evitar una pequeña molestia en el dedo a la desaparición del universo (en el famoso ejemplo de Hume) se trata de una elección inconcebible como moralmente correcta.

<sup>13</sup> Para la distinción entre el pensamiento normativo –que identifica leyes o normas morales– y el pensamiento racional –que se basa exclusivamente en razones– (Parfit, 2011).

<sup>14</sup> Existe un umbral de importancia para que consideremos un hecho moralmente relevante. Parece indiscutible que las cuestiones vinculadas a la justicia social son moralmente relevantes. Sin embargo existen otras que son objeto de gran controversia. Por ejemplo, para algunas personas el amor a la patria es un sentimiento de la mayor relevancia moral y para otras carece por completo de importancia.

<sup>15</sup> Si bien parece inescapable atribuir algún nivel de generalidad a las razones morales, la relevancia de la generalización en reglas o principios para el razonamiento moral es objeto de debate entre *generalistas* como los kantianos y utilitaristas, que postulan diversos principios –que son objeto de explicitación y desarrollo por cada una de esas teorías– cuya aplicación a los casos concretos permite subsumir los aspectos morales de la situación y decidir la acción correcta y *particularistas*, quienes postulan la irrelevancia, en términos de justificación de las acciones, de la generalización de ese tipo. Una defensa sistemática del particularismo puede encontrarse en Dancy (Dancy, 2004). Algunas objeciones importantes a ese proyecto pueden verse en Nussbaum (Nussbaum, 2000).

<sup>16</sup> La necesidad de formular argumentos justificativos teniendo en cuenta consideraciones morales competitivas está siempre presente en el razonamiento

moral porque, aunque no se acepte el particularismo y se busque una justificación por principios o reglas, frecuentemente éstos entran en conflicto. Existen diversas estrategias de resolución entre principios competitivos. Una es la utilitarista que afirma la existencia de un principio supremo de acción (el de utilidad) que permite valorar directamente todas las situaciones (utilitarismo de acto) o justificar indirectamente los criterios de actuación que surgen de las reglas que debe seguir el agente (utilitarismo de las reglas). Otras estrategias son la ideas de *deberes prima facie* introducida por W.D. Ross (Ross, 2002), equilibrio reflexivo defendida por Rawls (Rawls, 1971) y razones excluyentes que ha desarrollado Raz (Raz, 1990).

<sup>17</sup> Para el constructivismo kantiano ese paso es normativamente necesario (deriva de la propia racionalidad) y para el constructivismo humeano es contingente (requiere que el agente práctico tenga entre sus compromisos normativos profundos la disposición a constituirse como agente moral) (Street, 2012). Si se toma a la moral (y a cualquier de set de valores) como contingente desde el punto de vista práctico, la autonomía también aparece como una opción. Solo un agente que valora ciertas cosas –entre ellas la posibilidad de seguir actuando como agente en el futuro- necesita constituirse en lo que (metafóricamente) podemos llamar *su propia persona*.

<sup>18</sup> Thomas May caracteriza a esta visión de la responsabilidad moral como la aplicación de las evaluaciones que podrían hacerse desde la tercera persona a la racionalidad de las acciones de la primera persona (agente moral) (May, 1998).

<sup>19</sup> De acuerdo con el *constructivismo humeano*, el argumento se aplica a todos los agentes prácticos pero pueden distinguirse criterios de éxito distintos, según sean agentes morales o no morales. En el caso de los agentes morales el criterio de éxito de la acción será poder seguir decidiendo en el futuro de acuerdo con razones morales. En el caso de los agentes prácticos que deciden no guiarse por razones morales la meta interna de la acción será seguir decidiendo en el futuro de acuerdo con razones vinculadas exclusivamente a su propio auto-interés. Para el *constructivismo kantiano* está diferencia no es aceptable y solo puede concebirse a la constitución y conservación de la autonomía moral como criterios de éxito para las acciones de los agentes prácticos.

<sup>20</sup> Como el protagonista de la película *Limitless*

<sup>21</sup> Algunos agentes morales (*santos, mártires*), en función de los compromisos profundos de su propio punto de vista práctico, pueden tener razones para el auto-sacrificio, es decir para dejar de lado por completo sus intereses por un objetivo altruista. En ese caso, un determinado fin muy valioso para el agente podría justificar sacrificar la propia autonomía por razones morales (por ejemplo, salvar la vida de un gran número de personas u otros logros de justicia o bienestar para los demás, al precio de la propia muerte o la incapacidad para actuar como agente racional en el futuro). Esa no es la postura típicamente constitutiva de la agencia moral que, en la articulación del interés moral y el prudencial no impone el auto-sacrificio (sobre la implausibilidad del ideal de santidad para caracterizar la agencia moral autónoma, ver Wolf, 1982). Para la generalidad de los agentes morales, por tanto, la conservación de la propia autonomía constituye una obligación implicada por la asunción del punto de vista moral

<sup>22</sup> Las razones para la acción que pueden proporcionar las normas jurídicas no son otra cosa que razones morales que se crean e identifican en ciertos contextos institucionalizados a los que, en general, se denomina “sistemas jurídicos”. Sobre este punto coinciden los autores más influyentes de la filosofía del derecho contemporánea (Ver Raz, 2009) (Dworkin, 2011) (Finnis, 2011).

Isnel Martínez Montenegro, Mónica Alejandra Baeza Leiva  
y Gabriel Alejandro Carrillo Rosa✉

## Un segundo acercamiento a la responsabilidad contractual de las agencias de viajes en Cuba

*A second approach to the contractual liability of travel agencies in Cuba*

*Uma segunda abordagem à responsabilidade contratual das agências de viagens em Cuba*

**Resumen:** *En la presente investigación se abordaron los presupuestos jurídicos que deben regir el análisis de la responsabilidad contractual de las empresas de intermediación turística en Cuba, en el estudio se presentan en una primera parte algunos fundamentos de derecho comparado y en la segunda se analiza desde un enfoque nacional los que deben ser aplicables para lograr el eficaz funcionamiento de las entidades turísticas nacionales, en el marco de una nueva realidad social y económica que se presenta. A tales efectos, se determinaron las bases jurídicas que*

---

✉ Isnel Martínez Montenegro, Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica de Temuco (Temuco, Chile). Licenciado en Derecho por la Universidad de Matanzas Camilo Cienfuegos (Matanzas, Cuba). Magíster en Administración de Empresas de la Universidad de Matanzas Camilo Cienfuegos y magíster de la Universidad de La Habana (La Habana, Cuba) en Derecho de la Economía. Actualmente doctorando en Derecho, Ciencias Políticas y Criminología de la Universidad de Valencia (Valencia, España).

✉ [isnel.martinez1986@gmail.com](mailto:isnel.martinez1986@gmail.com)

✉ Mónica Alejandra Baeza Leiva, Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica de Temuco (Temuco, Chile). Abogada de la misma institución. Magíster en Derecho Universidad Católica de Temuco-Universidad de Génova (Génova, Italia) Actualmente doctorando en Derecho, Ciencias Políticas y Criminología de la Universidad de Valencia (Valencia, España).

✉ [mbaeza@uct.cl](mailto:mbaeza@uct.cl)

✉ Gabriel Alejandro Carrillo Rosa, Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santo Tomás Chile (Temuco, Chile). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Autónoma de Chile. Magíster en Derecho, Mención Derecho Público de la Universidad Autónoma de Chile.

✉ [gabrielcarrilloro@santotomas.cl](mailto:gabrielcarrilloro@santotomas.cl)

*deben sustentar los análisis de la responsabilidad social de la empresas de intermediación turística y de acuerdo a los resultados obtenidos, con este estudio teórico-doctrinal se alcanza la armonía que demanda la política turística interna, para lograr un mayor y más eficaz, respaldo legal en su funcionamiento e interacción desde la actividad turísticas a otras actividades económica que intervienen en la implementación de la política turística nacional.*

**Palabras clave:** *derecho del turismo, responsabilidad contractual, intermediación turística.*

**Abstract:** *This research is focused on the legal assumption that must govern the analysis of the contractual liability of tourism intermediation companies in Cuba. Some key aspects of comparative law are included in the first part of this paper, while the second part contains an analysis, from a national point of view, of the guiding principles that should apply to any action leading to the effective operation of national tourism companies within the framework of the new social and economic reality. To this end, the legal bases for analyzing the corporate social responsibility of tourism business have been determined. This theoretical academic work provides for the harmonization required by the domestic tourism policy in order to obtain wider and more effective legal support in its operation and interaction of tourism with other business involved in the implementation of the national policy.*

**Keywords:** *Tourism Law, contractual liability, tourism intermediation business.*

**Resumo:** *Nesta pesquisa os orçamentos legais que devem reger a análise do contrato de intermediação sociedades de responsabilidade do turismo em Cuba, no estudo são apresentados na primeira parte dos fundamentos de direito comparado ea segunda é analisado a partir de uma abordagem dirigida nacional que deve ser aplicado para o funcionamento eficaz das organizações nacionais de turismo, no âmbito de uma nova realidade social e económico apresentado. Para o efeito, as bases legais que devem sustentar a análise da responsabilidade social da intermediação turismo de negócios e de acordo com os resultados obtidos neste estudo foram determinados harmonia teórica e doutrinária que exige a política do turismo interno é atingido, por alcançar uma maior e mais eficaz legal, operação de backup e interação da atividade turística para outras atividades económicas envolvidas na execução da política nacional de turismo.*

**Palavras-chave:** *lei do Turismo, responsabilidade contratual, intermediação turística.*

*Recibido: 20161008*

*Aceptado: 20161222*

## Introducción

La categoría jurídica de mediación o intermediación turística es un tipo especial de operación mercantil que se desarrolla a través de la puesta en contacto del productor y el consumidor de un producto por medio de personas cuya prestación contractual consiste en la promoción o concertación de operaciones comerciales. Nacen como resultado del desarrollo económico del siglo XIX y la ampliación de los mercados, las mejoras en los medios de comunicación y de transporte, las necesidades derivadas de la descentralización productiva, de la evolución tecnológica y los nuevos sistemas de producción; así como del progreso de diversas relaciones jurídicas ya existentes y dotadas de su propio régimen jurídico, a partir de las cuales se produjo la tipificación legal de nuevas actividades de mediación o intermediación en el tráfico mercantil (Cairós Barreto, 2001, 121).

Un papel fundamental es el rol que desempeñan las empresas de intermediación turística en la unificación de los diferentes factores que conforman la red de comercialización del producto turístico, debido en gran medida, a que son entidades que organizan servicios turísticos diversos (viajes combinados, excursiones, representación de otras agencias de viajes) y a que facilitan, a nivel mundial y nacional, su mercantilización de conjunto con los servicios ofrecidos por otras empresas (fundamentalmente reservas de plazas en medios de transporte de viajeros y de alojamientos turísticos), que sirve de enlace principal, en muchas ocasiones, y necesariamente imprescindibles entre la oferta y la demanda turística.

Al respecto, es necesario apuntar que en el ámbito internacional varios autores han tratado el régimen jurídico de las empresas de intermediación turística, motivados fundamentalmente por el interés de la doctrina mercantilista en el estudio de la legislación de viajes combinados, la responsabilidad de las agencias de viajes, los contratos mercantiles en el campo del turismo, la intervención administrativa, entre otros. Desde esta diferente perspectiva se destacan en las últimas décadas a los autores García Rubio,

Gómez Calero, Martínez Espín, Sanz Domínguez, Kemelmajer de Carlucci, Bech Serrat (Gómez Calero, 1975, 302; García Rubio, 1999, 36; Martínez Espín, 1999, 25; Sanz Domínguez, 2005, 74; Kemelmajer de Carlucci, 2006, 99; Bech Serrat, 2007, 38).

En el entorno nacional existen diversos autores que desde el punto de vista económico, turístico y directivo, han tratado la problemática. Desde estos diversos enfoques científicos se destacan en los últimos años Guevara Hernández, Jiménez Valero y Suárez Mella (Guevara Hernández, 2009, 42; Jiménez Valero y Suárez Mella, 2013, 5).

La justificación de esta investigación se basa en el análisis del funcionamiento jurídico de las empresas de intermediación turística y de su delimitación necesaria, para que junto con las propuestas que surjan al respecto se transforme su régimen jurídico actual. De manera que se deben establecer pautas para la fundamentación de las posturas a seguir por los sujetos responsables frente al turista consumidor del producto o paquete turístico, al distinguir entre el comercializador intermediario y el organizador u operador responsable.

La infinidad de relaciones jurídicas que esta actividad de intermediación genera y, por consecuencia, la envergadura alcanzada por el sector ya justificaría la importancia de un estudio de este tipo; pero la razón verdadera de la elección del tema, no estriba tan solo en ese factor cuantitativo, pues si tal fuera este el dato determinante, la misma razón hubiera concurrido para estudiar los presupuestos de la responsabilidad contractual de estos mediadores en cualquier otra clase de servicios turísticos (hostelería, restauración, alojamientos rurales), y hasta en otros sectores de la economía, tan en auge, como el que es objeto de este estudio, sino todas las diferentes posturas y reglas de interpretación necesarias para el correcto análisis de la problemática que se presenta.

### **Algunos presupuestos de derecho comparado**

La regulación de la responsabilidad contractual para los países europeos en la Directiva núm. 90-314 según Bech Serrat (2007, 69) cuando realiza el análisis del artículo 5.1 plantea que la misma “no se pronuncia exactamente sobre si será responsable contractual frente al consumidor del viaje el orga-

nizador, el detallista, o ambos a la vez, dejando la decisión de esta cuestión a cada legislador nacional”, de manera que “este precepto renuncia a la uniformidad entre las regulaciones de los Estados miembros de la Directiva 90/314 de la Comunidad de Estados Europeos del Consejo de las Comunidades Europeas de 1992, que adecua Convenio de Bruselas del 23 de abril de 1970 relativo al contrato internacional de viajes combinados.

Países de la Comunidad Europea como Francia, Bélgica y Portugal aplican el régimen general del Derecho de Obligaciones y Contratos a la relación jurídico privada entre el organizador y el consumidor del viaje. Los mismos acuden además, a sus regulaciones administrativas de agencias de viajes (Bech Serrat, 2007, 38) para configurar el régimen de esa relación contractual, aunque siempre serán aplicables del modo más favorable a los intereses del consumidor del producto de dichas empresas de intermediación.

En cambio en España con la entrada en vigor de la citada Ley núm. 21 del año 1995 reguladora de los Viajes Combinados se hace responder al organizador en lugar de los prestatarios de los servicios del viaje verdaderos causantes materiales del daño sufrido por el consumidor y se exime a estos últimos, de la obligación de responder personalmente frente al consumidor. El artículo 15 informa que se hace responsable a las agencias de viajes por el “correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellas mismas u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios”.

En Argentina, suponen balancear a favor de los usuarios, parte más débil, la responsabilidad de los agentes de viajes por las faltas de los prestadores finales, sin perjuicio de quedar intacto el derecho de la agencia para accionar en contra del prestador que incumplió con sus obligaciones. Asimismo se trata de aumentar la protección de los consumidores respecto al régimen de responsabilidad contractual previsto para las agencias de viajes argentinas que se hacen directamente responsables de los daños causados frente a los clientes sin que pueda, en todo caso, oponer defensas muy restrictivas, de acuerdo con lo establecido en la Convención Internacional de Viajes Combinado de 1972 de que son signatarios (Ivanega, 2012).

La responsabilidad contractual de las agencias de viajes en Chile al igual que en el resto de los países latinoamericanos presenta un régimen de responsabilidad solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan, y en ellas se libera de manera total o parcial a quien demuestre, que la causa del daño le es ajena a las funciones de organización del viaje. De esta forma posibilita que se accione en contra de la agencia de viaje sin perjuicio de que ésta se dirija contra el prestador final por los daños efectivamente indemnizados (Contardo, 2012).

Según Barreiro Hernández esto se debe a que el turismo genera una pluralidad de sujetos actuantes, y el viajero se encuentra en muchas oportunidades ante la imposibilidad de individualizar al sujeto responsable. Por eso, las nuevas tendencias latinoamericanas de protección del consumidor indican la conveniencia de la concentración de la responsabilidad en un sujeto solvente, que se encuentre cerca del domicilio del turista y responda por la actuación de los múltiples intervinientes en la prestación turística (Barreiro, 2012).

De esta forma pretenden resolver el problema que provocan los incumplimientos de los prestatarios de los servicios que median las agencias de viajes y se balancee la responsabilidad a favor de la parte más débil (el consumidor), el cual solo tiene que dirigir sus reclamaciones al agente con el que mantiene una relación contractual. Sin perjuicio de lo anterior, se deja intacto el derecho de regreso a la agencia de viaje para accionar en contra del prestador que incumplió con sus obligaciones.

### **Un segundo enfoque a la responsabilidad contractual de las agencias de viajes en Cuba**

La actividad de intermediación turística en Cuba, a pesar de los esfuerzos que se realizan por el Ministerio del Turismo de la República de Cuba, está basada en la oferta de un producto rígido y que no logra satisfacer plenamente las exigencias de la demanda de los clientes. En relación al factor precio sigue sin existir una relación directa con la calidad del producto que se oferta y esta se convierte en una desventaja competitiva para los empresarios.

En este contexto, es importante la delimitación que establece la reglamentación de agencias de viajes entre los sujetos responsables frente al turista consumidor del producto, al distinguir entre el comercializador intermediario

y el organizador u operador responsable. Sin embargo, no solo es suficiente con esta distinción, sino se constituye la naturaleza jurídica de la obligación del agente de viajes, y de esta forma conformarla en una obligación de medio o de resultado, para después lograr configurar la responsabilidad de dichos intermediarios turísticos.

Estudios cubanos sobre responsabilidad contractual presuponen una relación preexistente entre el autor del daño y la víctima del mismo, vínculo que se establece habitualmente a través de un contrato de consumo, del que se deriva su denominación. De manera, que este se produce cuando la obligación convencionalmente establecida entre las partes no se cumple, o se realiza de forma deficiente y sin satisfacer plenamente el interés del acreedor; y surge entonces la responsabilidad que se deriva en este caso, del deber de indemnizar de otro deber previo (Valdés, 2002).

La mayoría de los problemas que enfrenta el usuario de los servicios turísticos gira en torno a la incertidumbre del alcance de las obligaciones que se asumen por el organizador dentro del viaje combinado, especialmente en su etapa de ejecución, y esta puede poner en riesgo la seguridad jurídica de la que goza. En esta etapa, la protección del turista se encaminará básicamente al reconocimiento de su derecho a ser indemnizado económicamente por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento o cumplimiento defectuosos de las prestaciones turísticas contratadas para buscar de alguna manera atenuar en lo posible, sus vacaciones afectadas.

Esta responsabilidad civil supone un vínculo jurídico preexistente, cuyo incumplimiento o cumplimiento tardío o imperfecto, genera la obligación de indemnizar al acreedor del perjuicio. De este modo el contrato celebrado a tenor de la legislación vigente cubana, se entiende ley para sus partes a la vez que se aprueba con el consentimiento expreso de los contratantes, y así quien lo viole, debe acarrear las consecuencias y reparar el daño causado al otro contratante.

Al decir de Valdés Díaz (2002) el contrato no es solo institución central en el ordenamiento jurídico, lo es también en la sociedad actual, continúa como el instrumento jurídico fundamental para la consecución de los fines económicos de los operadores del tráfico mercantil. No se debe desechar la concepción tradicional, esta se ha de adaptar a las realidades actuales, con

una interpretación de las normas legales y contractuales a tenor de los principios generales del Derecho de Obligaciones y Contratos que nunca antes fueron más útiles que hoy.

También la autora plantea que, "...Al dotar al contrato, libremente concertado, de un contenido previo e imperativamente fijado, las partes pueden contratar o no, pero de hacerlo les viene encima un contenido sobre el cual no pueden disponer y que se integra al contenido del contrato (Delgado, 2008).

De la misma forma que se alcanza diferenciar y a la vez estipular la naturaleza de medio o del resultado que ostenta la obligación contraída por el intermediario, se sientan las bases para distinguir si existe o no incumplimiento.

En el epígrafe anterior se aclara que la prestación en el contrato de viaje combinado es de resultado y en su ejecución las agencias de viajes no se obligan a realizar todo lo posible para que el viaje combinado se lleve a efecto, sino que directamente se obligan a un todo", sin perjuicio de que "hay algunos aspectos que pueden ser de medios, particularmente el deber de información y de asistencia de la agencia de viaje.

Es evidente que desde la perspectiva del usuario, el viaje combinado debe ser una obligación de resultado, de otra manera su posición queda en un estado de incertidumbre contractual. Por lo tanto, no se debe consentir que este contrato en particular sirva de condicionante a una obligación de medio, porque naturalmente el usuario está pagando el precio global para asegurarse el viaje, no un estándar de diligencia, lo que evidentemente deja a las agencias de viajes en una posición muy favorable, y que no coincide en nada con lo querido efectivamente por las partes al contratar.

En términos estrictos, la responsabilidad del agente debe necesariamente ser de carácter contractual, precisamente porque lo que se celebra en Cuba es un contrato de viaje combinado. Esto es sin perjuicio de que puedan producirse daños extracontractuales por parte de terceros durante la ejecución de dicho contrato.

Una vez demandada la agencia de viaje para que responda por los perjuicios causados por el incumplimiento de los prestadores finales, no puede oponer la excepción de caso fortuito por tratarse de un hecho producido por

un tercero. Si bien, no se trata de un tercero en términos absolutos, sino que de un tercero por el cual la agencia es responsable según lo dispuesto en el artículo 90 del Decreto Ley 304 de 2012 de Contratación Económica. Al referirse al obrante dispone que la responsabilidad por asunción de actos de terceros salvo que otra cosa se haya acordado o dispuesto, la parte que haga participar a un tercero en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, responde ante la otra parte por los incumplimientos del tercero como si se tratase de sus propios actos.

En la práctica la agencia de viaje tampoco puede dispensarse de su obligación de indemnizar alegando que no obró con culpa in eligiendo (incorrecta elección del prestador final) o in vigilando (falta de diligencia en la vigilancia del actuar del prestador final), porque asume las obligaciones del prestador efectivo como suyas propias, por ende, se hace responsable por el hecho propio y no por el hecho ajeno.

Los factores de atribución de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, conocida como responsabilidad contractual indirecta, serán la culpa que asume el agente de viajes al contratar con el prestador final (responsabilidad por el hecho propio), o bien la asunción del riesgo de la agencia al contratar con el prestador final, que lo hace responder por el hecho ajeno. Así las cosas, “y frente a la culpa –elemento netamente subjetivo– se ubicaría la situación de riesgo que el deudor contractual debe asumir por el hecho de haber celebrado el contrato, lo que implica una objetivación de las responsabilidad, pues hace surgir ésta, aun cuando no haya precedido ni culpa, ni dolo por parte del deudor e incluso, aunque este haya actuado con la mayor diligencia.

Basta la situación de riesgo y la ocurrencia del hecho de un tercero que haga cierto el daño o perjuicio posible de acaecer, para que surja las responsabilidad del deudor (Infante, 1999). A la par se presenta con mayor fuerza el argumento de la reserva que garantiza el viaje como una obligación de resultado, pues se compromete la agencia de viajes al logro de cierto objetivo legítimamente esperado.

La responsabilidad de las agencias, debe ser entonces directa y objetiva, que cubra los daños ocasionados por terceros participantes en la ejecución de la prestación en el viaje combinado como un producto turístico al que se le aplica la responsabilidad objetiva por ser su productory en el que el con-

sumidor contrata el paquete, y el fabricante, responde por todas las deficiencias que en el servicio se manifiestan.

En cambio cuando se promete un resultado a través de la venta y desarrollo del viaje ofrecido en el paquete turístico de conjunto y por el que se abona un precio, no puede obligarse al viajero a indagar acerca de las subcontrataciones que la empresa organizadora realizó con los prestatarios de los servicios que comercializa, por lo que queda esta última obligada de manera directa. A pesar de ello, en el supuesto que la inejecución se corresponda con la ejecución del viaje o alojamiento, la responsabilidad del operador varía en razón a la ejecución de las prestaciones por parte del organizador o terceros, y así, se distingue el alcance de los daños por el ejercicio o en ocasión de las propias funciones.

Del mismo modo en la Convención Internacional de Viajes de 1970 se distingue en materia de responsabilidad entre el organizador y el intermediario, y sobre el régimen de responsabilidad del primero se aprecia una responsabilidad limitada con la presencia de tres supuestos:

Incumplimiento de la obligación de organización: debe reparar al viajero todo perjuicio causado en razón de la inejecución total o parcial de las obligaciones de organización.

Incumplimiento de prestaciones inherentes a la ejecución del viaje o estadía: si el organizador de viajes realiza por sí mismo las prestaciones de transporte, de alojamiento y toda otra prestación relativa a la ejecución del viaje o estadía, responde de todo perjuicio causado al viajero conforme las disposiciones que rigen las mencionadas prestaciones. Es decir, responderá como transportista, hotelero, etc.

Si las prestaciones son realizadas por terceros, se distinguen dos especies: debe reparar los perjuicios causados al viajero en razón de la inejecución total o parcial de las prestaciones; pero, si los daños han sido causados en ocasión de la ejecución de esas prestaciones, solo responde en caso de culpa in diligente.

Cuando las disposiciones que rigen estas prestaciones no prevean limitación de indemnización debida por el organizador, esa indemnización se fijará de acuerdo a los límites monetarios fijados por el artículo 13. 2 de la Conven-

ción Internacional sobre el Contrato de Viaje de 1970. Sin perjuicio de la determinación de las personas que tienen el derecho de accionar y de sus derechos respectivos, la indemnización debida por aplicación del párrafo primero está limitada por viajero a: 50.000 francos por daño corporal, 2.000 francos por daño material y 5.000 francos por cualquier otro daño. Sin embargo, un Estado contratante puede fijar un límite superior para los contratos concluidos por intermedio de un establecimiento que se encuentra en su territorio.

Del mismo modo más difícil resulta apreciar la culpabilidad del prestatario directo para poder precisar la responsabilidad de las agencias de viajes deudoras del turista que consume del viaje combinado. La imprecisión de proyectar que la responsabilidad cesará por la ausencia de culpa del causante del daño, obliga entonces a revisar cada supuesto en específico para establecer exactamente los criterios de culpabilidad.

De igual forma los límites indemnizatorios y las causales de exclusión de la responsabilidad no operan si el viajero prueba la culpa del organizador o del intermediario, o de las personas por las cuales ellos responden. El viajero que pretende indemnización integral debe probar la intención de provocar el daño, o cualquier otra conducta que implique desatención deliberada de las consecuencias dañosas que podían resultar de la conducta debida, o de la ignorancia inexcusable de sus consecuencias.

No obstante, el legislador trató de proteger a las agencias de viajes de las afectaciones provocadas por gestiones defectuosas de los prestatarios de servicios, porque a pesar de que las reclamaciones de los clientes se dirigen a las agencias de viajes y son ellas las que deben responder a los clientes en su condición de organizadores del contrato de viaje en un primer momento, ellas posteriormente pueden demandar a los terceros que prestan el servicio defectuoso.

Las dificultades en Cuba desde el punto de vista procesal se exteriorizan en que la demanda por incumplimiento contractual que se interpone por las agencias de viajes ante la Sala Civil, Administrativo, Laboral y de lo Económico según exige la Ley de trámites vigente, como requisito se dispone una cuantía mínima determinada y las agencias de viajes deben esperar la acumulación de las prestaciones para poder reclamar al prestador del servicio; además de la falta de personalidad que presentan los establecimientos hoteleros o de alojamientos turísticos que trae consigo que se di-

late el proceso y en ocasiones hasta venzan los términos por la no acumulación de pretensiones.

Los turistas realizan reclamaciones por cuantías generalmente que no exceden los 100 o 200 pesos convertibles cubanos y aparejados a la falta de conveniencia de reclamarle la agencia de viaje judicialmente al único prestatario del servicio contratado, ejemplo: el hotel Camagüey como único alojamiento del circuito de traslado a la zona oriental cubana le ha provocado diversas reclamaciones por concepto de quejas al receptivo Gaviota Tours Varadero y los mecanismos de reclamaciones por concepto de calidad a pesar de no ser ágiles partiendo de la falta de personalidad, en este caso en particular para agencias de viajes son el único prestatario del servicio. Empresa de transportación de camiones de traslados al destino del nicho en las lomas espirituanas, únicos prestatarios indicados a contratar por las agencias de viajes receptoras que venden excursiones a esas zonas montañosas.

A partir de este primer elemento existen otras particularidades que inciden en la responsabilidad contractual de las agencias de viajes cubanas, entre ellas se pueden describir:

Presencia de una considerable dependencia en la gestión administrativa al Grupo Empresarial, que provoca la subordinación de las agencias de viajes a los prestatarios de los servicios a los que se obligan y estos además, son los que concentran estatalmente la actividad. Esta situación se convierte en una tarea difícil para que la mediación del servicio turístico entre el cliente y los proveedores sea efectiva, y aunque existen limitaciones al principio de autonomía de la libertad contractual porque indican desde la dirección nacional el establecimiento de relaciones con determinados prestatarios de servicios, las reclamaciones por costo de no calidad por incumplimientos de las obligaciones contractuales en los servicios contratados por los receptivos y sus clientes son bajas, no obstante se debe tener en cuenta que en ocasiones el turista prefiere no reclamar por falta de herramientas o por los elevados costos de la reclamación desde el extranjero, en este caso no solo se pierde la confianza en el prestatario, sino también, del T.O. y del destino.

Las agencias de viajes comercializan los servicios que brinda con los clientes a partir de proformas contractuales establecidas donde anexan los productos que ofertan, y de igual forma los paquetes turísticos de los demás

receptivos a través de la concertación de contratos entre las agencias de viajes, que afecta el carácter detallista que deben tener las funciones del agente al desarrollar una contratación del producto que no producen por sí mismos.

A este tenor el turista debe contar con las facilidades y herramientas jurídicas más expeditas para poder hacer efectiva la responsabilidad civil de quien corresponda, en el supuesto de hallarse inconforme con la prestación otorgada o incumplida. La realidad del turismo nacional e internacional, su fomento, y su condición de actividad económica estratégica, requiere que el Derecho la regule y determine los mecanismos efectivos para que todas las partes se encuentren en una situación de seguridad jurídica. En la práctica, quienes se encuentran en una mayor situación de incertidumbre son los turistas porque la forma en la cual funciona este mercado supone la participación de distintos sujetos en situaciones heterogéneas y en ocasiones no tienen claro ante quien recurrir cuando falla alguno de los enlaces de la cadena.

En Cuba la garantía que se requiere a las agencias de viajes no debe funcionar solo como un requisito para obtener un permiso de funcionamiento, sino que constituida para aquello, deberá servir para responder ante cualquier incumplimiento de las obligaciones que adquieran por la prestación de sus servicios de intermediación, y de esta forma la garantía cubriría estos casos de no ejecución del contrato. Sobre el paquete turístico, especialmente para aquellos casos en los que el objetivo del viaje depende del buen funcionamiento de un medio de transporte, como por ejemplo las alturas montañosas de la geografía nacional y en las que para su recorrido no se puede reemplazar por ningún otro medio de transporte, en este caso, sería de gran importancia que la contratación del prestatario cuente con una garantía que respalde suficientemente cualquier desperfecto cuando no logre brindar el servicio. Esta podría tener hasta dos meses de duración y ser reembolsada al operador luego de este período, siempre que no exista reclamos en su contra. Actualmente, la falta de seguridad jurídica, producto a la ausencia de una norma que obligue eficientemente a la agencia de viaje al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, específicamente indemnizatorias, ha obligado al turista a incurrir en gastos superiores a los que incluye en un viaje combinado. Esta situación puede estar respaldada en una norma especial que en su contenido presente obligaciones que garanticen la indemnización del turista afectado. En Cuba existen prestatarios como la empresa transportista del sistema empresarial de las Fuerzas Armada Revolucionarias que operan en las

zonas montañosas de las provincias de Cienfuegos y Santa Clara que son los únicos prestatarios y el producto ecológico que se oferta solo puede brindarse con la participación de esta empresa equipada con camiones que poseen características técnicas especiales y en ocasiones se materializan incumplimientos que afectan a los clientes que planifican sus vacaciones por un período determinado y aunque se le ofrezcan otros servicios en *overbooking*, se perjudican al no poder aprovecharlos por falta de tiempo.

El contrato de viaje combinado a pesar de que el cumplimiento de su obligación depende de un resultado final, en su ejecución está compuesto por varios actos y estos son asegurados por separados y en correspondencia con cada servicio que se contrata. De manera que en materia de turismo, un problema con los seguros es que las aseguradoras, al contratar con las agencias de viajes, mandatarias de los usuarios, desconocen por ejemplo el estado de salud real de los asegurados y cuando ocurre el problema relativo a este aspecto (muerte o problemas de salud), alegan la cláusula de enfermedad preexistente; sin embargo, el chequeo médico previo del turista es una obligación de la empresa de seguros, y su incumplimiento no debería generar un eximente, por ello es necesario que expresamente se regule esta situación en Cuba.

De tal forma es lógico proponer al legislador cubano que se encargue de resolver el profundo dilema del establecimiento de una regulación que se atempere a la realidad actual y auxilie a los sujetos en sus modos de actuación. El tema de la responsabilidad contractual, devenida del incumplimiento defectuoso de las obligaciones de las agencias de viajes, de los prestatarios, o del propio turista; es un asunto pendiente.

## **Conclusiones**

En la realidad cubana los operadores no siempre se acogen al régimen de responsabilidad contractual indirecta que facilita la reclamación y según corresponda la indemnización de daños y perjuicios al consumidor.

Igualmente no se incluye la responsabilidad de terceros involucrados en el incumplimiento que son demandados por medio del derecho de regreso, por parte de los intermediarios; si se tiene en cuenta que la disociación entre el sujeto responsable y el sujeto causante del daño se configura no solo porque el organizador utiliza distintos prestadores para el cumplimiento de su obligación de ejecutar los servicios de viaje; sino también, por el respeto a las escasas posibilidades del cliente de ser resarcido por parte del causante material de los daños.

## Referencias

---

- Barreiro Hernández, K. (2012). Contrato de viaje y responsabilidad de las agencias de viajes de acuerdo a las reformas proyectadas. *Jornada de Análisis y Debate sobre Derecho del Turismo*. Observatorio de Derecho del Turismo de la Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- Bech Serrat, J. M. (2007). *La responsabilidad contractual de los organizadores y detallistas de viajes combinados*. (Tesis Doctoral), Girona. Disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7678/tjmbs.pdf?sequence=1>.
- Cairós Barreto, D. M. (2001). *Contrato de mediación laboral y contrato de agencia mercantil: un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo*. (Tesis Doctoral), Barcelona. Disponible en <ftp://tesis.bbtk.ull.es/ccssyhum/cs88.pdf>
- Contardo González, J. (2012). *La responsabilidad de las agencias de viaje por overbooking o exceso de reservas*. Seminario La Semana Jurídica 29.
- Delgado Vergara, T. (2008). *Derecho de Contratos*. La Habana: Félix Varela.
- García Rubio, M. P. (1999). *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*. Madrid: Montecorvo.
- Gómez Calero, J. (1975). Sobre la mercantilidad de las cooperativas. *Revista de Derecho Mercantil*, (137), 301-328.
- Guevara Hernández, E. (2009). *Procedimiento para los análisis del producto opcionales en la agencia de viajes Gaviota Tours Varadero*. (Tesis de Maestría), Universidad de Matanzas “Camilo Cienfuegos”.
- Infante Caffi, H. (1999). El factor de atribución en la responsabilidad civil contractual por el hecho ajeno. *Revista Derecho y Humanidades*, (7), 191-198.

- Kemelmajer Carlucci, A. (2006). El contrato de servicios turísticos. *Revista Latinoamericana de Derecho*, (5), 97-128. Disponible en <http://info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/5/cnt/cnt6.pdf>.
- Martínez Espín, P. (1999). *El contrato de viaje combinado (Antecedentes, Derecho Comparado, Estudio Normativo y Jurisprudencial)*. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha.
- Martínez Ivanega, M. (2012). *Derecho Público y Turismo. Apuntes acerca de la protección al Consumidor. Derecho Público y Turismo*. Buenos Aires: La Ley.
- Sanz Domínguez, C. (2005). *Régimen jurídico-administrativo de las Empresas de Intermediación turística*. (Tesis Doctoral), Sevilla. Disponible en [http://www.us.es/downloads/estudios/master/listado\\_profesorado\\_due.pdf](http://www.us.es/downloads/estudios/master/listado_profesorado_due.pdf)
- Valdés Díaz, C. (2002). *Derecho Civil Cuba*. La Habana: Félix Varela.
- Jiménez Valero, B., Suárez Mella, R. (2010). Modelo de medición de excelencia empresarial en agencias de viajes. *Revista Retos Turísticos*, 9(3), 2. Disponible en [retos.mes.edu.cu/index.php/retos/article/viewFile/88/78](http://retos.mes.edu.cu/index.php/retos/article/viewFile/88/78)

## Normas citadas

---

- Bélgica. Convención Internacional de Contratos de Viajes, suscripta en Bruselas, 23 de abril de 1970.
- Cuba. Decreto Ley 304 y Decreto 310. *Ley de Contratación Económica*. Gaceta Oficial No. 62, 1 de noviembre de 2012.
- Cuba. Ley No. 59. *Código Civil cubano*, 16 de julio de 1987.
- Cuba. Resolución Conjunta No. 1. *Reglamento de agencias de viajes nacionales, sucursales y representaciones de agencias de viajes extranjeras en la República de Cuba*, 1 de enero de 1998.

España. Ley 21/ 1995. *Ley de viajes combinados*, 6 de julio de 1995.

Unión Europea. Directiva 90/314. *Adecuación al Convenio de Bruselas relativo al contrato internacional de viajes combinados*, 23 de abril de 1970.

Rodrigo Rey y Daniel R. Zubillaga Puchot✉

## Tráfico internacional de menores: aspectos penales

*International child trafficking: criminal aspects* ■

*Tráfico internacional de menores: aspectos criminais* ■

**Resumen:** *El presente trabajo tiene por objetivo ofrecer al lector una síntesis descriptiva de los principales instrumentos jurídicos internacionales y nacionales abocados a prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores. Precisamente, se suministra un énfasis particular en la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores por ser la norma matriz de la materia. El objetivo es problematizar algunos supuestos normativos de este instrumento desde dos dimensiones centrales en su diseño legislativo: la técnica de tipificación penal y sus proyecciones sobre los mecanismos de cooperación penal internacional.*

*La estructura del trabajo busca explorar, desde algunos materiales inusualmente presentes en el discurso especializado, las aristas más relevantes de ésta actividad criminal. Por último, se pretende capturar una síntesis interdisciplinaria entre las intersecciones del Derecho Internacional Privado y el Derecho Penal Internacional, justamente, en un punto cardinal de convergencia normativa: el interés superior del menor.*

**Palabras clave:** *tráfico internacional de menores, derecho penal internacional, interés superior del menor, principio de legalidad, extradición.*

**Abstract:** *This paper is aimed at providing the reader with a descriptive summary of the main international and domestic legal instruments for the prevention and punishment of international traffic of children, specifically focusing on the Inter-American Convention on International Traffic in Minors as the most significant regulation*

✉ Rodrigo Rey, Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

✉ [rrey@sanguinetti.uy](mailto:rrey@sanguinetti.uy)

✉ Daniel R. Zubillaga Puchot, Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

✉ [d.zubillagapuchot@gmail.com](mailto:d.zubillagapuchot@gmail.com)

*on this matter. The objective is to pose questions regarding some of the regulatory assumptions of this instrument from two core aspects on its legislative design: the technique for the description of criminal offences and its impact on international cooperation mechanisms in criminal matters. This framework intends to explore the features of this criminal activity based on some materials not usually found in specialized discourse. Finally, the purpose of this paper is to capture an interdisciplinary synthesis at the intersection of Private International Law and International Criminal Law, just at a cardinal point of regulatory convergence: the best interests of the child.*

**Keywords:** *International Traffic in Minors, child trafficking, International Criminal Law, best interests of the child, principle of legality, extradition.*

**Resumo:** *O presente trabalho visa a oferecer ao leitor uma síntese descritiva dos principais instrumentos jurídicos internacionais e nacionais focados na prevenção e na penalização do tráfico internacional de menores. Precisamente, confere-se uma ênfase especial à Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, principal norma na matéria. O objetivo é problematizar alguns pressupostos normativos deste instrumento, a partir de duas dimensões centrais no marco legislativo: a técnica de tipificação criminal e suas projeções sobre os mecanismos de cooperação criminal internacional.*

*A estrutura do trabalho procura explorar a partir de alguns materiais singularmente presentes no discurso especializado, os aspectos mais relevantes da atividade criminosa. Finalmente, pretende-se realizar uma síntese interdisciplinar entre as confluências do Direito Internacional Privado e o Direito Penal Internacional, justamente em um ponto cardinal de convergência normativa: o interesse superior do menor.*

**Palavras-chave:** *tráfico internacional de menores, direito penal internacional, interesse superior do menor, princípio de legalidade, extradição.*

Recibido: 20170414

Aceptado: 20170621

## Descripción general del tráfico internacional de menores

El tráfico internacional de personas, y muy especialmente de niños, niñas y adolescentes, constituye una actividad típica del crimen organizado transnacional. Los traficantes han encontrado las víctimas perfectas: niños y niñas, “cuya confianza y fe en que los adultos son los naturales protectores se ve contradicha por una práctica donde la crueldad, la venalidad y sordidez no conocen parangón alguno” (Durán Ponce de León, 2009).

Las cifras presentadas por el autor peruano Duran Ponce De León en su investigación sobre la temática demuestran las enormes dimensiones del tráfico a escala mundial: cada año entre 800.000 a 900.000 personas son víctimas de la trata; y de dicha cifra alrededor de 17.500 a 18.500 son llevadas a los Estados Unidos, siendo las mujeres y los niños los principales afectados por las redes de captación.

Para la OIT en el año 2000 fueron traficados 1.2 millones de niños tanto fuera como dentro de fronteras. El mismo reporte segmenta los siguientes guarismos: 250.000 en Asia Pacífico; 550.000 en América Latina y el Caribe; 200.000 en África; y 200.000 correspondientes a diferentes economías en transición (UNICEF y OIT, 2009).

Ahora bien, existen serias dificultades metodológicas a la hora de construir una cifra exacta que logre representar el volumen total del tráfico mundial. Según cifras del Home Office del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el tráfico de mujeres hacia y desde ese país se estimaba entre 142 y 1420 mujeres por año, lo cual demuestra una enorme dificultad para llegar a números certeros (UNICEF y OIT, 2009).

Por otro lado, son diversos los factores que predisponen o estimulan la aparición de redes de tráfico de personas. Entre ellos, los modelos culturales críticos que describen ciertas formas de dominación como sustentadas en el poder de los varones; familiares, psicosociales y afectivos, como la ausencia

de referentes, la violencia doméstica y la descomposición de la estructura familiar; la migración y el desplazamiento causados por las crisis económicas mundiales, catástrofes climáticas o conflictos bélicos; factores económicos como la informalidad y precariedad laboral en contextos de ajuste y acentuación de la exclusión social (Durán Ponce de León, 2009).

En este sentido, el *Training Manual* de UNICEF y OIT hace especial referencia a los factores “poverty plus”, ya que la pobreza es solamente uno de los tantos agentes que produce vulnerabilidad frente al tráfico. Los niños vivencian otra serie de factores de riesgo simultáneos que pueden actuar como disparadores de una situación de tráfico. La conexión “poverty plus” se entiende, entonces, como un adicional que potencia la posibilidad de ser víctima de una red de tráfico, en intersección permanente con los anteriormente mencionados (disrupciones familiares, conflictos bélicos, muerte de los progenitores, catástrofes climáticas, violencia doméstica, vivir en campos de refugiados donde los reclutadores de niños son particularmente activos, etc.) (UNICEF y OIT, 2009)

Los niños son frecuentemente traficados para ser explotados en actividades económicas de tipo agrícola, manufacturera, extractiva de recursos minerales y la pesca a gran escala. Las niñas, en particular, son utilizadas para el trabajo doméstico y para la prostitución.

Adicionalmente, es común que en los países en los que se desarrollan conflictos bélicos los niños sean reclutados por milicias y grupos armados, no solo como combatientes sino también como cocineros, mensajeros; y las niñas, en particular, para brindar servicios sexuales a los soldados adultos. (UNICEF y OIT, 2009)

### **El niño como mercancía: sujetos explotados**

El tráfico internacional de menores con fines de explotación sexual y/o laboral es un negocio ilícito altamente redituable que sólo resulta superado por el narcotráfico. Por tanto, una crítica a la economía política de estas actividades debería suministrar énfasis en la esfera productiva que subyace a la circulación de las “mercancías”. Precisamente, todas las actividades están estructuradas a partir de un “commercial motive” (UNICEF y OIT, 2009).

Prueba de ello es que el propio discurso especializado acude al complejo concepto de “mercancía” para caracterizar la situación objetiva de los menores. En palabras de Opperti, estas actividades presuponen y justifican el tratamiento *mercantilizante* de las personas. En efecto, la Convención Interamericana tiene como objetivo fundamental prevenir la mercantilización de la niñez (Opperti, 1998).

En esta línea, Adela Reta ha sostenido que:

bajo la denominación de Tráfico Internacional de Menores se encara la compleja y variada problemática del traslado de menores de un país a otro con fines o por medios ilícitos. Si bien las situaciones que abarca la referida denominación son muy diversas en cuanto a su contenido de antijuridicidad, todas ellas tienen en común una verdadera mercadería, y de ahí el empleo de la expresión tráfico (Reta, 1994).

En similar dirección, en el *Informe Final de la Reunión de Expertos sobre Tráfico de Niños* (1993), se argumenta:

(...) la preocupación internacional debía concentrarse en aquellos traslados de menores que constituyen un verdadero comercio; es así que la definición se integró con la referencia a una conducta, el traslado de un menor de un país a otro, con una finalidad ilícita u ánimo de lucro (...).

Por ello el ánimo de lucro se posiciona como “móvil del ilícito”, adquiriendo particular importancia en la construcción típica del delito de tráfico internacional de menores (Uriondo de Martinoli y Dreyzin de Klor, 2003).

Duran Ponce De León entiende que en el tráfico “nos encontramos a menores de edad que son traficados como objetos de satisfacción para un mercado que no considera para nada el valor, la dignidad, seguridad e indefensión de los menores ni el particular sufrimiento que experimentan” (Durán Ponce de León, 2009).

En consecuencia, es dable sostener que los traslados transfronterizos de menores con fines altruistas (por ejemplo, trasladar a un menor de edad desde una zona de conflicto bélico o afectada por catástrofes naturales hacia otro país con la finalidad de salvaguardar su vida y/o integridad física) no confi-

gurarían un supuesto de tráfico de menores, ya que la no consideración del menor como una mercancía con fines de explotación se sitúa como un elemento determinante para excluir la tipicidad de la figura.

Si entendemos el tráfico como un negocio ilícito extremadamente lucrativo basado en la consideración del menor como una mercancía, es necesario dirigir los esfuerzos a la supresión o reducción de la tasa de ganancia de estas explotaciones.

Para aproximarnos a este objetivo, es fundamental impulsar regulaciones que incrementen los costos de los traficantes, así como una buena y eficiente policía de frontera, acompañada de fuertes confiscaciones de bienes y rentas. Investigaciones recientes han intentado demostrar que si los traficantes experimentan pérdidas considerables, probablemente se desplacen a otros rubros delictivos (“cutting off the profits”) (UNICEF y OIT, 2009).

### **Partícipes y modelos de organización del tráfico**

Los partícipes del tráfico incluyen reclutadores, intermediarios, proveedores de documentación, transportistas, funcionarios públicos corruptos, proveedores de servicios y empleadores de los niños traficados, por lo que se ponen en práctica una variada gama de delitos.

Dentro del elenco de partícipes, los “institutional players” juegan un rol fundamental, como los policías corruptos, funcionarios públicos, agentes consulares, teniendo los gobiernos que ejercitar las debidas diligencias para asegurar la no complicidad de la estructura estatal en el tráfico de niños.

Veamos detenidamente qué papel desempeña la economía privada.

En primer lugar, deben imponer serios controles internos y externos al sector privado para garantizar su no involucramiento en actividades relativas al tráfico. En este sentido, son actores claves: el sector del transporte, especialmente el transporte aéreo.<sup>1</sup> También la industria turística y de viajes, respecto de la cual se creó el *Código de Conducta para la Protección de los Niños frente a la Explotación Sexual en el Turismo y en la Industria de Viajes confeccionado por la Organización Mundial del Turismo* como una herramienta para generar guías de acción en dicho rubro a los efectos

de la protección de niños frente a la explotación sexual en el turismo.<sup>2</sup> Por otro lado, existe una reciente norma británica, la *Modern Slavery Act* del año 2015, que prevé la obligación de las empresas de realizar “due diligence” para lograr transparencia en la cadena de suministro; esto es, para asegurar la no utilización de mano de obra esclava en el proceso productivo y de suministro (*Part 6, secc. 54*).

Adicionalmente, se registran diferentes *modelos de organización* de las redes de tráfico. En función de la tipología ideal propuesta en el *Training Manual*, los modelos de organización pueden clasificarse de la siguiente manera (OIT y UNICEF, 2009):

a) El modelo “*corporativo*” organizado y estructurado como un gran negocio en el que participan organizaciones criminales. Tiene un jefe que suele ser un individuo o un grupo familiar, y una estructura de tipo piramidal. En la base de la pirámide se encuentran los reclutadores, transportistas, proveedores de documentación falsa. Además de estar involucrados en el tráfico de menores, estas organizaciones también se dedican a la extorsión, la producción y tráfico de drogas, apuestas ilegales, etc. La estructura está construida en base a amenazas y violencias que consolidan lazos de lealtad. Este modelo conoce una variante más descentralizada denominada “*network model*” ya que no hay un jefe, sino una red de “especialistas que controlan áreas específicas. Este modelo es visto como “seguro”, ya que si un “especialista” cae o deja el negocio, puede ser reemplazado por otro.

b) Un segundo modelo basado en *pequeños grupos de criminales*, particularmente organizados y especializados en trasladar personas a través de rutas conocidas.

c) El tercer modelo es el más corriente, organizando por *individuos que proveen un solo servicio*, como el transporte o la facilitación de documentación adulterada. Generalmente no son detenidos ni juzgados como traficantes sino por los delitos “vehículo” que específicamente hayan cometido.

## Actividades ilícitas vinculadas al tráfico internacional de menores

Como señala Fresnedo:

el traslado concurre normalmente fuera de la reiteración, con los delitos medios que se consuman en el país de residencia habitual (sustracción de menores, falsificación documentaria, etc.) y delitos fines (corrupción de menores, proxenetismo, explotación laboral, lesiones y homicidios para obtener órganos destinados a trasplantes, etc.) que se cometen en el país de destino del menor (Fresnedo de Aguirre, 2013).

Por lo general, el tráfico tiene como finalidad alimentar otras actividades delictivas con fines de explotación. Se posicionan como las más importantes:

*a) prostitución y explotación sexual de niños y niñas:* definida por Naciones Unidas como la acción de contratar u ofrecer los servicios de un niño para realizar actos sexuales, a cambio de dinero u otra contraprestación con esa misma persona (Durán Ponce de León, 2009, 12). Según el informe “Progreso de las Naciones” de UNICEF del año 1989 existían en ese entonces un millón de niños que ejercían la prostitución en Asia (Uriondo de Martinoli y Dreyzin de Klor, 2003). Esta cuestión ha sido objeto de regulación por parte de varios tratados, como la Convención para la Represión de la Trata de Persona; la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1959; la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 34.

*b) pornografía infantil:* entendida como la representación visual de un menor de 18 años en un acto sexual explícito, real o simulado, o en la exhibición obscena de sus órganos genitales para el placer sexual de un usuario (Durán Ponce de León, 2009).

*c) Turismo sexual con niños y niñas:* se trata de la explotación sexual de niños de países y zonas subdesarrolladas por parte de turistas provenientes de países desarrollados y con gran poder adquisitivo. Los explotadores se valen de las facilidades que ofrece la industria turística (como hoteles, bares, clubes nocturnos, etc.) (Durán Ponce de León, 2009)

*d) Diversas actividades criminales,* como el hurto con destreza (*pick-pocketing*) o el tráfico de drogas, sirviendo como *couriers* o *dealers*. Con res-

pecto a los delitos de tráfico de estupefacientes entendemos que los niños que realicen este tipo de actividades no deberían de ser imputados por la comisión de una infracción contra la leyes penales relativas al tráfico de estupefacientes (infracción gravísima tipificada por el Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 72, inciso 2º, numeral 8º) ya que son sujetos utilizados para realizar estas tareas en virtud de ser víctimas de una red de trata o tráfico, aprovechándose de su especial vulnerabilidad. La descriminalización de esta infracción juvenil a la ley penal se hace, en este sentido, urgentemente necesaria.

*e) Trabajos forzados en régimen de esclavitud*, principalmente en grandes latifundios agrícolas, industrias manufactureras, barcos y frigoríficos pesqueros, etc. Subraya Duran Ponce De León que en este tipo de actividad “existe un componente racista y discriminador, porque las principales víctimas son las minorías como comunidades campesinas y nativas” (Durán Ponce de León, 2009).

*f) Trabajos domésticos en régimen de servidumbre*: Generalmente, se da en las niñas de zonas rurales que son reclutadas para trabajar como trabajadoras domésticas en casas de la alta sociedad.

*g) Trasplante de órganos y tejidos.*

*h) Participación en conflictos armados*, en calidad de soldados, cocineros, mensajeros, o prestando servicios sexuales a los combatientes.

En definitiva, los menores víctimas del tráfico pueden ser sometidos a una variada gama de actividades ilícitas vulneradoras de sus derechos. De todas formas, vale aclarar que el menor víctima de una red de tráfico nunca puede ser tratado como un criminal, sino que debe ser considerado una víctima especial. Como señala el *Training Manual*:

There is international agreement, however, that the children who have been trafficked should be treated as trafficking victims in law and not be prosecuted as illegal migrants. It is vital that the status of the child as a victim of trafficking is taken into account in these situations and the exact nature of the crime examined (UNICEF y OIT, 2009).

## **La Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos en relación al tráfico internacional de menores**

La *Convención sobre los Derechos del Niño*<sup>3</sup> contiene normas directamente relacionadas con el tráfico internacional de menores. En ese sentido, Uriondo De Martinoli y Dreyzin De Klor indican que

Una herramienta jurídica poderosa para detener la venta de niños es la Convención sobre los Derechos del Niño –de 20 de noviembre de 1989– que llama la atención sobre el problema, e impone a los Estados la obligación de tomar todas las medidas necesarias para luchar contra traslados y las retenciones ilícitas; así como para prevenir el secuestro, la venta o trata de niños, sean de carácter nacional, bilateral o multilateral (arts. 11 y 35) (Uriondo de Martinoli y Dreyzin de Klor, 2003).

El instrumento consagra la obligación de los tribunales y de otras instituciones a tomar medidas concernientes a los niños, de atender fundamentalmente el “interés superior”. En particular, el artículo 35 establece un mandato para las naciones firmantes a tomar las medidas necesarias, tanto de carácter interno, bilateral o multilateral, para combatir e impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (Fresnedo de Aguirre, 2013).

En esta dirección, se han aprobado *Protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía del año 2000*, que contempla expresamente la importante y creciente trata internacional de menores con fines de venta, su utilización para la prostitución y para la creación de pornografía; y sobre participación de niños en conflictos armados, que consideró expresamente la necesidad de fortalecer la cooperación internacional en la aplicación de este Protocolo, así como las actividades de rehabilitación física y psicosocial y de reintegración social de los niños que son víctimas de conflictos armados (Durán Ponce de León, 2009).

### **El sistema de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V – 1994). Aspectos generales**

En el año 1993 se realizó en Oaxtepec, Estado de Morelos (México) una Reunión de Expertos convocada por el Instituto Interamericano del Niño que

realizó un proyecto de Convención para abordar el fenómeno del tráfico internacional de niños con fines de explotación y con el fin de continuar con el programa de derecho internacional sobre la niñez que esta institución desarrolla en los países americanos. Es menester destacar que la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores viene a cumplir con el mandato impuesto por el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De este modo, según Santos Belandro, los países de América incursionan en una problemática nunca antes estudiada a nivel internacional, creando, en consecuencia, una nueva categoría jurídica, dando una respuesta concreta a nivel regional ante las diversas situaciones violatorias de los derechos del niño –empíricamente comprobadas- que tenían como base el tráfico internacional. Dichas situaciones abarcaban una variedad de actividades ilícitas alimentadas por el tráfico, como la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía, la explotación del trabajo infantil, la adopción internacional con fines comerciales, el trasplante de órganos y tejidos y la destrucción y debilitamiento de grupos étnicos y religiosos (Santos Belandro, 1994).

Si bien el campo de la problemática estaba delimitado y existía acuerdo en torno al mismo, no había consenso respecto a la inclusión de consideraciones de tipo penal. Prevalció una actitud favorable para abordar en el instrumento tanto aspectos civiles como penales, por lo que no sólo se crea una nueva categoría de DIPr, sino que se incurre por primera vez dentro del ámbito de la CIDIP en el campo del Derecho Penal Internacional (Santos Belandro, 1994).

### **Estructura de la Convención**

La *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*<sup>4</sup> (en adelante, la “Convención”) consta de 35 artículos distribuidos en cuatro capítulos. Contiene un Preámbulo donde se desarrollan los objetivos. El Capítulo I refiere a las normas generales; el Capítulo II trata los Aspectos Penales; el Capítulo III los Aspectos Civiles; y el Capítulo IV las Cláusulas Finales.

### **Metodología aplicada: conflictualismo materialmente orientado**

Es claro que la Convención emplea una metodología *conflictualista materialmente orientada*, ya que a pesar de que se utilizan diversos puntos de conexión –elemento típico de la norma formal– para determinar la ley aplicable y la jurisdicción competente, los mismos deberán ser seleccionados en función de un concepto material: el interés superior del niño, incluido como criterio rector en el artículo 6°. Indica Santos Belandro que “la Convención Interamericana se encuentra gobernada por una norma sustantiva que constituye su pilar de sostén y el criterio hermenéutico de cualquiera de sus disposiciones, consistente en lograr una eficaz protección del interés superior del menor” (Santos Belandro, 1994)

Asimismo, se agregan definiciones autárquicas, como la de “menor” definido en el art. 2 como: “todo ser humano cuya edad sea inferior a 18 años”. Idéntica definición se reproduce en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otra parte, la Convención incluye otra batería de definiciones materiales, que también se proyectaran sobre las presuntas tipificaciones penales:

a) *Tráfico internacional de menores*, entendido este como “el traslado o la retención o la tentativa de sustracción, traslado o retención de un menor con propósitos o medios ilícitos”.

b) *Propósitos ilícitos*, como la prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.

c) *Medios ilícitos*, como el secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o instituciones a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.

## Ámbito de aplicación

La Convención se aplicará exclusivamente a cualquier menor que resida habitualmente en un Estado Parte en el momento en que ocurra un acto de tráfico internacional contra dicho menor o que se encuentre en un Estado Parte. En este punto es claro cómo el texto normativo adopta el punto de conexión “residencia habitual” para evitar la problemática derivada de la aplicación del domicilio forzoso de los menores en el de sus representantes.

El artículo 4 impone la novedosa obligación de cooperación e información entre Estados no Parte y Estados Parte a los efectos de que el principio *favor minoris* despliegue toda su potencialidad (Santos Belandro, 1994).

## Cooperación internacional

La Convención estatuye reglas claras y precisas en torno a la cooperación internacional entre autoridades, constituyendo esto el eje central de dicha norma supranacional. Según Uriondo De Martinoli y Dreyzin De Klor:

Dicha cooperación obedece a la preocupación de los Estados por acentuar la defensa del menor y al deseo de dotar de efectividad al sistema de protección del mismo, obligándose los Estados a adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito (art. 1.b). Dada la finalidad del Convenio, la cooperación se extiende a los países no ratificantes, por cuanto los Estados parte están obligados a notificar a las autoridades de un Estado no parte, los casos en que se encuentre en su territorio a un menor que ha sido víctima del tráfico internacional (art. 4) (Uriondo de Martinoli y Dreyzin de Klor, 2003).

La cooperación se trasluce en la información compartida entre los Estados Parte, existiendo diferentes niveles informativos que puede operar: a) *a priori* cuando los países asumen el compromiso de mantenerse mutuamente informados sobre la legislación nacional, jurisprudencia, prácticas administrativas, estadísticas y modalidades que haya asumido el tráfico internacional de menores en sus respectivos Estados; y de prestarse colaboración en todo lo relativo al control de la salida y entrada de menores de su territorio; b) *a posteriori*, ya que una vez tomadas las medidas tuitivas y asegurativas, se exige que las mismas sean comunicadas a las autoridades del Estado donde

el menor tenga su residencia habitual (Uriondo de Martinoli y Dreyzin de Klor, 2003).

En el ámbito de la cooperación internacional se destaca la actuación de las *Autoridades Centrales* como “base organizativa que facilitará el funcionamiento adecuado de la normativa” (Santos Belandro, 1994, p. 41), constituyendo su designación una obligación potestativa de los Estados, lo cual deberá ser comunicado a la Secretaría General de la OEA. Siguiendo Uriondo y Dreyzin: “La efectividad del convenio va a depender en gran medida de la colaboración que deben promover las autoridades centrales con otras autoridades judiciales y administrativas de los países implicados, para obtener la localización y restitución” (Uriondo de Martinoli y Dreyzin de Klor, 2003). Asimismo, las Autoridades Centrales deben cumplir un rol de información y observación sobre el tráfico internacional de menores en relación a la legislación jurisprudencia, prácticas administrativas, estadísticas y modalidades en sus respectivos Estados. Vale destacar que el Instituto Interamericano del Niño, Niña y el Adolescente es el organismo encargado de desempeñar la función de coordinación de la actuación de las diferentes Autoridades Centrales en materia de menores.

### **La imposibilidad de aplicación de la excepción de orden público internacional**

Siguiendo a Santos Belandro, la Convención omite deliberadamente la posibilidad de que los Estados ratificantes excluyan las normas aplicables por razones de orden público internacional. En efecto, sostiene el citado profesor:

Se consideró que no hay un interés superior al del menor objeto del tráfico internacional. Todos los demás principios esenciales de cada Estado Parte se encuentran situados en una jerarquía inferior y por lo tanto no podrían descartar la tutela de dicho interés. Se trata de una de las pocas Convenciones Interamericanas en que la excepción de orden público internacional ha sido totalmente descartada (Santos Belandro, 1994).

## **Interés superior del niño: concepto y alcance normativo en el Derecho internacional privado**

En primer lugar, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-17/2002, el interés superior del niño, implica reconocer como presupuesto fáctico que:

(...) a nivel internacional se ha reconocido la existencia de un principio universal de protección especial a la niñez, en razón de encontrarse en una posición de “desventaja y mayor vulnerabilidad” frente a otros sectores de la población y por enfrentar necesidades específicas.

Por tanto, corresponde al derecho internacional privado aceptar como premisa fundamental que la construcción normativa debe considerar al menor como sujeto a proteger con preferencia a cualquier otro sujeto implicado, como los padres, los terceros, o la administración.

En este sentido, el artículo 1º de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, subraya en diversos incisos la importancia de asegurar la protección del interés superior del menor. Estas sucesivas declaraciones no deben ser leídas a la luz de un error semántico, sino que buscan efectivamente reforzar el bien jurídico tutelado (Gualberto, 1994).

Como segunda consideración, es fundamental tener presente que el concepto de menor ha alcanzado ribetes jurídicos sólidos, entendiendo fundamentalmente que:

(...) el menor es, ante todo, persona, en su acepción más esencial y trascendente; y no sólo en su dimensión jurídica (titular de derechos) sino también en su dimensión humana (ser que siente y que piensa); b) además, es una realidad humana en devenir, porque para él es tanto o más importante este devenir que su mera realidad actual (González Martín y Rodríguez Jiménez, 2011).

Para que esta noción este dotada de un auténtico alcance jurídico, es fundamental lograr, y especialmente en la disciplina de derecho internacional privado, una definición de “interés superior” que logre condensar, como cri-

terio rector supranacional, las diversas concepciones instaladas a nivel de derecho comparado. Por supuesto, se asume la dificultad epistemológica de una empresa de estas características.

Se han señalado respecto a esta arista las diferencias entre las tradiciones jurídicas occidentales y orientales, pero esta es básicamente una primera división dicotómica que siquiera obedece a la verdadera complejidad que arroja el estudio de los derechos y tradiciones jurídicas de cada Estado. Por ello, la presencia de este concepto jurídico de confines indeterminados obliga a los operadores a una interpretación dinámica y elástica, que como veremos también proyectará sus consecuencias en la interpretación de la norma de conflicto de derecho internacional privado.

En efecto, se ha sostenido que uno de los posibles puntos de partida, debe encontrarse en la noción de *autonomía*, entendida como las herramientas necesarias para incentivar su independencia y crecimiento (González Martín y Rodríguez Jiménez, 2011).

Por otra parte, la doctrina ha subrayado la importancia exegética de las normas supranacionales sobre los derechos del niño, a la hora de realizar una correcta interpretación o integración de la norma de conflicto; partiendo de la base de que estas normas han sido aceptadas por la comunidad internacional y que reciben el *distingo* o la calidad de “*jus cogens*” (Fresnedo de Aguirre, 2013).

Sin perjuicio de que, naturalmente, los instrumentos internacionales tienen una fuerte impronta programática, como señala la citada profesora al comentar los instrumentos mencionados: “Las normas de las Convenciones citadas son programáticas, ya que se limitan a imponer a los Estados Partes la obligación de tomar medidas para evitar la ocurrencia de estos fenómenos (...)” (Fresnedo de Aguirre, 2013).

### **Aspectos penales de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores**

El Derecho penal es una porción del ordenamiento caracterizado por su idiosincrasia fuertemente territorialista (Tellechea Bergman, 1994). Precisamente, por eso la inclusión de normas penales en el contexto de la Convención fue objeto de larga discusión, resistiéndose algunos países a la inclusión

de disposiciones de carácter represivo. Como señala Adela Reta:

el resultado de este enfrentamiento fue la reducción de las normas penales a aquellas que consagran la solidaridad de los Estados Parte en la lucha contra el tráfico internacional de menores, al compromiso de adoptar medidas eficaces, conforme al derecho interno para prevenirlo y sancionarlo, a la regulación de la competencia y a la facilitación de la extradición (Reta, 1994).

Este instrumento se caracteriza por ser la primera experiencia normativa en el ámbito de la CIDIP en la materialización de normas de carácter penal.

Los aspectos penales del tráfico internacional de menores se encuentran regulados en los artículos 7 a 11 de la Convención, constituyendo, como indica Tellechea:

un conjunto de regulaciones notoriamente más completo que el acordado por la Reunión de Expertos, concertado en base al aporte y a la intervención en Comisión de todas las Delegaciones, razón por la cual es dable esperar que las vacilaciones de algunos países acerca de abarcar la material penal en la Convención, evidenciadas en el encuentro de Expertos de Oaxtepec, hayan quedado finalmente superadas (Tellechea Bergman, 1994).

Por otro lado, el artículo 8 enumera una serie de medidas tendientes a la prestación de la cooperación y a la efectiva aplicación de la Convención en sus aspectos penales. En efecto, los Estados Parte se comprometen a: 1) asistencia mutua en materia de diligenciamiento de prueba, ejecución de actos procesales y obtención de información; 2) intercambio de información en materia jurídica y administrativa; 3) remoción de posibles asimetrías jurídicas. En efecto, y con respecto a este último punto, los Estados deberán por mandato del artículo 8 disponer las medidas concretas que sean necesarias para la remoción de obstáculos que impidan la aplicación de la Convención en sus respectivos territorios. Por ejemplo, aquellos Estados cuyas legislaciones hubieren consagrado el secreto bancario deberán prever la excepción de los procedimientos necesarios para colaborar con la probanza del delito (Tellechea Bergman, 1994).

Para conocer el delito de tráfico internacional de menores, el artículo 9º establece cuatro puntos de conexión alternativos. Prescribe la citada norma que: “tendrán competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores: a) el Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita; b) el Estado Parte de residencia habitual del menor; c) el Estado Parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuera extraditado; d) el Estado Parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico”

La técnica normativa permite que, desde una norma de conflicto alternativa, se alcance tanto el presupuesto consumativo y delictual de la conducta, como los sucesivos impactos de su ejecución.<sup>5</sup>

La existencia de estos cuatro puntos de conexión alternativos puede desembocar en eventuales conflictos de jurisdicción, pero la Convención prescribe que, para evitar los mismos, se concederá preferencia al Estado Parte que hubiera prevenido en el conocimiento del hecho ilícito (artículo. 9 inciso final).<sup>6</sup>

### **¿La Convención tipifica un delito? El problema de la inclusión de la tentativa, la ausencia de pena y la ilegitimidad del mecanismo de extradición del artículo 10**

En primer lugar, entendemos que la Convención no tipifica un delito sino que reglamenta definiciones genéricas o programáticas sobre el tráfico internacional de menores, y los propósitos y medios ilícitos asociados a él.<sup>7</sup>

En efecto y siguiendo a Reta, la inclusión de la tentativa es una arista particularmente polémica del instrumento, ya que la misma: “sólo puede significar la parificación penal de ésta con la consumación” (Reta, Adela, 1994). En esta línea, sostiene Bacigalupo:

El tipo penal del delito doloso de comisión, en consecuencia, resulta extendido a los hechos que no cumplen con la totalidad de los elementos del tipo objetivo, pero en los que el autor ya comenzó la ejecución. Por tal razón, las prescripciones correspondientes a la tentativa son dependientes de su relación con un tipo penal concreto (Bacigalupo, 2014).

Ahora bien, la Convención tampoco establece ninguna consecuencia jurídica punitiva, esto es, una pena, elemento central de los tipos penales. En

suma, la adscripción de efectos directos en materia penal a la Convención es seriamente dudosa, dada la imprecisión típica que la caracteriza. Por ejemplo, no se enumeran taxativamente los medios y propósitos ilícitos, lo cual es demostrativo de la apertura de la figura prevista en la norma interregional.

Para este punto, la disquisición teórica de Ferrajoli entorno al principio de legalidad es particularmente esclarecedora. En efecto, el autor entiende que el “principio de estricta legalidad” es un mandato dirigido al legislador, a quien se prescribe taxatividad y precisión en la formulación de los tipos penales. Este principio emerge como garantía del convencionalismo penal y la epistemología garantista; y su alcance debería extenderse a las instancias internacionales de producción legislativa (Ferrajoli, 2001).

Veamos qué problemas plantean estas consideraciones a la luz de la cooperación penal internacional.

La Convención contiene consideraciones específicas en materia de extradición. En su artículo 10 indica que se aceptará el procedimiento de la extradición en materia de tráfico internacional de menores aun cuando no exista un Tratado específico o, cuando habiendo Tratado sobre extradición, no se contemplare al tráfico como delito extraditable en las legislaciones internas. Parafraseando a Reta, esta disposición tiene como clara finalidad evitar la impunidad de quienes cometan esta conducta ilícita, extendiendo la solidaridad en la lucha contra el tráfico internacional de menores (Reta, 1994).

De lo anterior, surgen serias dudas sobre la legitimidad del dispositivo previsto en la Convención para permitir la extradición. En tanto no se tipifica un delito específico se pone seriamente en duda la posibilidad de extraditar utilizando la Convención para aquellos países que no estén ligados por un tratado de extradición; o que no prevean en sus ordenamientos internos el delito de tráfico de menores (principio de doble incriminación).

En cuanto a la primera hipótesis (inexistencia de tratado entre los países involucrados), entendemos que la extradición se torna ilegítima por no estar contemplada en un tratado de extradición específico.

Respecto a la segunda hipótesis la posibilidad se encuentra vedada por la legislación penal sustantiva y adjetiva uruguaya, ya que el inciso segundo

del artículo 13 del Código Penal preceptúa:

“Tampoco es admisible, cuando el hecho que motiva el pedido no ha sido previsto como delito por la legislación nacional”. A su vez, el literal f) del artículo 331 del Código del Proceso Penal (ley 19.293) también prevé la improcedencia de la extradición cuando “la conducta que motiva el pedido de extradición no se encuentre prevista como delito en ambas legislaciones”.

De manera que la tipificación de este delito en las legislaciones de los países involucrados adquiere suma importancia para la activación de la extradición, no pudiéndose utilizar la referencia normativa contenida en la Convención por no revestir las características de un tipo penal específico.

En materia de extradición debe cumplirse con el principio “nulla traditio, sine lege” (Pesce Lavaggi, 2015), corolario del principio de legalidad en materia penal. Por ello, la existencia de figuras delictivas específicas en el derecho interno de cada país, que a la vez sean edictadas –de principio– en los tratados como conductas penalmente relevantes que posibiliten la extradición, constituye una condición necesaria para el otorgamiento de la misma.

Veamos detenidamente el punto: la Convención no tipifica un delito, sino que sólo brinda una definición general y abierta del tráfico internacional de menores, sus propósitos y medios ilícitos, por lo cual no puede utilizarse esa “figura” para otorgar la extradición en ausencia de tratado; y muchos menos para sustituir la ausencia de una figura delictiva específica en los ordenamientos internos.

### **El cumplimiento de las formalidades procesales no debe obstaculizar la restitución inmediata del menor**

El objetivo fundamental de la Convención es atender el interés superior del niño víctima del tráfico internacional. En efecto, el interés superior del menor, principio rector de la norma, concede a las autoridades competentes –judiciales y administrativas– del Estado parte donde se encontrare el menor, la facultad de ordenar en cualquier momento su restitución, sin esperar la resolución del proceso judicial instaurado. El artículo 11 establece que el planteo de las acciones penales no impedirá que las autoridades competentes, tanto judiciales como administrativas del Estado Parte donde el menor se encuen-

tre ordenen en cualquier momento su restitución inmediata al Estado de su residencia habitual. Esta solución es particularmente similar a la consagrada en la Convención Interamericana de 1989 de Montevideo sobre Restitución Internacional de Menores (Tellechea Bergman, 1994).

### **La Convención como manifestación del neopunitivismo internacional**

Si bien la doctrina del Derecho Internacional Privado percibe la inclusión de normas penales en tratados internacionales como una técnica normativa innovadora, desde el denominado “Derecho penal crítico” se visualiza este fenómeno con una perspectiva especialmente desmitificadora.<sup>8</sup>

En esta línea, bien es cierto que los mandatos de criminalización ubicados en los instrumentos internacionales poseen una terminología jurídica más cercana al burocratismo diplomático que a la técnica legislativa jurídico-penal<sup>9</sup>. Este aspecto genera grandes contradicciones y problemas de sistematización en la comprensión teórica de los institutos penales que consagran y, muy particularmente, en la puesta en ejecución de las figuras construidas en función del mandato internacional.

La Convención, en su ánimo de fomentar y efectivizar la persecución penal de las conductas a nivel regional e internacional, incurre en serios errores que conspiran contra la correcta técnica legislativa y las garantías penales. Estas construcciones positivas originan ciertos impactos negativos a nivel procesal; demostrando que, por ejemplo y en el caso de la extradición, los tratados internacionales no pueden utilizarse como normas de carácter penal con efectos directos.

### **Comentarios sobre la legislación interna. Diferencias conceptuales entre trata, tráfico y sustracción de menores**

Desde el punto de vista estrictamente penal estos delitos son estudiados bajo la modalidad de “esclavitud”, estableciendo una distinción fundamental entre trata y tráfico de personas. Se asume que ambos conceptos son auténticas modalidades de sometimiento y supresión de la voluntad humana.

Por ello, como mencionamos al principio, se suelen ubicar estos delitos como “nuevas formas de esclavitud”. Siguiendo el artículo 7.2.c) del Estatuto

del Tribunal Penal Internacional, que establece el concepto de esclavitud, encontramos que la propiedad fundamental para definir a estos comportamientos es considerar al ser humano en el marco de una relación propietarística de sujeción.

Adicionalmente, la doctrina ha advertido que la consideración del fenómeno puede también incluir situaciones de “aparente legalidad o fronterizas con la legalidad formal, en las que no hay privación de la capacidad jurídica y las condiciones de sometimiento no constan en dato jurídico alguno, lo que no impide apreciar la realidad del fenómeno” (Fleitas, 2014).

En la historia de nuestra legislación penal encontramos como referencia inmediata el artículo 280 del Código Penal, que tipifica el delito de esclavitud: “El que redujere a esclavitud o a otra condición análoga a una persona, el que adquiriera o transfiera esclavos y el que trafique con ellos, será castigado de dos a seis años de penitenciaría”. Estableciendo a través de una prohibición penal la tutela constitucional de la libertad humana, afirmada en el artículo 131 de la Constitución de 1830, que estableció la prohibición de la esclavitud como situación jurídica.

Para este punto, es interesante destacar la técnica de la legislación penal española, que considera como tipificación autónoma la utilización de mano de obra proveniente del tráfico ilegal de personas (Muñoz Conde, 2007).

También es prudente considerar la Ley 17.815, que en cumplimiento con los compromisos internacionales asumidos, tipifica un conjunto de delitos que engloban comportamientos que involucran a la pornografía y prostitución infantil. Con la particularidad de que los delitos regulados en los artículos 5 y 6 de dicha Ley, cuya propiedad distintiva es tipificar la prostitución infantil, poseen fuerte vinculación jurídica con los delitos regulados en la Ley 18.250.

Fundamentalmente en las modalidades delictivas de “contribución a la prostitución” y “contribución a la explotación sexual”. Por supuesto, pueden existir entre las figuras reguladas hipótesis de concurrencia real que deben resolverse de conformidad a las reglas establecidas en el Código Penal.

Por otra parte, el artículo 6 regula el delito de tráfico de menores o incapaces, que debe ser leído sucintamente con la normativa que regula el delito

de “lavado de activos”, puesto que estas tipificaciones constituyen un delito antecedente de las conductas de lavado.

El énfasis del legislador en la tutela de estos bienes jurídicos puede apreciarse en el punto de considerar como tipificación autónoma, comportamientos que a la luz de la teoría de la ejecución del acto criminal, bien podrían ubicarse en etapas de tentativa o incluso meramente preparatorias. La doctrina ha coincidido en señalar que la tipificación autónoma busca ensanchar el campo de la punición.

Subsidiariamente, también es prudente señalar la Ley 17.515, cuyo artículo 34 tipifica como delito o modalidad de proxenetismo la conducta de quien explota una finca utilizada por trabajadores sexuales, y que obtiene por ello un beneficio excesivo. La valoración de este beneficio y de los extremos fácticos de la figura pende de la discrecionalidad y las “circunstancias del caso”. En síntesis, es una hipótesis legislativa que asienta a través de una presunción simple la comisión de un delito que tiene importantes conexiones con las figuras estudiadas.

Aun así, es importante subrayar que la noción de “trata de personas”, supone la existencia de una lesión exacerbada de la dignidad humana, ya que implica la mercantilización del sujeto de derecho y su sometimiento a los circuitos de circulación tal como si fuese una mercancía.

Encontramos en nuestra legislación la Ley 18.250, que constituye una intervención pionera en materia de criminalización de tráfico y trata de personas, estableciendo las distinciones conceptuales contenidas en las principales recomendaciones jurídicas emanadas de los instrumentos internacionales. Puntualmente, los artículos 77 a 81 regulan y tipifican los delitos, así como las circunstancias agravatorias de responsabilidad.

El delito de “tráfico de personas” tiene relación directa con la inmigración ilegal o clandestina, ya que implica por parte de quien lo promueve generar un comportamiento que involucre supuestos fácticos relacionados con actividades migratorias.

La dogmática penal abocada al estudio de estos tipos penales ha identificado que el delito regulado en el artículo 77, encierra la punición de las con-

ductas descriptas como “tráfico de personas”. A modo de brevísima exegesis, se registra una profunda discrepancia en la dogmática penal respecto a la identificación del bien jurídico tutelado por esta figura. Así, algunas posiciones sostienen que los delitos buscan reprimir la proliferación de flujos migratorios irregulares, y de esta forma lograr fortalecer el principio de soberanía territorial en el control de las poblaciones. Otras posturas, por su parte, identificadas más bien con posiciones de corte liberal-humanista, afirman que el bien jurídico tutelado es la dignidad humana, o los intereses colectivos y difusos de los sujetos involucrados en el tráfico (Fleitas, 2014).

Podría sostenerse que la síntesis conceptual consiste en ubicar a estas figuras en el campo de la pluriofensividad.

Por su parte, el artículo 78 se constituye como delito de ‘trata’ de personas, que contiene como bien jurídico protegido la dignidad humana y la libertad. El punto de estas consideraciones se sustenta en la mercantilización, o instrumentalización del ser humano en este tipo de conductas, transformado en un bien susceptible de circulación con independencia de la voluntad.

La fuente que inspira la regulación de estos tipos penales se encuentra en el “Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de personas, especialmente niños y mujeres”. El artículo 3º de dicho instrumento amplía la conceptualización de la “trata de personas”, sin limitarse a la explotación de la prostitución ajena, e incorporando otras formas alternativas de explotación humana, que genéricamente incluye el comercio sexual.

La técnica empleada para la tipificación de estos delitos, de raigambre anglosajona, permite capturar la cadena o el elenco de conductas implicadas en la realización del tráfico. Por ejemplo, se suelen utilizar múltiples verbos nucleares, tales como: “reclutar”, “transportar”, “transferir”, “acoger”, o “recibir”. El objetivo perseguido por el legislador es alcanzar todas las formas posibles en que pueda manifestarse la conducta (y la cadena) de trata de personas.

En consonancia con las directrices del Protocolo, el artículo 79 incorpora un dispositivo amplificador, que busca alcanzar y responsabilizar a aquellos que faciliten la entrada, tránsito o salida de personas, con los fines ilícitos anteriormente sindicados en los artículos 77 y 78. Es una figura básicamente residual que será aplicada en todos aquellos casos en los que la conducta del

sujeto activo no quede elencada en los delitos base (Fleitas, 2014).

## Conclusiones

El tráfico internacional de menores se enmarca como una grave violación a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, además de afectar a sus familias y comunidades. Como se ha subrayado, la “mercantilización” de las víctimas es una propiedad distintiva del tráfico, que permite además deslindar del campo penal otros comportamientos de traslado con fines altruistas.

Los esquemas de organización proyectaran diferentes regímenes de autoría penal; desde los diseños criminales más complejos, difusos o descentralizados, hasta la actividad de pequeña escala.

El principio normativo rector que impregna la aplicación de la Convención es el interés superior del menor. Precisamente, el instrumento omite regular la excepción de orden público internacional, buscando priorizar el interés del menor sobre cualquier otra consideración normativa de los Estados involucrados.

Ahora bien, esta directriz se debería proyectar en el ámbito penal como un principio hermenéutico clave a la hora de diseñar la política criminal. En efecto, el menor subordinado a una situación de tráfico y explotación jamás debería ser considerado como el criminal responsable o sujeto activo de la conducta penalmente relevante.

Por otra parte, con la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores se abarcan, por primera vez en el ámbito de la CIDIP, cuestiones de orden penal, siendo una excepción a la histórica consideración del Derecho penal como un derecho fuertemente territorialista. No obstante, la Convención no tipifica un delito sino que brinda definiciones programáticas que además contienen ciertas imprecisiones técnicas, como la inclusión de la tentativa o la falta de consecuencia sancionatoria.

Por tanto, sí la Convención solo ofrece una definición programática, técnicamente defectuosa e indeterminada, jamás podría interpretarse que el instrumento tipifica un delito autónomo, y jurídicamente apropiado a la luz de

los mandatos de taxatividad y precisión empírica. Esta constatación proyecta importantes consecuencias procesales en materia de cooperación penal internacional, especialmente, respecto a las condiciones de procedencia de la extradición.

Es en este sentido, que estimamos improcedente, la utilización de las líneas textuales programáticas definidas en la Convención como tipificación penal autónoma a los efectos de satisfacer el requisito de doble incriminación, especialmente previsto como condición de admisibilidad de la extradición. En otras palabras, se trata del principio de legalidad que vertebra el Derecho penal garantista, y que es usualmente el comienzo y la conclusión provisoria de cualquier reflexión dogmática: “Nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege”.

Lo anterior es clara demostración de la tendencia neopunitivista observada a nivel internacional, por la cual se proyectan desde el fuero mundial tratados con efectos directos en materia penal y mandatos de criminalización sobre los Estados confeccionados desde una perspectiva diplomática, y no estrictamente jurídico - penal.

## Referencias

---

- Bacigalupo, E. (2014). *Lineamiento de la teoría del delito (4º ed.)*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Durán Ponce de León, H. (2009). *La trata de menores: el tráfico de inocencias*. Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.
- Fernández, G. (2014). *Cuestiones actuales de Derecho penal. Papeles para el debate*. Montevideo: FCU.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Fleitas, S. (2014). *Delitos migratorios, tráfico de personas y trata de personas. Su regulación en la legislación nacional uruguaya, incidencia de la Ley 18.250*. Montevideo: FCU.
- Fresnedo de Aguirre, C. (2013). *Curso de Derecho Internacional Privado*. Montevideo: FCU.
- González Martín, N. y Rodríguez, S. (2011). *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano* (Serie Doctrina Jurídica núm. 586). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gualberto L. (1994). La Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (4).
- Lackner, R. (2006). Delitos relativos a la pornografía infantil en la ley 17.815. *Revista de Derecho Penal*, (16), 451-467.
- Muñoz Conde, F. (2007). *Derecho Penal. Parte Especial* (16ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Operti, D. (1998). La familia en el derecho internacional privado. En A. Plá Rodríguez y A. Ranzetti, *El derecho y la familia* (pp. 165-176). Montevideo: FCU.
- Reta, A. (1994). Aspectos Penales de la Convención Internacional sobre Tráfico Internacional de Menores. *Revista Uruguay de Derecho Internacional Privado*, (1), 83-86.
- Santos Belandro, R. (1994). Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, 80(1-6), 39-48.
- Tellechea Bergman, E. (1994), Aproximación a la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de México. *Revista Uruguay de Derecho Internacional Privado* (1), 63-82.
- UNICEF y OIT (2009). Training manual to fight trafficking in children for labour, sexual and other forms of exploitation. *Textbook 1: Understanding child trafficking*. Génova: IPEC.
- Uriondo De Martinoli, A. y Dreyzin De Klor, A. (2003). Sustracción, restitución y tráfico internacional. En D. Fernández Arroyo, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR* (pp. 615-645), Buenos Aires: Zavalía.
- Zaffaroni, E. (2013). Incidencia de los tratados internacionales en las resoluciones judiciales y el proceso penal. Instituto de Derecho Penal (7). II Congreso internacional de criminalística y criminología.

## Normativa

---

Uruguay. Ley 9155. *Código Penal*. Diario Oficial, 4 de diciembre de 1933.

Uruguay. Ley 16.137, *Convención sobre los Derechos del Niño*. Diario Oficial, 9 de noviembre de 1990.

Uruguay. Ley 16.860. *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*. Diario Oficial, 17 de setiembre de 1997.

Uruguay. Ley 17.515. *Trabajo sexual*. Diario Oficial, 9 de julio de 2002.

Uruguay. Ley 17.559. *Convención sobre los Derechos del Niño. Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía*. Diario Oficial, 8 de octubre de 2002.

Uruguay. Ley 17.815. *Violencia sexual comercial o no comercial cometida contra niños, adolescentes o incapaces*. Diario Oficial, 14 de setiembre de 2004.

Uruguay. Ley 17.861. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Complementarios para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, y el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*, 7 de enero de 2005.

Uruguay. Ley 18.250. *Migración*. Diario Oficial, 17 de enero de 2008.

Uruguay. Ley 19.293. *Código del Proceso Penal*. Diario Oficial, 9 de enero de 2015.

Inglaterra y Gales. *Modern Slavery Act*. The Stationary Office, 26 de marzo del 2015.

## Notas

<sup>1</sup> En el año 2011, a la azafata Shelia Fedrick de Alaska Airlines le llamó la atención una joven rubia con aspecto desalineado y el pelo grasoso, que viajaba sentada junto a un hombre mayor de edad en un vuelo que iba desde la ciudad de Seattle a San Francisco. El acompañante de la menor no permitía que ella hablara directamente con la azafata, por lo que Fedrick pensó que algo no estaba bien. Así fue que se aproximó a la joven y le dijo en secreto que le había dejado una nota en el baño del avión, donde le pedía que solicitara ayuda si la necesitaba. La joven respondió que sí. Inmediatamente la aza-

fata comunicó al piloto lo que estaba sucediendo y éste dio aviso a las autoridades policiales, quienes esperaron al hombre cuando el avión aterrizó (Fuente: Subrayado.com.uy, 7/2/2017). <http://www.subrayado.com.uy/Site/noticia/64062/azafata-salva-a-una-joven-victima-de-trafico-de-personas>

<sup>2</sup> Observar con particularidad la existencia de polos de turismo sexual infantil ubicados en el Sudeste asiático y el Golfo de México. Ver nota del diario El País de Madrid del 8 de agosto de 2014 “El mundo del turismo sexual infantil”(http://elpais.com/elpais/2014/08/07/planeta\_futuro/1407435469\_195076.html)

<sup>3</sup> Aprobada por la unanimidad de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989 y fruto del proceso de internacionalización y especificación de los Derechos Humanos. Incorporada a al ordenamiento jurídico uruguayo por la ley 16.137.

<sup>4</sup> Incorporada al ordenamiento jurídico uruguayo por la ley 16.860.

<sup>5</sup> Según Santos Belandro, “mediante una norma de conflicto alternativa se abarca así, tanto al radio de creación de la conducta ilícita como el del lugar de continuación del delito.”

<sup>6</sup> Como indican Uriondo De Martinoli y Dreyzin De Klor, “La política legislativa que inspira el precepto, es la de facilitar el acceso a la jurisdicción internacional, brindando las más amplias posibilidades de opción que aseguren la prevención y sanción del delito e impidan la impunidad de los autores y partícipes del hecho”.

<sup>7</sup> Ver especialmente la posición de Adela Reta en el artículo citado en la bibliografía.

<sup>8</sup> Como señala Gonzalo Fernández, las normas internacionales con contenido penal forman parte del “vigoroso proceso expansivo que viene adquiriendo el poder penal internacional, no precisamente a través del sistema instituido por el Estatuto de Roma –que tiene un elenco cerrado de hechos punibles y cuyos magros resultados judiciales a la vista están-, sino a través de múltiples acuerdos convencionales multilaterales que, indefectiblemente, implican para los

Estados signatarios mandatos de criminalización a nivel de su respectivo derecho interno, donde se les obliga a introducir y tipificar los nuevos delitos diseñados”. (Fernández, 2014).

<sup>9</sup> En este sentido, las palabras de Eugenio R. Zaffaroni sobre la incidencia de los tratados internacionales en las resoluciones judiciales y el proceso penal en la apertura del II Congreso Internacional de Criminalística y Criminología son tajantes: “No obstante, les advierto algo peligroso. Como siempre el poder punitivo es perverso. La trampa de la ‘protección’ penal es una perversión más del discurso penal que convierte un principio liberal en un argumento totalitario, que es la pretensión de ‘tutela’ penal de todos los bienes jurídicos que, en gran medida, son derechos. Así el mundo está siendo invadido por una cantidad de tratados que nos obligan a sancionar delitos y a introducir tipos penales, como el terrorismo y análogos, todo manipulado por burócratas al servicio del hemisferio norte, que vienen a extorsionarnos descaradamente. Nuestros diplomáticos firman cualquier cosa, los tratados son redactados por internacionalistas o a veces por analfabetos, las pretendidas definiciones son difusas, farragosas, inasibles” (Zaffaroni, 2007). También ver la opinión de Ricardo Lackner: “No es suficiente remitirse al instrumento internacional como fuente de proyecto, puesto que precisamente de ello se derivan una serie de problemas que tienen que ver con la forma de creación, a su vez, de dichas normas. En efecto, comenzando por el uso del lenguaje diplomático que no tiene la precisión del jurídico-penal, pasando por la adopción de fórmulas lo suficientemente amplias que permiten contemplar las legislaciones pertenecientes a las distintas familias jurídicas, el texto aprobado como una forma de transacción, mal puede injertarse directamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin que produzcan problemas de armonización y compatibilidad” (Lackner, 2006).



Martín Risso Ferrand✉

## Acción de amparo sobre el acceso a los servicios de comunicación audiovisual de personas con discapacidad auditiva

*“Writ of mandamus” on the access to audiovisual communication services for people with a hearing impairment*

*Ação de amparo sobre o acesso aos serviços de comunicação audiovisual das pessoas portadoras de deficiência auditiva*

**Resumen:** *El principio de separación de poderes, y el temor de ingresar en temas políticos o afectar las competencias de otros poderes, siguen siendo algunos de los motivos más frecuentes para el rechazo de acciones de amparo contra el Estado. En este trabajo, partiendo de un caso real, se analizan los errores de dichos motivos y se concluye en cuál es la solución correcta desde el punto de vista del Derecho Constitucional vigente.*

**Palabras clave:** *acción de amparo, principio de separación de poderes, rol del juez, protección de derechos humanos.*

**Abstract:** *The principle of separation of powers and the fear of entering into political issues or affecting the powers of other Powers of Government, remain as one of the most frequent reasons for the rejection of the writs of mandamus against the Government. In this piece, starting from a real case, the errors of those motives are analyzed and it concludes in the correct solution from the point of view of the Constitutional Law in force.*

**Keywords:** *writ of mandamus, separation of powers, role of the judge, protection of human rights.*

✉ Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay.

✉ [mrisso@ucu.edu.uy](mailto:mrisso@ucu.edu.uy)

**Resumo:** *O princípio da separação de poderes e o temor de ingressar em temas políticos, ou afetar as competências de outros poderes, continuam sendo alguns dos motivos mais freqüentes para a recusa de ações de amparo contra o Estado. Neste trabalho, partindo de um caso real, são analisados os erros dos referidos motivos e conclui-se qual é a solução correta desde o ponto de vista do Direito Constitucional vigente.*

**Palavras-chave:** *ação da amparo, princípio da separação de poderes, o papel do juiz, proteção dos direitos humanos.*

*Recibido: 20170705*

*Aceptado: 20170720*

## El caso

El artículo 36 de la ley 19.307 dispuso:

*(Accesibilidad de personas con discapacidad auditiva y visual).- Los servicios de televisión abierta, los servicios de televisión para abonados en sus señales propias, y las señales de televisión establecidas en Uruguay que sean distribuidas por servicios para abonados, deberán brindar parte de su programación acompañada de sistemas de subtítulo, lengua de señas o audiodescripción, en especial los contenidos de interés general como informativos, educativos, culturales y acontecimientos relevantes.*

*El Poder Ejecutivo, asesorado por el Consejo de Comunicación Audiovisual, fijará la aplicación progresiva y los mínimos de calidad y cobertura exigibles para el cumplimiento de esta obligación.*

A su vez, el artículo 202 de dicha ley dispuso:

*Reglamentación).- El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley dentro del plazo de ciento veinte días contados desde el siguiente a su publicación en el Diario Oficial.*

La ley 19.307, fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 29 de diciembre de 2014 y se publicó en el Diario Oficial el 14 de enero de 2015. Hasta el presente, no ha sido reglamentada.

La Asociación de Sordos del Uruguay (ASUR), luego de sucesivas peticiones realizadas ante el Poder Ejecutivo, promovió acción de amparo a los efectos de lograr la reglamentación correspondiente al artículo 36. Insólitamente el Estado contestó la demanda oponiéndose a ella, en lugar de cumplir con su deber de reglamentar.

En sentencia de primera Instancia, dictada por el Juez Letrado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de Primer Turno, N°. 19/17, se hizo lugar al amparo y se condenó al Poder Ejecutivo a reglamentar el artículo 36 de la ley 19.307, dentro de los noventa días siguientes, bajo apercibimiento de astreintes.

Es de destacar la generosidad del plazo otorgado por el magistrado, sin duda más que suficiente para la reglamentación de un único artículo de la ley 19.307.

Esta sentencia fue revocada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno (sentencia de 21 de abril de 2017)<sup>1</sup>, que en esta nota se comenta.

### **La sentencia en estudio**

El Tribunal de Apelaciones revocó la sentencia y rechazó el amparo en razón de que:

A) Habría caducado el plazo de 30 días, previsto en el artículo 4 de la ley 16.011, para la promoción del amparo. A juicio del tribunal la acción debió promoverse dentro de los treinta días siguientes a la denegatoria ficta recaída respecto a la petición administrativa realizada por la actora.

B) Desestima, como causal de rechazo del amparo, la no interposición de recursos administrativos contra la denegatoria ficta mencionada.

C) Considera que el amparo es “manifiestamente improcedente” pues exorbita la vía jurisdiccional del amparo y por no presentarse los requisitos exigidos en el artículo 1 de la ley 16.011.

D) Sostiene que, si el tribunal incursionara en el tema de la reglamentación, competencia del Poder Ejecutivo, se realizaría una superposición con la actividad reglamentaria que es propia del Poder Ejecutivo.

E) Sostiene incluso que, si el tribunal se inmiscuyera en la cuestión, se estaría lesionando el principio de separación de poderes pues un poder no puede tener injerencia en la competencia de otro.

F) Entiende que no hay un daño actual o inminente de derechos constitucionales.

### **Plan de análisis**

El caso planteado presente múltiples cuestiones, todas muy interesantes, pero no todas podrán ser analizadas e, incluso, variará la profundidad del análisis que se realice según la importancia, a juicio del autor, de cada cuestión.

En primer lugar, a modo de introducción, se analizará el alcance del deber de reglamentar del Poder Ejecutivo y de los derechos que una eventual omisión puede aparejar.

En segundo término, se hará referencia hasta dónde debe llegar un tribunal ante una acción de amparo (los distintos tipos de amparo que existen y su fuente normativa), la cuestión de las competencias “superpuestas” y cuál es el rol del Poder Judicial.

A continuación, me detendré en el principio de separación de poderes, piedra angular de nuestro sistema constitucional, pero que presenta problemas muy serios a la hora de aplicarlo.

Por último, procederé a analizar, brevemente, el fundamento de la revocación señalado en el capítulo anterior con letra “A” y luego con mayor detenimiento, los fundamentos señalados con letras “C” a “E” inclusive. No abordaré las cuestiones señaladas con letras “B” y “F”, ni ingresaré en la problemática de la legitimación activa de ASUR en este amparo.

### **Deber de reglamentar del Ejecutivo y derechos eventualmente lesionados por la omisión**

El Poder Ejecutivo no tiene una facultad de reglamentar las leyes, sino un deber, como inequívocamente surge del artículo 168 numeral 4 de la Constitución.

A su vez, el transcripto artículo 36 de la ley, al utilizar el verbo fijar en imperativo (fijará), refuerza que estamos frente a un deber, que se confirma cuando el artículo 202 agrega un plazo para la reglamentación (ciento veinte

días desde la publicación de la ley). Es incuestionable, entonces, que la reglamentación que debe expedir el Ejecutivo en el término indicado, no es un acto discrecional ni contiene una facultad que se puede ejercer o no. Se trata de un deber, de un acto debido. La discrecionalidad (nunca total y siempre acotada) se limita al contenido de la reglamentación, pero no en cuanto a la obligación de su expedición ni en cuanto a ciertos contenidos que surgen de la ley: en este caso *la aplicación progresiva y los mínimos de calidad y cobertura exigibles para la accesibilidad de personas con discapacidad auditiva y visual a los servicios de comunicación*.

De lo anterior surge algo evidente que no fue advertido en la sentencia que se comenta: si el Poder Ejecutivo no cumple dentro del plazo legal con su deber de reglamentar, o si reglamenta en un sentido que no permite la accesibilidad progresiva de las personas con discapacidad auditiva, la omisión o acción del Poder Ejecutivo será contraria a derecho.

Ahora la pregunta cambia: ¿cuáles son los derechos violados por la omisión del Ejecutivo? En primer lugar, el derecho de todo sujeto, dentro de un Estado de Derecho, a que las autoridades públicas cumplan con sus deberes y no actúen contra o fuera del derecho. En este caso, además, y sin perjuicio de haber anunciado que no ingresaría en la cuestión de la legitimación activa, asumamos que la omisión irregular del Ejecutivo, impide a los socios de ASUR, acceder a un derecho que surge claramente de la ley como lo es el acceso a los servicios de comunicación.

En tercer lugar, la omisión, lesiona el derecho de igualdad, en la medida que las personas sordas siguen estando excluidas del acceso a los servicios de comunicación (solo tienen acceso si hay subtítulos o lenguaje por señas).

Es claro, en consecuencia, que la omisión del Ejecutivo en cumplir con el artículo 36 de la ley y, en general, con el deber de reglamentar toda la ley, es contraria a derecho. Asimismo, es muy claro que esa omisión, afecta derechos de las personas con discapacidad auditiva a que: a) las autoridades cumplan con sus obligaciones (todos, incluyendo el Ejecutivo, están sometidos al derecho), b) no se les excluya de un beneficio que les confiere la ley y c) se tutele su derecho a la igualdad, creando las condiciones de accesibilidad a los servicios de comunicación audiovisual igualitarias para personas con y sin discapacidad auditiva.

## **El rol del Poder Judicial como garante de los derechos humanos frente a las autoridades públicas**

Los jueces son la última garantía de los derechos humanos, la última instancia a donde los sujetos pueden ir cuando consideran que se están lesionando sus derechos. Esto significa, entre otras cosas, que cuando el Poder Judicial actúa en este ámbito, se está moviendo dentro de su competencia de tutela y, especialmente, en los aspectos más esenciales de su función. Si falla el juez, la situación de violación del derecho quedará sin solución.

Dentro de los caminos judiciales se advierte que nuestra Constitución, así como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), prevé la existencia de procesos rápidos, sumarios y especialmente efectivos para la protección de los derechos humanos. En general, el juez deberá rechazar, salvo casos muy acotados y especiales, todo aquello que lo limite o directamente le impida cumplir con su función básica de garantía de los derechos de las personas.

En nuestro país existen tres tipos de amparo superpuestos (Risso, M., 2015).

### **A) La regulación internacional**

Un rápido repaso de las principales normas internacionales de derechos humanos nos permite constatar la existencia de lo que podríamos llamar acción de amparo internacional. Esta garantía la encontramos en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>2</sup>, el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos<sup>3</sup>, el artículo 25 de la Convención Americana (que debe interpretarse en el marco de los artículos 1 y 2 de la CADH), etc.

La existencia de un amparo de rango internacional, para garantía de las personas contra las violaciones de sus derechos fundamentales, no puede cuestionarse. Así como las exigencias del proceso en cuanto a que sea sencillo, rápido y efectivo.

## B) Amparo constitucional

Nuestra doctrina no ha sido unánime en cuanto a cuál es la base constitucional del amparo, aunque sí ha existido una cierta unanimidad en reconocerle rango constitucional.

Así, algunos autores como Cassinelli Muñoz (1998), han señalado que la base del amparo se encuentra en el artículo 7° de la Constitución, cuando se consagra el derecho de los habitantes a ser *protegidos* en el goce de los derechos preexistentes (Ochs, D., 2013, 33 y ss.). Es obvio que *proteger* es sinónimo de *amparar*, e incluso puede mencionarse que el derecho chileno denomina al amparo como *acción de protección*. Otros, en cambio, señalaron el rango constitucional de la acción de amparo pero con base en el artículo 72 de la Constitución ya que, advirtiendo su condición de garantía inherente a la persona humana, fácilmente la norma referida da pie para admitir dicho instituto en nuestra Carta (Korzeniak, J., 1987, 88) (Real, A., 1963).

En realidad, parece claro que a ambas posiciones doctrinales –no coincidentes– les asiste razón y son susceptibles de armonización total. En efecto, no puede ignorar el intérprete que asiste razón a Cassinelli Muñoz cuando destaca el derecho a ser *protegido* en el goce de los derechos preexistentes como fundamento claro del amparo, pero también es obvio que el amparo aparece incuestionablemente como una garantía inherente a la personalidad humana.

La jurisprudencia nacional, basándose en los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución, sin texto legal reglamentario del instituto, admitió la procedencia de la acción de amparo<sup>4</sup> (Esteva, E., 1985, 260 y ss).

## C) Coordinación de la regulación internacional y la constitucional

En el pasado la doble regulación generaba problemas jurídicos importantes siendo claro que no son similares. Así aparecía el problema de si debían preferirse las disposiciones de fuente constitucional (con base principal en el principio de soberanía nacional) o si primaban las normas internacionales (con los argumentos habituales del Derecho Internacional Público). También se discutía, y todavía algunos siguen haciéndolo, sobre cuál era el nivel normativo de la regulación internacional (supraconstitucional, constitucional o infra-

constitucional) y, determinado esto, aplicaban el principio de jerarquía para resolver eventuales conflictos normativos entre la Constitución y el DIDH.

En nuestros días se admite la “existencia de un *bloque* de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana” (Nogueira, H., 2003, 422) (Nogueira, H., 2007, 31 y ss) (Cea Egaña, J., 2004, 57) (Chantebout, B., 1999, 606). A esta técnica interpretativa se le suele denominar “directriz (o criterio) de preferencia de normas” y permite eliminar todo desajuste entre la regulación internacional y constitucional de los derechos humanos, siempre en beneficio del derecho o garantía de que se trate.

No puedo analizar ahora la compatibilidad del bloque de los derechos humanos con la Constitución uruguaya por lo que corresponde remitir a lo dicho en otros trabajos y en especial a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 365/2009. (Risso, M., 2010a) (Risso, M., 2010b).

#### D) El amparo legal

La ley 16.011, de 19 de diciembre de 1988, realizó una regulación global del amparo. Pero advirtiendo que el legislador ha limitado indebidamente el amparo constitucional e internacional, cabe preguntarse cómo se resuelven estas contradicciones o desajustes.

La solución tradicional implicaría razonar en clave de “principio de jerarquía” y concluir que toda disposición de la ley en contradicción con la Carta será inconstitucional. Este camino conduce a algo incompatible con la acción de amparo pues, la necesidad de suspender el proceso de amparo y esperar que la Suprema Corte de Justicia se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad, lo que puede llevar varios meses o más de un año, desnaturalizaría el amparo. Es cierto que el inciso 2 del artículo 12 de la ley de amparo prevé la existencia de excepciones de inconstitucionalidad y prevé que se adopten medidas provisionales, pero no es lo mismo una sentencia que resuelva el amparo a medidas provisionales que pueden extenderse por períodos superiores al año.

Otra posibilidad sostenida en nuestro país<sup>5</sup>, siguiendo opiniones provenientes de Argentina, consistía en considerar que existen y conviven dos acciones de amparo: la de rango constitucional (complementada con la internacional conforme la directriz de preferencia de normas) y la legal. Serían independientes y el actor podría elegir por una u otra. Adviértase que la ley 16.011 no dice que el amparo solo es posible según esta norma ni que no pueda ejercerse la acción de amparo fuera de los casos previstos en la ley. Si se dijera esto último el único camino sería la acción de inconstitucionalidad. Pero el texto da pie para sostener la doble regulación.

La ventaja de esta distinción radica en que, si el sujeto lesionado en un derecho fundamental no puede accionar conforme al amparo legal por impedirlo dicha norma, siempre podría recurrir al amparo constitucional, que no tiene los límites legales conforme los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución.

La opción anterior, la única que permitiría no perjudicar y desnaturalizar el amparo para los casos excluidos indebidamente, era sin duda la mejor. Pero en la actualidad las dudas que se puedan haber tenido en la materia han desaparecido utilizando, una vez más, la directriz de preferencia de normas. Así, y siendo incompatible con la Constitución que la ley pueda afectar la acción de amparo dejando sin protección a determinados sujetos, la no utilización de las normas legales que limitan indebidamente el amparo y la aplicación directa de las constitucionales e internacionales, no presenta ningún obstáculo.

O sea, cuando un sujeto se encuentre en una situación en la cual se está lesionando un derecho fundamental del que es titular, con ilegitimidad manifiesta, pero ha pasado más de treinta días desde el dictado del acto lesivo, por ejemplo, igualmente podrá promover la acción de amparo basado exclusivamente en las normas internacionales y constitucionales. Otro ejemplo, un individuo que se vea lesionado en sus derechos en forma manifiestamente ilegítima por un acto administrativo de la Corte Electoral (excluida del amparo legal conforme el artículo 1 de la ley) igualmente podrá promover una acción de amparo basándose directamente en la Constitución y en el DIDH.

## Continuación

Montesquieu (1999,112) dijo que “los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y rigor de la ley misma”. Antes había definido al poder de juzgar como casi nulo e invisible. Pero esta figura judicial, que se aproxima a la metáfora del *umpire* o del juez de fútbol (Risso, M., 2016, 335-367), seguramente nunca fue cierta en los hechos. Los jueces siempre fueron más que seres inanimados.

Es cierto que durante el predominio de la cultura jurídica de lo que algunos llaman Estado “legislativo” de Derecho (en el que solo -o prácticamente en forma exclusiva- se aplicaba la ley, concebida como un conjunto de reglas –disposiciones que definían un supuesto de hecho al que se atribuía una consecuencia jurídica- y que se interpretaban y aplicaban conforme las técnicas de la subsunción), se pudo haber generado la imagen del juez definido por Montesquieu. Pero el juez inanimado nunca existió. Y en la actualidad, con la decadencia del Estado “legislativo” y lo que parece ser la consolidación del Estado “constitucional” de Derecho (en que además de la ley juega un rol básico la Constitución –con sus normas de principio-, los derechos humanos y el caso a resolver, y en que se deben aplicar complejas técnicas de armonización y ponderación) esa visión del Juez como mero aplicador de la ley no parece posible.

El principal rol de los tribunales es la protección de los derechos humanos. Son la garantía última en los casos de violaciones de derechos y no pueden renunciar a esta finalidad básica. Y si las sentencias tradicionales no son suficientes deberán buscar nuevas estrategias.

Pero aun aceptado un nuevo rol de los Jueces frente a las lesiones de derechos humanos, esto no quitaría que el Poder Judicial no debe inmiscuirse en temas políticos, en temas reservados a la decisión de los otros poderes de gobierno. ¿Pero realmente existen estos temas en que por razones de contenido se transforman en cuestiones políticas que quedan en todos los casos, y sin excepción alguna, fuera del contralor judicial? Vanossi (Vanossi, R., 2000, 154 y ss.) ha efectuado un paralelismo entre esta noción de “cuestiones políticas” y la noción del Derecho Administrativo de “acto de gobierno”, entendiéndose este último como no procesable ante los órganos jurisdiccionales. Así como

la teoría de los “actos de gobierno” parece estar hoy en retroceso (no puede confundirse la clasificación jurídica –acto legislativo, administrativo y jurisdiccional– con la política –acto de gobierno y de administración–) y en general gana terreno la posición que rechaza la improcesabilidad de los actos de gobierno, sustituyendo el límite por la noción de discrecionalidad, lo mismo está ocurriendo con la noción de cuestiones políticas<sup>6</sup>.

Si se comparte lo anterior el problema no radicaría en si existe un tipo de acto o actividad jurídica exento del contralor jurisdiccional, sino que en todo acto jurídico podremos encontrar aspectos de la máxima discrecionalidad en los que la Justicia no podrá ingresar en su consideración con el pretexto de su control, pues dicha discrecionalidad excede la posibilidad de infracción de tipo jurídico. Supongamos una ley que establece como pena máxima de privación de libertad para determinado delito de homicidio los veinte años de reclusión; en este caso la Corte no podrá revisar la decisión del legislador, pero no por cuestión política, sino por entrar dentro de la discrecionalidad política del legislativo. Distinto sería que el legislador estableciera la prisión perpetua o una pena que en términos reales diera el mismo resultado (por ejemplo, ciento cincuenta años de privación de libertad), ya que en este caso, si la Corte comparte la posición doctrinal que postula que nuestra Constitución prohíbe la pena de reclusión perpetua, el legislador se habría excedido en el ejercicio de su discrecionalidad política. Otro ejemplo podría darse cuando el Parlamento censura los actos de uno o varios ministros o cuando se rompen relaciones diplomáticas. En estos casos sería difícil encontrar aspectos que no estén dentro del marco de discrecionalidad política y por ende no sean controlables, pero aun así siempre habrá un mínimo de contralor jurisdiccional posible (por razones de forma, por ejemplo).

Parece bastante claro a esta altura que el contenido en sí mismo de una norma o actividad no es determinante para excluir el control jurisdiccional. Sostener esto sería abrir una puerta a la arbitrariedad, reconociendo que hay actos o actividades exentos de contralor jurisdiccional, con lo que se trastocaría totalmente las bases más elementales del Estado de Derecho.

También se ha recurrido a una distinción basada en la noción de no intervención judicial frente a “facultades de otros poderes”. Este concepto puede presentarse con dos variantes:

(a) Una postularía que cuando una competencia ha sido atribuida en forma privativa a un órgano legislativo o administrativo no podría haber una intervención judicial. Esta posición pese a ser claramente equivocada (nadie puede invocar la titularidad de sus competencias para vulnerar derechos humanos) ha sido muchas veces utilizada en Uruguay en materia de amparo (para negar medicamentos a enfermos que no pueden pagar por ellos por ejemplo). Esto es inaceptable. También la discrecionalidad política puede ejercerse en forma inconstitucional y en ese caso debe intervenir el Juez.

Además, existen elementos claros en sentido contrario: las normas constitucionales que refieren al contralor de la regularidad constitucional de las leyes, por ejemplo, coexisten con las que atribuyen el ejercicio de la función legislativa al Poder Legislativo.

(b) La segunda apuntaría fundamentalmente a las competencias que implican discrecionalidad a cargo del titular de ellas. Se podría controlar fuera del ámbito de discrecionalidad.

Analizando esta segunda variante: ¿Puede haber contralor sobre la discrecionalidad? ¿Puede un juez ordenar algo cuya decisión forma parte de la discrecionalidad de un órgano legislativo o administrativo? No cabe duda que si una autoridad omite el dictado de un acto debido (actividad reglada), o no realiza una actividad a la que está obligada o hace algo que tiene prohibido, el Juez podrá dar órdenes precisas para que dicte el acto debido, cumpla la actividad superando la omisión o cese sus conductas ilícitas. ¿Pero si la autoridad está dentro de la discrecionalidad puede el Juez meterse y adoptar decisiones que impliquen tomar partido por algunas opciones dentro de un elenco de posibilidades discrecionales? La respuesta completa al tema de la discrecionalidad excede el objeto de este trabajo. (Risso, M., 2016).

Por último, en estos temas siempre es útil recordar a quien quizás haya sido el Juez más famoso de la historia, John Marshall, y su caso más recordado, “Marbury v. Madison”. Si la Corte Suprema no se hubiera declarado

incompetente en *Marbury*, se hubiera visto en la situación de expedir una orden concreta (un “writ”) contra el Secretario de Estado James Madison, ordenándole que completara el proceso de designación para que *Marbury* pudiera tomar posesión de su cargo de juez. Aunque de la lectura de la sentencia surge que esta hubiera sido la solución correcta, debemos reconocer que hubiera sido extraordinariamente difícil a principios del siglo XIX. La reacción contra la sentencia que se habría metido en la competencia del Presidente de los Estados Unidos habría sido muy fuerte. Aun declarándose incompetente la sentencia fue fuertemente criticada. Pero, en nuestros tiempos nadie duda que cuando se lesiona un derecho por la omisión de realizar una actividad “debidada” (sin margen de discrecionalidad) por la Administración, el juez debe intervenir y ordenar la conducta concreta que sea conforme a derecho y que proteja el derecho violado (¿qué otra alternativa puede haber para la protección del derecho?). El razonamiento debe ser el mismo de *Marshall*: el tribunal debe resolver la situación de violación de un derecho y no puede escudarse en consideraciones formales para tolerar la violación de derechos humanos ni en otro tipo de dudas o excusas (*Cohen v. Virginia*).

Es más, si fuera correcta la tesis que impide la superposición de atribuciones de los jueces con los otros poderes, sería imposible la declaración de inconstitucionalidad (incuestionable superposición entre la actividad jurisdiccional y la legislativa), todos los amparos contra el Estado, e incluso los casos de responsabilidad del Estado que implican cuestionar y desautorizar lo decidido o actuado por un poder ajeno al judicial.

No cabe la más mínima duda que el hecho de que cierta atribución sea asignada a otro poder, es irrelevante para cuestionar la competencia judicial para ordenar la actuación (si se trata de actividad debida), la no actuación (cuando es contraria a derecho) o la corrección de la actuación u omisión (de forma de no afectar derechos). Esto ya no puede cuestionarse.

### **El principio de separación de poderes**

Desde el siglo XVIII, y especialmente en el XIX y primera mitad del XX, dos grandes modelos se establecieron en esta materia. El europeo y el estadounidense, sin perjuicio de aproximaciones en las últimas décadas.

El modelo europeo, a veces llamado modelo francés revolucionario, se estableció sobre la base de la sobrevaloración del parlamento y desconfianza respecto a los jueces. La formulación teórica más clara de la soberanía popular, basada en la noción de “contrato social”, fue formulada por ROUSSEAU en el sentido de que cada sujeto pone su poder bajo la suprema dirección de la “voluntad general” que se transforma en soberana<sup>8</sup>. (Rousseau, J., 1965, 66). Cada ciudadano es titular de una cuota parte de la soberanía, por lo que es claro que en esta concepción el poder supremo debe emanar, necesariamente, del Parlamento por ser el órgano representativo por excelencia.

En esta visión se asocia a 1) la ley como expresión de la voluntad general (expresamente establecido en el artículo 6 de la Declaración de Derechos Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789: “la ley es la expresión de la voluntad general”<sup>9</sup> (Rousseau, J., 1965) y 2) el Parlamento como encargado lógico de establecer las leyes y expresar la referida voluntad general. Esta concepción preferente de la ley y del Parlamento se mantuvo casi inalterada hasta la reforma constitucional de 1958 en la que, con la “zona de reserva reglamentaria”, se amplió significativamente el rol e importancia de la rama ejecutiva. Y es esta concepción una de las causas de la tendencia a buscar todas las respuestas en la ley, en un enfoque positivista que no deja casi espacio a los principios generales (salvo en un rol supletorio, para los casos de vacíos o dudas) y a los valores, entre ellos nada menos que el valor justicia (la justicia se “hacía” en la ley).

Otra característica del sistema francés puede expresarse en dos ideas: rigidez en la concepción y aplicación del principio de separación de poderes y rol absolutamente secundario del Juez. Montesquieu (1999, 108), con su claro objetivo de alejar los peligros de los excesos del hombre con poder (que tiende a abusar del mismo), si bien diferencia en tres centros de poder (a los que llama Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), comienza refiriéndose al último como “poder ejecutivo en los asuntos del derecho civil” aunque después utilizará la denominación que se mantiene hasta nuestros días. Pero luego, una vez definidos los tres poderes y después de realizar su célebre afirmación de que todo estará perdido si el mismo hombre, la misma corporación o la misma asamblea del pueblo ejerce los tres poderes, atribuye al Judicial un rol claramente inferior a los otros. Así señala que el poder de juzgar es casi nulo e invisible y que el poder judicial no debe recaer en una clase o profesión sino en personas salidas del pueblo y que ejerzan la función jurisdiccional en forma

periódica (por poco tiempo) y no permanente. Esta visión, en cierta forma, se ha mantenido en Francia, ya que no hay que olvidar que recién en el año 2008 (doscientos cinco años después de *Marbury v. Madison*) se admitió en Francia el control de constitucionalidad sobre las leyes perfectas.

Fernández Segado (Fernández Segado, F., 2007, 58 y ss.) señala un elemento de notable influencia en Francia y fuera de dicho país, que está marcado por la edición, en 1921, de la obra “El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos”, del famoso jurista Edouard Lambert. Este autor criticó fuertemente el sistema estadounidense destacando: 1) que el sistema de contralor de la regularidad constitucionalidad de las leyes se transformó en un instrumento de vigilancia del poder judicial sobre la rama ejecutiva y legislativa, desnaturalizando, a juicio de este autor, su versión original; y 2) que la Suprema Corte ha desempeñado un rol criticable y criticado frente a la legislación social. A partir de estas consideraciones se desarrolló lo que se ha dado en llamar el “mito del gobierno de los jueces” y que se usa para referir a situaciones patológicas en las relaciones del poder judicial con los restantes poderes. La expresión “gobierno de los jueces” (asociada luego con la noción poco precisa de “activismo judicial”) ha sido utilizada invariablemente para criticar supuestos excesos de los jueces que, excediéndose en sus competencias jurisdiccionales, incursionan en temas políticos. Es interesante ver como este concepto mítico (pues su contenido no responde exclusivamente a consideraciones racionales) se utiliza a veces para criticar a los jueces que actuarían como freno frente a los avances sociales (como fue la crítica de Lambert) y otras veces exactamente para lo contrario, para criticar los excesos de ciertos jueces que ante una invocada pasividad o inoperancia de los poderes políticos, se habrían atribuido competencias de las que carecerían (en general se basaría esto último en la defensa de los derechos humanos). En los Estados Unidos, en el siglo XX, el caso *Lochner* sería buen ejemplo de la crítica a la Corte por constituir un freno a la legislación social, mientras que “*Brown v. Board of Education*” sería buen ejemplo de lo contrario.

Corresponde por último señalar que el modelo francés no se ajusta a las previsiones de la Constitución uruguaya.

El sistema norteamericano, a diferencia del francés no parte del primado de la ley sino que reconoce a los derechos fundamentales como anteriores al orden jurídico y por supuesto superiores a la ley. Esto se explica básicamente

por dos razones. Primero, por el distinto papel (como opresores o libertadores) que jugaban el Parlamento y los jueces en los dos países (casi opuestos). La segunda explicación deriva directamente del sistema inglés y refiere obviamente al “*common law*” y al diferente rol histórico del juez inglés no atado originalmente por normas generales previas sino buscando en el caso la solución más apropiada, aunque limitado por la autoridad del precedente obligatorio (“*stare decisis*”).

Lo anterior, entre otras cosas, condujo a que, a diferencia de Francia, en los Estados Unidos se estableciera un principio de separación de poderes debidamente equilibrado y balanceado, en el que más que separación de poderes, se produce una mezcla de poderes que se entrelazan y se controlan entre sí con competencias vinculadas (Aragón, M., 1995, 21-28). Esto puede sintetizarse diciendo que 1) quien establece las reglas generales no las ejecuta ni resuelve los conflictos entre particulares con autoridad de cosa juzgada; 2) quien ejecuta las reglas generales no las establece ni resuelve los conflictos con autoridad de cosa juzgada; y 3) quien resuelve los litigios con autoridad de cosa juzgada (y sólo para el caso en que dicta la sentencia), no establece las reglas generales ni las ejecuta<sup>10</sup> (Hoffman-Riem, W., 2007, 211) (Cea Egaña, J., 2007) (Sagués, N., 2007). A su vez, y sin perjuicio de una opinión personal de 1780 en la Corte Suprema, del juez James Iredell (Sullivan y Gunther, 2004, 15), fue en el año 1803, con el pronunciamiento judicial en el caso “*Marbury v. Madison*”, cuando el Juez John Marshall, estableció la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos comenzando la evolución jurisprudencial del “*judicial review*”. Se aprecia la diferente orientación histórica y filosófica, así como el muy distinto rol de los jueces que hace que, en cierta forma, el sistema estadounidense aparezca como opuesto al francés que fue el más influyente en Europa.

Esta visión del principio de separación implica un equilibrio o tensión dinámica entre los tres poderes, que se controlarán recíprocamente y se coordinarán y complementarán. En el envío de un individuo a prisión para que cumpla una condena, actúan, se controlan y coordinan los tres poderes: el legislativo estableciendo el delito y la pena, las normas procesales, etc.; el ejecutivo en las investigaciones (en especial a través de la policía y Ministerio Público) y el judicial al que compete la decisión final.

Por último, como hace más de setenta años enseñaba Jiménez de Aréchaga, el principio de separación de poderes nunca afecta la competencia de control jurisdiccional sobre los otros poderes. (Jiménez de Aréchaga, J., 1983, 8) (Cassinelli, H., 1999, 165) (Risso, M., 2015b, 450 y ss.).

### **El plazo de caducidad en el caso en estudio**

El Tribunal considera que los treinta días de caducidad deben computarse desde que se produjo la denegatoria ficta a la petición formulada. Esto me genera algunas dudas, pues con dicho criterio un sordo que no formuló petición alguna estaría hoy en tiempo de accionar por amparo (es más, si no presentó la petición no le correría el plazo).

También podría haberse considerado para el inicio del plazo de caducidad, la fecha de presentación de la petición, pues ese día el amparista consideró exigible la obligación. O, incluso, podría computarse desde el día que venció el plazo que la ley dio al Poder Ejecutivo para reglamentar.

De todas formas, hay otra alternativa que sería entender que cada día sin reglamentación se produce una nueva omisión que perjudica los derechos del amparista. Esto se ha utilizado muchas veces en los amparos médicos: la conducta ilegítima se mantiene y renace cada día en que se mantiene la omisión. La tutela del derecho sigue siendo invocable aun luego de los treinta días.

La aplicación estricta del plazo, desafortunadamente introducido por el legislador, no es aceptable: imagínese que se estableciera un plazo de caducidad para el hábeas corpus y que una vez vencido no se aceptara el recurso; sería inaceptable ya que la prisión indebida se mantiene cada día hasta que se corrige. Lo mismo pasa con el amparo, el derecho a la tutela judicial se mantiene cada día en que se mantenga la situación lesiva.

Por último, no debe olvidarse que el plazo de caducidad está solo en el amparo legal, por lo que siempre tiene el amparista y el propio tribunal la posibilidad de optar por usar el amparo constitucional o el internacional que no tienen plazo de caducidad.

## **¿El amparo es improponible, invade competencias del Ejecutivo o lesiona el principio de separación de poderes?**

El Tribunal ha dicho que a) el amparo es “manifiestamente improcedente” pues exorbita la vía jurisdiccional del amparo y por no presentarse los requisitos exigidos en el artículo 1 de la ley 16.011; b) si el tribunal incursionara en el tema de la reglamentación, competencia del Poder Ejecutivo, se realizaría una superposición con la actividad reglamentaria que es propia del Poder Ejecutivo, y c) si el tribunal se inmiscuyera en la cuestión, se estaría lesionando el principio de separación de poderes pues un poder no puede tener injerencia en la competencia de otro.

No tengo el gusto de compartir estos argumentos.

El amparo responde a una situación típica, en la que se considera que el accionar administrativo del Estado (una omisión en este caso), lesiona derechos de los promotores (los ya señalados al inicio de este trabajo). No cabe duda que las personas con discapacidad auditiva se encuentran excluidos del acceso a varios servicios de comunicación, lesionándose en forma actual sus derechos a que las autoridades ajusten su actuación a derecho, a que se les reconozcan derechos legales de los que están excluidos y a que se proteja su derecho a la igualdad poniéndose punto final a la situación de desigualdad actual.

El juez de primera instancia, lejos estuvo de entrometerse indebidamente en la actividad administrativa (reglamentaria), sino que se limitó a constatar una omisión indebida del Ejecutivo y ordenó que se pusiera punto final a ella con un plazo más que generoso con el Estado. Es la solución implícita en *Marbury*: todo derecho tiene que tener, en caso de violación, su correctivo judicial y la orden de actuar frente a omisiones o actuaciones indebidas es inquestionablemente válida. El propio nombre de “*writ o mandamus*”, lo demuestra: el Juez ordena hacer algo concreto.

En el mismo sentido, no hay una invasión de la potestad reglamentaria del Ejecutivo pues solo se ordena que cumpla con la Constitución y la ley y dicte la reglamentación debida. Incluso, aunque el Juez hubiera ido más allá indicando algún contenido que podría considerarse de resorte discrecional del Ejecutivo, tampoco sería un tema sencillo concluir si hubo o no exceso judi-

cial, como lo pone de manifiesto el moderno tema de las sentencias estructurales (Risso, M., 2016). Pero esto es un tema ajeno a este trabajo.

Por último, tampoco existió violación al principio de separación de poderes pues el Juez actuó dentro de su competencia, controlando la actuación (omisión en el caso en estudio) del Ejecutivo, advirtiendo su ilegitimidad, comprobando que lesiona derechos de particulares y ordenando la corrección de la situación. El Juez no incursionó en política, sino que se limitó a contrarlar la regularidad jurídica de la omisión del Estado y ordenar que cese dicha ilicitud.

## Conclusión

En los tiempos que corren, en todo el mundo occidental, cada vez son más frecuentes las invocaciones directas de la Constitución y de los derechos humanos ante el Poder Judicial, reclamando la efectiva protección de las personas. Esto obedece a muchas cosas: la sustitución del Estado legislativo de Derecho por el Estado constitucional de Derecho; la incapacidad (por falta de idoneidad y a veces por falta de recursos) de la Administración de satisfacer los derechos humanos, etc. La desprotección de los derechos humanos lleva a que la gente deba recurrir con más frecuencia que antes a la garantía última, el Poder Judicial.

No deja de ser interesante ver cómo en las sociedades democráticas modernas (estoy hablando de democracias plenas en los términos del Democracy Index<sup>11</sup>), las viejas garantías, como el hábeas corpus, la protección de la censura previa, etc., cada vez se usan menos pues menos son las violaciones de los derechos tutelados por estos instrumentos. Pero al mismo tiempo, y en general por la vía del amparo, aparecen reclamos nuevos, igualmente importantes, y que requieren la actuación decidida del Poder Judicial.

Quizás, al igual que ocurre con el hábeas corpus, algún día veamos que no se promueven más amparos médicos, en razón de que las autoridades sanitarias no niegan medicamentos que son recomendados por la FDA de Estados Unidos, la Ema de Europa y las cátedras de la Facultad de Medicina de la UdelaR. O que el Poder Ejecutivo cumpla sus deberes de reglamentar en tiempo y forma. Esperemos que las sentencias judiciales tengan un valor docente y su eficacia se vea más allá del caso concreto.

## Referencias

---

- Aragón, M. (1995). *Constitución y control del poder*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Cassinelli Muñoz, H. (1988). Acción de amparo. *Revista de la Oficina Nacional del Servicio Civil*.
- Cassinelli Muñoz, H. (1999). *Derecho Público*. Montevideo: FCU.
- Cea Egaña, J. L. (2004). Una visión de la teoría neo constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (8). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cea Egaña, J. L. (2007). Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- Chantebout, B. (1999). *Droit constitutionnel et science politique* (16 ed.). París: Armand Colin.
- Esteva Gallicchio, E. (1985). Algunos aspectos de la acción de amparo ante la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el proyecto de ley reglamentaria elaborado por el Poder Ejecutivo. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*. 1(6).
- Fernández Segado, F. (2007). Fétichisme de la loi, separation des pouvoirs et gouvernement des judges. Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789 – 1958). En *Teoría y realidad constitucional*, N° 19. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Hoffman-Riem, W. (2007). La división de poderes como principio de ordenamiento. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.

- Jiménez de Aréchaga, J. (1983). *Teoría de Gobierno* (tomo 2) Montevideo: FCU.
- Korzeniak, J. (1987). *Derecho Constitucional 2º*. Montevideo: FCU.
- Montesquieu Ch. (1999) *El espíritu de las leyes*. Grandes Clásicos del Derecho (vol. 5). México: Oxford University Press.
- Nogueira, H. (2003). Los derechos esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis, Derecho de la Región*. 9(1).
- Nogueira, H. (2007). *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales* (tomo 1). Santiago de Chile: Librotecnia.
- Ochs Olazabal, D. (2013). *La acción de amparo*. Montevideo: FCU.
- Real, A. R. (1963). La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*.
- Risso Ferrand, M. (2010a). El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia. *Estudios Jurídicos* (8). Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.
- Risso Ferrand, M. (2010b). Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*.
- Risso Ferrand, M. (2015a). La acción de amparo. En *Estudios de Derecho Administrativo* (tomo 12). Montevideo: La Ley.
- Risso Ferrand, M. (2015b). *Derecho Constitución* (tomo 1). Montevideo: FCU.
- Risso Ferrand, M. (2016). Dificultades en la protección judicial de los derechos humanos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (20), 335-367. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.12>

Rousseau, J. J. (1965). *El contrato social*. Buenos Aires: Aguilar.

Sagués, N. P. (2007). Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

Sullivan, K. M. y Gunther, G. (2004). *Constitutional Law* (15 ed.). New York: Foundation Press.

Vanossi, R. (2000). *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Depalma.

Ziulu, A. G. (1997). *Derecho Constitucional* (Tomo 1). Buenos Aires: Depalma.

## Jurisprudencia

---

Uruguay. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4 Turno, sentencia de 21 de abril de 2017, “Asociación de sordos del Uruguay c/ Estado. Acción de Amparo”. Disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=44028>

## Notas

---

<sup>1</sup> Disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=44028>

<sup>2</sup> *Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.*

<sup>3</sup> *Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*

<sup>4</sup> Ver sentencias en: “Revista Urug. de Derecho Constitucional y Político”, tomo II, N° 10-11; tomo III, N° 13 y 14, pág. 75 y ss. y pág. 79 y ss.; tomo III,

Nº 16-17, pág. 406 y ss. Nº 19-20, pág. 73 y ss., pág. 84 y ss., pág. 93 y ss. LJU caso 10.819, caso 10.939, etc.

<sup>5</sup> Aunque no conozco desarrollos completos del tema.

<sup>6</sup> En Argentina, Ziulu, A. (1997, 113), menciona tres tendencias doctrinales: a) quienes se afilian a la concepción amplia de la Corte Suprema (Bidegain, Bianchi, etc.); b) quienes la aceptan, pero postulan su limitación (Vanossi, Marienhoff, etc.); y c) quienes se oponen a la misma (Bidart Campos, Sagüés, el propio Ziulu, etc.).

<sup>7</sup> El *writ* y en especial el *writ of mandamus*, que fue el solicitado por Marbury, es uno de los antecedentes directos de la acción de amparo.

<sup>8</sup> Rousseau, señala que “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección general; y recibimos en corporación a cada miembro como parte indivisible de un todo.” (Rousseau, J., 1965, 66).

<sup>9</sup> Rousseau, señala que la voluntad general es la del cuerpo del pueblo y esa voluntad declarada es un acto de soberanía y hace ley (Rousseau, J., 1965, 79). Más adelante distingue la voluntad general (que refiere al interés común), de la voluntad de todos (que responde a un interés privado) y no es más que la suma de voluntades particulares (Rousseau, J., 1965, 82). Luego agregaba que lo que generaliza a la voluntad general no es tanto el número de los votos sino el interés común que los une (Rousseau, J., 1965, 87) para pasar luego a hablar de los límites que no puede rebasar el soberano. Luego de destacar las extraordinarias cualidades que debe tener el legislador, señala que el legislador “prudente” no empieza por redactar leyes buenas en sí mismas, sino que primero examina si el pueblo al que las mismas se destinan está en condiciones de soportarlas (Rousseau, J., 1965, 104).

<sup>10</sup> Por supuesto que la formulación moderna del principio de separación de poderes es mucho más compleja. Por ejemplo, la colaboración e interacción entre los poderes políticos es mucho mayor y, además, han aparecido órganos extrapoderes (piénsese en los bancos centrales contemporáneos) y se reconoce una necesidad de evitar la concentración del poder (para asegurar la libertad y los derechos humanos) también a nivel de la sociedad civil. Al

respecto: Hoffman- Riem, W. (2007, 211) Cea Egaña, J. (2007). Sagués, N. (2007).

<sup>11</sup> Disponible en <https://www.documentcloud.org/documents/3673454-Democracy-Index-2016.html>



Lucía Rizik Mulet✉

## Las obligaciones alimenticias internacionales en favor de los niños en el ordenamiento jurídico chileno

*International maintenance obligations for children under the Chilean legal system*

*As prestações de alimentos internacionais em favor das crianças no ordenamento jurídico chileno*

**Resumen:** *El tratamiento de las obligaciones alimenticias internacionales en la legislación chilena se limita a la incorporación del Convenio de Nueva York de 1956. En el caso de los niños, esta exigua regulación, unida a la falta de doctrina nacional en la materia, se traduce en dificultades para el acceso al cobro de deudas alimentarias desde y hacia el extranjero. Por ello, el presente artículo, mediante el análisis de la legislación vigente, revisa las soluciones que el ordenamiento ofrece para el cobro de las obligaciones alimenticias internacionales y propone nuevos mecanismos que facilitan su efectividad.*

**Palabras clave:** *Convenio de Nueva York de 1956, obligaciones alimenticias, migraciones, derechos del niño, cobro de alimentos en el extranjero.*

**Abstract:** *The regulation of international maintenance under Chilean laws is restricted to the inclusion of the 1956 New York Convention. Regarding children, this meager regulation, and the lack of national legal scholar opinions on the subject, cause difficulties in the payment of maintenance to and from foreign countries. Current legislation and legal solutions for international maintenance are discussed in this paper, while new approaches are proposed for its implementation.*

---

✉ Académica, Universidad Finis Terrae, Chile y Personal Investigador Adjunto, Universidad Diego Portales, Chile. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, U. de Chile. Máster en Derecho Privado, U. Carlos III de Madrid. Máster en Necesidades, Derechos y Cooperación al Desarrollo en Infancia, U. Autónoma de Madrid. Doctoranda en Derecho, U. Diego Portales, Chile.

✉ [luciarizik@gmail.com](mailto:luciarizik@gmail.com)

**Keywords:** *1956 Convention on the Recovery Abroad of Maintenance, New York, maintenance, migrations, child rights, recovery abroad.*

**Resumo:** *A abordagem das prestações de alimentos internacionais sob a lei chilena é limitada à incorporação da Convenção de Nova York de 1956.*

*No caso das crianças, esta exígua regulação, junto com a falta de doutrina nacional na matéria, resulta em dificuldades no acesso ao cobro de dívidas alimentares de e para o estrangeiro.*

*Por este motivo, o presente artigo, através da análise da legislação em vigor, verifica as soluções que o ordenamento oferece para a cobrança de dívidas alimentares internacionais e propõe novos mecanismos para facilitar sua efetividade.*

**Palavras-chave:** *Convenção de Nova York de 1956, prestações de alimentos, migrações, direitos das crianças, cobrança de alimentos no estrangeiro.*

*Recibido: 20170510*

*Aceptado: 20170709*

## Introducción

El objetivo del presente trabajo es el estudio de las obligaciones alimenticias internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, con especial consideración al derecho alimentario de la niñez y con ello, determinar cuáles son los mecanismos con los que cuentan los niños para el ejercicio de su derecho a alimentos, ya sea de manera directa o por medio de un representante, cuando dicha obligación tiene algún elemento internacional. Si bien el derecho de alimentos está vinculado a otras relaciones de familia, por ejemplo, entre los cónyuges, es especialmente importante respecto de los niños, debido a su condición no solo de sujeto de derechos, sino también de beneficiarios de la protección de sus padres y del Estado, con el objeto de garantizar su supervivencia y desarrollo.

Las obligaciones alimenticias en la esfera internacional, han sido una pre-ocupación para los Estados desde hace ya varios años.<sup>1</sup> Como veremos, a través de Naciones Unidas, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Organización de Estados Americanos, se han promovido diversos instrumentos internacionales destinados a regular materias como la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y la cooperación entre autoridades para la obtención de alimentos en el extranjero.

Al respecto, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, “CDN”), reconoce el derecho del niño a tener un nivel de vida adecuado, correspondiéndole a los padres la responsabilidad primordial de proporcionar las condiciones de vida necesarias para sus hijos. Por ello, en el numeral 4º del artículo 27, se exige a los Estados partes tomar medidas para asegurar el pago de la pensión alimenticia tanto si viven en el mismo Estado como en el extranjero, promoviendo para este último caso, la adhesión a instrumentos internacionales.

El elemento extranjero<sup>2</sup> en estos los litigios pone de relieve la internacionalización de las relaciones familiares y de parentesco, producto de la globalización y la apertura del mercado económico, facilitando los movimientos migratorios y generando relaciones entre personas de distintas culturas y nacionalidades. Lo anterior, representa un desafío para concretar una tutela efectiva del derecho de alimentos de los niños. Se hace necesario entonces, reconocer la validez de otros ordenamientos jurídicos y sus decisiones administrativas o judiciales (Etel Rapallini, L., 2011).

En el caso chileno, el ordenamiento jurídico solo cuenta con un instrumento internacional que facilita el cobro de alimentos en el extranjero. Se trata del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero de Naciones Unidas (en adelante, “el Convenio” o “Convenio de Nueva York”).

Dicho instrumento resulta insuficiente para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres o por quienes tienen la responsabilidad económica del niño, y en definitiva, no permite concretar la obligación del Estado de tomar medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia de los niños, por las siguientes razones: 1) Se trata de un convenio de cooperación, por lo tanto, no establece ni regula cuestiones sobre competencia internacional, ley aplicable o ejecución y reconocimiento de sentencias judiciales o equivalentes jurisdiccional en materia de alimentos, que permitirían por un lado ser más eficientes y rápidos en la obtención o suspensión de la obligación de alimentos, y por otro dar mayores certezas a las partes sobre el foro y el derecho aplicable en el que se discutirá y decidirá el conflicto de alimentos. 2) Las funciones de la autoridad central o intermediaria son limitadas, no se establecen plazos para su actuación ni mecanismos actualizados de comunicación, lo que afecta el aseguramiento en el pago de la obligación alimenticia. 3) Finalmente, las reglas del Convenio sobre transferencias de fondos internacionales son restringidas y no incorporan mecanismos actuales que facilitarían el pago de los alimentos.

Iniciaré el trabajo analizando las fuentes y el concepto de obligación alimenticia en la esfera internacional y presento una breve referencia al contenido de la obligación alimenticia en Chile. Posteriormente, me referiré a los problemas que plantea la obligación alimenticia en el Derecho Internacional Privado chileno. Finalmente, me referiré a las posibles soluciones de

*lege ferenda* a los problemas planteados.

### **Cuestiones generales sobre la obligación alimenticia internacional**

El deber de los Estados de tomar medidas que aseguren el pago de la obligación alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera del niño, se desprende del derecho a un nivel de vida adecuado, el cual se encuentra consagrado en el artículo 25.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, y en el artículo 27 la CDN.

Estas disposiciones, reconocen que toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado, establecen que los padres tienen el deber primordial de proporcionar las condiciones de vida necesarias para el adecuado desarrollo de un niño, y aseveran que es el Estado quien debe tomar medidas adecuadas para dar efectividad a este derecho. De este modo, se ha destacado que “la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y la Convención sobre los Derechos del niño, reconocen entidad universal a la obligación alimentaria y su carácter de derecho humano autónomo e individual” (Kemelmajer, Herrera y Lloveras, 2014). En el mismo sentido Cecilia Grossman ha destacado que el derecho de los niños a los alimentos se erige como un derecho civil que nace de la relación filial, pero es al mismo tiempo un derecho social, que exige la tutela del Estado (Grossman, C., 2004).

El derecho de los niños a un nivel de vida adecuado, comprende asegurar la salud, el bienestar, alimentación, vivienda, vestuario, asistencia médica, servicios sociales necesarios, e incluye también una mejora continua de las condiciones de existencia. De este modo, el pago de la pensión alimenticia se vincula a la satisfacción de necesidades de salud física y autonomía del niño.<sup>3</sup>

En el caso americano, el contenido del derecho a un nivel de vida adecuado, se desprende también del artículo XIV de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre, que incorpora el derecho a una remuneración que asegure un “nivel de vida conveniente”, y el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, que en sus artículos 7 a) y 15 obliga a los Estados Partes tanto a garantizar “una remuneración que asegure

como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias”, como a velar por el mejoramiento de la situación moral y material de la familia.

Por su parte, el artículo 27 de la CDN agregó, que la consecución de un nivel de vida adecuado para los niños, comprende el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños. Por ello, y a diferencia de instrumentos internacionales anteriores, la CDN se centra en las necesidades de los niños y no solo en los satisfactores de estas necesidades. Asimismo, la disposición establece directrices que le dan efectividad a este derecho:

1. Afirma que la responsabilidad primordial de proporcionar las condiciones necesarias para el desarrollo del niño corresponde a los padres, en consecuencia, los alimentos constituyen un derecho nacido de una relación filial.
2. Establece que los Estados tomarán medidas para ayudar a los padres o responsables de los niños otorgando asistencia material y programas de apoyo.
3. Determina que los Estados tomarán medidas para asegurar el pago de la pensión alimenticia de los niños, cuando no vivan con sus padres, promoviendo la adhesión a convenios internacionales en aquellos casos en que padres e hijos residen en países diferentes.<sup>4</sup>

Conforme a estas y otras disposiciones, el derecho del niño a un nivel de vida adecuado ha sido objeto de pronunciamiento en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) Vs. Guatemala, refiriéndose a la protección del derecho a la vida, la Corte Interamericana señaló que este derecho, “no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva)” (Niños de la Calle Vs. Guatemala, párr. 139). Agregó que “el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas” (Niños de la Calle Vs. Guatemala, párr. 144; y Opinión Consultiva

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 80).

Del análisis de las disposiciones internacionales y la sentencia previamente citada, se desprende que los Estados tienen el deber de tomar medidas que aseguren la satisfacción de las necesidades de los niños con el objeto de preservar su vida y desarrollo. La falta de alimentos constituye una vulneración de los derechos del niño, primero por parte de los padres, quienes tienen la responsabilidad primordial sobre el cuidado de los hijos, pero en segundo lugar, puede constituir una vulneración por los Estados, si no ofrecen mecanismos apropiados para el cobro de los alimentos, poniendo a un niño en una situación de riesgo y desamparo.

Al respecto, la efectividad del derecho al pago de la obligación alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera del niño, incluye la celebración o adhesión a convenios internacionales que permitan reclamar el pago de la obligación alimenticia allá donde el responsable de ella se encuentre, y con ello, evitar las consecuencias injustas que puede producir el incumplimiento de una obligación alimenticia por encontrarse el deudor en el extranjero.

En consecuencia, la obligación del Estado de tomar medidas apropiadas para asegurar el pago de la obligación alimenticia en el extranjero, implica que el reclamo alimentario en el extranjero es un derecho humano, y su garantía requiere de la cooperación internacional (Cerdeira, J., 2009).

Por ello, se configura también un marco regulatorio internacional, con el objeto de determinar la competencia, ley aplicable, el reconocimiento de sentencias y resoluciones y la cooperación entre Estados en materia de obligaciones alimenticias.

El panorama normativo internacional es amplio, ha sido objeto de un perfeccionamiento constante, y comprende instrumentos de carácter regional y global. De este modo, actualmente se encuentran vigentes el Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia y el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas

a las Obligaciones Alimenticias de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; Convenio de 15 de abril de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; y la Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. A nivel americano, destaca la Convención Interamericana Sobre Obligaciones Alimentarias. Sin embargo, en Chile, como ya hemos advertido, solo se encuentra vigente el Convenio de Nueva York, que data del año 1956.

### **Breve referencia a la función de los padres de proveer alimentos a sus hijos menores de edad en Chile**

En Chile, el derecho de alimentos deriva del parentesco, y en el caso de los niños, concretamente de la filiación. El derecho de alimentos se encuentra regulado tanto en el Código Civil, como en la ley 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. Dichos cuerpos legales no definen el concepto de alimentos.<sup>5</sup> Al respecto, se ha señalado que por alimentos debe entenderse como el derecho “que la ley otorga a una persona para demandar a otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio” (Ramos Pazos, R., 2010).

Asimismo, el derecho a demandar alimentos se fundamenta en la reciprocidad, cuestión que se desprende de la enumeración establecida en el artículo 321 del Código Civil,<sup>6</sup> pues, si bien una persona tiene derecho a exigir alimentos de otra, está última también podrá solicitarlos en caso de necesitarlos, sin perjuicio de las excepciones expresamente contempladas.

Al respecto, el artículo 323 del Código Civil señala que la finalidad de los alimentos es “habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”. De ello, la doctrina destaca que la determinación concreta sobre qué comprenden los alimentos es variable, “pues

éstos han experimentado una evolución en la jurisprudencia acorde con la evolución de lo que se entiende por necesidades básicas o fundamentales de una persona” (Gómez de la Torre Vargas, M. 2007).<sup>7</sup> Sin embargo, considero que para su establecimiento, es necesario contar con parámetros objetivos, como las necesidades del alimentario y las facultades económicas del alimentante.

Por su parte, la jurisprudencia se ha referido a la finalidad de los alimentos. En sentencias más antiguas, los alimentos son considerados como “las subsistencias que se dan a ciertas personas para su mantenimiento, o sea, para su comida, habitación y aún en algunos casos, para su educación” (Corte Suprema de Justicia, 1946).

En la actualidad, en cambio, las sentencias contienen pronunciamientos que se acercan más a una interpretación de los alimentos conforme a la CDN. De este modo, la Corte de Apelaciones de Concepción expuso que “el derecho de alimentos está encaminado a garantizar la subsistencia del alimentario y su fundamento radica, sin duda, en el derecho a la vida. Es sabido que los alimentos son las subsistencias que se le dan a ciertas personas, que le permiten subvenir a las necesidades de su existencia, que a lo menos debe cubrir el sustento diario, habitación, vestuario, salud, movilización, vivienda, esparcimiento y educación básica y media del alimentario, hasta el aprendizaje de alguna profesión u oficio” (Corte de Apelaciones de Concepción, 2008). La Corte de Apelaciones de Valdivia agrega que los alimentos no solo incluyen los medios materiales para la existencia física de la persona, sino que también deben permitir el resguardo de su integridad psicológica lo que incluye que “el menor no puede sufrir las consecuencias de una separación, alterando el status social que ha tenido, lo que implica que debe, en la medida que los ingresos del alimentante lo permitan, continuar desarrollando todas y cada una de las actividades a las que estaba acostumbrado (actividades extraprogramáticas, de entretención y comunicación con sus pares), adecuándose de esta manera a las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño” (Corte de Apelaciones de Valdivia, 2009).

Para la tutela del derecho de alimentos se exige el cumplimiento de dos requisitos, por un lado que el alimentario se encuentre en estado de necesidad, pues conforme al artículo 330 del CC los alimentos no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para

subsistir de un modo correspondiente a su posición social y, por otro lado, que el alimentante tenga los medios necesarios para otorgarlos, ya que “se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas” al momento de realizar la tasación de los alimentos, en virtud del artículo 329 del CC. En el caso en que el alimentario sea un hijo menor de edad, la ley presume que el padre o la madre tienen los medios económicos para otorgar alimentos.<sup>8</sup>

Para que los niños puedan solicitar alimentos, quien tenga el cuidado personal del niño o sea su representante legal, tendrá la facultad de pedir alimentos a través de una demanda presentada ante el Tribunal de Familia ya sea del domicilio del demandante o demandado, a elección del alimentario, conforme al artículo 1 de la ley núm. 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

Una vez resuelta la controversia, el ordenamiento jurídico reconoce diversos mecanismos para asegurar el pago de la obligación alimentaria, como el arresto del alimentante, el arraigo del deudor de alimentos, la retención de la devolución anual de impuestos a la renta, la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados, la revocación de los actos ejecutados por el alimentario, con el propósito de disminuir su patrimonio y eludir el cumplimiento de la obligación alimenticia, y la nulidad de los actos simulados ejecutados por el alimentario, entre otras medidas. Asimismo, el tribunal podrá establecer como modalidad de pago de la pensión alimenticia, la retención del empleador por el monto fijado.<sup>9</sup>

Ahora bien, la obligación de alimentos adquiere un carácter internacional cuando el acreedor de alimentos o el deudor de alimentos tienen distintas nacionalidades, su domicilio o residencia habitual se encuentran en Estados distintos, o teniéndolo en el mismo Estado, los ingresos o bienes del deudor de alimentos se encuentran en un Estado distinto al del acreedor de alimentos.

Esta situación no es excepcional, pues la separación de la familia y su desintegración ha tenido y seguirá teniendo particularidades (Siqueiros, J. S., 1990), lo que impone la necesidad de establecer medidas de protección para la parte más débil o que ha dependido de la manutención del deudor. Lo anterior resulta relevante para Chile, si tenemos en cuenta que la migración internacional de extranjeros hacia el país, en los últimos 30 años ha pasado de

alrededor de 83 mil migrantes en 1982 a los 411 mil migrantes en 2014, y se ha proyectado que cerca de 900 mil chilenos vivirían en el exterior (Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2015).

En consecuencia, las diversas formas que adquiere la familia y cuestiones de índole demográficas y migratorias que la atraviesan, hacen posible afirmar que, la legislación chilena requiere también adaptarse a nuevas formas de hacer familia, en la que está presente el elemento extranjero o transnacional, resguardando los vínculos familiares, y en este caso específico, el vínculo económico y de gestión del cuidado de los niños (Valenzuela Muñoz, V., 2015).

### **Competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras**

La ratificación o adhesión a tratados internacionales que tienen como objetivo el cobro de las obligaciones alimenticias en el extranjero se insertan en una discusión pública al interior del Estado sobre la intervención del mismo en la vida familiar de las personas, pues implica la incorporación de mecanismos especiales de protección para los niños, dotando a la Autoridad Remitente y a la Institución intermediaria de facultades de representación de los acreedores, y estableciendo procedimientos especiales para que el pago de la obligación se obtenga de manera rápida y eficaz.<sup>10</sup>

Como ya he adelantado, Chile no ha suscrito tratados internacionales sobre competencia internacional, ley aplicable, o reconocimiento y ejecución resoluciones judiciales en materia de alimentos, a pesar de que a nivel regional contamos con la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, y a nivel global, la Conferencia de La Haya ha dictado periódicamente tratados relativos a la materia. Como consecuencia, carecemos de reglas uniformes con otros Estados que contribuyan a la determinación del tribunal competente, la ley aplicable o al reconocimiento de resoluciones judiciales, lo que se agrava si tomamos en cuenta que, respecto de las obligaciones alimenticias, los Estados emplean un tratamiento dispar.<sup>11</sup>

## Competencia Internacional

La competencia judicial internacional ha sido definida como la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales del Estado, para conocer y resolver de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, pertenecientes tanto a la jurisdicción contenciosa como a la voluntaria (Castellanos, E. y Rodríguez, J., 2008).

Los autores chilenos han discutido sobre la existencia o no de un conjunto de reglas sobre competencia judicial internacional en nuestro ordenamiento. Sin embargo, hay cierta unanimidad en afirmar que en Chile no tendríamos disposiciones internas que permitan determinar cuál es el tribunal competente para conocer, y juzgar un litigio civil o comercial con algún elemento extranjero.<sup>12</sup>

## Ley aplicable

El marco regulatorio chileno sobre ley aplicable nada dispone a cerca de la forma de determinar el derecho extranjero aplicable a un litigio, a excepción de tratados civiles o mercantiles específicos. Sin perjuicio de ello, varios autores discuten sobre la naturaleza del derecho extranjero en Chile.

Por un lado, hay quienes señalan que el derecho extranjero es un hecho jurídico, es decir, requiere ser probado en juicio. Para otros, en cambio se trata de un derecho, y no requiere prueba, pues no sería diferente a la legislación nacional, aplicándose directamente.<sup>13</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación del derecho extranjero en Chile parece limitada por lo dispuesto en el artículo 14 del código civil,<sup>14</sup> en virtud del cual rige el principio de territorialidad de la ley. Es en este ámbito donde se presentan ciertos desafíos para nuestra legislación en materia de familia, y en particular en derecho de alimentos.

Como resulta bien conocido, ni en los instrumentos internacionales de Naciones Unidas, la Conferencia de La Haya o la Organización de Estados Americanos ni en el ordenamiento jurídico chileno podremos encontrar una definición sobre la familia. Se trata de un concepto dinámico, cuya definición podría provocar la exclusión de algún tipo de relación familiar y con

ello, su falta de protección estatal (Sanz Caballero, S., 2006).

Los cambios en la familia repercuten en una transformación del derecho internacional privado. Un factor de cambio es la inmigración. Con ella, personas de distintas culturas, costumbres y sociedades se trasladan a otros Estados que poseen valores y sensibilidades propias. El estatuto personal se ve fuertemente afectado por ello, pues en muchas ocasiones la regulación y los valores en torno al matrimonio, la filiación, la monogamia, la monoparentalidad, la adopción, la herencia, la relación entre los cónyuges y las responsabilidades parentales, pueden colisionar entre un Estado y otro (Bouza Vidal, N., 2007). Por ello, el derecho internacional privado busca garantizar la continuidad y permanencia de las relaciones familiares y sucesorias de aquellos que se desplazan, teniendo en cuenta que los vínculos familiares entre personas de distintas nacionalidades y culturas exigen que las decisiones administrativas o judiciales que sobre ellas se tomen por un Estado sean reconocidas y ejecutadas por otro.

Sin embargo, el derecho internacional privado chileno se mantiene inalterable. Actualmente no contamos con una legislación que permita conciliar la identidad cultural del inmigrante con nuestro derecho y tampoco el respeto a las variadas situaciones familiares o personales en que se encuentren nuestros nacionales en el extranjero. Ello queda de manifiesto en el principio de territorialidad de la ley consagrado en el artículo 14 del código civil chileno, el cual obliga a todos los extranjeros a someterse al derecho chileno, incluyendo lo referido a su estatuto personal y, por lo tanto, al derecho de alimentos; mientras que los chilenos están sujetos al ordenamiento jurídico chileno respecto de su estatuto personal aun cuando hayan residido en Chile por un breve lapso de tiempo, como manda el artículo 15 del mismo código.

En consecuencia, el derecho chileno en materia de estatuto personal y particularmente, en lo que se refiere a las obligaciones alimenticias ha optado por un modelo que promueve la asimilación y la integración de los extranjeros en Chile, pues autoriza la aplicación de la ley del territorio y al mismo tiempo, obliga a los nacionales a regirse por leyes chilenas en el extranjero sin reconocerles sus sentimientos de pertenencia al Estado o cultura en la que residen. Al mismo tiempo, la ley chilena no resuelve cuál es la ley aplicable en el caso de que una de las partes sea extranjera y al mismo tiempo resida en el extranjero, como puede ocurrir en los conflictos de alimentos.

Lo anterior, pone de manifiesto que, desde una perspectiva privatista internacional, el Estado chileno no ha adoptado medidas legales con el fin de que los padres o las personas responsables del niño puedan proporcionarle la asistencia material necesaria para asegurar su desarrollo, pues no resulta claro cuál es el derecho aplicable en un conflicto de alimentos en el que deben resolver los tribunales chilenos. De este modo, un adolescente alemán que vivió por diez años en Bolivia y reside actualmente en Chile, demanda ante los tribunales chilenos por alimentos a su padre canadiense quien aún reside en Bolivia ¿qué ley se aplicará a dicho conflicto? ¿La ley chilena, la ley alemana, la ley canadiense o la ley boliviana? ¿No debiese en estos casos introducirse criterios en el que las partes opten por la ley aplicable, se aplique la del lugar de residencia habitual o el estatuto personal más próximo al niño?

Como una medida relativa a la obtención de alimentos a favor de los niños, el Estado de Chile podría adherir a la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, que introduce reglas uniformes para la determinación de la ley aplicable en la materia, y se encuentra vigente en países desde los cuales tenemos alta inmigración, como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Perú.<sup>15</sup> Este convenio establece que el derecho aplicable a las obligaciones alimenticias se regulará en el orden que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor, ya sea el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o residencia habitual del acreedor y, en segundo lugar, el del deudor.

En el mismo sentido, para aquellos conflictos que se susciten con países pertenecientes a la Unión Europea (si bien el Convenio y su protocolo está abierto para la ratificación y adhesión de otros países) resulta de utilidad el Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias internacionales al Convenio de La Haya de 2007, el cual incorpora normas generales de determinación de ley aplicable, así como normas especiales a favor de determinados acreedores, como los niños, e incluso autoriza a las partes a designar en cualquier momento la ley aplicable a una obligación alimenticia.

## **Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de alimentos en Chile**

El reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia de alimentos también carece de una disposición especial y, en consecuencia, se rige por las disposiciones sobre resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros, establecidas en los artículos 242 a 251 del Código de Procedimiento Civil, las cuales regulan el exequátur, y que designan como tribunal competente para conocer de este asunto a la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior, afecta especialmente a los niños, debido a que como la necesidad de alimentos es inmediata, es necesario contar con un procedimiento rápido y eficaz que permita reconocer y ejecutar las decisiones de otros Estados respecto al derecho de los niños de recibir alimentos. El exequátur carece de la agilidad indispensable para un procedimiento que debiese ser de urgencia, es costoso pues requiere de la presentación de copias legalizadas y apostilladas, y emplea un procedimiento contencioso para que la parte contra quien se pide la ejecución exponga lo que estime conveniente sobre la decisión del otro Estado, e incluso, el tribunal puede abrir término probatorio, antes de otorgarle fuerza obligatoria a la resolución.

De este modo, se pone en evidencia la debilidad de nuestro ordenamiento jurídico en aspectos procesales internacionales relativos al derecho de alimentos, dejando en manos de la cooperación internacional, una alternativa para contrarrestar, en parte, las dificultades mencionadas.

### **Colaboración entre autoridades en materia de alimentos: Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero**

La falta de adhesión o ratificación de tratados internacionales que establecen reglas uniformes en materia de competencia internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones, perjudica a los niños en el ejercicio de su derecho a beneficiarse de un nivel de vida adecuado.

Así, el carecer de certeza sobre el derecho aplicable en un conflicto de obligaciones alimenticias pone dilaciones a un proceso que debiese resolverse con rapidez, pues el acreedor es un sujeto vulnerable que requiere de medidas que atiendan a su protección y al reconocimiento de sus derechos.

Cuestión semejante puede decirse respecto del actual procedimiento de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. Sin embargo, en este aspecto, los tribunales tienen la facultad de tomar medidas más inmediatas que subsanen algunas de las dificultades que irroga el exequátur. De este modo, como ocurre en la sustracción internacional de menores, la Corte Suprema podría dictar un autoacordado<sup>16</sup> que acelere los procedimientos de exequátur en los que el acreedor de alimentos sea un niño o adolescente, dándosele prioridad para su resolución frente a otro tipo de sentencias extranjeras.

Un autoacordado se justifica en la necesidad de otorgarle eficacia al principio de interés superior del niño, establecido en el artículo 3 de la CDN, el cual impone el deber de considerar que la situación jurídica en la que se encuentra el niño, en este caso, como acreedor de alimentos, relevando la protección especial de sus derechos, sin considerar su nacionalidad o su lugar de residencia. Junto con este principio, concurre el derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 27 CDN), el derecho a la salud (artículo 24), el derecho a la educación (artículo 28 CDN), el respeto a la responsabilidad, los derechos y los deberes de los padres (artículo 5 CDN) y el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (artículo 18 CDN).

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario ahora recoger las alternativas que proporciona el Convenio de Nueva York, y con ello establecer si este contribuye a garantizar que los padres o las personas responsables económicamente del niño costeen la pensión alimenticia o, por el contrario, su alcance es más bien restringido.

### **Cuestiones generales sobre el Convenio**

El Convenio, fue adoptado en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas, convocada por el Consejo Económico y Social del 17 de mayo de 1955, y se encuentra en vigor en Chile desde el 23 de enero de 1961.

Más de 40 países son parte de él,<sup>17</sup> sin embargo Estados como Perú o Estados Unidos no son actualmente parte del Convenio, lo que sin duda acrecienta las dificultades de los niños para acceder al cobro de la deuda alimenticia entre estos países y Chile. Lo anterior, es especialmente relevante para los derechos de niños residentes en Perú y Chile, teniendo en cuenta que

Perú es la principal comunidad residente en Chile, alcanzando un 31,7% en el año 2014, según información del Departamento Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2015).

Como es bien conocido, el Convenio establece la colaboración entre autoridades centrales con el propósito de facilitar la obtención de alimentos entre personas que se encuentran en distintos Estados, evitando así que el acreedor se traslade al país en que se encuentra el deudor (Castellanos Ruiz, E., 2011) (Carrascosa González, J. 2013).

Al respecto, el origen del Convenio se atribuye a la necesidad de dar respuesta satisfactoria a dos supuestos: a) Los denominados hijos de la guerra, debido a que una “multitud de reclamaciones de alimentos por parte de mujeres e hijos de los soldados que combatieron la Segunda Guerra Mundial y que se dirigían contra éstos, no tenían éxito” (Carrascosa González, J. 2013); b) Hijos y cónyuges inmigrantes, pues “en muchos casos, los deudores de alimentos se trasladan a otros países y dejan de satisfacer las cantidades a las que están obligados en virtud de una obligación de alimentos bien *ex lege*, bien por sentencia judicial, bien por contrato” (Carrascosa González, J., 2013).

Sin duda, el Convenio intenta abordar el problema humanitario que se genera cuando personas sin recursos que tienen el derecho de obtener alimentos de otras que se encuentran en el extranjero, y en las dificultades del cobro de las mismas. La ventaja de un convenio de cooperación es que contribuye a garantizar la efectividad de los derechos del niño como acreedor de alimentos, mediante el auxilio y la colaboración que los Estados se brindan entre sí, con el objeto de resolver obstáculos difíciles de sortear para el acreedor que se encuentra en el extranjero, como la interposición de demandas de solicitud o reconocimiento entre otros Estados, la adopción de medidas de ejecución, y la remoción de los límites a las transacciones económicas impuestas por disposiciones relativas a la circulación de divisas y capitales (Fernández Rosas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S. 2013). Al respecto, se ha destacado que las disposiciones de este Convenio son complementarias e integradoras, pues admiten el diálogo entre ordenamientos (Etel Rapallini, L., 2011). De ahí que su finalidad sea la obtención de alimentos a través de autoridades centrales (Rodríguez, S., 2006), y no directamente por el acreedor.

De las disposiciones del Convenio se derivan una serie de principios que rigen su aplicación, dentro de los cuales se ha destacado el principio de buena fe (artículo 4), el principio de igualdad (artículo 9 núm. 1°), la asistencia jurídica gratuita (artículo 4 núm. 3°), la eliminación de la garantía del arraigo en juicio o caución (artículo 9 núm. 2°) y, la gratuidad en las actuaciones de las autoridades (artículo 9 núm. 3°) (Rodríguez, S., 2006). Puede agregarse también el deber de información, radicado en la Institución Intermediaria, y en virtud del cual, debe mantener convenientemente informada a la Autoridad Remitente; y la motivación de las actuaciones tanto del solicitante como de las autoridades centrales, de conformidad a lo establecido en la letra c) del artículo 3 núm. 4°, artículo 4 núm. 3° y artículo 6 núm. 2°.

En cuanto al ámbito de aplicación del Convenio, hay que precisar tres aspectos. En primer lugar, como se trata de un convenio de reciprocidad, el ámbito de aplicación espacial exige que tanto el acreedor como el deudor de alimentos se encuentren en Estados Partes, aunque sin importar si tienen su domicilio o residencia habitual en ellos. En definitiva, basta la mera presencia (Castellanos Ruiz, E., 2011) aunque no pasajera (Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., 2004); (Carrascosa González, J., 2013). En segundo lugar, en lo relacionado con el ámbito de aplicación material, el litigio debe versar sobre obligaciones alimenticias internacionales, con independencia de la nacionalidad de las partes y de la relación jurídica entre personas en cuya virtud se exigen los alimentos (Rodríguez, S., 2006). Desde esta perspectiva, el Convenio cubre los alimentos entre personas vinculadas por parentesco o matrimonio, las originadas convencionalmente entre las partes y también aquellas que surjan entre parejas de hecho, o cónyuges del mismo sexo. Al respecto se afirma que si bien no se señala qué obligaciones alimenticias se incluyen, de los trabajos preparatorios se pueden encuadrar las obligaciones alimenticias *ex lege*, las derivadas de relaciones entre ascendientes y descendientes y las que se derivan entre los cónyuges, excluyéndose las obligaciones alimenticias entre colaterales (Castellanos Ruiz, E., 2011).

Finalmente, respecto al ámbito de aplicación temporal de Convenio, como nada dice sobre la retroactividad de sus normas, de conformidad con el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, éste no podría aplicarse retroactivamente, por lo que conforme al artículo 14 del Convenio de Nueva York, su entrada en vigor será treinta días después de que el Estado Parte deposite su instrumento de ratificación o adhesión.

## **El proceso colaborativo entre Autoridades e Instituciones intermedias**

Dos son los organismos a través de los cuales se lleva a cabo la cooperación entre los Estados partes. Uno, la Autoridad Remitente, es la encargada de transmitir la solicitud y los documentos de la reclamación de alimentos realizada por el acreedor a la Institución Intermediaria del Estado del demandado. El otro, la Institución Intermediaria, es la representante del acreedor en el Estado donde reside el deudor de alimentos, evitando así que el acreedor de alimentos tenga que trasladarse al país donde se encuentra el deudor para ejercitar una acción de alimentos u obtener el exequátur de una sentencia.

Para que la Institución Intermediaria pueda representar al acreedor, el artículo 6 ordena que se le otorguen las facultades que éste le confiera, y de este modo, tomar todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, incluida la transacción, pudiendo también iniciar o proseguir una acción de alimentos y hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial. Lo anterior, posibilita que la Institución Intermediaria intente medios alternativos de resolución de conflictos, de manera paralela a la interposición de una acción judicial o administrativa, un atributo que puede beneficiar al alimentario, al contar con un método adicional para fijar el monto y el cobro de los alimentos.

Si bien en Chile la mediación familiar tiene carácter previo a la interposición de la demanda en las causas relativas al derecho de alimentos, en la práctica de la Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana (Autoridad Remitente e Institución Intermediaria en Chile), y algunas sentencias, nos muestran que este paso previo puede omitirse, debido a la urgencia y gravedad que revisten este tipo de casos.<sup>18</sup> En Chile, desde el año 2010, y hasta noviembre del 2016, la Corporación de Asistencia Judicial, ha recibido 258 solicitudes. De ellas, 173 solicitudes se encuentran actualmente vigentes.<sup>19</sup>

El procedimiento de colaboración entre Autoridad Remitente e Institución Intermediaria se inicia con la solicitud que realiza el acreedor de alimentos a la Autoridad Remitente, y que según señala el artículo 3 núm. 4° del Convenio, debe ajustarse a la ley del Estado de la Institución Intermediaria, sin perjuicio de expresar, a lo menos: “a) El nombre y apellido del demandante, su dirección, fecha de nacimiento, nacionalidad y ocupación, y, en su

caso, el nombre y dirección de su representante legal; b) El nombre y apellido del demandado y, en la medida en que sean conocidas por el demandante, sus direcciones durante los últimos cinco años, su fecha de nacimiento, nacionalidad y ocupación; c) Una exposición detallada de los motivos en que se funda la pretensión del demandante y del objeto de ésta y cualesquiera otros datos pertinentes, tales como los relativos a la situación económica y familiar del demandante y el demandado”.

La solicitud es acompañada de los documentos pertinentes, un poder para que la Institución Intermediaria pueda actuar en nombre del acreedor, una fotografía del acreedor de alimentos, y si es posible, una fotografía del deudor.

Una vez realizada la solicitud por parte del acreedor, la Autoridad Remitente deberá cerciorarse de que tanto ésta como los documentos pertinentes reúnen los requisitos de forma de acuerdo con la ley del Estado del demandante, transmitiéndoselos a la Institución Intermediaria del Estado del deudor, pudiendo rechazarla si considera que la solicitud no ha sido formulada de buena fe (artículo 4 núm. 1). Asimismo, la Autoridad Remitente podrá hacer saber a la Institución Intermediaria de su opinión sobre los méritos de la pretensión, y realizar recomendaciones sobre la concesión de asistencia jurídica gratuita y exención de costas (artículo 4 núm. 2).

Asimismo, podrá iniciarse un proceso a través de una acción de alimentos, en el país donde se encuentre el deudor, si “las normas del derecho internacional privado del país donde se halla el acreedor de alimentos otorgan competencia judicial internacional a los tribunales de dicho Estado” (Castellanos Ruiz, E., 2011). En este supuesto, la ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de las mismas será la ley del Estado del demandado, inclusive el derecho internacional privado, por lo que estamos frente a una disposición que resuelve un conflicto de sistemas (Calvo y Carrascosa, 2004).

Durante el proceso para la obtención de alimentos, están admitidos los exhortos o cartas rogatorias (artículo 7), cuando ambos Estados los contemplen, para obtener más pruebas, documentales o de otra especie, procedimiento en el que intervienen la Institución Intermediaria, la Autoridad Remitente correspondiente y el demandado, estableciéndose plazos de hasta cuatro meses de recibido un exhorto por la autoridad requerida solo para que

ésta explique las razones a que obedezca la demora o falta de cumplimiento en la diligencia del mismo (artículo 7 letra c). Lo anterior da cuenta de la falta de armonía de los plazos fijados por el Convenio con el estado actual de las comunicaciones y la tecnología para la tramitación de distintos medios de prueba, cuestión limita la efectividad y celeridad con que deben tutelarse los derechos de alimentos de los niños. Asimismo, el Convenio establece dos causales para negar la tramitación del exhorto, por un lado, la falta de autenticidad del documento, y por otro, la consideración del Estado en cuyo territorio a de diligenciarse el exhorto de que la tramitación del documento menoscaba su soberanía o su seguridad (artículo 7 letra e) núm. 2), dando lugar incluso al reembolso de derechos o costas.

El procedimiento se torna aún más complejo si es que un tribunal chileno decide practicar diligencias en el extranjero, pues deberá recurrir a la vía diplomática, establecida en el artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, dirigiéndose al funcionario en el exterior que deba intervenir por medio de la Corte Suprema de Justicia, quien enviará dicha comunicación al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que sea éste organismo quien de curso de conformidad con los tratados internacionales vigentes y las reglas que haya adoptado el propio Gobierno. Si el exhorto o carta rogatoria emana de un tribunal extranjero para cumplirse en Chile, deberá seguirse el mismo procedimiento.

Finalmente, la ejecución de sentencia, resolución u otro acto judicial, se llevará a cabo de conformidad a las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales de cada país. Para el cumplimiento de la obligación, el Convenio dispone que deba priorizarse la transferencia de fondos desde o hacia el extranjero, destinados al pago de alimentos cuando los Estados establezcan restricciones a ellas. Sin embargo, no incorpora mecanismos que faciliten el pago de los mismos, ni aun cuando las restricciones no sean excesivas.

Al respecto, basta recordar que en Chile el envío de dinero a una cuenta bancaria en el extranjero o realizar operaciones como remesas, pagos o traslados de fondos al exterior, ingresos de fondos del exterior u operaciones que impliquen disposición de fondos en el exterior, puede estar afecto a impuestos y comisiones bancarias que encarecen la obligación de alimentos si la comparamos con una obligación de alimentos de carácter nacional. Al mismo tiempo, la ejecución de medidas de apremio para obtener el pago, puede tor-

narse compleja cuando el niño reside en el extranjero, el deudor en Chile y su remuneración o ingresos son percibidos en un tercer país.

## Conclusiones

1. Las nuevas situaciones sociales derivadas de la migración, han propiciado la conformación de familias diversas y multiculturales, las cuales pueden encontrar en el derecho internacional privado un mecanismo para impulsar las transformaciones jurídicas en el orden nacional, que impliquen el respeto por parte del Estado de la ley nacional del extranjero, la de su residencia habitual o la que lo identifique en todo aquello concerniente a su estatuto personal.

2. Las fuentes de derecho internacional privado en materia de obligaciones alimenticias internacionales en Chile son escasas. Lo anterior, plantea desafíos para el cumplimiento del compromiso contraído al suscribir la CD de promover la adhesión a todos los acuerdos y tratados internacionales o bilaterales apropiados relacionados con el cobro de la pensión alimenticia desde el extranjero. Por otro lado, nos muestra también el escaso interés del legislador por resolver los problemas derivados de la conformación de familias internacionales.

3. El único convenio vigente en la materia es de cooperación, por lo que no contamos con reglas uniformes en materia de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, lo que dificulta el cobro de la obligación alimenticia, limita el ejercicio del derecho del niño a un nivel de vida adecuado, y no contribuye a que el Estado asegure el pago de la misma por parte de las personas responsables del niño. Asimismo, el procedimiento establecido en el Convenio no cuenta con plazos breves ni perentorios para el cumplimiento de diligencias, ni estimula la priorización en el tratamiento judicial de este tipo de casos. Finalmente, el trabajo de la Autoridad Remitente y la Institución Intermediaria, no está sujeto a plazos ni se establecen mecanismos actualizados que contribuyan a que el procedimiento para el cobro sea rápido y eficaz.

4. El Convenio no establece reglas relativas a la transferencia de fondos desde y hacia el extranjero. Lo anterior, afecta al monto de la obligación y a su pago efectivo, lo que redundará, una vez más, en la afección del derecho del niño a un nivel de vida adecuado.

## Referencias

---

- Bouza Vidal, N (2007). Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho Internacional Privado. *La Notaría*, (42), 1.
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J (2004). *Derecho de Familia Internacional* (2º ed.). Madrid: Coles.
- Canelo, C. (2014). *Derecho Procesal Internacional*. Santiago de Chile: Jurídica de Santiago.
- Carrascosa González, J. (2013). Alimentos. En A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González. *Derecho Internacional Privado* (Vol. 2, 14º ed.). Granada: Colmenares.
- Castellanos Ruiz, E. (2011). La obligación de alimentos en el derecho internacional privado. En M. Izquierdo Toldada y M. Cuenta Casas. *Tratado de Derecho de Familia* (Vol. 1). Pamplona: Thompson Reuters.
- Castellanos, E. y Rodríguez, J. (2008). Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. In *Drent, Revista para el análisis del Derecho* (jul.). Disponible en [http://www.indret.com/pdf/368\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/368_es.pdf)
- Cerdeira, J. (2009). Jurisdicción, ley aplicable y cooperación internacional en materia de obligaciones alimenticias. *Revista Jurídica de la Universidad de Flores*, 1, 1-25.
- Etel Rapallini, L. (2011). Cobro de alimentos en el extranjero: perspectivas de la Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias. *Seminario de Derecho Internacional. Cooperación Jurídica en materia de derecho de familia y niñez*. OEA/Sec.General DDI/doc. 13/11. Disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/seminario\\_derecho\\_internacional\\_documentos\\_liliana\\_rapallini.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_liliana_rapallini.pdf)
- Fernández Rosas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S. (2013). *Derecho Internacional Privado* (7º ed.). Madrid: Civitas.

- Gómez de la Torre Vargas, M. (2007). *El Sistema Filiativo Chileno*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Grossman C. (2014). Alimentos a los hijos y Derechos Humanos. La responsabilidad del Estado. En C. Grossman (Dir.). *Alimentos a los hijos y derechos humanos*. Bs. As.: Universidad de Buenos Aires.
- Kemelmajer, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014* (Tomo 4). Bs. As.: Rubinzal-Culzoni.
- Lázaro González, I. (2011). Intervención pública en la protección de los menores y respecto a la vida en familia: aportes del Tribunal de Estrasburgo. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (83-84), 255-290.
- Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Departamento de Extranjería y Migración (2015). *Anuario Estadístico Nacional sobre migración en Chile. 2005-2014*. Disponible en <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/02/Anuario-Estad%C3%ADstico-Nacional-Migraci%C3%B3n-en-Chile-2005-2014.pdf>
- Monsálvez Müller, A. (2010). *Derecho internacional privado* (4º ed.). Santiago (Chile): Metropolitana.
- Naciones Unidas (2007). *Legislative History of the Convention on the rights of the child* (Vol. 2). New York: ONU.
- Orrego, J. A. (2009). Consideraciones en torno a la regulación de los alimentos en el Derecho chileno. En W. Pizarro, C. Pérez Villar y C. Gloria. *Estudios de Derecho Civil 4: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué*.
- Ramírez Necochea, M. (2013). *Derecho Internacional Privado*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Ramos Pazos, R. (2010). *Derecho de Familia* (Tomo 2). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

- Rodríguez, S. (2006). *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano* (1° ed.). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Sanz Caballero, S. (2006). *La familia en la perspectiva Internacional y Europea*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Serrano Masip, M (2013). Protección jurisdiccional de menores en situación de riesgo y desamparo. Iniciativas del Consejo de Europa y de la Unión Europea en orden a una justicia adaptada a los menores. En M. De Hoyos Sancho (coord.). *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Siqueiros, J. S. (1990). Los alimentos de menores a nivel internacional. En: AA.VV. *Derechos de la Niñez*. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Squella, A. (2011). *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile
- Valenzuela Muñoz, V. (2015). Aplicación de los Convenios Internacionales en materia de familia y su acople con fenómenos contemporáneos. *Revista Perspectivas*, (26).
- Villarroel, C., y Villarroel, G. (2015). *Derecho Internacional Privado*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Zarricueta, J. F. (2015) Alimentos pedidos desde el extranjero y mediación obligatoria. *Revista de Derecho de Familia*, 1.

## Sentencias

---

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) con Guatemala, 19 de noviembre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC- 17/2002, 28 de agosto 2002.

Corte Suprema de Justicia, 4 de julio de 1946, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia.

Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de junio de 2008. Legal publishing núm. 39244.

Corte de Apelaciones de Valdivia, 7 de enero de 2009. Legal publishing núm. 41516.

## Notas

---

<sup>1</sup> Ya en la Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928, que dio origen al Código de Derecho Internacional Privado, se incluyó a las obligaciones alimenticias en el Capítulo 6 denominado “Alimentos entre Parientes”.

<sup>2</sup> El concepto de “elemento extranjero”, hace referencia a los factores que pueden vincular un determinado litigio a diversas legislaciones.

<sup>3</sup> Según la taxonomía de necesidades infantiles y adolescentes de Ochaíta y Espinoza, las necesidades de salud física comprende, entre otros, la alimentación, la vivienda y la higiene, mientras que la autonomía requiere de la satisfacción de necesidades psicológicas y sociales. De este modo, la teoría explicativa de las necesidades sirve de base para justificar los derechos del niño. (Ochaíta y Espinoza, 2004).

<sup>4</sup> El año 1987, en el Grupo de Trabajo para la redacción del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, el representante de Finlandia, con el apoyo de los Países Bajos y Noruega propuso incluir el cobro de pensiones alimenticias en el extranjero, discusión que se desarrolló incluso antes de la propuesta sobre incluir una referencia al cobro de pensiones alimenticias en el propio Estado (Naciones Unidas, 2007, párr. 126).

<sup>5</sup> Otras legislaciones sí establecen un concepto de alimentos. Así, por ejemplo,

el artículo 142 del Código Civil español señala que: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

<sup>6</sup> Art. 321. Se deben alimentos: 1º. Al cónyuge; 2º. A los descendientes; 3º. A los ascendientes; 4º. A los hermanos, y 5º. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue.

<sup>7</sup> Es necesario señalar que esta disposición ha sido objeto de críticas por algunos autores. Juan Andrés Orrego ha señalado al respecto que “la posición social del alimentario no es un factor que deba considerarse para determinar la cuantía de los alimentos (...) Estos cuestionamientos son especialmente importantes, cuando quien demanda alimentos es un menor. Si examinamos las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, puede observarse, en primer lugar, que en su artículo 2 se advierte que deben respetarse los derechos que la Convención asegura a todo niño, sin importar, entre otros factores, su origen social o su posición económica, debiendo los Estados Partes adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación, entre otros factores, por causa de su condición” (Orrego, J. A. , 2009).

<sup>8</sup> Así lo dispone el artículo 3 inciso 1 de la ley núm. 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

<sup>9</sup> El artículo 8 ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias dispone que “Las resoluciones judiciales que ordenen el pago de una pensión alimenticia, provisoria o definitiva, por un trabajador dependiente establecerán, como modalidad de pago, la retención por parte del empleador. La resolución judicial que así lo ordene se notificará a la persona natural o jurídica que, por cuenta propia o ajena o en el desempeño de un empleo o cargo,

deba pagar al alimentante su sueldo, salario o cualquier otra prestación en dinero, a fin de que retenga y entregue la suma o cuotas periódicas fijadas en ella directamente al alimentario, a su representante legal, o a la persona a cuyo cuidado esté”.

<sup>10</sup> Sobre la intervención pública en la protección de los niños y el respeto a la vida familiar, y la protección jurisdiccional de menores en situación de riesgo y desamparo, puede consultarse Serrano Masip, M (2013) y Lázaro González, I. (2011).

<sup>11</sup> Al respecto, se ha destacado que, si bien casi todos los ordenamientos jurídicos establecen una sanación positiva respecto a la obligación alimenticia entre parientes, “resulta especialmente complejo en el Derecho Internacional Privado. En efecto, la pluralidad de leyes en presencia agrava las dificultades de reglamentación”. (Villarreal, C., y Villarreal, G., 2015).

<sup>12</sup> Al respecto, Carola Canelo explica que “un análisis del sistema jurídico chileno y entendiendo el sentido del Código (Orgánico de Tribunales), la finalidad del artículo 5° es simplemente señalar cuáles son los tribunales competentes en Chile, para resolver los asuntos que se promuevan en su territorio, cualquiera sea la naturaleza del asunto o la calidad de las partes, y no resolver un conflicto de competencia internacional (...) Otra prueba de la carencia de reglas de competencia internacional en Chile es que en caso de contiendas de competencia (es decir, cuando dos o más tribunales se consideran competentes o igualmente incompetentes para resolver un asunto) el Código Orgánico de Tribunales establece mecanismos de solución sólo a nivel local” (Canelo, C., 2014) (Ramírez Necochea, M., 2013).

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico chileno existen normas de derecho interno que regulan la competencia judicial internacional en materias particulares del derecho civil, por ejemplo el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, establece el juez competente para conocer del juicio de petición de herencia, del de desheredamiento y del de validez o nulidad de disposiciones testamentarias, de las diligencias judiciales relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de los bienes que el difunto hubiere dejado.

<sup>13</sup> Sobre esta discusión doctrinal, véase: (Canelo, C., 2014)(Ramírez Neco-

chea, M., 2013)(Monsálvez Müller, A., 2010)

<sup>14</sup> Artículo 14: La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.

<sup>15</sup> También se encuentra vigente en Belize, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Uruguay.

<sup>16</sup> De acuerdo a Squella, “los autoacordados emanan no de las autoridades políticas ni administrativas, sino de los tribunales superiores de justicia, y contienen normas jurídicas de carácter general que tienen la finalidad de conseguir una eficaz y expedita administración de justicia. Por lo mismo, no pueden ser entendidos como expresión de la función jurisdiccional que compete a los tribunales de justicia, sino tal vez como manifestaciones legislativas de los tribunales superiores de justicia, por medio de las cuales estos últimos, y en especial la Corte Suprema, regulan determinadas materias que en rigor tendrían que ser normadas por medio de leyes”. (Squella, A., 2011, 351).

<sup>17</sup> Son parte de la Convención al mes de noviembre de 2016: Argelia, Argentina, Australia, Austria, Barbados, Belarus, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Cabo Verde, República Centroafricana, Chile, Colombia, Croacia, Cyprus, Czechia, Dinamarca, Ecuador, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Guatemala, Haití, Holy See, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Liberia, Luxemburgo, México, Mónaco, Montenegro, Marruecos, Holanda, Nueva Zelanda, Nigeria, Noruega, Pakistán, Filipinas, Polonia, Portugal, República de Moldova, Rumania, Serbia, Seychelles, Eslovaquia, Eslovenia, España, Sri Lanka, Suriname, Suecia, Suiza, Macedonia, Túnez, Turquía, Ucrania, Reino Unido, Uruguay.

<sup>18</sup> Sobre mediación familiar en las obligaciones alimenticias internacionales en Chile, consúltese Zarricueta, J. F. (2015).

<sup>19</sup> Información de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, obtenida a través del sistema electrónico de transparencia activa.



Jesús Sánchez Lorenzo✉

## El multiculturalismo y la autodeterminación en el ámbito de los derechos humanos

*Multiculturalism and self-determination  
in the field of human rights*

*Multiculturalismo e autodeterminação  
no âmbito dos direitos humanos*

**Resumen:** *Partiendo de la diferente igualdad de los seres humanos (multiculturalidad) caminamos por la senda del liberalismo guiados por la globalización con el fin de alcanzar la máxima expresión de los derechos humanos, innatos a la figura del individuo en cuanto parte de un determinado grupo. Esa globalización que hace de guía debe hacer a los seres humanos más interdependientes, sin embargo puede (y parece) provocar la sectorización (guetorización es el término utilizado) de la sociedad democrática occidental y de la humanidad en general para la defensa de intereses comunes a esos grupos y que el propio fenómeno globalizador obvia dado que éste carece de interés real por los seres humanos y sus derechos individuales y grupales. Con la agrupación de individuos en torno a los mismos intereses surge la idea de la defensa, democrática, de éstos. Esta defensa democrática se lleva a cabo mediante el enaltecimiento de ideales nacionalistas con los que llegar a conseguir cierta autonomía y/o independencia frente al arrollador sentido de las mayorías que la mayoría de las veces obvia la existencia de minorías con derechos humanos propios. Ello se puede llevar a cabo mediante la federación política de unos y otros grupos. Se debate al final si la secesión es fruto del éxito de la defensa de los derechos humanos de las minorías.*

**Palabras clave:** *autodeterminación, comunitarismo, derechos humanos, federalismo, globalización, liberalismo, multiculturalismo, nacionalismo, secesionismo.*

✉ Profesor de la Universidad Internacional de Valencia (VIU). Profesor tutor en el Grado en Derecho y en el Grado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas de la UNED en el Centro Asociado de Madrid Sur. Doctorando en Derechos Fundamentales, especialidad Libertades Informativas, en la UNED. Máster en Derechos Fundamentales, especialidad Libertades Informativas, y Licenciado en Derecho por la UNED.

✉ [jesus.sanchez.lorenzo.pro@gmail.com](mailto:jesus.sanchez.lorenzo.pro@gmail.com)

**Abstract:** *Based on the different equality of human beings (Multiculturalism) we move along the path of liberalism, guided by globalization in order to achieve the maximum expression of human rights, an innate component of individuals as part of a particular group. Such globalization as a guide should make human beings more interdependent. However it may provoke (and seems to be provoking) sectorization (the term used is ghettoization) in the Western democratic society and humanity in general for the defense of common interests to these groups. And the globalization phenomenon itself seems to ignore this, since it has no real interest in human beings and their individual and group rights. The grouping of individuals around the same interests leads to the idea of the democratic defense of such interests. This democratic defense is carried out by the exaltation of nationalist ideals that manage to get some autonomy and/or independence from the overwhelming sense of majority, most of the time ignoring the existence of minorities with their own human rights. This can be accomplished by a policy federation of both groups. In the final part, there is a discussion if whether secession is the result of the success of the defense of human rights of minorities.*

**Keywords:** *self-determination, communitarianism, human rights, federalism, globalization, liberalism, multiculturalism, nationalism, secessionism.*

**Resumo:** *Partindo da diferente igualdade entre os seres humanos (multiculturalidade) caminhamos pela trilha do liberalismo guiados pela globalização a fim de atingir a máxima expressão dos direitos humanos inerentes à figura do indivíduo enquanto parte de um determinado grupo. Essa globalização que norteia deve tornar os seres humanos mais interdependentes, porém pode (e parece) provocar a setorização (guetorização é o termo utilizado) da sociedade democrática ocidental e da humanidade em geral para a defesa de interesses comuns a esses grupos e que o próprio fenômeno globalizador evita uma vez que ele carece de interesse real pelos seres humanos e seus direitos individuais e grupais. Com o agrupamento de indivíduos entorno aos mesmos interesses desponta a idéia da defesa, democrática, destes. Essa é defesa democrática levada a cabo através do enaltecimento de idéias nacionalistas com as quais atingir certa autonomia e/ou independência perante o devastador sentido das maiorias que em geral ignora a existência das minorias com direitos humanos próprios. Isso pode ser realizado através da federação política de uns e outros grupos. Debate-se finalmente, se a secessão é fruto do sucesso da defesa dos direitos humanos das minorias.*

**Palavras-chave:** *Autodeterminação, Comunitarismo, Direitos Humanos, Federalismo, Globalização, Liberalismo, Multiculturalismo, Nacionalismo, Secessionismo.*

Recibido: 20170703

Aceptado: 20170330

## Introducción

El objetivo principal de este trabajo es ver si el actual fenómeno de la globalización puede conducirnos a una mayor autonomía en vez de a la aparente interdependencia que se podría esperar de dicho fenómeno. Por tanto, ¿nos lleva la globalización, en términos de multiculturalidad a la autodeterminación de los pueblos en forma de federalismo o, incluso, secesionismo, tal y como expone Kymlicka<sup>1</sup>?

La igualdad ante la ley es una premisa básica de lo más hondo del auténtico liberalismo del siglo XVIII, forjadora de los sistemas democráticos actuales. Pero los pensadores políticos, jurídicos y sociales no se han puesto hasta la fecha de acuerdo en el modo en que esta igualdad entre personas debe llevarse a cabo, pero cada vez parece más evidente que para alcanzar una igualdad plena, todos los individuos deberían partir de la misma posición, no siendo así, primero hay que igualar esa posición de salida mediante medidas que en principio parecen romper esa igualdad. ¿Es posible? Teniendo en cuenta que los seres humanos somos diferentes por naturaleza unos de los otros parece obvio que las normas que nos rijan sean también diferentes. ¿Necesitamos una norma para cada uno de nosotros? Inconcebible de todas maneras pues seguramente nos conduciría a la anarquía. El hombre es un animal social, *zoon politikon* que decía Aristóteles, hasta ahí, creo, todos de acuerdo. Por tanto se integra en un grupo para poder desarrollar su sociabilidad natural y su personalidad individual. Pero no todos los individuos tienen los mismos objetivos, ni la misma naturaleza, ni la misma creencia, ni muchos elementos más, comunes todos ellos al ser humano en cuanto tal.

Kymlicka propone que las minorías deben ser protegidas a través de derechos exclusivos para su grupo. La secesión es, para este autor, el más alto grado de autodeterminación, aunque un peligro real del federalismo se debe al éxito de éste, del que disponen los grupos minoritarios. Ciertamente que la referencia que se hace es de minorías nacionales pero, ¿acaso las minorías de inmigrantes no podrían tener el mismo objetivo? Supongo que sí, discrepando

con ello de la solución particular de Kymlicka al respecto, por eso la idea de que el mundo globalizado –y globalizador– nos puede encaminar hacia la clásica tradición en sus aspiraciones de independencia de los pueblos, bien se sigan modelos liberales (Rawls)<sup>2</sup>, comunitaristas (Taylor)<sup>3</sup> o, en la línea de éste, de distintos modelos de gestión basados en políticas interculturales, siempre en los actuales sistemas democráticos y liberales, principalmente del mundo occidental.

### **El fenómeno de la globalización**

Como bien expone Martínez Morán (2008, 211-212), el actual fenómeno de lo que llamamos globalización no es nuevo. Pero ¿qué es la globalización?

Según Jarillo (2001, 215), se conoce la globalización como “el proceso dentro del cual las sociedades están incrementando mutuamente las relaciones de toda clase con el resultado de un mundo interconectado y progresiva difuminación de las fronteras del Estado-nación”.

Los Estado-nación, dice Habermas (2000, 85) no pueden menos que “abrirse a una sociedad mundial”, impuesta por la vía económica, al verse las sociedades de hoy día, “rebasadas en sus capacidades por las distintas hornadas de desnacionalización”:

    Pero la democracia de masas de Estado del bienestar de corte occidental se encuentra al final de un proceso que comenzó con los Estados-nación surgidos tras la Revolución francesa y dura ya doscientos años. Y si queremos entender por qué hoy el Estado social se encuentra en dificultades deberemos recordar la constelación en que tiene lugar su origen. El contenido contrafáctico del concepto de autonomía republicana elaborado por Rousseau y Kant ha podido afirmarse frente a los múltiples desmentidos de una realidad que seguía otros derroteros porque ha encontrado su “lugar” en las sociedades constituidas como Estados-nación. El Estado territorial, la nación y una economía circunscrita a unas fronteras nacionales formaron una constelación histórica en la cual el proceso democrático, en mayor o menor medida, pudo adoptar una convincente forma institucional. Del a misma forma, la idea de una sociedad constituida democráticamente, cuyas partes pueden actuar reflexivamente sobre sí mismas como si fueran un todo, solo ha hecho

progreso, hasta ahora, en el marco del Estado-nación. Esta constelación está siendo puesta en cuestión por una serie de desarrollos que han suscitado un gran interés y que conocemos con el nombre de “globalización”. (Habermas, 2000, 83-84)

La globalización afecta a diversos ámbitos. Así, el ámbito económico se ve afectado de tal manera que grupos de empresas financieras y grandes corporaciones se han hecho con el poder económico mundial, midiendo, incluso la educación y la sanidad, en términos puramente económicos, primando sus intereses sobre todo, subordinando la sociedad a ellos. De la mano, muy unida a la globalización de la economía, va la tecnológica, sirviéndole a aquélla de medio pero siendo también consecuencia de sus inversiones multimillonarias. Gracias a la sublime globalización tecnológica, las culturas han tenido el amplificador necesario para hacerse ver, oír y temer. El papel de los medios de comunicación, mejorados por la innovación y el desarrollo tecnológico han sido ese amplificador de tal manera que además de, o más bien en su lugar, informar y educar a la sociedad, se han apropiado de la información para acceder al poder económico, dedicándose a vender, y político-social, influenciando en la opinión pública *libre*. Por otro lado, los límites del Estado tradicional han sido sobrepasados por diversos organismos e instituciones creadas por y para la globalización, en principio en beneficio social pero quedándose en un simple beneficio económico particular. Tras la gran recesión de 2008 estamos siendo testigos de cómo los Estados no tienen margen de maniobra para sacar adelante a sus sociedades civiles, siendo intervenidas constantemente cuando no es por poderes económicos por amenazas de las propias organizaciones de las que voluntariamente entraron a formar parte. No debemos dejar de lado, muy unido a la *desfuncionalización*<sup>4</sup> del Estado, la defensa. Ha pasado de ser un problema de interés nacional a un problema global, si bien desde la Segunda Guerra Mundial, más aún desde los deplorables hechos acontecidos en Nueva York en 2001. El terrorismo, que siempre era considerado un problema interno (IRA, en Irlanda del Norte o ETA en España), ha pasado a serlo global. Sin ánimo de minusvalorar aquellos actos, decir que lo que ahora denominamos *terrorismo internacional* siempre ha sido definido por la Historia como guerra, conflicto bélico. Sobre todo teniendo en cuenta que se trata de choques de culturas, la occidental-liberal con la islámica-no-moderada. En este caso ya se puede percibir por qué es tan difícil actualmente encontrar una solución a la multiculturalidad. Es lo que Sartori (2001, 61 y ss.) denomina “multiculturalismo antipluralista” que

niega el pluralismo porque rechaza toda reciprocidad en el reconocimiento y porque hace prevalecer la separación sobre la integración. Vivimos en una época en la que nadie se fía de nadie por el simple hecho de ser distinto. Todo el avance democrático respecto a la no-discriminación (igualdad, recordar, valor fundamental de la democracia) entiendo que ha sido borrado de un plumazo pues, de un lado y otro, la animadversión hacia el distinto ha aumentado considerablemente. No se puede obviar que esta globalización de la defensa y de la economía, principalmente, junto a la tecnológica y la mediática, se sirven mutuamente, siendo siempre la más beneficiada la económica (el desarrollo y venta de armas y demás medios paramilitares se ha disparado en la última década)<sup>5</sup>.

Los efectos del proceso de la globalización, en general, están siendo devastadores para el individuo en cuanto persona, afectando tanto al Estado del que es parte como a la cultura que la define como tal.

El Estado cada vez tiene menos margen para tomar decisiones de una manera autónoma. Después de una primera etapa democratizadora tras la cruenta Segunda Guerra mundial, en la que se buscaba la estabilidad de los Estados, surgió otra etapa en la que el poder del Estado crecía para el bienestar de sus ciudadanos. Las fuertes fronteras establecidas, aunque parezca paradójico, sirvieron a tal fin. Pero el estado de bienestar ofrecía a todos por igual, aún haciendo diferentes esfuerzos. Con el proceso globalizador dichas políticas están en quiebra, pidiendo esfuerzos a las personas en vez de a los Estados, viendo –los poderes económicos– a éstos como competencia desleal.

En el ámbito cultural, los efectos de la globalización no son menos devastadores. Cierto, como he dicho más arriba, que los medios de comunicación de hoy en día permiten tener conocimiento de casi todo. “Casi todo” porque la información, aunque formalmente sea un derecho, y de ello se han servido los grandes grupos mediáticos, ha pasado a ser mera mercancía y se conoce lo que se paga o da beneficios. Este control del conocimiento y de la información<sup>6</sup> se hace efectivo para la expansión de una cierta cultura, la occidental, quedando cada vez más difuminadas las minoritarias. La heterogeneidad cultural de las sociedades occidentales, que existe, no se ve reflejada en la composición del Estado-nación tal y como lo conocemos ni en el modo en que éste gestiona la situación social, la hegemonía cultural pertenece a la mayoritaria dominante, que es capaz de anular “los derechos de una minoría

étnica o religiosa” (Elster, 1998, 171). En palabras de Martínez Morán:

En efecto, en esta era de la globalización, el papel de los medios de comunicación y particularmente de la televisión es fundamental, hasta tal punto que para muchos millones de televidentes no hay otra realidad que la que presenta la televisión. Con el proceso globalizador tenemos la posibilidad de información en tiempo real, observamos los fenómenos sociales, los problemas ambientales, las guerras, los actos de terrorismo, en el momento mismo en que suceden. La televisión decide en cada momento lo que es importante y lo que no lo es; impone sus criterios y censuras, lo que es verdad y lo que es mentira. Más aun, nuestras necesidades han llegado a ser las que nos crean los medios de comunicación. Es la alienación por los medios. Los medios de comunicación difunden mensajes y promueven estilos de vida (...) que traen consigo también una cierta homogeneización de las culturas y de las costumbres (...) creando expectativas de vida no acordes con la realidad (...)(Martínez Morán, 2008, 218-219).

Efectivamente, las personas cada vez tienen menos interés en pensar, la facilidad con que se puede conseguir todo hace que prefieran todo hecho y pensado (hasta su propia identidad y personalidad). “Hay que comer” es la respuesta más habitual. Los derechos fundamentales, y no digamos los humanos, que son percibidos como problemas del tercer mundo, muy lejano de la sociedad occidental, son considerados más como piedras en el camino del desarrollo personal que como el camino mismo.

### **Multiculturalismo**

Requejo (1996, 94) afirma que el concepto de multiculturalidad “es confuso en términos descriptivos, y poco operativo en términos explicativos y normativos”.

“Un proyecto en el sentido exacto del término”, es como Sartori define el multiculturalismo, y eso “porque propone una nueva sociedad y diseña su puesta en práctica”. Pero no solo, también crea diversidades lo que le convierte en fabricante de la diversidad “porque se dedica a hacer visibles las diferencias y a intensificarlas, y de ese modo llega incluso a multiplicarlas” (Sartori, 2001,123).

“El multiculturalismo ni es un problema ni es un ideal. Es simplemente un proceso” (Zapata-Barrero, 2003)<sup>7</sup>. Describe un hecho, una realidad, pero no es una opción, no se puede elegir entre ser multicultural o no<sup>8</sup>. Con él nos estamos refiriendo a la diversidad –pluralidad– cultural establecida en una sociedad económicamente homogénea, los países desarrollados de occidente. Esta pluralidad cultural puede ser de diferentes tipos, respecto de nacionalidades, lenguas, etnias, sexo, religiones, etc., y no todas son fundamento de las sociedades multiculturales, mientras en algunos países hacen referencia a etnias, otros lo hacen a sensibilidades nacionales, o, como en Europa, más dirigido hacia la inmigración, aunque ninguna es exclusiva ni excluyente, puede haber sociedades en las que existan varias a la vez y se complementen a la hora de reivindicar sus derechos.

Zapata-Barrero así lo entiende cuando dice que:

Quizá debería re-enfocarse el discurso en términos de acomodación de los portadores de la nueva multiculturalidad (los inmigrantes) con la multiculturalidad ya existente (la multinacionalidad). No deben construirse argumentos que enfrenten o perciban como antagónicos estos dos procesos. Estos dos procesos no necesariamente colisionan cuando coinciden en un mismo espacio territorial, sino que deben fusionarse (Zapata-Barrero, 2007, 209).

El término “multicultural”, en palabras de Kymlicka (1996b, 25) es “confuso, precisamente porque se sitúa ambiguamente entre lo ‘multinacional’ y lo ‘poliétnico’”, abarcando con él diferentes formas de pluralismo cultural<sup>9</sup>. El primero hace referencia a la coexistencia de más de una nación, entendida ésta como pueblo o cultura, en el seno de un mismo Estado con un cierto nivel institucional (privado y público), territorio propio, y en el que se comparten lenguas y culturas distintas, convirtiéndose, por consiguiente, en un Estado multinacional en vez de ser el clásico Estado-nación.

### **Breve apunte de las teorías rawlsiana y tayloriana**

Existe un debate entre liberalismo<sup>10</sup> y comunitarismo<sup>11</sup> como doctrinas y soluciones para la gestión de las sociedades culturalmente heterogéneas conformadas por la globalización.

Como representante de la primera destaca Rawls. Sostiene éste que no hay grupos minoritarios a los que les correspondan derechos diferentes a los de sus miembros en cuanto individuos. La prioridad es el individuo, orientándose el Estado al aseguramiento de la libertad<sup>12</sup> de aquél. Se defiende la autodeterminación individual, no así la colectiva cuando, precisamente, se lleva por delante esta autodeterminación individual fundamentada en los derechos inherentes del ser humano<sup>13</sup>. Es decir, en términos de multiculturalidad, el Estado debe permitir no tanto la diferencia cultural, perteneciente a la esfera más íntima del individuo, como el acceso a la cultura, la cual queda asegurada con la defensa de los derechos individuales frente al Estado, y en caso de ser necesario, se puede facilitar mediante acciones positivas, temporales y justificadas para no otorgar con ello prerrogativas frente a otros individuos.

Afirma Rawls que no tiene sentido defender a unos colectivos cuando con el reconocimiento de los derechos individuales de sus componentes basta, habida cuenta de que todas las leyes de los pueblos<sup>14</sup> tienen en común que “forman un conjunto de principios de justicia aplicables a todos los pueblos en todas las latitudes”, es lo que considera como *derecho de gentes* donde la justicia se trata en cuanto equidad (Rawls, 1998, 47-48). Defiende, por tanto, la asimilación como modelo de integración, estableciendo, en caso de ser necesario, una serie de medidas de promoción o protección que, en todo caso, tendrán carácter temporal para paliar así las desigualdades que de partida puedan manifestar las minorías.

El comunitarismo de Taylor parte del reconocimiento universal de derechos de la teoría liberal pero la diferencia radica en que es a través del concepto de identidad común, que requiere de “una lengua y una historia comunes” (Kymlicka, 2003, 88), como pretende el reconocimiento de una serie de derechos para un grupo de individuos de un mismo grupo diferenciado, en lugar del concepto de dignidad con el que sencillamente se buscan aquellos derechos universales e iguales para todos. Apuesta por una política de reconocimiento<sup>15</sup> de esa identidad cultural, en cuanto expresión única de una nación o pueblo, como necesaria para alcanzar la igualdad de todos los individuos. Pero, ¿esos grupos con derechos reconocidos en cuanto tales reconocen los derechos individuales de sus miembros o los limitan? Considero que ésta es la diferencia entre este reconocimiento de derechos grupales de los de Kymlicka, como más adelante expongo, ya que dada la moderación de la teoría tayloriana podría perfectamente sumarse a la de aquél, no siendo

así. He aquí una prueba más de la dificultad en buscar una solución para la gestión o problema de la multiculturalidad.

Verdaderamente cuesta no estar de acuerdo con estas teorías, pero es mi entender que ninguna de ellas es completa. Además, ambas, aunque principalmente la segunda, conducen, o al menos pueden inducir, a la creación de guetos no integrados en el conjunto de la sociedad.

Cierto que los individuos necesitan la autodeterminación individual para ser libres, ser valedores del valor de la libertad, pero no es menos cierto que el individuo separado de la familia, comunidad, grupo, Estado, etc. –da igual el nivel corporativo al que pertenezca o se incorpore– no es individuo, no tiene cómo desarrollarse como individuo ni frente a quién hacer valer su autodeterminación. Son ámbitos complementarios.

La libertad del individuo es una consecuencia social:

No conocemos a ningún hombre que haya nacido y vivido completamente apartado de la sociedad. Si tuviéramos noticias de él, no podríamos interrogarle o analizar sus comportamientos para deducir si incluye en ellos la (libertad), porque no convive, sólo vive y vive solo. Su comportamiento es aislado, no lo es respecto a otros. Las conclusiones que obtuviéramos no serían válidamente trasladables a nuestras concepciones sociales actuales. (Rebollo, 2008, 73-74).

Lo mismo se puede decir de las sociedades, todas se relacionan unas con otras, viven en el mismo mundo “y salvo en el caso especial de una sociedad aislada del resto, que es cosa del pasado, debe formular ciertos ideales y principios para orientar sus políticas hacia otros pueblos” (Rawls, 1998, 49).

Otro elemento más que importante en la definición de individuo como persona es la dignidad humana. Innata al ser humano, y muy unida a la libertad, es la que permite a éste desarrollarse como persona, el resto de derechos y libertades individuales son valedoras de dicha dignidad. Ciertamente, según la teoría clásica liberal, a tener en cuenta, estos derechos y libertades eran zonas íntimas de la persona donde el Estado no debía entrar. Pero en los actuales sistemas democráticos sociales, el Estado no sólo no debe entrar en el ámbito interno de las personas, sino que además ha de asegurarlo como

componente de la dignidad y de desarrollo de las mismas. Por tanto se constata una interacción entre la persona y el Estado.

Pero lo que consideramos dignidad así como el resto de derechos y libertades son conformaciones sociales, es la sociedad la que los delimita en base a unas concepciones morales: “La ley a menudo brota de los valores éticos de una sociedad, de manera que la ética precede al derecho y lo desborda” (Barroso, 1984, 12). Se caracteriza la conducta moral como valor fundamental a proteger por ser fuente de derecho, lo que conduce al establecimiento del orden moral necesario dentro de una sociedad democrática. Las relaciones entre individuos se establecen mediante el derecho y la moral, otorgándolas la debida obligatoriedad, dado el carácter imperativo de las normas jurídicas y de las morales, que obliga su efectivo cumplimiento. La finalidad última del derecho y la moral es la necesaria cohesión social que debe dirigir las relaciones humanas. Ni el derecho ni la moral son rígidas, se moldean a lo largo de la historia, para su buen acoplamiento con la situación social de cada momento, en la búsqueda de esa cohesión, que es su último fin. El derecho se nutre del *ethos* dando lugar al poder político que determinará la moral dominante en cada momento, instrumentalizándola mediante el propio derecho. Este poder político terminará no sólo por influir en una determinada faceta de la vida sino que se expandirá por lo más propio del hombre, su cultura, su ideología, haciendo que lo privado y lo político (por naturaleza, público) sean ámbitos imbricados de los seres humanos, haciendo, a su vez, que lo político se convierta en moral, característica inherente al hombre.

Kymlicka prefiere no hablar de derechos colectivos<sup>16</sup>, puesto que estos incluyen tanto las protecciones externas como las restricciones internas. Advierte que un liberal –aunque yo sugiero el vocablo *liberal-progresista*<sup>17</sup>– no debe aceptar las restricciones internas, que consisten en límites que impone un colectivo a sus miembros para perpetuarse; en cambio, las protecciones externas son protecciones que logra un grupo incluido dentro de otro mayor para que éste no lo afecte. Así resuelve el problema que tienen las minorías ante el Estado. Algunos críticos señalan que olvida el problema que tiene el Estado frente a la pluralidad, entiendo que tal problema es el mismo, entonces, resuelto uno, resuelto el otro. Eso sí, nada fácil de resolver, sea en el sentido que sea.

Por otro lado, en torno a la teoría liberal, afirma que la resistencia de ésta ante las reivindicaciones de las minorías es una actitud relativamente reciente. Entre los antiguos liberales (de antes de la guerra) había muchos defensores de los derechos de grupos, y no se enfrentaban a los defensores de derechos individuales, sino a defensores de la unidad nacional, el grupo mayoritario. La opción era entre defensa de las minorías y defensa de la unidad nacional, no entre nacionalismo e individualismo. El liberalismo de corte individualista es pues una cosa reciente, de posguerra, que hace un rechazo de los derechos en función de grupo por motivos ajenos al liberalismo.

Resumiendo, Kymlicka piensa que los Estados liberales son Estados nacionales o multinacionales, y que un liberal puede ser nacionalista (apostando por la mayoría o las minorías) pero no tiene sentido que se declare individualista. Su conclusión es que si hay que defender la libertad de las personas, hay que hacerlo en cuanto pertenecientes a un grupo. Los Estados son conjuntos de grupos nacionales, y si existe un poder central es por imposición de un grupo sobre otros. Tanto es así que le parece más correcto hablar en general de Estado multinacional que de Estado-nación. Por esto le parece justo reivindicar derechos para los grupos minoritarios. No olvida, por otro lado, que los individuos consideran legítimo el Estado en la medida que pueden sentirse de acuerdo con la constitución y el conjunto de leyes, es por ello que éstas han de estar encaminadas a la acomodación de los componentes del grupo individualmente en el Estado multinacional. Esto lo logran en la medida que pueden actuar democráticamente como ciudadanos, ejerciendo sus derechos cívicos y políticos.

En realidad, la mayoría de los grupos etnoculturales de las democracias occidentales no quieren ser protegidos de las fuerzas de la modernidad de las sociedades liberales. Por el contrario, quieren ser participantes plenos e iguales en las sociedades liberales modernas. Esto es cierto para la mayoría de los grupos de inmigrantes, que persiguen la inclusión y participación plena en las sociedades liberal-democráticas, con acceso a su educación, tecnología, alfabetización, comunicación de masas, etc. Ello es igualmente cierto para la mayor parte de las minorías nacionales no inmigradas, como los quebequeses, los flamencos, o los catalanes. (Kymlicka, 2002, 28).

La dificultad de sumarle a los derechos individuales los derechos de un grupo aparece pues desde una perspectiva que legitima el Estado mediante los derechos individuales de ciudadanía, y estos a aquél. El Estado es un colectivo mayor que ya no puede hacerse el ciego ante los grupos menores que tiene dentro, y una teoría liberal debe y puede intentar aclarar el modo más justo de relación entre esos grupos y la sociedad dominante.

Lo interesante del pensamiento de Kymlicka es que no renuncia a la idea de derechos humanos, pues es a partir de los ideales de libertad e igualdad es como se abre camino para reclamar un trato asimétrico entre grupos.

### **Los derechos de los grupos como derechos inherentes del individuo**

La creciente inmigración que el actual proceso globalizador ha traído al mundo desarrollado se suma al renacimiento de los nacionalismos en el reto del pluralismo al que debe enfrentarse el Estado. Ante el auge de la diversidad, perdida ya la homogeneidad cultural del Estado-nación clásico, la libertad individual tiene sentido en un contexto cultural, y no sólo en cuanto igualdad de derechos, en el que los derechos humanos deben ampliarse para proteger ese contexto, mediante derechos de grupo que reconozcan esa diversidad. Adorno ya advertía que “es imposible conocer las sociedades eliminando la tensión entre lo universal y lo particular, porque lo que confiere unidad a este mundo es precisamente la contradicción”. (Marcos, 2008, 199).

Las democracias occidentales liberales se han visto sometidas a un intenso proceso de diversificación y fragmentación cultural que va en aumento. A los inmigrantes que tuvieron que cruzar las fronteras a causa de la guerra, se les ha sumado un constante flujo de inmigrantes de países pobres debido al gran auge económico que se ha vivido en la segunda mitad del siglo XX, junto con la reconstrucción de Europa y la descolonización. Generalmente, este tipo de inmigración viene para quedarse, estableciéndose con el tiempo una segunda o tercera generación, que conoce la lengua y que tiene derechos de ciudadanía. No obstante, en muchos casos no asimilan definitiva o completamente la cultura del país de acogida, configurando de este modo sociedades heterogéneas.

Por otro lado, las sociedades, tanto de los países de acogida como la de los de salida de inmigrantes, tenían –y tienen– diferencias internas. Los di-

ferentes pueblos que la formación del Estado-nación había querido fundir, comienzan a manifestar sus particularidades. Es el caso de la Europa del Este, donde las fronteras se habían trazado de modo externo para separar el mundo comunista y el capitalista, donde, en la última década del siglo pasado, la sacudida del nacionalismo ha creado nuevas fronteras con mucha facilidad en algunos lugares, pero donde también florecieron episodios de segregación racial que ya forman parte de la Historia más negra del siglo XX.

La respuesta de los Estados ha sido desigual, aunque no de un modo tan diferente en la medida que se trata de Estados constitucionales democráticos, Estados de Derecho, es decir, dirigidos por igual a defender, de un lado, su soberanía y, de otro, un sistema de derechos individuales. Un Estado democrático liberal tiene que defender su legitimidad y la unidad del territorio, pero también la libertad, la igualdad y la dignidad de sus ciudadanos. Es por ello que se han generado todo tipo de medidas encaminadas a favorecer la inclusión sin obligar a la asimilación<sup>18</sup>, a reconocer la diferencia en nombre de la igualdad, a ampliar la participación y la autonomía, tanto de minorías étnicas como de territorios nacionales diferentes. Las minorías nacionales cada vez son más conscientes de su influencia política, y la inmigración cada vez es más intensiva y más diversa.

Kymlicka considera necesario enfrentar el reto del multiculturalismo de un modo liberal. Su tesis propone proteger a las minorías mediante derechos específicos para el grupo. Es decir, sería necesario reformar las constituciones, para dar cabida a ciertas preferencias legales, ciertos derechos individuales diferenciados, mediante los cuales los miembros de un grupo minoritario puedan mantener las condiciones necesarias para preservar su identidad cultural. Esta propuesta significa crear un nuevo tipo de derechos y poderes políticos, unos derechos diferenciados de grupo, y colocarlos junto a los derechos individuales clásicos del liberalismo y la democracia. Se trata de reformar y ampliar la teoría liberal de los derechos individuales para que el Estado, cuya neutralidad es insuficiente, actúe positivamente, demostrando que la existencia de aquellos es compatible con la existencia de derechos para grupos.

El desafío que enfrenta Kymlicka está en cómo incluir unas formas de vida plenas dentro de otras, cómo evitar que las sociedades mayoritarias impongan sus instituciones a aquellos de una cultura diferente. Dado su pensamiento liberal lo motiva el rechazo de toda forma de opresión, discriminación

o limitación de la autonomía de las personas. Cree, y lo estimo acertado, que no hay nada que justifique que una mayoría imponga una forma de vida a una minoría, de igual modo, la vida de la mayoría no debe ser puesta en duda por parte de esa misma minoría. Es por ello que para este filósofo político el reto del pluralismo no está en definir qué medida de heterogeneidad cultural puede soportar una comunidad política, o qué elementos mínimos comunes deben compartir los ciudadanos para que se mantenga la estabilidad de las instituciones de gobierno o la legitimidad de la unidad política, sino que es un desafío a la supervivencia de formas culturales y no un desafío a la legitimidad del Estado, pero sin obviar ésta.

Kymlicka, reinterpretando el liberalismo y los derechos humanos y reformando las constituciones, de modo tal que tengan en cuenta explícitamente a los grupos, propone defender la protección de formas culturales de vida. Por consiguiente, el problema de la legitimidad le sale al encuentro en sus métodos aunque no lo incluya entre sus objetivos. Es más, su comprensión parcial del desafío del multiculturalismo puede conducir a profundizar ese desafío, como veremos más adelante.

Esta parcialidad queda reflejada en el primer paso de su argumentación. Puesto que multiculturalismo quiere decir muchas cosas, lo mejor es separar los fenómenos identificándolos distintamente. No es lo mismo una “minoría nacional” que un “grupo étnico”, y así lo refleja al hablar de multinacionalidad y polietnicidad. Los grupos nacionales minoritarios que han visto cómo su tierra natal quedaba incluida dentro de un Estado más amplio no están en las mismas condiciones que los individuos y familias que han abandonado su tierra natal para trasladarse a otro Estado. Entre los primeros cabe destacar la incorporación voluntaria de la involuntaria. De cualquier forma, en ambos casos se trata de grupos con una cultura diferente a la de la sociedad mayoritaria, y cuya forma tradicional de vida está expuesta a la amenaza de su disolución.

La diferenciación entre los que estaban antes y los que han llegado después se hace necesaria dada la visión parcial que Kymlicka tiene del sentido del desafío del multiculturalismo al considerar solo el daño que va desde la sociedad mayoritaria a la minoritaria, ocupándose sólo de ésta a la hora de reivindicar derechos colectivos (derechos de autogobierno mediante una ciudadanía diferenciada). El otro sentido, según el cual los recién llegados y diferentes pueden ser un problema para la estabilidad no es tenida en cuenta.

La primera relación es entre grupos culturalmente diversos, mientras que la segunda es una relación entre individuos diferentes y el Estado. Las minorías de inmigrantes no necesitan ese tipo de defensa, porque el inmigrante ha aceptado individualmente abandonar el mundo cultural de su tierra natal, para ingresar en otro.

Aun así, considero que cabe la posibilidad de hacerse ver como una nacionalidad a través de una organización. Por mi parte, las acciones referidas a las minorías nacionales son extensibles a las minorías de inmigrantes. De cualquiera de las formas, corresponde al grupo, y a los individuos del grupo, determinarse. Ciertamente necesitarían estar en un mismo ámbito territorial, para comenzar, y no dispersos –*la unión hace la fuerza*, que dijo Esopo–, y a partir de ahí, quizá convertidos en asociación para tener influencia social y posteriormente en partido político, siempre siguiendo las reglas del juego democrático, la teoría kymlickana puede ser trasladable de lo multinacional a la inmigración al convertirse ésta en aquello<sup>19</sup>. De hecho el propio Kymlicka así lo reconoce cuando dice:

En teoría, a los inmigrantes les sería posible constituirse en minorías nacionales si se asentasen conjuntamente y adquiriesen competencias de autogobierno. Después de todo, esto es lo que sucedió con los colonos ingleses por todo el Imperio, con los colonos españoles en Puerto Rico y con los colonos franceses en Quebec. Estos colonos no se consideraban a sí mismos como “inmigrantes”, ya que no tenían la expectativa de integrarse en otra sociedad, sino que aspiraban a reproducir su sociedad original en un nuevo territorio. Un rasgo esencial de la colonización, a diferencia de la emigración individual, es que aspira a crear una sociedad institucionalmente completa, más que a integrarse en una sociedad preexistente. En principio, sería posible permitir o ayudar a los inmigrantes actuales a considerarse a sí mismos como colonos si gozasen de un amplio apoyo gubernamental en cuestiones referidas a su asentamiento, a los derechos lingüísticos y a la creación de nuevas unidades políticas. Pero los inmigrantes no han solicitado o recibido este tipo de apoyo (Kymlicka, 1996b, 24).

Coincido con Kymlicka en que no hay inconvenientes para que las minorías inmigrantes expresen sus diferencias. Pueden organizarse, acomodar sólo parcialmente su modo de vida al de la sociedad de acogida, adquirir la

ciudadanía con todos sus derechos y hasta participar del poder público. Pero, ¿tienen derecho a reivindicar como grupo la autonomía necesaria para defender su identidad cultural?, ¿lo necesitan? Cuestiones nada fáciles de responder que nos preparan para entender el argumento de Kymlicka.

Se pregunta cómo conciliar los derechos humanos individuales con derechos para las minorías. Esta conciliación, dice, es necesaria si lo que se pretende es realmente defender el derecho de un grupo como tal a ser tratado diferente y no defender el derecho de cada cual a conservar su mundo cultural. Los inmigrantes no entran verdaderamente en el sentido de grupo, pues han tomado una decisión individual, justamente la de romper con su grupo. Tampoco entran los grupos feministas, o minorías raciales o los discapacitados, puesto que no conforman una forma de vida completa, un contexto cultural.

En resumen, Kymlicka se refiere a las minorías nacionales; los inmigrantes y la sociedad mayoritaria pueden recurrir a los derechos individuales, pero las minorías nacionales pueden reclamar derechos de grupo, porque constituyen una forma cultural de vida, y de lo que se trata es de conciliar los derechos de este tipo de grupo con los derechos individuales. Entonces, la pregunta que busca responder es cómo fundamentar derechos especiales para minorías nacionales.

En este punto no puedo menos que estar en desacuerdo pues cabría preguntarse si esas minorías, en concreto los inmigrantes, realmente están ahí de manera voluntaria o por necesidad, “refugiados económicos” (Marcos, 2008, 207), aunque no sólo económicos, si han salido del grupo o han sobrevivido a él. Siendo por esto último (por supuesto tendría que estudiarse exhaustivamente caso por caso), habida cuenta en la actualidad, la mayor de las razones dado el número ingente de guerras, conflictos, represiones y hambre, entre otras muchas razones que nos ofrece la globalización, ¿es propio de una sociedad democrática negar algo tan fundamental del hombre como es su propia dignidad, que, como la de todo individuo, es causa y consecuencia del desarrollo social de éste? “La consideración del reconocimiento de la dignidad y de las diferencias nacionales de identidad facilita que la universalidad ceda el paso a una más prudente generalidad, especialmente necesaria tanto en relación a la globalización como a ala multiculturalidad” (Requejo, 2002, 170).

En base a ello, estimo acertado aceptar la fundamentación, correcta a mi modo de ver, en torno a la cual las minorías nacionales pueden y deben obtener una serie de derechos especiales conciliables con los derechos de los individuos y trasladarla a las minorías migratorias, como más arriba he expuesto. Esto no quiere decir que descarte completamente la idea de la inclusión de este tipo de minoría en el modo de la sociedad establecida por el grupo mayoritario, pero sí ha de haber una determinación (voluntaria), bien individualmente bien colectivamente de las personas individuales que componen dichas minorías. Ciertamente la inclusión puede traer grandes problemas sociales cuando es obligada por el sistema y se hace, además, menospreciando la identidad individual y colectiva de cada persona, que es una realidad, creando con ello consecuencias que se empiezan a vislumbrar en algunas sociedades democráticas liberales actuales<sup>20</sup>.

Dada la posibilidad de organización por parte de cualquier minoría, las hipótesis de Kymlicka en torno a las minorías nacionales y el federalismo en cuanto solución<sup>21</sup> al problema interno de los Estados multinacionales, como he advertido anteriormente en varias ocasiones, es, a mi modo de ver, trasladable a las minorías de inmigrantes y la constitución de Estados multiétnicos. De hecho el propio filósofo considera que los Estados pueden ser multinacionales y poliétnicos al mismo tiempo, poniendo como ejemplos a los Estados Unidos y a Canadá.

### **El nacionalismo liberal<sup>22</sup>**

El nacionalismo de la última década del siglo XX y primera del XXI, época de máximo auge, sobre todo en Europa oriental debido a la caída del Muro de Berlín para impedir la entrada de la economía occidental, pero también en Europa occidental debido al ingente movimiento de personas para escapar precisamente de ese nacionalismo oriental en defensa del sistema occidental, no es el mismo que el del siglo XIX, durante la formación de los Estados-nación. Entonces la creencia en la religión se traspasó a la creencia en la nación y dio lugar a una identificación de contenido denso (Zapata-Barrero, 2001, 36). Hoy el nacionalismo es un sentimiento más tenue, dice Kymlicka, que puede tener funciones de socialización importantes en el interior del Estado; es un nacionalismo al cual no debería poner trabas ningún Estado de Derecho. Al menos en la medida en que el conjunto de la ciudadanía considere que la legitimidad del Estado no está en que es una nación, sino

en que defiende las libertades y permite a los ciudadanos sentirse autores de las leyes.

Nos interesa destacar dos aspectos de los nacionalismos que son aceptados por las diversas aproximaciones analíticas actuales, la componente política (su asociación a un autogobierno de base territorial –existente o reivindicado), y la de ser constructores de identidad (individual y colectiva)<sup>23</sup>. Hasta hace pocos años los análisis sobre nacionalismo se centraban sobre todo en el primer aspecto. Sin embargo, a partir de los procesos de internacionalización política, económica y tecnológica, así como del creciente pluralismo cultural de las sociedades desarrolladas de este final de siglo, la globalización en general, la cuestión del reconocimiento de las identidades nacionales ha ido adquiriendo una importancia creciente tanto en relación a cuestiones normativas como institucionales.

Actualmente, en las sociedades democráticas liberales se tiende a definir el nacionalismo como minoría dentro de un Estado-nación. De este modo se está obviando que las concepciones normativas de las tradiciones liberal y socialista también han construido su inherente estatalismo a raíz del autogobierno y la territorialidad, es lo que se llama *nacionalismo de estado* (Requejo, 1996, 98) y que en la primera mitad del siglo XX, no hay que olvidarlo, tantos problemas crearon, quedando en los anales de la Historia como una etapa negra para la humanidad.

La tarea fundamental que propone Kymlicka es reformar el liberalismo, para hacerlo compatible con los derechos de las minorías nacionales. Esto le lleva a presentar una idea particular de nacionalismo nada desdeñable, un “proyecto de *nation-building*” (Kymlicka, 2002, 33 y ss.). Su pensamiento busca el equilibrio entre nacionalismo y liberalismo. Constantemente está vigilando las consecuencias de su definición contextual de libertad y así hacer compatibles los derechos humanos y los derechos diferenciados en función de grupo; la libertad es libertad de elección individual y el valor y sentido que adjudicamos a esta elección proviene del mundo cultural, mezcla de instituciones y prácticas sociales dentro de las que el individuo vive, lo que denomina como *cultura societal* o *societaria* (Kymlicka, 1996a, 36) (Kymlicka, 2002, 33) y que hace referencia a una comunidad con una mínima organización institucional y con un territorio definido dentro del Estado correspondiente y en el cual los individuos pueden elegir entre opciones de vida. Como

libertad significa la capacidad de elegir entre diversas opciones reales de vivir, es necesario un contexto lingüístico y cultural que capacite al individuo para comprender y valorar las posibilidades, y un contexto institucional y social en el cual realizarlas<sup>24</sup>.

Así, como la libertad depende de un entorno cultural pleno, amplía la teoría de los derechos para defender ese contexto generador de sentido. En resumen, defiende el derecho a la elección individual, lo que otorga a la teoría el carácter liberal, y el nacionalista lo define la tierra natal, necesaria para dotar de sentido a esa capacidad. Por consiguiente, si la gente necesita una cultura societal para ser libre, es justo que los grupos minoritarios sean protegidos por derechos diseñados específicamente para cada grupo, dado que la mayoría nacional ya conserva en buena medida su mundo cultural mediante el Estado central. Estos derechos de grupo han de ser permanentes y específicos, que distingan y protejan un pueblo que aspira a la permanencia y a la especificidad. De este modo, se puede corregir al liberalismo en su indiferencia ante las minorías nacionales, y mantener las minorías nacionales dentro de los límites del respeto de los derechos humanos.

### **El federalismo como solución y la secesión como éxito**

Podemos definir al federalismo “como un modelo organizativo presidido por tres facetas básicas: la protección de las libertades, la participación de las unidades federadas en una serie de decisiones comunes, y la gobernabilidad del sistema constitucional diseñado”. (Requejo, 1996,106).

El federalismo es uno de los pocos mecanismos disponibles para el deseo de las minorías nacionales de mantenerse como sociedades culturalmente distintas y políticamente autónomas (Kymlicka, 1996b, 30). Sin embargo, Kymlicka reconoce que sólo por el hecho de adoptar este sistema las minorías no van a ver reconocidos sus derechos como grupos ya que todo depende de cómo se diseñen los límites y, lo principal, como se dividan los poderes. Éstos se reparten entre el ente general, la federación, y las subdivisiones de éste, Estados, provincias, autonomías, etc., de tal modo que la federación posee unos poderes; los que sean inherentes a ella, es decir, no han sido poderes delegados, y las subdivisiones también son poseedoras de poderes inherentes a su figura. Ni los unos ni los otros son reclamables ni revocables unilateralmente por una u otra autoridad gubernamental. El autor diferencia

entre federalismo territorial (exponiendo como paradigma a los Estados Unidos) y multinacional (el ejemplo un tanto a seguir es el que él considera como primer federalismo multinacional, Canadá<sup>25</sup>), aunque ninguno ofrece garantías a las minorías si la mayoría dominante así lo prevé, ya que el primero ni siquiera persigue tal objetivo.

Nos centraremos, por consiguiente, en el segundo modelo de federalismo, en el que pueden acomodarse los derechos individuales y los derechos, necesidades y aspiraciones de las minorías de mejor modo. Aun así existen limitaciones.

La división de poderes en una federación multinacional va a depender de la ambición de cada una de las unidades que la componen. Kymlicka diferencia aquí entre “unidades nacionalmente basadas” (que reflejan el deseo de ser sociedades cultural y políticamente autónomas) y “unidades regionalmente basadas” (que prefieren dividir el poder territorialmente). No son exclusivas ni excluyentes, antes al contrario, es lo común que en un Estado plurinacional compartan poder y territorio los dos tipos. Las primeras perseguirán poderes distintos y más amplios que las segundas, incluso éstas están dispuestas a perder poder<sup>26</sup>. Esto tiene su reflejo en la cuestión de que las unidades nacionales ambicionan una división de poderes descentralizada hacia la autonomía de las mismas y en que las regionales favorecen la centralización del poder en el gobierno federal.

En aquellas federaciones donde existen los dos tipos de unidades pueden surgir con más facilidad demandas de lo que Kymlicka llama *federalismo asimétrico* y es que la distribución del poder no sea igual para todas las partes –pero sí equitativa–. Comparto la idea de Requejo de considerarlo como el modelo más acorde con el reconocimiento digno de identidades nacionales minoritarias sin crear desigualdad o abuso de poder respecto de la mayoría. En resumen, más autodeterminación para quien la quiere y más sometimiento para quien así lo desee.

Se basa en una reforma liberal de los Estados multinacionales que existen actualmente. Este federalismo asimétrico es capaz de establecer una regulación cómoda de y para las distintas sensibilidades nacionales en el entorno del creciente proceso de internacionalización económica, política, tecnológica, cultural, etc., que la globalización conlleva. Es curioso, al menos,

ver como ante una época donde las relaciones interpersonales, interempresariales –fundamentalmente–, etc., son más que fluidas y libres, lo más hondo de las personas, la persona en sí, es menoscabado sin el más mínimo pudor al estar subyugado a las circunstancias sociales impuestas por la mayoría; la persona como tal no consigue ser libre en tanto en cuanto que su identidad como persona no se encuentra reconocida; y lo que es más, no sólo no se le reconoce su pertenencia a una realidad nacional diferente, sino que esa identidad personal se encuentra cercenada y criminalizada supuesta e irónicamente en beneficio de su libertad en cuanto valor.

Es un modelo muy complejo que lleva a los grupos mayoritarios a rechazarlo por entenderlo, encubriéndose en la desigualdad de las partes, una pérdida de su poder sobre las minorías, “los derechos de las minorías son equivocados”, dicen estos grupos, “porque erosionan la unidad política y la estabilidad social a largo plazo” (Kymlicka, 2002, 41). No es una mala opción, y la podríamos trasladar perfectamente a cualquier Estado multinacional (o multiétnico) en el que las diversas sensibilidades nacionales estimen la necesidad de más autogobierno, de ser más autodeterminantes.

No podemos obviar en este punto que las nacionalidades no son cosas etéreas, sino que están compuestas por individuos, lo que en última instancia significa que éste se siente identificado como persona si el grupo al que pertenece se siente igualmente identificado, creando confianza y solidaridad (Miller, 1997, 26). La denigración del grupo supone la denigración del individuo, del ser en cuanto tal, de la dignidad misma de la persona. Que un grupo pueda dignamente identificarse ofrece a sus individuos la libertad de desarrollarse como personas dentro de él sin miedos, sin presiones ni represiones bajo el paraguas de los mismos valores que le han sido reconocidos al grupo. La autodeterminación concedida a los grupos que componen el Estado multinacional hace de éste un campo de cultivo propicio para la libertad e igualdad de sus individuos –en cuanto ciudadanos– gracias al abono que ese pluralismo nacional ofrece.

El ejemplo que propone Kymlicka trae luz al túnel en el que continuamente se encuentran la sensibilidad nacional minoritaria y el nacionalismo estatal. Si los primeros quieren más autodeterminación que la tengan a cambio de menos peso en la federación, y si los segundos quieren más centralización, que tengan más peso en ella. Esto es básicamente lo que se pretende

cuando se habla de federalismo asimétrico. Ni lo uno ni lo otro significa una falta de respeto hacia el de enfrente ni mucho menos significa discriminar a las mayorías a favor de unos pocos, como se suele decir por los nacionalistas centralistas de posiciones más extremas.

Las minorías entienden que el federalismo trata de una federación de pueblos, estiman que se debe reconocer a las subunidades federales el estatuto igualitario de los pueblos fundadores ya que garantizar igualdad entre las unidades federales sin diferenciar entre nacionales y regionales supone negarles la igualdad, lo que se traduce en un mero estatuto de una unidad más respecto de la mayoría sin el debido reconocimiento de la realidad nacional. A menudo, incluso no discernen políticamente federación de confederación (que es en un cuerpo supranacional donde los Estados soberanos delegan ciertos poderes, que pueden reclamar, no afectando o perdiendo la soberanía sobre ellos). Por otro lado, para la mayoría nacional, el federalismo es una federación de unidades territoriales en la que debe quedar reflejada la igualdad de todas las unidades. La concesión de poderes diferentes es considerada como una desigualdad al existir unas unidades más importantes que otras, lo que significa que existen “ciudadanos de primera y de segunda”<sup>27</sup>. Incluso hay veces que la mayoría, o parte de ella alterada en demasía, propone una radical descentralización de tal manera que, generalizando la autonomía, todas las unidades obtengan los mismos poderes pedidos por las nacionalidades minoritarias. El camino termina en el mismo lugar, la igualdad de todos los territorios sin tener en cuenta las identidades nacionales de la minoría. La finalidad de esta vía de la generalización se encuentra en que la sociedad acabe olvidando realmente el objeto de la discusión, el reconocimiento de la existencia de diversas realidades identitarias en el seno de un mismo Estado.

Pero “el federalismo no es ninguna panacea (...) incluso cuando el federalismo funciona satisfactoriamente para hacer un espacio a las aspiraciones de las minorías nacionales, su propio éxito puede sencillamente llevar a las minorías a buscar una autonomía mayor mediante la secesión o la confederación”, advierte Kymlicka (1996b, 30). La secesión “es el acto definitivo de la autodeterminación, y la autodeterminación es, a su vez, la idea central de la democracia” (Norman, 2002, 89). Buscando una definición de *pueblo*, Habermas (2000, 32-33), de la mano de Fröbel<sup>28</sup>, al que cita, entiende que desde un punto de vista normativo existe una prioridad de la “idea republicana de libertad por encima de la unidad de una nación” porque “solo el deseo de au-

todeterminación democrática de un pueblo puede fundamentar la pretensión de independencia política”.

Fácilmente puede suceder en una federación asimétrica en la que la reducción del poder de la minoría en el sistema federal central sea de tal magnitud que no encuentren necesidad de estar en una federación en la que no tienen peso político. Es lo que sucedería si el poder autodeterminante es muy grande cuando con el poder alcanzado pueden hacer frente a sus objetivos y necesidades como nación. Por tanto, la secesión de la minoría nacional es un peligro real y serio. Pero este peligro se basa en el éxito mismo de la federación. O no. Para Norman (2002, 97) en un contexto de estados democráticos y justos, la secesión “es un hecho altamente lamentable (...) representan símbolos de intolerancia”.

## Conclusiones

Quizá se entienda como negar la mayor, pero el *problema* del multiculturalismo al que actualmente nos enfrentamos no es tal<sup>29</sup> ni tan actual.

Desde tiempos inmemorables, el ser humano se ha movido a lo largo y ancho del planeta por lo cual: primero, negar que la raíz del multiculturalismo sea la inmigración surgida por el fenómeno de la globalización; pero, segundo, eso sí, el actual *circo* mediático sí ha servido de amplificador, al servicio, muy probablemente, de grandes intereses de poder y/o económicos, de tal modo que la percepción global de la ciudadanía mundial se ha visto saturada dando lugar a que las personas sólo absorban información sin pensar un instante sobre lo que ven y oyen en torno a la verdadera situación.

Ahora bien, negar un problema y, además, actual con el multiculturalismo derivado de la globalización no quiere decir que la multiculturalidad no exista. Al contrario, debido al movimiento ingente de individuos que, desde siempre, ha habido, durante toda la Historia han surgido diferencias entre unos grupos (mayorías) y otros (minorías). La verdad es que considero que la teoría rawlsiana ha sido la que más se ha llevado a la práctica históricamente. Veamos un ejemplo. En la Antigua Roma, obviando las diferencias que existían en cuanto personas, esclavos y ciudadanos libres, cuando un grupo era minoría, a través de las colonias, normalmente, eso sí, después de guerras y sometimientos sangrientos que hacían a la, hasta entonces, mayoría desplazarse o

aislarse, se establecían como mayorías dominantes.

Entonces, ¿puede ser tal vez la teoría liberal de Rawls la más efectiva? No lo creo así. Por mucha libertad, por mucha autonomía que una persona tenga, aquélla no se desarrollará plenamente si no tiene frente a quien plantearla. Toda persona se forma y desarrolla, valga la redundancia, en un cierto grupo social. Es en ese grupo donde la autonomía personal alcanza su plenitud. Si dicho grupo, por ser una minoría, no puede a su vez expandirse –digamos en un sentido *espiritual*, no, sólo, físicamente, territorialmente– la autonomía personal queda cercenada. Probablemente, ésta sea la mayor virtud de las sociedades occidentales, democráticas y liberales, la posibilidad que se le da a las personas y, por consiguiente, a los grupos, aun siendo pequeños o minoritarios, en que se integran de una forma u otra, de hacer efectiva plenamente<sup>30</sup> su autonomía.

Por tanto, si el grupo no posee la suficiente autonomía para que sus miembros se desarrollen plenamente, ¿es legítimo que dicho grupo prevea adquirir más autonomía, más autodeterminación, incluso hasta la secesión? Estimo que sí, incluso usando maquiavélicamente<sup>31</sup> todos los instrumentos que el sistema democrático pone a su alcance. Y, además, es una aspiración a la que se puede llegar no necesariamente solo desde la teoría liberal, sino también desde la comunitarista, pues al concederse derechos diferenciadores para alcanzar la igualdad de todos, el último derecho, una vez conseguidos los demás, será la plena independencia (¿para qué sirve estar en un sistema que nos ofrece los derechos que singularmente pedimos? Mejor ser singulares independientes y autodeterminar nuestros propios derechos como grupo, pueden llegar a pensar). En el otro extremo encuentro, precisamente, lo que cualquier sistema democrático pretende evitar, la guetorización de las minorías, y lo que es peor, por decisión propia de las propias minorías, cosa que actualmente sucede, y no siempre como consecuencia de una sociedad dominada por una mayoría sino por falta de interés por parte de los propios grupos minoritarios.

En consecuencia, no es fácil encontrar una solución al fenómeno del multiculturalismo, pues cada sociedad debe buscar las soluciones más adecuadas a sus circunstancias pues no todas las minorías son iguales. Ahora bien, el sistema democrático, como dijo Winston Churchill, puede no ser el mejor pero sí es el menos malo de los sistemas políticos que se conocen<sup>32</sup>, de tal modo que debe ser éste el principio y el final, la causa y la consecuencia, de todo

proceso de adaptación, integración, gestión o como lo queramos llamar, de la multiculturalidad, en cualquiera de sus versiones, multinacionalidad o multi-etnicidad, siempre fundamentándose en los valores democráticos liberales.

¿Estados-naciones, más grandes, federados, confederados, dependientes, autónomos, secesionados? *Divide et impera*<sup>33</sup>. ¿Ante la situación globalizadora, en la que todo es más grande (las riquezas, la pobreza, la desigualdad, las situaciones laborales de semi –o total– esclavitud, el poder concentrado rozando el absolutismo, etc.), está la solución en las sociedades más pequeñas? Fue precisamente en Atenas, y el resto de las antiguas ciudades-estado griegas, con su autodeterminación y libertades, salvando las diferencias, de sus ciudadanos, donde Platón y Aristóteles dieron pie a lo que hoy llamamos democracia a través del sistema republicano.

## Referencias

---

- Barroso Asenjo, P. (1984). *Límites constitucionales al derecho de la información*. Barcelona: Mitre.
- Elster, J. (1998). Régimen de mayorías y derechos individuales. En S. Shute y S. Hurley (Ed.), *De los derechos humanos* (pp. 165-199). Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2000). *La constelación posnacional*. Barcelona: Paidós.
- Jarillo Aldeanueva, A. (2001). Globalización: Concepto y papel del Estado. *UNED: Boletín de la Facultad de Derecho*, (18), 215-231.
- Kymlicka, W (1996a). *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Paidós.
- Kymlicka, W (1996b). Federalismo, nacionalismo y multiculturalismo. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (7), 20-54.
- Kymlicka, W (2002). El nuevo debate sobre los derechos de las minorías. En F. Requejo (Coord.), *Democracia y pluralismo nacional* (pp. 25-48). Barcelona: Ariel.
- Kymlicka, W. (2003). Las fuentes del nacionalismo: un comentario sobre Taylor. En R. McKim y J. McMahan (Coord.), *La moral del nacionalismo. Dilemas identitarios en la era de la globalización*. (Vol. 1) (pp. 87-99). Barcelona: Gedisa.
- Lukes, S. (1998). Cinco fábulas sobre los derechos humanos. En S. Shute y S. Hurley (Ed.), *De los derechos humanos* (pp. 29-46). Madrid: Trotta.
- Maquiavelo, N. (2011). *El príncipe*. Barcelona: Diario Público.
- Marcos del Cano, A. M. (2008). Pluriculturalismo y multiculturalismo. En B. de Castro Cid, N. Martínez Morán, *18 lecciones de Filosofía del Derecho* (pp. 197-209). Madrid: Universitas.

- Martínez Morán, N. (2008). Mundialización y Universalización de los Derechos Humanos. En B. de Castro Cid, N. Martínez Morán, *18 lecciones de Filosofía del Derecho* (pp. 211-224). Madrid: Universitas.
- McKim, R. y McMahan, J. (2003). Introducción. En R. McKim y J. McMahan (Coord.), *La moral del nacionalismo. Dilemas identitarios en la era de la globalización* (Vol. 1) (pp. 17-23). Barcelona: Gedisa.
- Miller, D. (1997). *Sobre la nacionalidad: autodeterminación y pluralismo cultural*. Barcelona: Paidós.
- Norman, W. (2002). Secesión y democracia (constitucional). En F. Requejo (Coord.), *Democracia y pluralismo nacional* (pp. 89-105). Barcelona: Ariel.
- Rawls, J. (1997). *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica.
- Rawls, J. (1998). El derecho de gentes. En S. Shute y S. Hurley (Ed.), *De los derechos humanos* (pp. 47-85). Madrid: Trotta.
- Rebollo Delgado, L. (2008). *Límites a la libertad de comunicación pública*, Madrid: Dyckinson.
- Requejo Coll, F. (1996). Pluralismo, democracia y federalismo. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (7), 93-120.
- Requejo Coll, F. (2002). Legitimidad democrática y pluralismo nacional. En F. Requejo (Coord.), *Democracia y pluralismo nacional* (pp. 157-175). Barcelona: Ariel.
- Sartori, G. (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus.
- Taylor, C. (1993). *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.

Zapata-Barrero, R. (2001). *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Barcelona: Anthropos.

Zapata-Barrero, R. (2002). Los límites de una Europa multinacional: democracia e inmigración de la Unión Europea. En F. Requejo (Coord.), *Democracia y pluralismo nacional* (pp. 131-154). Barcelona: Ariel.

Zapata-Barrero, R. (11 de mayo de 2003). Usos de un término polémico. *Diario El País*. Recuperado de [https://elpais.com/diario/2003/05/11/opinion/1052604009\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2003/05/11/opinion/1052604009_850215.html)

Zapata-Barrero, R. (2007) *Conceptos políticos en el contexto español*. Madrid: Síntesis.

## Notas

<sup>1</sup> Will Kymlicka es Catedrático de Filosofía Política en la Universidad de Queen en Kingston (Ontario, Canadá).

<sup>2</sup> John Rawls fue profesor de Filosofía Política en la Universidad de Harvard en Cambridge (Massachusetts, Estados Unidos).

<sup>3</sup> Charles Taylor es profesor de Derecho y Filosofía en la Northwestern University en Evanston (Illinois, Estados Unidos) y profesor emérito del Departamento de Filosofía de la Universidad McGill en Montreal (Quebec, Canadá).

<sup>4</sup> Utilizo este término en el sentido de la constante privación a la que se ven sometidos los Estados soberanos de su *funcionalidad* paternalista que, entiendo, deben para con sus ciudadanos.

<sup>5</sup> “España multiplica por diez las exportaciones de armas en la última década”. (<http://www.lamarea.com/2014/06/17/exportaciones-de-armas/>).

“España explota el mercado de las armas para salir de la crisis. Las exportaciones de armas se doblaron de 2012 a 2013 y se han multiplicado por diez desde 2004. El Gobierno ha permitido a la industria suministrar armamento a zonas en conflicto y países que violan los Derechos Humanos, a pesar de que la ley lo

prohíbe”. (<http://www.publico.es/espana/espana-explota-mercado-armas-salir.html>).

“España bate récord de ventas de armas a Arabia Saudita en 2015. **En el primer semestre de 2015 se exportó a Riad armamento por valor de 448 millones de euros, más que en cualquier otro año completo de la serie histórica**”. (<https://es.sott.net/article/43979-Espana-bate-record-de-ventas-de-armas-a-Arabia-Saudita-en-2015>).

“Se dispara la venta de armas en EE.UU. **En Estados Unidos, un país en plena recesión, ha bajado la venta de casas, de autos, de electrodomésticos y hasta de zapatos, pero un producto que no ha bajado en las ventas -y que por el contrario parece venderse como pan caliente- son las armas de fuego**”. ([http://www.bbc.com/mundo/1g/internacional/2010/01/100104\\_eeuu\\_armas\\_amab.shtml](http://www.bbc.com/mundo/1g/internacional/2010/01/100104_eeuu_armas_amab.shtml)).

<sup>6</sup> La censura ya no es ejercida por el Estado sino por los propios medios de comunicación, fomentándose además por aquél, lo que pudiera parecer razonable e incluso demócrata: la *autorregulación*. Nuevo concepto occidental (tal vez neoliberal, llevando al extremo la autonomía de cada individuo) acuñado para tapar lo que, no en la forma pero sí en el fondo, es la censura previa de la información, sin ningún tipo de control (administrativo, generalmente previo –clásico de los regímenes autocráticos- o judicial, a posteriori -representativo del sistema democrático).

<sup>7</sup> Cfr. Zapata-Barrero, R. (2007). *Conceptos políticos en el contexto español*. Madrid: Síntesis, 196-200.

<sup>8</sup> Los que ven el multiculturalismo como un problema o un ideal sí consideran que pueden elegir ser o no ser, el ex-presidente Aznar así se posicionó (“partidario de la tolerancia, pero no de las sociedades multiculturales”). Pero los que consideran este punto, más que posicionarse sobre la realidad lo hacen sobre el modelo de gestión a seguir para ese proceso, cuestión diferente y legítimamente discutible. Generalmente confunden multiculturalismo con inmigración, y como vemos en pocas ocasiones aquél proviene de éste. Por ejemplo, se puede discutir sobre la gestión pública o privada de la educación, pero nadie puede decir que la educación es un problema o que no se cree en la educación.

<sup>9</sup> Zapata-Barrero (2002, 141) utiliza este concepto en cuanto la “existencia de grupos de inmigrantes dispersos territorialmente” difícil de gestionar políticamente por las sociedades occidentales.

<sup>10</sup> Cfr. Rawls, J. (1997). *El liberalismo político*. Barcelona: Editorial Crítica.

<sup>11</sup> Cfr. Taylor, C. (1993). *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.

<sup>12</sup> Coincido en la definición de *libertad* que reivindica Habermas cuando dice que “es lo que suponemos a un agente que, conociendo las distintas alternativas de acción, ha actuado con plena responsabilidad y, desde su punto de vista, de un modo normativamente justificado”. (Habermas, 2000, 9).

<sup>13</sup> “Ningún pueblo tiene el derecho a la autodeterminación, o a la secesión, a costa del sometimiento de otro pueblo” porque su derecho a la independencia no le permite esquivar la condena o la intervención coercitiva de otros pueblos en defensa de los derechos humanos de individuos y/o minorías cuando internamente las instituciones de aquel pueblo violan estos derechos. (Rawls, 1998. 60).

<sup>14</sup> Cuando Rawls hace referencia a *pueblos* entiende que son “las personas que forman un cuerpo organizado con sus propias instituciones políticas, que establecen los poderes de su gobierno”, es decir, en las sociedades democráticas se refiere a los ciudadanos y en el resto de sociedades a otros miembros (Rawls, 1998, 52).

<sup>15</sup> Esta política del reconocimiento reconoce “con escrupulosa equidad la identidad de cada subcomunidad”. En las “Cinco fábulas sobre los derechos humanos”, Lukes describe la singularidad de *Comunitaria*, un país donde el espíritu público y los objetivos colectivos alcanzan tal grado que la identidad es “la obsesión nacional”, pero que tras “las oleadas de inmigración, los movimientos de personas y las comunicaciones modernas” se ha convertido en una sociedad heterogénea y pluralista, en “un mosaico hecho de retazos de subcomunidades, cada una de las cuales pide el reconocimiento del valor peculiar de su propia forma específica de vida”, donde se cree en el multiculturalismo (Lukes, 1998, 32).

<sup>16</sup> “Los derechos colectivos incluyen una gran variedad de derechos que no son específicamente de grupo, tales como los de carácter asociativo, sindical, los relacionados con los bienes públicos (p. ej. ecológicos), etc. En adelante usaremos el término “derechos de grupo” en relación a las colectividades nacionales, para referirnos tanto a derechos de representación y autogobierno, como a derechos de carácter cultural”. (Requejo, 1996, 116).

<sup>17</sup> Hago uso de este vocablo en lugar del *simple* progresismo que utiliza el autor pues, realmente, es el liberalismo (no admitiendo este término como propio de la actual política económica neoconservadora) el que, históricamente desde el siglo XVIII, ha creado el sistema de derechos occidental, y que junto al progresismo, desde finales del XIX, lo ha hecho evolucionar hasta el actual sistema social de derechos.

<sup>18</sup> “La asimilación era vista como una fuente esencial de estabilidad política”, rechazada por la presión de los propios grupos de inmigrantes, era el proceso mediante el cual “se esperaba de los inmigrantes que apartasen su trasfondo distintivo”. (Kymlicka, 1996b, 23).

<sup>19</sup> Algo parecido está empezando a surgir en las actuales sociedades occidentales, por ejemplo, en España existen partidos políticos musulmanes en las Ciudades Autónomas de Ceuta (UDCE, actualmente integrado en Coalición Caballas) y de Melilla (CpM) que ya han alcanzado cuotas de poder, así como en Alcalá de Henares (Madrid) en las últimas elecciones municipales surgió un partido (PIRUM) que representaba la población rumana, concretamente, y del este de Europa, en general, dado el gran número de ciudadanos de dichas nacionalidades residentes en aquella localidad.

<sup>20</sup> La francesa se ha visto desbordada por la guetización de los musulmanes al querer obligárseles a vivir bajo ciertas normas de laicidad, estallando violentamente en una serie de disturbios en la periferia de París que alarmaron e hicieron saltar la alarma en la sociedad democrática; al igual comienza a suceder en Alemania con la población de descendencia turca al negárseles los derechos de ciudadanía. En la sociedad española se vislumbran algunos problemas de guetos con los ciudadanos musulmanes, pero los más propensos a ellos son los inmigrantes latinoamericanos, trayendo consecuencias igualmente nefastas que los referidos disturbios parisinos en cuanto a seguridad ciudadana.

<sup>21</sup> “El federalismo es uno de los pocos mecanismos disponibles para este fin (el deseo de las minorías nacionales de mantenerse como sociedades culturalmente distintas y políticamente autónomas)...(aun así) el federalismo no es ninguna panacea para las tensiones y conflictos de los Estados multinacionales el mero hecho del federalismo no es suficiente para acomodar a las minorías nacionales el federalismo puede ser usado, y así se ha hecho, por los grupos mayoritarios como instrumento para la descapacitación de las minorías nacionales, configurando las unidades federales de tal manera que *reduzcan* el poder de las minorías nacionales...”. (Kymlicka, 1996b, 30).

<sup>22</sup> Según Requejo, sería una de las variantes del liberalismo democrático actual (Requejo, 2002, 161).

<sup>23</sup> “Las personas son cada vez más conscientes de sus identidades nacionales; están redescubriendo sus historias nacionales, exigiendo el reconocimiento de sus diferencias y planteando diversas demandas bajo la bandera de la autodeterminación nacional –demandas, por ejemplo, en favor de la conservación de sus culturas y sus lenguas, en favor del derecho a educar a sus hijos al modo de sus antepasados y, con frecuencia, en favor de la obtención de un Estado independiente, en ocasiones con demandas asociadas dirigidas a la expulsión de los extranjeros de lo que se considera el territorio nacional”. (McKim y McMahan, 2000, 17)

<sup>24</sup> “La libertad de elección depende de las prácticas sociales, de los significados culturales y de la existencia de una lengua compartida. Nuestra capacidad de formar y de revisar un concepto del bien está íntimamente ligada a nuestra pertenencia a una cultura societal, puesto que el contexto de elección individual consiste en la gama de opciones que nos ha llegado a través de la cultura. Decidir cómo guiar nuestras vidas conlleva, en primera instancia, explorar las posibilidades que nuestra cultura nos proporciona”. (Kymlicka, 1996a, 177).

<sup>25</sup> Existe cierta discrepancia entre la doctrina, mientras una parte (representado en D. J. Elazar) sostiene que la primera federación construida sobre diferencias étnicas y lingüísticas es Suiza, otra (M. Forsyth) explica que esa federación suiza estaba compuesta por cantones, todo ellos, de la misma naturaleza germánica y por tanto no existía tal diferencia étnica ni lingüística y mantiene que fue Canadá la primera federación que acomodo las diferencias etnolingüísticas en sus seno,

justificándolo mediante la Constitución de 1867, la cual establecía dos “unidades políticas separadas (el Ontario anglófono y el Quebec francófono) a fin de dar respuesta a las divisiones etnoculturales”. (Kymlicka, 1996b, nota 23).

<sup>26</sup> Es un ejemplo para Kymlicka de Estado multinacional España, diferenciando claramente Cataluña, Euskadi y Galicia, si bien no son las únicas (León, Baleares, Asturias, entre otras, también poseen sensibilidades nacionales pero no se les ha reconocido por el nacionalismo mayoritario), como unidades nacionalmente basadas.

Como ejemplo de disponibilidad por parte de las regionalmente basadas a perder autonomía se encuentra Madrid, que a través de su ex-Presidenta, D<sup>a</sup> Esperanza Aguirre, ya lo ha puesto de manifiesto (10 de abril de 2012), si bien no con la finalidad de hacerlo propiamente para Madrid, sino para el conjunto del Estado, lo que acarrearía reducir o eliminar el autogobierno precisamente en perjuicio de aquellas unidades nacionalmente basadas.

<sup>27</sup> Expresión muy utilizada en España para hacer ver que las peticiones nacionalistas traen consigo la desigualdad entre los propios ciudadanos dependiendo en que parte del país se resida, se territorializa el Estado de las Autonomías en vez de definirlo como lo que entiendo que es, una Estado multinacional (art. 2.1 de la Constitución española).

<sup>28</sup> “El momento ético, libre, propiamente político en el ser del pueblo es el de la unidad fraterna basada en la libre decisión”.

<sup>29</sup> Ya lo hemos definido más arriba como un proceso.

<sup>30</sup> Este “plenamente”, como bien se sabe jurídicamente hablando, está limitado por los derechos y libertades de los demás pues casi ningún derecho es absoluto. Y digo “casi ninguno”, aunque la doctrina mayoritaria y el propio Tribunal Constitucional español hablan de “ninguno”, porque considero que el derecho a la vida -aunque sería cuestionable que la vida sea un derecho, pues la vida es el comienzo de todo derecho- y, por supuesto, el derecho a la integridad, tanto física como moral, si son absolutos. El ejercicio de cualquier otro derecho no puede depreciar de modo alguno la integridad y la vida de cualquier otra persona bajo ninguna circunstancia.

<sup>31</sup> Uso del término *maquiavélico* en sentido literal: utilizar todos los medios disponibles para alcanzar un fin, no necesariamente tiránico, tal y como lo expone Maquiavelo (2011).

<sup>32</sup> Textualmente en el discurso en la Cámara de los Comunes el 11 de noviembre de 1947: “De hecho, se ha dicho que la democracia es la peor forma de gobierno, excepto por todas las otras formas que han sido probadas de vez en cuando”.

<sup>33</sup> Frase atribuida al emperador de Roma Julio César.



Ángel Luis Sánchez Marín✉

## La selección del profesorado universitario en Europa

*The selection of university faculty in Europe* ■

*A seleção do corpo docente universitário na Europa* ■

**Resumen:** *A partir de los sistemas de selección del profesorado que vamos a analizar, se puede decir que en Europa existen dos tipos: sistemas centralizados que dependen del gobierno central, siendo éste quien regula y dicta las normas del proceso de selección, en el que se incluyen países como Francia, Italia y España, con sus variantes, y sistemas no centralizados, que no dependen del gobierno central del país, siendo cada universidad la que dicta y gestiona su propio sistema, como es el caso de Reino Unido e Irlanda del Norte, Alemania y Holanda.*

**Palabras clave:** *selección del profesorado, intervencionismo del gobierno central, autonomía universitaria.*

**Abstract:** *Based on the systems of the faculty selection discussed in this paper, the conclusion that there are two types of systems in Europe can be reached: centralized systems depending on the central government, where the government regulates and dictates the rules for the selection process, including France, Italy and Spain, with their own features. Then, non-centralized systems not depending on the country central government, where each university dictates and manages its own system, such is the case of Germany, the United Kingdom and Northern Ireland, and the Netherlands.*

**Keywords:** *faculty selection; central government interventionism; university autonomy.*

---

✉ Doctor en Derecho y Graduado Social. Es Técnico Superior de Administración General de la Comunidad Valenciana y ha sido Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad de Murcia (España).

✉ [sanchezymendez@gmail.com](mailto:sanchezymendez@gmail.com)

**Resumo:** *Partindo dos sistemas de seleção do corpo docente que vamos analisar, é possível concluir que na Europa há dois tipos: sistemas centralizados que dependem do governo central, sendo este que regula e dita as normas do processo de seleção, incluindo países como a França, a Itália e a Espanha, com suas variantes, e sistemas não centralizados que não dependem do governo central do país, cada universidade estabelece e gerencia seu próprio sistema, como é o caso do Reino Unido e Irlanda do Norte, da Alemanha e da Holanda.*

**Palavras-chaves:** *seleção do corpo docente, intervencionismo do governo central, autonomia universitária.*

*Recepción: 20170214*

*Aceptación: 20170619*

## Introducción

Los países más próximos a España regulan el acceso a los cuerpos de profesores de universidad de manera muy diversa, como es lógico entender. La principal diferencia consiste en que en algunos de esos países, como sucede en Francia e Italia, existe una primera fase, que podríamos llamar de *cualificación a nivel estatal*, que permite obtener un listado de personas que han sido declaradas aptas para ejercer el cargo docente e investigador al que aspiran, declaración oficial que efectúa una comisión de personas que están ejerciendo el cargo de que se trata o uno de categoría superior. Por el contrario, otros países carecen de esa cualificación a nivel estatal, como sucede en Alemania, el Reino Unido e Irlanda del Norte y Holanda. Dicho de forma más precisa, hay países de nuestro entorno que en esta materia no conceden a cada universidad una amplia autonomía, como sucede en Francia, que tiene el sistema más centralizado de nuestro alrededor, en el que la universidad tiene la facultad final de rechazar la propuesta de selección de candidatos efectuada por un órgano dependiente del ministerio encargado de la enseñanza superior, y sólo desde abril de 2009, los concursos de reclutamiento se abren a instancias de los establecimientos universitarios. En otros países, como sucede en Italia y España, las comisiones nombradas en cada universidad seleccionan el personal docente e investigador pero tienen que elegir entre las personas que han sido previamente cualificadas positivamente por los órganos estatales para ejercer el cargo al que aspiran. En otros casos, por el contrario, los candidatos no tienen que pasar por la criba de la cualificación a nivel estatal, como sucede en Alemania, el Reino Unido e Irlanda del Norte y Holanda, y las universidades gozan de la mayor libertad a la hora de elegir el profesorado que las ha de integrar.

### Sistema imperante en Francia

En Francia, la materia está regulada en el *Décret n° 84-431 de 6 de junio de 1984, relativo al estatuto de los docentes superiores*, cuya última modificación se produjo por *Décret n° 2009-460 de 23 de abril de 2009*, que esta-

blece un procedimiento claramente inspirador del procedimiento español de la *acreditación nacional*, pues se basa en la creación de una *lista de personas consideradas aptas* para cubrir plazas de una categoría de profesores, con independencia de que esas plazas estén efectivamente dotadas en las respectivas universidades.

Los docentes-investigadores titulares o numerarios pueden pertenecer al cuerpo de maestros de conferencias - maîtres du conférences - o al cuerpo de profesores de universidades - professeurs des universités -.

Aunque el Décret mencionado no lo dice con toda claridad, se entiende que el cuerpo de profesores de universidad tiene un rango superior al cuerpo de maestros de conferencias. Los requisitos exigidos para formar parte del cuerpo de maestros de conferencias son menos exigentes que los que se requieren para integrar el cuerpo de profesores de universidades. Así, por ejemplo, para inscribirse en la lista de cualificados para ejercer las funciones de profesor de universidades se exige una habilitación para dirigir investigaciones o cinco años de actividad profesional, mientras que inscribirse en la lista de cualificados para ejercer las funciones de maestro de conferencias se exige el doctorado o tres años de actividad profesional. Los candidatos inscritos en una lista de cualificación para ejercer las funciones de profesor de universidades pueden presentarse a los concursos convocados para proveer plazas de maestros de conferencias y están dispensados de estar inscritos en una lista de cualificación para las funciones de maestro de conferencias, pero no ocurre lo mismo a la inversa: la persona que consta inscrita en una lista de cualificación para ejercer las funciones de maestro de conferencias no puede presentarse con esa sola cualificación a un concurso para proveer plazas de profesores de universidad. Y, finalmente, el maestro de conferencias es nombrado por orden del ministro encargado de la enseñanza superior e inicia un período de prueba de un año, mientras que el profesor de universidades es nombrado por decreto del Presidente de la República y no tiene que pasar por ningún período de prueba, pues se supone que tiene una experiencia docente-investigadora contrastada.

### **Cuerpo de maestros de conferencias**

Los *maestros de conferencias* son reclutados por concursos abiertos por cada establecimiento a fin de proveer una o varias plazas de una misma disci-

plina entre los candidatos *inscritos en una lista de cualificación para las funciones de maestro de conferencias* establecida por el Consejo Nacional de Universidades - Conseil National des Universités - (CNU), creado por Décret nº 9270 de 16 enero 1992. Los candidatos que figuran inscritos en una *lista de cualificación para ejercer las funciones de profesor de universidades* y los que ejerzan en otro Estado una función de *docente-investigador de un nivel equivalente al de la plaza a cubrir* están dispensados de la inscripción en una lista de cualificación para las funciones de maestro de conferencias.

Por lo tanto, el *primer paso* para acceder al cuerpo de maestros de conferencias consiste en estar *incluido en una lista de personas que han sido cualificadas para ejercer las funciones de maestro de conferencia o profesor de universidades*.

Pueden ingresar en la lista de cualificados para ejercer la función de maestro de conferencias no sólo a los que ya son docentes-investigadores en la universidad, sino que también pueden concurrir los profesionales con cierta experiencia, los doctores, los investigadores y los que están habilitados para dirigir investigaciones.

En concreto, los candidatos a una inscripción en la lista de cualificación para las funciones de maestro de conferencias deben cumplir una de las condiciones siguientes:

1<sup>a</sup>) *Ser titular del doctorado o de la habilitación para dirigir investigaciones*. El doctorado de Estado, el doctorado del tercer ciclo y el diploma de doctor ingeniero son equivalentes al doctorado. Los titulares de diplomas universitarios, cualificaciones y títulos de nivel equivalente pueden ser dispensados de la posesión del doctorado por el Consejo Nacional de Universidades.

2<sup>a</sup>) *Justificar al menos tres años de actividad profesional efectiva dentro de los seis años que preceden*.

3<sup>a</sup>) *Ser docente a tiempo completo*.

4<sup>a</sup>) *Estar en excedencia en el cuerpo de maestro de conferencias*.

5ª) *Pertenecer a un cuerpo de investigadores* en los términos señalados en el *Décret* de 30 diciembre 1983.

Las solicitudes de inscripción en una lista de cualificación para las funciones de maestro de conferencias son examinadas por la *sección competente del Consejo Nacional de Universidades*. En el seno de la CNU, las evaluaciones se encargan a secciones especializadas, así por ejemplo, la *Section n° 1 - Droit privé et sciences criminelles*. Dos tercios de los miembros de las secciones los elige el personal docente e investigador de cada una de las especialidades. El otro tercio lo designa el ministro encargado de la enseñanza superior de entre el personal docente e investigador. Los mandatos de los miembros tienen una duración de cuatro años prorrogables por uno más si así lo requiere la finalización de alguna evaluación en curso.

Por cada candidato informan dos ponentes, que pueden recoger en sus ponencias la opinión de expertos externos. Después de haber informado estos ponentes, la sección competente del CNU *establece por orden alfabético una lista de cualificación para las funciones de maestro de conferencias*, que se hace pública. La oficina comunica por escrito a cada candidato no inscrito en la lista los motivos por los que su candidatura ha sido descartada. Esta lista de cualificación deja de ser válida cuando expira un período de cuatro años.

Es criticable que la inclusión en la lista de cualificados tenga una validez limitada al plazo de cuatro años, determinación que también se aplica a la lista de cualificados para ejercer el cargo de profesor de universidad. Esta regla restrictiva de los derechos de los candidatos cualificados también está vigente en Italia, como veremos posteriormente. No se entiende la razón por la que una persona que ha demostrado ante una comisión gubernamental que tiene méritos suficientes para concursar a una plaza correspondiente a un cuerpo determinado pierda después esa cualificación por el mero transcurso del tiempo. Los méritos acumulados por el candidato y que le permitieron obtener la cualificación no caducan, como le sucede a una lata de conservas. Han sido considerados como suficientes y están plenamente consolidados, por lo que no se explica la razón por la que se extingue su eficacia. Afortunadamente, en España no hemos implantado esta severa restricción a los solicitantes que resultan acreditados por las comisiones correspondientes.

El segundo paso para acceder al cuerpo de maestros de conferencias consiste en *ganar el correspondiente concurso de reclutamiento*. Este *concurso de reclutamiento* se abre por los establecimientos universitarios, pero una orden del ministro encargado de la enseñanza superior es la que señala los requisitos de admisión, el procedimiento, el número máximo de plazas a proveer y precisa eventualmente sus características. El ministro organiza y centraliza el reclutamiento correspondiente de profesores.

Una característica singular del sistema francés consiste en permitir *diversas vías para ingresar en el cuerpo de maestro de conferencias*. El reclutamiento se obtiene a través de un primer concurso y, con el límite máximo de un tercio de las plazas ofrecidas en el conjunto de las disciplinas, por un segundo, un tercero y un cuarto concurso:

1º) El primer concurso se abre para los candidatos que sean titulares del doctorado o de la habilitación para dirigir investigaciones.

2º) El segundo concurso se abre para los docentes titulares de la enseñanza del segundo grado que ejerzan funciones de esta índole en un establecimiento de enseñanza superior.

3º) El tercer concurso se abre a los candidatos que pertenecen a una de las categorías siguientes:

a) Candidatos que cuenten con al menos cuatro años de actividad profesional efectiva dentro de los siete años que preceden.

b) Docentes asociados a tiempo completo o que hayan cesado en el ejercicio de sus funciones con antelación inferior a un año a partir del 1 de enero del año del concurso.

4º) El cuarto concurso se abre para el personal docente titular de la Escuela nacional superior de artes y oficios que ejerzan funciones de esta índole en un establecimiento de enseñanza superior.

Una *comisión de especialistas* del ministerio encargado de la enseñanza superior examina los títulos, trabajos y actividades de los candidatos y, después de haber oído a dos ponentes designados por su oficina para cada can-

didato, establece una *lista de candidatos admitidos para proseguir el concurso*. Uno de los dos ponentes puede ser externo respecto de la comisión. Los ponentes pueden recibir sobre los trabajos de los candidatos informes escritos de expertos externos a la comisión, tras lo cual establecerán sus ponencias.

A diferencia de lo que sucede con la lista de cualificados elaborada por el CNU, *la comisión de especialistas tiene que ordenar por méritos a los candidatos presentados a los concursos*. En concreto, *clasifica como máximo cinco candidatos* por cada plaza ofrecida en el concurso. Cuando en un mismo establecimiento se han ofrecido varias plazas de una misma disciplina con las mismas características o sin características, la comisión de especialistas establece una sola lista de clasificación para esas plazas; en este caso, el número máximo de candidatos clasificados en la lista es cinco veces el número de los empleos.

La selección pasa así al *establecimiento* que ha solicitado el reclutamiento de maestros de conferencias, que tiene un *derecho de veto*, pero no puede modificar el orden de los candidatos que ha establecido la comisión de especialistas. *El consejo de administración del establecimiento* recibe la lista elaborada por la comisión de especialistas y dispone de un plazo de tres semanas para rechazarla. Si transcurre el plazo, se reputa que la lista ha sido aprobada. Para cada empleo a proveer, el consejo propone que sea cubierto por el primer candidato clasificado por la comisión de especialistas. El consejo no puede modificar el orden de la lista pero puede, en decisión motivada, *rechazar la lista* propuesta por la comisión de especialistas. *Las propuestas de provisión son transmitidas al ministro encargado de la enseñanza superior*.

El ministro encargado de la enseñanza superior recibe el expediente de cada establecimiento y realiza los nombramientos. *Los maestros de conferencias son nombrados en período de prueba* por orden del ministro, que tiene la duración de un año. Al finalizar ese plazo, los maestros de conferencias en pruebas pueden ser titularizados, o mantenidos en período de prueba por otro año, o reintegrados a su cuerpo de origen, o despedidos si no tienen la cualidad de funcionarios. Toda proposición desfavorable debe ser objeto de un informe motivado.

## Cuerpo de profesores de universidades

Para acceder al *cuerpo de profesor de universidades* se sigue un procedimiento que guarda gran semejanza con el previsto para cubrir las plazas de maestros de conferencias, pero admite muchas más variables en el proceso de selección.

*En líneas generales*, según Morange, el acceso al cuerpo de profesores de universidades exige un primer paso, consistente en estar incluido en una lista de personas cualificadas para las funciones de profesor de universidades. El segundo paso consistirá en ganar el correspondiente concurso de reclutamiento (Morange, J., 2008).

Al igual que sucede con los maestros de conferencias, *la inscripción en una lista de cualificación para las funciones de profesor de universidades* se establece por el Consejo Nacional de Universidades (CNU). Esta inscripción faculta a los inscritos para presentarse a los concursos para proveer plazas de maestros de conferencias y de profesores de universidades. Los docentes-investigadores que ejerzan en otro Estado una función de *un nivel equivalente al de la plaza a cubrir* están dispensados de la inscripción en una lista de cualificación para las funciones de profesor de universidades.

Los candidatos a una inscripción en la lista de cualificación para las funciones de profesor de universidades pueden tener una procedencia diversa. A tenor del artículo 44 del *Décret*, deben cumplir una de las condiciones siguientes:

1ª) *Ser titular de una habilitación para dirigir investigaciones*. Los titulares de diplomas universitarios, cualificaciones y títulos de nivel equivalente pueden ser dispensados por el CNU. El doctorado de Estado se admite como equivalente a la habilitación para dirigir investigaciones.

2ª) *Justificar al menos cinco años de actividad profesional efectiva dentro de los ocho años que preceden*.

3ª) *Ser docente a tiempo completo*.

4ª) *Estar en excedencia en el cuerpo de profesores de universidades*.

5ª) *Pertenecer a un cuerpo de investigadores asimilados a los profesores de universidades.*

Al igual que sucede con los maestros de conferencias, las demandas de inscripción en una lista de cualificación para las funciones de profesor de universidades son examinadas por la *sección competente del Consejo Nacional de Universidades (CNU)*. Por cada candidato informan dos ponentes, que pueden recoger en sus ponencias la opinión de expertos externos. Después de haber informado estos ponentes, la sección competente del CNU *establece por orden alfabético una lista de cualificación para las funciones de profesor de universidades*, que se hace pública. La oficina comunica por escrito a cada candidato no inscrito en la lista los motivos por los que su candidatura ha sido descartada. Esta lista de cualificación deja de ser válida cuando expira un período de cuatro años, lo que resulta criticable, por las razones que hemos expuesto anteriormente.

El segundo paso consiste en ganar el correspondiente *concurso de reclutamiento* para el cuerpo de profesores de universidad. Estos concursos abiertos por cada establecimiento se inician por una orden del ministro encargado de la enseñanza superior, que señala las plazas a cubrir y precisa eventualmente sus características.

También existen *diversas vías para ingresar en el cuerpo de profesores de universidad*. Según el artículo 46 del Décret, el reclutamiento se obtiene a través de un primer concurso y, con el límite máximo de un tercio de las plazas ofrecidas en el conjunto de las disciplinas, por un segundo, un tercero y un cuarto concurso:

1º) El primer concurso se abre para los candidatos que tengan el título de habilitación para dirigir investigaciones.

2º) Hasta el límite de la novena parte de las plazas ofrecidas para el conjunto de las disciplinas, se reserva el concurso para los maestros de conferencias que reúnan las condiciones definidas en el artículo 44 del *Décret* y hayan cumplido cinco años de servicios en la enseñanza superior o hayan estado encargados al menos durante cuatro años de una misión de cooperación cultural, científica y técnica.

3º) Hasta el límite de la novena parte de las plazas ofrecidas para el conjunto de las disciplinas, se reserva el concurso para los maestros de conferencias que tengan el título de habilitación para dirigir investigaciones y hayan cumplido diez años de servicios en un establecimiento de enseñanza superior de la Comunidad europea, de un estado miembro o en otro establecimiento de enseñanza superior a título de misión de cooperación cultural, científica y técnica en estados extranjeros, o en un establecimiento público de carácter científico y tecnológico con cinco años en calidad de maestro de conferencias titular o en pruebas.

4º) Hasta el límite de dos novenas partes de las plazas ofrecidas en el conjunto de las disciplinas, se reservan los concursos:

a) A los candidatos que cuenten con al menos seis años de actividad profesional efectiva dentro de los nueve años que preceden.

b) A los docentes asociados a tiempo completo o que hayan cesado en el ejercicio de sus funciones con antelación inferior a un año a partir del 1 de enero del año del concurso.

c) A los maestros de conferencias miembros del Instituto universitario de Francia.

d) A los directores de investigación, para los nombramientos como profesor de universidades de primera clase, que hayan estado a disposición de un establecimiento de enseñanza superior durante al menos dos años o hayan efectuado durante al menos dos años un servicio de enseñanza en un establecimiento de enseñanza superior según las modalidades definidas por el ministro encargado de la enseñanza superior.

Estos concursos pueden ser abiertos a los candidatos que no posean la cualidad de funcionario.

Existe otro camino para ingresar en el cuerpo de profesores de universidad, reservado para los docentes-investigadores que hayan *ocupado el puesto más alto de la jerarquía de una universidad*. En el límite del número de empleos fijado por orden conjunta del ministro encargado de la enseñanza superior, del ministro de presupuesto y del ministro encargado de la función

pública, los concursos pueden quedar *reservados a los maestros de conferencias y docentes-investigadores asimilados* que hayan cumplido durante al menos cinco años un mandato como *presidente de universidad*. La lista de los candidatos es ordenada por el ministro encargado de la enseñanza superior a propuesta de un jurado, que está compuesto por miembros nombrados por ese ministro entre los profesores de universidades y los docentes-investigadores asimilados, siendo la mitad de sus miembros de rango igual al de la plaza ofrecida. Los miembros del jurado eligen dentro de su seno al presidente, que tendrá voto dirimente en caso de empate.

Todavía existe otra vía de ingreso en el cuerpo de profesores de universidad, reservada a las *disciplinas jurídicas, políticas, económicas y de gestión*, en la que los profesores de universidades son reclutados por la vía de los *concursos nacionales de agregación* y por concursos organizados en aplicación de las disposiciones del artículo 46, 3º y 4º del Décret. Se organizan estos concursos de la manera prevista en el artículo 49-2 del Décret:

a) El primer concurso se abre para los candidatos *titulares del doctorado o de la habilitación para dirigir investigaciones*. Los titulares de diplomas universitarios, cualificaciones y títulos de nivel equivalente pueden ser dispensados por el jurado. El doctorado de Estado, el doctorado del tercer ciclo y el diploma de doctor ingeniero se admiten como equivalentes al doctorado.

b) El segundo concurso se abre para los *maestros de conferencias y maestros asistentes* que tengan al menos cuarenta años y que lleven como mínimo diez años de servicios en un establecimiento de enseñanza superior de un estado de la Comunidad europea, de un estado parte del Espacio económico europeo o en otro establecimiento de enseñanza superior a título de una misión de cooperación cultural, científica y técnica.

c) El ministro encargado de la enseñanza superior fija, para cada disciplina, el número de plazas ofrecidas en cada uno de los dos concursos. El número total de plazas ofrecidas en el primer concurso no podrá ser inferior al número total de plazas ofrecidas en el segundo concurso, de una parte, y en los concursos abiertos en aplicación del 3º y 4º del artículo 46 del *Décret*, de otra parte.

d) Una orden del ministro encargado de la enseñanza superior fija la organización de los concursos y el contenido de las pruebas. Estas pruebas deben comportar:

1º) Para el primer concurso, una *discusión de los trabajos de los candidatos y al menos tres lecciones*.

2º) Para el segundo concurso, dos pruebas consistentes en una *discusión con los candidatos sobre sus trabajos y sus actividades*.

e) El *jurado* de cada concurso de agregación comprende al presidente, nombrado por el ministro encargado de la enseñanza superior entre los profesores de la disciplina, y otros seis miembros nombrados por el ministro encargado de la enseñanza superior sobre la propuesta del presidente del jurado, siendo cuatro de ellos profesores de la disciplina afectada. Los otros dos miembros del jurado son elegidos entre profesores de otra disciplina o entre personalidades francesas o extranjeras del sector público o del sector privado conocidas por sus competencias o sus trabajos en los dominios ligados con la disciplina afectada.

f) Los candidatos declarados aptos, nombrados en el cuerpo de profesores de universidades, quedan afectos a un establecimiento, habida cuenta, en la medida en que las necesidades del servicio lo permitan, de su rango de clasificación en el concurso.

Los concursos previstos en los apartados 1º, 2º y 4º del artículo 46 del *Décret* se desarrollan - según Pablo Salvador - en las condiciones fijadas y precisadas en la orden del ministro encargado de la enseñanza superior (Salvador, P., Azagra, A. y Gómez, C., 2008).

Al igual que sucede en los concursos para cubrir plazas de maestros de conferencias, la *comisión de especialistas* examina los títulos, trabajos y actividades de los candidatos y, después de haber oído a dos ponentes designados por su oficina para cada candidato, establece una *lista de candidatos admitidos para proseguir el concurso*. Uno de los dos ponentes puede ser externo respecto de la comisión. Los ponentes, que pueden recibir sobre los trabajos de los candidatos la nota escrita por expertos externos a la comisión, establecen sus informes escritos.

*La comisión de especialistas clasifica como máximo cinco candidatos para cada empleo ofrecido en el concurso. Cuando en un mismo establecimiento se han publicado con las mismas características o sin característica varios empleos de una misma disciplina, la comisión de especialistas establece una sola lista de clasificación para esos empleos; en este caso, el número máximo de candidatos clasificados en esa lista es igual a cinco veces el número de los empleos.*

*El consejo de administración del establecimiento recibe la lista elaborada por la comisión de especialistas y dispone de un plazo de tres semanas para decidir sobre ella. Si transcurre el plazo, se reputa que la lista ha sido aprobada. Para cada empleo a proveer, el consejo propone que sea cubierto por el primer candidato clasificado por la comisión de especialistas. El consejo no puede modificar el orden de la lista, pero puede, en decisión motivada, rechazar la lista propuesta por la comisión de especialistas. Las propuestas son transmitidas al ministro encargado de la enseñanza superior.*

Quando los empleos a proveer se refieren a un instituto o a una escuela que forma parte de una universidad en el sentido del artículo 33 de la Ley de 26 enero 1984, el concurso se desarrolla en las condiciones definidas en el artículo 49-1 del *Décret*, que son las siguientes:

a) Se constituye una *comisión mixta* en la que sus miembros son designados, por dos tercios o más, por la comisión de especialistas en su seno y, por un tercio al menos, por el consejo del instituto o de la escuela. La comisión se compone por profesores titulares o miembros de cuerpos asimilados.

b) La *comisión mixta* examina los títulos, trabajos y actividades de los candidatos y, después de haber oído a dos ponentes designados por su presidente para cada candidato, establece una *lista de candidatos admitidos para proseguir el concurso*. Uno de los dos ponentes puede ser externo respecto de la comisión. Los ponentes, que pueden recibir sobre los trabajos de los candidatos la nota escrita por expertos externos a la comisión, establecen sus informes escritos. La comisión mixta transmite su escrito a la comisión de especialistas.

c) *La comisión de especialistas clasifica como máximo cinco candidatos para cada empleo ofrecido en el concurso. Cuando en un mismo establecimiento*

miento se han publicado con las mismas características o sin característica varios empleos de una misma disciplina, la comisión de especialistas establece una sola lista de clasificación para esos empleos; en este caso, el número máximo de candidatos clasificados en esa lista es igual a cinco veces el número de los empleos.

d) La lista de clasificación establecida por la comisión de especialistas se transmite por el presidente de la universidad al *director del instituto o de la escuela* competente para que se pronuncie sobre la elección de los docentes del instituto o de la escuela, que emitirá un escrito en el plazo de quince días. Si transcurre el plazo, se reputa que la lista ha sido aprobada. El director del instituto o de la escuela no puede modificar el orden de la lista, pero puede, en decisión motivada, *rechazar la lista* propuesta por la comisión de especialistas. *Las propuestas son transmitidas al ministro encargado de la enseñanza superior.*

*Los profesores de universidades* - nos dice Juan Carlos Sierra - **son nombrados** por decreto del Presidente de la República y son clasificados en el cuerpo por una orden del ministro de educación nacional (Sierra Freire, J. C., Buéla-Casal, G., Bermúdez Sánchez, M. de la P. y Santos-Iglesias, P., 2008).

### **Sistema imperante en Italia**

En Italia, el proceso de acceso a los cuerpos de profesorado universitario funcionario es el previsto en el *Decreto Legislativo* de 6 de abril de 2006, n. 164, que reordena la disciplina del reclutamiento de los profesores universitarios, y que fue dictado en desarrollo del artículo 1, párrafo 5º de la *Legge* de 4 de noviembre de 2005, n. 230<sup>(4)</sup>.

De todos modos, el panorama normativo italiano dista bastante de ser claro, puesto que en 2007 se reinstauró durante un año el sistema de selección anterior al aprobado en 2006 y, finalmente, en 2008 se crearon unos nuevos mecanismos de selección del profesorado universitario.

En el *Decreto Legislativo* de 2006 se establece un procedimiento claramente inspirado en el derogado procedimiento español de la *habilitación nacional*, al estar basado en la creación de una *lista restringida* de personas consideradas aptas para cubrir plazas de una categoría de profesores, que con-

siguen la *idoneidad científica nacional* (*idoneità scientifica nazionale*) en un *número limitado*, que se calcula partiendo del número de plazas vacantes existentes en el conjunto de las universidades más, a los que se añade un porcentaje de reserva, no superior al 40 por ciento de las plazas a cubrir, cuota adicional que en el caso de los profesores ordinarios se reduce al 25 por ciento.

Al igual que sucede en el sistema francés, esta idoneidad científica nacional tiene una duración de cuatro años contados desde el momento en que se consiguió, lo que es *criticable*, por las razones que hemos expuesto anteriormente. También es *censurable* que los candidatos que participen en tres procedimientos de selección y no consigan la declaración de idoneidad no sean admitidos a la siguiente convocatoria, porque es una restricción de derechos que sólo parece explicarse por el deseo de reducir trabajo a los miembros de la comisión de valoración que ha de decidir sobre la idoneidad de los candidatos.

Para llevar a cabo el procedimiento de idoneidad científica nacional, se establece una *lista de comisarios nacionales* por cada sector y por cada disciplina, que se constituye y renueva cada dos años. Los comisarios son *elegidos por votación* de los profesores ordinarios, extraordinarios y asociados, quedando excluidos de la facultad de elegir los profesores extraordinarios a tiempo determinado. Son *elegibles* únicamente los profesores ordinarios y los profesores asociados confirmados y se incluyen en la lista los profesores que han obtenido un mayor número de votos, siempre que se alcance un mínimo de cuatro.

Los cuerpos de *profesores universitarios numerarios* que se nutren de los candidatos declarados idóneos son los de *profesores ordinarios* y los de *profesores asociados confirmados*. Los profesores ordinarios tienen un rango superior a los profesores asociados confirmados, de ahí que los primeros estén presentes en las comisiones de valoración para la declaración de idoneidad científica nacional para el cuerpo de profesores asociados confirmados. Sin embargo, aunque lo más habitual es pertenecer al cuerpo de profesores asociados confirmados para poder acceder al cuerpo de profesores ordinarios, no es un requisito necesario.

La *comisión de valoración* por cada sector y por cada disciplina se compone de cinco miembros sorteados por medios telemáticos entre los profesos-

res incluidos en la lista de comisarios nacionales. Cuando se trata de la idoneidad para el cargo de profesor ordinario, la comisión se compone por cinco profesores ordinarios y cuando se trata de la idoneidad para el cargo de profesor asociado, la comisión está compuesta por tres profesores ordinarios y dos profesores asociados confirmados.

Para valorar la producción científica, los otros títulos científicos y el currículum del candidato, incluyendo la referencia a la actividad didáctica y a las eventuales experiencias profesionales y organizativas, la comisión tendrá en cuenta los siguientes *criterios*:

- a) Originalidad e innovación de la producción científica.
- b) Aportación individual del candidato a diversos trabajos en colaboración.
- c) Dirección y coordinación de grupos de investigación.
- d) Relevancia científica de las editoriales que han llevado a cabo las publicaciones y difusiones dentro de la comunidad científica.
- e) Continuidad temporal de la producción científica en relación con la evolución del conocimiento en el sector específico.
- f) Entidad y características del desempeño didáctico.
- g) Entidad y características de la actividad desarrollada en el campo clínico-asistencial y en otros ámbitos profesionales o laborales en los que la experiencia y competencia sean explícitamente requeridas.

La idoneidad científica nacional no se limita a recibir y estudiar una documentación de los candidatos. Es preciso realizar unas *pruebas orales* ante la comisión de valoración.

Dentro de la valoración de la producción científica y de los títulos, en la idoneidad para la categoría de *profesor asociado*, los candidatos realizarán una *prueba didáctica y discutirán* con la comisión de valoración acerca de la *producción científica presentada*.

En la idoneidad para la categoría de *profesor ordinario*, los candidatos también *discutirán* con la comisión de valoración acerca de la *producción científica presentada* y los que no tengan la categoría de profesor asociado realizarán una *prueba didáctica*. La prueba didáctica y la discusión sobre la producción científica serán públicas.

La *decisión de la comisión de valoración* indicando los candidatos a los que se confiere la idoneidad científica nacional se transmitirá al Consejo Universitario Nazionale - Consiglio universitario nazionale - (CUN) en el plazo de quince días y se comunicará al Ministerio encargado de la enseñanza superior.

Un segundo paso para alcanzar la categoría de profesor universitario numerario consiste en *ganar el concurso convocado por la universidad de destino*, que disciplinará con sus propios reglamentos el procedimiento selectivo para la cobertura de las plazas de profesores ordinarios y asociados, reservado a los candidatos que posean la idoneidad científica nacional. En este aspecto, el sistema italiano se asemeja al español, pues en ambos casos se descentraliza la decisión sobre el acceso definitivo a los cuerpos docentes universitarios y se reserva a las concretas universidades ese cometido; y difiere claramente del sistema francés, en el que el Estado organiza el concurso de acceso a los cuerpos docentes universitarios.

### **Sistema imperante en Alemania**

En Alemania, se sigue un largo camino para tener un título de Derecho. Después de superar los estudios universitarios, considerados como exámenes preparatorios, los alumnos tienen que aprobar un *primer examen estatal* (Rechts Juristisches Staatsexam) y cumplir posteriormente un *período de prácticas* retribuidas de dos años (Referendariat) en tribunales, administraciones, despachos de abogados y notarías. Finalmente, deben aprobar un *segundo examen estatal* (Zweites Juristisches Staatsexam), cuya superación habilita para ejercitar diversas profesiones jurídicas con la titulación de *Volljuristen* (jurista pleno). Los dos exámenes de Estado son organizados por el poder judicial y consisten, fundamentalmente, en la realización de pruebas escritas. Los profesores de universidad vienen integrándose en los tribunales del primer examen de Estado, mientras que los jueces, abogados y notarios integran los tribunales del segundo examen de Estado.

Las notas finales obtenidas en los dos exámenes de Estado tienen una gran trascendencia a la hora de ingresar ulteriormente en el ámbito laboral y profesional. Esas calificaciones tienen un máximo de 18 puntos, pero los exámenes son muy rigurosos y a partir de un 6,5 de calificación (*befriedigend*) existen muchas posibilidades de obtener un puesto de trabajo de carácter jurídico.

Hasta el año 2002, el titulado jurídico que quisiera ingresar en el cuerpo de profesores de una Universidad pública debía presentar y defender públicamente una *monografía (Habilitationsschrift)* en una Facultad de Derecho alemana y obtener una habilitación por parte del tribunal juzgador. El segundo paso consistía en superar unas *pruebas de cátedra* en otra Facultad de Derecho diferente y en concurso con otros habilitados.

A partir de 2002, ya no se exige la previa habilitación, aunque sigue siendo posible obtenerla para aportarla como mérito relevante. *Cada universidad convoca sus pruebas de selección* conforme a los criterios que libremente establece, exigiendo que los candidatos tengan un título universitario, habilidad docente y capacidad para el trabajo académico, lo que generalmente se demuestra con la obtención del grado de doctor. También se aportan otros logros académicos adicionales, logros en la aplicación y el desarrollo de métodos y conocimientos científicos y académicos obtenidos durante su experiencia profesional en los últimos cinco años, de los cuales al menos tres deben haber sido llevados a cabo fuera del sector universitario. Entre los méritos aportados por los candidatos se tiene en cuenta las notas obtenidas por los candidatos en los dos exámenes de Estado.

Aunque son las concretas universidades las que convocan y celebran las pruebas, los profesores que ganan los concursos son *nombrados* por el ministro de educación en cada Estado (Salaburu, P., Moreno, M., Mees, L. y Pérez, I. J., 2003).

### **Sistema imperante en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte**

En el Reino Unido, las universidades tienen *completa autonomía a la hora de establecer los requisitos* para acceder al puesto de profesor universitario, fijando con toda libertad los criterios y el proceso de selección que estimen más conveniente, nos explica González González, al que seguimos

aquí (González González, J. M., 2006).

Uno de los méritos más relevantes que pueden aportarse es la *evaluación positiva de la actividad investigadora -Research Assesment Exercise- (RAE)*, que se viene realizando desde el año 2001.

Por vía de ejemplo, el procedimiento de contratación que lleva a cabo la Universidad de Oxford se inicia con la configuración del perfil del profesor que se desea contratar, estableciendo el nivel que se requiere para ocupar la plaza y se determinan los requisitos mínimos que deben cumplir los candidatos para su cobertura. Una vez perfilada la plaza, se convoca públicamente. Una vez presentados al concurso los diversos candidatos, se confecciona la lista de candidatos preseleccionados, a los que se entrevista. Finalizadas las entrevistas, se decide el nombramiento de uno de los candidatos y se le concede la carta de nombramiento. El candidato nombrado toma posesión de su puesto e inicia un período docente de prueba o entrenamiento inicial. Finalizado ese período, se realiza la confirmación de la valía para el cargo.

### **Sistema de Holanda**

Las universidades son libres de establecer sus propios criterios y procedimientos de evaluación, selección y contratación, sin ninguna influencia del gobierno. Como los salarios de los profesores dependen y están condicionados por el nivel de la universidad, a éstos les interesa mantener un buen nivel para permanecer dentro de la institución o entrar a ella. Este sistema, además de mejorar el nivel de la universidad, se protege contra la endogamia y la contratación y promoción de personal que ya se encuentre trabajando en ésta. Los criterios que se utilizan para evaluar a los candidatos a formar parte de la plantilla docente son variados y bastante exigentes; sirvan como ejemplo los criterios utilizados por la Universidad de Groningen. Para profesor asistente se requiere: a) doctorado en la disciplina correspondiente; b) autoría de, al menos, cinco publicaciones en revistas internacionales; c) al menos dos años de experiencia internacional posdoctoral, aunque la experiencia laboral puede compensar parcialmente este criterio; d) experiencia en proyectos para conseguir subvenciones; e) experiencia en enseñanza; y f) habilidades de organización. Para profesor asociado: a) satisfacer los requisitos de profesor asistente; desempeño mantenido en publicaciones con una media, al menos, de dos publicaciones al año en revistas internacionales; c) perfil de investi-

gación establecido; d) supervisión de estudiantes de doctorado, con una media de 2-3 estudiantes durante al menos 6 años y, como mínimo, un proyecto de doctorado finalizado en ese período de tiempo; e) al menos una beca (para un estudiante de doctorado o posdoctorado) en los últimos cinco años como investigador principal; f) reputación internacional (por ejemplo, miembro del comité de congresos internacionales o número de citas); g) buena enseñanza probada; y h) buenas habilidades organizacionales probadas. Y para profesor titular: a) satisfacer los requisitos de profesor asociado; b) supervisión independiente de estudiantes de doctorado con una media de 2-3 estudiantes durante un período de 6 años y, al menos, cuatro proyectos de doctorado en el mismo período de tiempo; c) al menos cuatro becas para estudiantes de doctorado o posdoctorado en los últimos 10 años como investigador principal; y d) alta reputación internacional como, por ejemplo, miembro de comités editoriales de revistas, invitaciones en congresos internacionales o alta tasa de citas.

## Conclusión

Los sistemas universitarios de Reino Unido e Irlanda del Norte, Alemania y Holanda han evolucionado en las últimas décadas hacia la consideración de la educación como un mercado. Ha aumentado considerablemente la competencia directa entre las empresas universitarias a favor de captar clientes, o sea, estudiantes, lo que va a suponer que las universidades que no alcancen una determinada calidad perderán alumnos en beneficio de las que tengan una calidad superior, viéndose las primeras obligadas, por tanto, a reducir su capacidad o, incluso, a desaparecer. Se trata de países, al igual que ocurre en Estados Unidos, con una calidad global y cotas de excelencia superior a la de los países con sistemas centralizados, tal como nos explica detalladamente, Domingo Docampo (2008, 172).

Por el contrario, en Francia, Italia y España, por ejemplo, las universidades se siguen considerando entes públicos especializados con autonomía, que adolecen históricamente de un grave problema endogámico, de tintes feudales, (cualquier catedrático con influencia puede enchufar a quien le dé la gana, familiar o no), basado en la existencia de cabecillas y súbditos que están obligados a respetar lo que se les dice (no te presentes a esta plaza porque ya está adjudicada, por ejemplo), jerarquía cuasimilitar, zancadillas de los compañeros, etc., situación agravada por la creciente centralización burocrática del

sistema de acceso al profesorado y su promoción, el cual, ha de pasar un filtro de mínimos, discutible, no del todo exigente y que le tiene la mayor parte del día ocupado en trámites administrativos y en perjuicio de la preparación de las clases y de una investigación sosegada y rigurosa, amén de estar diseñado el mismo para impedir o dificultar el acceso a la condición de profesor universitario a profesionales cualificados de fuera de la universidad y que bien podían prestar sus servicios en el ámbito docente e investigador dada su experiencia y conocimientos del mundo del derecho, arquitectura, ingeniería, medicina, etc. (Piñuel Zabala, 2008, 272)

## Referencias

---

- Docampo, D. (2008). Rankings Internacionales y Calidad de los Sistemas Universitarios. *Revista de Educación*, (2008), 149-176. Recuperado de [http://www.revistaeducacion.mec.es/re2008/re2008\\_07.pdf](http://www.revistaeducacion.mec.es/re2008/re2008_07.pdf)
- González González, J. M. (2006). Los sistemas universitarios del Reino Unido y de España ante el Espacio de Educación Superior. *Revista de Enseñanza Universitaria*, (28), 19-33. Recuperado de <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/44653>
- Morange, J. (2008). La Liberté du professeur des facultés de droit. *Revue de Droit Public*, (1), 54-79. Recuperado de <https://catalogue.sciencespo.fr/ark:/46513/sc0001134151>
- Piñuel Zabala, I. (2008). *La Dimisión Interior*. Madrid: Pirámide.
- Salaburu, P., Moreno, M., Mees, L. y Pérez, I. J. (2003). *Sistemas Universitarios en Europa y Estados Unidos*. Madrid: Academia Europea de Ciencias y Artes.
- Salvador, P., Azagra, A. y Gómez, C. (2008). Criterios de Evaluación de la actividad investigadora en derecho civil, derecho privado y análisis del derecho. *Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 1-63.
- Sierra Freire, J. C., Buela-Casal, G., Bermúdez Sánchez, M. de la P. y Santos-Iglesias, P. (2008). Análisis transnacional del sistema de evaluación y selección del profesorado universitario. *Interciencia*, 33,4. Interciencia, 33(4), 251-257. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10481/32912>

## Normativa

---

- Decreto Legislativo de 6 de abril de 2006, n. 164, que reordena la disciplina del reclutamiento de los profesores universitarios, Gaceta Ufficial, 101 (2006).



Felipe Alves da Silva✉

## A destruição do inimigo público inominado: uma interpretação do político em Carl Schmitt

*La destrucción del enemigo público innominado:  
una interpretación de lo político en Carl Schmitt*

*The destruction of the nameless public enemy:  
an interpretation of the political in Carl Schmitt's thought*

**Resumo:** O artigo se propõe a uma análise crítica dos critérios elementares para a definição do conceito do político apresentado pelo jurista e filósofo alemão Carl Schmitt, para, passo seguinte, partindo da essência do político – que consiste na dualidade amigo e inimigo –, investigar as repercussões práticas resultantes das possibilidades reais de enfrentamento, de modo que se tenha por escopo primordial a análise de um potencial totalitário no pensamento schmittiano, uma vez que essa diferenciação, para Schmitt, consiste no fundamento elementar para definição do político. O inimigo – o outro, o desconhecido – que pode ser destruído e exterminado no sentido físico, não necessariamente se aplica a cada antagonista, mas apenas a um inimigo público (*hostis*), e dado seu caráter de indeterminação, pode ser estipulado conforme os desígnios do soberano, ou, no contexto da Alemanha nazista na qual Schmitt se encontrava, conforme os desígnios do Presidente do Reich. A metodologia utilizada consiste em um caráter hipotético-dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica, principalmente no que concerne às construções teóricas de Carl Schmitt.

**Palavras-chave:** Carl Schmitt, político, amigo-inimigo, enfrentamento, homogeneidade.

✉ Graduando em Direito pela Faculdade Cidade Verde (FCV) e Filosofia pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), Brazil. Integrante do Grupo de Estudos Schmittianos – RIES/FCV (linha de pesquisa: Carl Schmitt como teórico da Constituição: a guarda da Constituição e o debate com Kelsen), vinculado à Rede Internacional de Estudos Schmittianos. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5258687371135762>

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-5407-787X>

✉ [felipealves\\_silva@yahoo.com](mailto:felipealves_silva@yahoo.com)

**Resumen:** *El artículo propone un análisis crítico de los criterios elementales para la definición del concepto de lo político presentado por el jurista y filósofo alemán Carl Schmitt, para, posteriormente, partiendo de la esencia de lo político —que consiste en la dualidad amigo-enemigo—, investigar las repercusiones prácticas resultantes de las posibilidades reales de enfrentamiento, cuyo alcance primordial sea el análisis de un potencial totalitario en el pensamiento schmittiano. Esta diferenciación, para Schmitt, consiste en el fundamento elemental para la definición de lo político. El enemigo —el otro, el desconocido— que puede ser destruido y exterminado en el sentido físico, no necesariamente se aplica a cada antagonista, sino tan solo a un enemigo público (hostis), y, debido a su carácter de indeterminación, puede ser estipulado según los designios del soberano, o, en el contexto de la Alemania nazi donde se encontraba Schmitt, según los designios del Presidente del Reich. La metodología empleada es de carácter hipotético-deductivo a partir de una investigación bibliográfica, principalmente en lo que refiere a las construcciones teóricas de Carl Schmitt.*

**Palabras clave:** *Carl Schmitt, político, amigo-enemigo, enfrentamiento, homogeneidad.*

**Abstract:** *This paper proposes a critical analysis of the essential criteria to define the concept of the political as presented by German jurist and philosopher, Carl Schmitt. Based on the essence of the political —i.e. the friend-enemy duality—, the objective is to explore the practical implications resulting from the actual possibilities of confrontation, the key scope being the analysis of a totalitarian potential from a Schmittian's perspective. In Schmitt's thought, this distinction is the fundamental reason for the definition of the political. Not every opponent is necessarily the enemy —the other one, the unknown— and likely to be physically destroyed and exterminated but only a public enemy (hostis). Given its indeterminate nature, the enemy may be prescribed according to the sovereign design or, in the context of Nazi Germany where Carl Schmitt lived, in accordance with the President of the Reich's designs. A hypothetical-deductive methodology is used in this work based on bibliographical research, in particular regarding Carl Schmitt's theoretical constructions.*

**Keywords:** *Carl Schmitt, political, friend-enemy, confrontation, homogeneity.*

Recibido: 20170308

Aceptado: 20170516

## Introdução

O objetivo principal deste trabalho é desenvolver uma análise crítica dos critérios elementares para a definição do *conceito do político* do jurista e filósofo Carl Schmitt, para, passo seguinte, a partir de uma abordagem da essência do político – que consiste na dualidade (*Freund*) e inimigo (*Feind*) –, investigar as repercussões práticas resultantes das possibilidades reais de enfrentamento, de forma que se tenha por finalidade a análise de um potencial totalitário no pensamento schmittiano, uma vez que essa diferenciação, para Schmitt, consiste no critério elementar para definição do conceito do político. Verifica-se que, partindo de um método hermenêutico da análise das produções intelectuais de Roberto Bueno, grande referência entre os comentaristas de Carl Schmitt e no qual adotamos como linha de interpretação, o inimigo não necessariamente se aplica a cada antagonista, mas apenas para um inimigo público (*hostis*). Ainda que não se tenha como pretensão aprofundarmo-nos, por ora, nos argumentos de alguns intérpretes das obras schmittianas, compreende-se, de antemão, que uma interpretação deturpada do pensamento de Schmitt legitimaria a exterminação de um único inimigo, o que, em nossa compreensão, seria uma interpretação injusta e limitadora à finalidade do conceito político schmittiano.

Para tanto, a primeira parte do texto se dedica a localizar a construção do pensamento conservador e autoritário de Carl Schmitt. A ênfase recai sobre como o autor estabelece os critérios para a estipulação do dualismo amigo e inimigo, demonstrando que, em sua concepção, para chegar a uma autonomia do político por meio de um critério próprio de identificação, este deve distanciar-se do âmbito de outras categorias, buscando evidenciar que a relação política é autônoma e distinta de outras como a moral, por exemplo.

No restante do texto a investigação concentrará seu foco na análise aproximativa das interpretações de alguns comentaristas sobre a quem se aplicaria a noção de inimigo para Schmitt. Notar-se-á que o inimigo não se aplica necessariamente a determinada categoria, mas, em suma, a um inimigo pú-

blico (*hostis*) inominado, ou melhor, àquele que excedesse os limites do Estado e fosse considerado uma ameaça à “ordem” e à normalidade. Pretende-se, desse modo, não apresentar Schmitt como um adepto à prática de todo o horror dos campos de concentração e nem isentar ou defender suas posições teórico-políticas, mas tão-somente analisar as implicações e a possibilidade de deturpação do seu pensamento, de modo a fornecer um caráter de legitimação aos atos de crueldade praticados.

### **A imagem conturbada de Schmitt**

Carl Schmitt (1888-1985) foi um jurista e filósofo alemão marcadamente conhecido por seu pensamento conservador e autoritário, bem como por ser um dos mais importantes críticos ao liberalismo e à democracia parlamentar de Weimar. Em meio a condições de extrema instabilidade tanto econômica quanto social, “o autor procurou responder aos problemas sociopolíticos e econômicos que torpedeavam e faziam soçobrar as instituições germanas” (Bueno, 2014), assim, Schmitt constrói seu pensamento durante a República de Weimar, publicando a primeira edição da obra *O conceito do político* em uma conferência em 1927 – durante um período de aparente estabilização – e a segunda edição em 1932, período que precede a queda da república e a ascensão dos nazistas ao poder.

Devido à complexidade da obra, torna-se imaginável dimensionar a quantidade de temas e problemas possíveis de serem investigados dentro das concepções e teorias políticas de Schmitt, razão pela qual não se admite como tarefa na presente investigação uma reconstrução pormenorizada dos critérios adotados para definição do *político*, bem como não há a pretensão de esgotar as interpretações fidedignas que foram dedicadas a essa obra, pretende-se, apenas, apontar algumas circunstâncias práticas preocupantes que influenciam concretamente não só a Alemanha, mas todos aqueles que, de certa forma, preocupam-se com questões acerca do Estado, da Política e do Direito.

A imagem ambígua do *jusfilósofo* provocou, por força de seus pensamentos, argumentos e análises muitas vezes distintos por seus intérpretes que até hoje não foram superados, mas que, no fundo, deveriam ser pensadas com a finalidade de entender a manutenção proposta para o político na era moderna, isto é, “na época do crescimento do parlamentarismo democrático, ao

qual Schmitt se opôs com insistência” (Flickinger, 1992). Nessa linha, acentua Flickinger:

Como jurista, Carl Schmitt contribuiu, antes de tudo, ao desenvolvimento da doutrina da constituição moderna, cuja base encontra-se na atenta releitura da tradição européia: Macchiavelli, Hugo Grotius, Jean Bodin e os revolucionários conservadores Bonald, de Maistre, Donoso Cortês fundamentaram seu pensamento, destacando-se, porém, Thomas Hobbes como autor preferido, no qual Carl Schmitt enraizou sua crítica ao sistema político de Weimar. Com esta orientação opôs-se ele aos outros teóricos contemporâneos do Estado, como por exemplo, Otto Kirchheimer, Hermann Heller ou Hans Kelsen e Gerhard Anschutz. (Flickinger, 1992)

A intensidade com que foram centralizados os esforços de Schmitt ao modelo democrático-parlamentar de Weimar, evidencia que não se tratavam de simples aversões àquelas instituições, mas, sobretudo, representava uma estratégia de desvincular do Estado à possibilidade de uma pluralidade de pensamentos, de diferentes projetos de vida ou de visões políticas (Neumann, 2005) que, por certo, enfraqueceriam o poder estatal – uma vez que limitariam a atuação do político – e fragilizariam suas apostas conservadoras.

O pluralismo partidário da República de Weimar, para Schmitt e seus contemporâneos, não representava o espírito cultural do povo alemão, considerado por ele como um sistema fraco, corrupto e sem um sentido de coletividade, trazendo à tona a compreensão de que o contexto weimariano era rodeado de frágeis instituições e relações políticas superficiais (Kennedy, 2012), Schmitt sendo considerado um dos críticos mais severos da ideologia política liberal.

Assim, favorecendo roteiros totalitários gestados por sua profunda oposição à cultura político-jurídico weimariana, em meio aos constantes tumultos caracterizados como quase guerra civil dentro da quadra alemã, Schmitt manifesta-se quanto às práticas de diversidade sociopolíticas e apresenta a implementação de uma ordem política com poder capaz de reunir os interesses do povo alemão e submetê-los ao domínio de um interesse político centralizado (Bueno, 2014).

Tendo como ponto de partida a essência do político – que consiste na dualidade amigo (*Freund*) e inimigo (*Feind*) –, é preciso analisar as repercussões práticas resultantes das possibilidades reais de enfrentamento, de forma que se tenha por finalidade a análise de um potencial totalitário presente no pensamento schmittiano dentro do contexto histórico em questão na qual o autor se localiza e constrói seus pressupostos teóricos, visto que essa diferenciação, para Schmitt, consiste no critério elementar para a definição do conceito do político. É justamente no quesito de seu pensamento político que buscaremos criticamente nos atentar de agora em diante.

### **O pensamento político de Carl Schmitt**

A figura do político, em Schmitt, é construída a partir de uma relação antagonica, ou seja, de oposição. Entretanto, antes de entrar nessas questões mais aprofundadas, é necessário percorrer o caminho argumentativo proposto pelo autor para que se chegue ao conceito propriamente dito, de modo a distanciar qualquer outra categoria estranha àquela específica do político. Nesse quesito, salienta Schmitt:

Uma definição do conceito do político só pode ser obtida pela identificação e verificação das categorias especificamente políticas. Isto porque o político tem suas próprias categorias, as quais se tornam peculiarmente ativas perante os diversos domínios relativamente autônomos do pensamento e da ação humanos, especialmente o moral, o estético e o econômico. Por isso, o político tem que residir em suas próprias diferenciações extremas, às quais se pode atribuir toda a ação política em seu sentido específico. Suponhamos que no âmbito do moral as extremas diferenciações sejam bom e mau; no estético, belo e feio; no econômico, útil e prejudicial ou, por exemplo, rentável e não-rentável. A questão é, então, se também existe – e em que consiste –, uma diferenciação especial como critério simples de político, a qual, embora não idêntica e análoga àquelas outras diferenciações, seja independente destas, autônoma e, como tal, explícita sem mais dificuldades. (Schmitt, 2008)

Schmitt deixa claro, nos momentos iniciais de sua obra, que a finalidade não é a de buscar uma definição em específico para o político, mas “buscar critérios para a inteligibilidade do fenômeno do político” (Lima, 2011). Para

chegar a uma autonomia do político por meio de um critério próprio de identificação, o *jusfilósofo* tentará distanciar a categoria do político do âmbito de outras categorias, buscando evidenciar que a relação política é autônoma e distinta de outras como a moral, em que as diferenciações antagônicas envolvem o bom e o mau; a estética, que envolve o belo e o feio; do âmbito econômico, que diz respeito ao que é útil e prejudicial e assim por diante (Schmitt, 2008), de modo a defender que a política pode ser definida a partir da distinção amigo-inimigo.

A diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo* e *inimigo*, fornecendo uma definição conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou expressão de conteúdo. Na medida em que não é derivável de outros critérios, ela corresponde para o político aos critérios relativamente autônomos de outras antíteses: bom e mau no moral; belo e feio no estético etc. Em todo caso, ela é autônoma, não no sentido de um novo âmbito próprio, e sim no modo de que nem se fundamenta em uma daquelas outras antíteses ou em várias delas, nem pode ser relacionada a elas. Se a antítese entre bom e mau não é idêntica sem dificuldades e de forma simples àquela entre belo e feio ou entre útil e prejudicial e não lhe pode ser diretamente relacionada, então a antítese entre amigo e inimigo pode ser ainda menos confundida ou mesclada com uma daquelas outras antíteses. (Schmitt, 2008)

Sobre a diferenciação entre a antítese amigo e inimigo, Carl Schmitt em seguida destaca:

a diferenciação entre amigo e inimigo tem o propósito de caracterizar o extremo grau de intensidade de uma união ou separação, de uma associação ou desassociação, podendo existir na teoria e na prática, sem que, simultaneamente, tenham que ser empregadas todas aquelas diferenciações morais, estéticas, econômicas e outras. o inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio; ele não tem que se apresentar como concorrente econômico e, talvez, pode até mesmo parecer vantajoso fazer negócios com ele. ele é precisamente o outro, o desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com

ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através da sentença de um terceiro “não envolvido” e, destarte, “imparcial”. (Schmitt, 2008)

Percebe-se que as relações sociais se constituem a partir de dissociações em que a relação de amizade e inimizade diz respeito diretamente ao mundo público. Não obstante, há a noção de que qualquer relação social poderia tomar a forma de relação de grandeza política, isto é, ser caracterizada ou abrangida por essa dialética da luta que é própria do político, desde que essa relação chegue “ao ‘ponto decisivo’ (*entscheidenden Punkt*), caracterizado pela intensidade da oposição especificamente política” (Lima, 2011), porque o que de fato interessa “é o caso do conflito” (Schmitt, 2008). Sobre esse ponto, Schmitt ainda argumenta:

Se as forças antagônicas econômicas, culturais ou religiosas forem tão fortes a ponto de definirem, por si mesmas, a decisão sobre o caso crítico, elas terão se convertido na nova substância da unidade política. Se não forem fortes o suficiente para evitar uma guerra deliberada contra seus interesses e princípios, ficará evidenciado que não alcançaram o ponto decisivo do político. (Schmitt, 2008)

Ora, dentro da perspectiva do autor, não há uma determinação substancial acerca do político, pois ao atingir esse ápice de entrar em um potencial conflito factual, qualquer associação de pessoas ou relação social pode tornar-se em ato uma relação política, haja vista que “toda contraposição religiosa, moral, econômica, étnica ou de outra categoria transforma-se em uma contraposição política quando é forte o suficiente para agrupar os seres humanos efetivamente em amigos e inimigos” (Schmitt, 2009). Aliás, Schmitt chama a atenção para o fato de que isto é válido nas mais diversas modalidades de associações entre pessoas.

Mesmo uma *classe* no sentido marxista do termo cessa de ser algo puramente econômico e se torna uma grandeza política quando chega nesse ponto decisivo, ou seja, quando leva a sério a *luta* de classes, tratando o adversário de classe como o inimigo real e o combatendo, seja como Estado contra Estado, seja na guerra civil dentro de um Estado. Desse modo, a luta real necessariamente não mais transcorrerá conforme leis econômicas, e sim terá – além dos métodos de combate no

sentido técnico mais estrito –, seus compromissos, suas coalizões, suas necessidades e orientações políticas etc. (Schmitt, 2008)

Quando a real possibilidade de enfrentar fisicamente o inimigo se manifesta, a partir do momento em que a intensidade é suficiente para dividir um grupo de pessoas entre amigos e inimigos, antíteses como a da esfera estética, econômica ou moral tornam-se, nesse momento, políticas. Sobre esse ponto, Deyvison Rodrigues Lima destaca:

(...) Schmitt não se refere a qualquer relação, mas apenas a relações conflitivas que alcancem a intensidade existencial do conflito, ou seja, o caráter relacional do político é marcado estruturalmente por relações de oposições e dissenso, pois qualquer dissociação concreta, ou seja, dada a partir de uma configuração histórica de formas de vida transforma-se em uma dissociação política quando discrimina entre amigos e inimigos, o que caracteriza em termos gerais seu existencialismo político. Entretanto, não se pode reduzir o critério do político ao seu lado da negatividade e afirmar simplesmente que o político é caracterizado pela inimizade. A dialética do político exige os dois polos: amizade e inimizade. Não existe apenas inimigo e dissenso radical, mas também associação e identidade. A sutileza do argumento schmittiano para compreender o que está em jogo, como afirma o autor num texto chave sobre Däubler, é que “o inimigo é a nossa própria pergunta enquanto forma e ele nos arrasta, e nós a ele, para o mesmo fim.” (...) Assim, Schmitt busca na condição humana, o significado do político, ou seja, o elemento polêmico que une e separa os homens, seja pelo consenso seja pelo dissenso. (Lima, 2011)

É preciso entender o inimigo em seu sentido concreto e existencial, não podendo ser misturado a qualquer noção de cunho econômico, moral e assim por diante (cf. Schmitt, 2008). O inimigo a qual Schmitt se refere é sempre o inimigo público (*hostis*), não consistindo em um concorrente ou adversário no sentido geral. Aliás, destaca que “tampouco é inimigo o adversário privado a quem se odeia por sentimentos de antipatia” (Schmitt, 2008). Em seguida, ressalta:

Inimigo é apenas um conjunto de pessoas *em combate* ao menos eventualmente, i.e., segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo *público*, pois tudo o

que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, *público*. Inimigo é *hostis*, não *inimicus* em sentido amplo; *polemios*, não *echtros*. (Schmitt, 2008)

O inimigo como a condição concreta da possibilidade do político é um inimigo real. Ele é existencialmente o “outro” e “desconhecido”, em que o conflito se torna uma possibilidade em ato. É essa mais extrema possibilidade que constitui a política. No entanto, a noção de inimigo para Schmitt não necessariamente se aplica a cada antagonista, mas apenas para um inimigo público. Indivíduos particulares, associações e outras instituições do tipo podem ter adversários, mas apenas entidades políticas têm verdadeiros inimigos, tendo em vista que para um indivíduo, como tal, não há nenhum inimigo. Nesse sentido, Schmitt subscreve a distinção de Platão entre inimigos particulares (*echtros*) e públicos (*polemios*), correspondentes a duas formas de luta, uma disputa entre os helenos (*stasis*) e uma verdadeira guerra contra os bárbaros (*polemios*).

Todavia, Schmitt enfatiza que cada disputa – religiosa, ética ou econômica – ou levante privado, isto é, cada *stasis*, tem o potencial para se tornar uma luta entre amigos e inimigos e, portanto, uma guerra pública entre inimigos públicos. Em outras palavras, toda disputa privada leva potencialmente para a constituição de uma entidade política separada, porque “é precisamente esta possibilidade real da existência do inimigo que permite a unidade política” (Bueno, 2010). Tribos, cidades e impérios, por exemplo, têm se mostrado como tais entidades, mas Schmitt repetidamente enfatiza que na Europa moderna elas estão acima de todos os estados. Apenas os Estados – entendidos como “o status político de um povo organizado dentro de uma unidade territorial” (Schmitt, 2008) – tem inimigos na modernidade.

Roberto Bueno chama a atenção de que há implicitamente, dentro do conceito de político e sociedade, essa real possibilidade do conflito, enfatizando inclusive que não haveria de fato política em um mundo em que não houvesse a presença da dualidade amigo-inimigo (*cf.* Bueno, 2010). Nesse sentido, o político deve ser inteiramente tomado, então, “como o território do conflito, não sendo possível para o pensamento schmittiano imaginar uma harmonização feita mediante discussão parlamentar, discussão esta que busca um consenso racional no universo do político” (Ramiro e Do Rio, R., 2015).

Não obstante a isso, Schmitt enfatiza que compete a essa unidade essencialmente política, o Estado, a “real possibilidade de determinar o inimigo no caso dado por força de decisão própria e de combatê-lo” (Schmitt, 2008). Nas suas palavras:

O Estado enquanto unidade política normativa concentrou em si mesmo uma imensa competência: a possibilidade de fazer guerra e, assim, de dispor abertamente sobre a vida das pessoas. Isto em virtude do fato de que o *jus belli* contém tal disposição; significa a dupla possibilidade: exigir de membros do próprio povo prontidão para morrer e prontidão para matar, e matar pessoas do lado inimigo. Mas o desempenho de um Estado normal consiste, sobretudo, em obter *dentro* do Estado e de seu território uma pacificação completa, produzindo “tranquilidade, segurança e ordem” e criando, assim, a situação *normal*; esta é o requisito para que as normas jurídicas possam ter eficácia absoluta, pois toda norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter validade para uma situação que lhe é plenamente anormal. (Schmitt, 2008)

Veja, tem-se um fator muito importante nesse ponto, pois o *jus belli*, ou seja, a decisão sobre a guerra e o inimigo paira sob o Estado, havendo inclusive a possibilidade de que, em situações excepcionais, sejam estipulados certos inimigos dentro dos limites do Estado, de modo a garantir a normalidade, isto é, para garantir a ordem.

Em situações críticas, esta necessidade de pacificação intra-estatal leva a que o Estado, como unidade política, enquanto existir, também determine, por si mesmo, o “inimigo interno”. Destarte, em todos os Estados, de alguma forma, há o que o Direito Público das repúblicas gregas conhecia por declaração de *polemios* e o Direito Público romano por declaração de *hostis*, ou seja, tipos de desterro, de ostracismo, de proscricção, de banimento, de colocação *hors la loi*, em suma, tipos de *declaração de inimigos* intra-estatais, podendo ser estes tipos mais rigorosos ou mais suaves, supervenientes *ipso facto* ou com efeito jurídico em virtude de leis especiais, explícitos ou encobertos por meio de circunscrições genéricas. (Schmitt, 2008)

A afirmação de Schmitt é de suma importância, pois nas situações críticas, o assim estipulado inimigo interno – o outro, o diferente – poderia ser

destruído pelo Estado, a fim de garantir a “tranquilidade, segurança e ordem” (cf. Schmitt, 2008). Sobre isso, Roberto Bueno brilhantemente destaca:

A democracia encontra-se ligada em Schmitt com sua acérrima crítica ao liberalismo. Ela requer a aplicação do conceito de homogeneidade a ponto de, no limite, ser necessário “eliminar ou aniquilar o heterogêneo” (...). Mesmo sendo esta uma ideia absolutamente incompatível com nosso conceito contemporâneo de democracia, para Schmitt não havia problemas em admitir tal radical possibilidade. A rigor, isto se encontra justificado pela admissão de que é possível “excluir uma parte da população dominada pelo Estado, sem deixar de ser democracia”. (...) em Schmitt a exclusão pode compartilhar espaço com o conceito de democracia, argumento para o qual o autor busca apoio histórico tanto na Antiguidade como contemporaneamente no Império Britânico. A universalidade de direitos, portanto, encontra-se com a possibilidade de exclusão dentro de um mesmo território, por exemplo, de todos aqueles que são estrangeiros. Estes, como os escravos, por exemplo, não desfrutavam de direito de voto e de voz (...). Desta forma, a igualdade universal de direitos bem como a igualdade são, portanto, uma concepção cara ao liberalismo (...) antes do que um conceito ligado à democracia, ao menos não desde a ótica em que Schmitt entende o conceito de democracia. Mas se é possível dizer que parcialmente lhe assiste razão a Schmitt ao comentar que, por exemplo, os estrangeiros não desfrutam de direitos, isto sim, a nosso ver o problema é que Schmitt leva o argumento muito além do razoável. Schmitt amplia o argumento a ponto de excluir do mundo dos direitos toda uma ampla gama de cidadãos por motivos de raça, religião, preferências político-partidárias ou ideológicas bem como sexuais. Desta maneira Schmitt amplia muitíssimo a esfera dos excluídos de direitos em um determinado Estado, especificamente o nacional-socialista. (Bueno, 2010)

Roberto Bueno atenta-se para a crítica que Schmitt faz contra o sistema parlamentar, um *government by discussion* (cf. Schmitt, 1996a), e como essa mesma crítica está diretamente relacionada à possibilidade de aniquilação do diferente, do heterogêneo. Schmitt, em sua obra “A crise da democracia parlamentar”, dirá abertamente que é preciso distinguir o liberalismo e a democracia, pois só assim será reconhecido o caráter a qual denomina de “imagem heterogeneamente montada que constitui a moderna democracia de massas”

(Schmitt, 1996a). Em última instância, a ideia de homogeneidade é própria do que o autor entende por democracia.

Em toda a verdadeira democracia está implícito que não só o igual seja tratado igualmente, mas que, como consequência inevitável, o não igual seja tratado de modo diferente. Portanto, a democracia deve, em primeiro lugar, ter homogeneidade e, em segundo, – se for preciso – eliminar ou aniquilar o heterogêneo. (...) A força política de uma democracia se evidencia quando mantém à distância ou afasta tudo o que é *estranho e diferente, o que ameaça a homogeneidade*. (Schmitt, 1996a) (Grifo nosso)

Schmitt busca argumentar que uma democracia “pode excluir uma parte da população dominada pelo Estado, sem deixar de ser democracia” (Schmitt, 1996a). Para exemplificar isso, o autor destaca casos em que quando se falava em direitos universais ao voto e assim por diante, muitos grupos eram ignorados, isto é, não eram abarcados pelo direito ao sufrágio universal. Há, assim, a noção de uma “possibilidade de dominar uma população heterogênea sem lhe conceder a cidadania, tornando-a dependente desse Estado democrático e ao mesmo tempo mantendo-a afastada dele” (Schmitt, 1996a).

Perante o assinalado, é evidente que para atingir a homogeneidade pretendida, o heterogêneo poderia vir a ser totalmente eliminado. Ora, dentro dessa possibilidade de enfrentamento real e do contexto social a qual o autor estava inserido, a saber, de mudança radical na forma governamental<sup>(1)</sup>, a impressão de que o regime republicano carregava consigo a vergonha da derrota que veio imediatamente ao findar da Primeira Guerra Mundial e representava a decadência dos valores tradicionais alemães, somado ao seu caráter marcadamente autoritário, a questão que fica é justamente se não haveria a possibilidade do pensamento schmittiano voltar-se como base para sustentação – ou como forma de fornecer legitimidade – à toda a barbárie que viria posteriormente com a ascensão dos nazistas ao poder. Nessa linha, Roberto Bueno (Bueno, 2010) argumenta:

Quando Schmitt se ocupa com o conceito de homogeneidade (*homogenität*) não há evidentes pistas de que o fizesse segundo termos proclives a uma abordagem racial do tema. Importante, contudo, é que tampouco cuida de excluir tal possibilidade. Ao omitir esta dimensão

teórica do tema, Schmitt passa, mesmo que indireta e/ou inadvertidamente, a reforçar toda uma argumentação posterior. A homogeneidade será tomada por parte da cultura política do período, em especial daquela oriunda das fileiras nacional-socialistas e do conservadorismo revolucionário, como marcada por um viés eminentemente racial.

Não obstante, em uma passagem um tanto quanto conturbada, Mika Ojakangas nos fornece algumas inquietações que podem servir de base para a discussão de uma potencial má interpretação de Schmitt – ou até mesmo a possibilidade de levar adiante a proposta schmittiana – por parte dos nazistas, e de seus leitores, nesse caso, culminando na classificação do povo judeu como os inimigos reais do povo alemão. Nas suas palavras:

O judeu é o outro e, assim, o inimigo, mas porque não se pode identificá-lo como o outro, ele deve ser o outro absoluto, o inimigo em sua falta de forma absoluta. Por esta razão Schmitt escreve: “O verdadeiro inimigo é o judeu assimilado.” Em outras palavras, Schmitt acredita que o judeu não é o verdadeiro inimigo, isto é, o inimigo absoluto ou o “último inimigo”, como Jacques Derrida expressa, por conta de sua degradação moral, estética ou científica ou porque o seu valor enquanto ser humano seria negado. Ele é o inimigo absoluto, porque é impossível identificá-lo – *porque o judeu não tem nenhuma forma de vida própria em primeiro lugar*. Ele é como eu, ele vive como eu, mas ele não pode ser meu amigo – por quê? Pela razão de que a identidade de Schmitt como um cristão é constituída pelo fato de que o judeu é o inimigo, que o judeu, independentemente de seu “virtuosismo de mimetismo” contemporâneo, é o assassino de Cristo. Aqui, a teologia política, que traça analogias entre conceitos teológicos e políticos, é transformada em políticas teológicas, que visa uma justificação religiosa, se não de guerra e morte, então, pelo menos, de ódio pessoal. (Ojakangas, 2004) (Tradução nossa)<sup>(2)</sup>

A ideia do presente trabalho não é defender categoricamente a tese de que Schmitt de certa forma fundamenta – ou busca fundamentar – o que posteriormente seria reconhecido como um dos piores crimes praticados contra a humanidade, mas sim questionar e chamar a atenção para o fato de que partindo unicamente da argumentação schmittiana e levando-a às últimas consequências, para promover uma certa homogeneidade – especialmente no

sentido racial – ao povo alemão, a barbárie dos campos de extermínio é o mínimo que se pode concluir de seus pressupostos teóricos.

Os questionamentos acerca dessa supervalorização da homogeneidade a ponto de defender que o inimigo público que escapa a essa normalidade seja destruído a fim de garanti-la são todos aceitáveis, haja vista que após a Revolução Alemã, em 1918, houve inúmeras críticas contra os denominados “conspiradores”, *inimigos* do povo alemão, que seriam justamente os judeus. Através do disseminado mito da “punhalada nas costas” (*Dolchstoßlegende*), em que inimigos internos, em específico os judeus, foram acusados de “derubarem um Exército invicto no exterior, mas traído dentro do próprio país” (Fulbrook, 2012).

Hitler, em sua obra “Minha Luta”, acusa abertamente os judeus de serem os “culpados” pela vergonha da derrota na grande guerra e pelo armistício forçado após a Revolução Alemã em 1918. Sobre esse ponto, é interessante citar alguns trechos do comentário que ele faz sobre essa revolução – que culminou no fim da guerra – e os culpados por ela. Verifica-se que há claramente um sentimento de profunda tristeza com o findar do Império e um intenso desdém para com o recém-formado regime republicano. Nas suas sombrias palavras:

Já há algum tempo pairava no ar algo de incerto e desagradável. Dizia-se que, dentro de algumas semanas, ia haver alguma coisa! Eu não compreendia o que se queria dizer com isso. (...) E, finalmente, um dia, inopinadamente, deu-se a desgraça. Marinheiros vindos em caminhões incitavam à revolução. Alguns rapazolas judeus eram os “dirigentes” dessa luta pela “liberdade, beleza e dignidade” de nosso povo. Nenhum deles tinha estado no front. Os três orientais tinham sido mandados para casa pelo recurso a um “lazareto de doenças venéreas”. Agora içavam na Pátria o trapo vermelho. (...) Ainda tive a esperança de que se tratasse de uma traição mais ou menos de caráter local. (...) Nunca pude imaginar que também em Munique a loucura se desencadeasse. A mim me parecia que a fidelidade à digna casa de Wittelsbach fosse mais forte do que a vontade de alguns judeus. (...) Os dias seguintes foram passando e, com eles, veio a mais terrível certeza de minha vida. Os boatos aumentavam constantemente. O que eu tinha tomado por uma questão local era na realidade uma revolução geral. (...) A dez de no-

vembro o velho pastor veio ao hospital para uma pequena prédica. (...) O velho e digno senhor parecia tremer ao nos comunicar que a casa dos Hohenzollern não mais poderia usar a coroa imperial e que a Pátria se tinha transformado em república, e que só restava pedir ao Todo-Poderoso que concedesse a sua bênção a essa transformação e não abandonasse o nosso povo de futuro. (...) No pequeno salão havia profundo desânimo em todos os corações e creio que não havia quem pudesse conter as lágrimas. Quando o pastor procurou continuar e começou a comunicar que teríamos que acabar essa longa guerra e que a nossa Pátria, agora que tínhamos perdido a guerra e estávamos sujeitos à misericórdia do inimigo, iria sofrer grandes opressões e que o armistício seria aceito dependendo da magnanimidade dos nossos inimigos – eu não me contive. (...) Tudo tinha sido em vão. Em vão todos os sacrifícios e privações, e em vão a fome e a sede de meses sem fim. Em vão as horas em que, transidos de pavor, cumpríamos assim mesmo o nosso dever, e em vão a morte de dois milhões que então caíram. Seria que não se iam abrir os túmulos das centenas de milhares que outrora tinham partido com fé na Pátria para nunca mais voltarem? Não se iriam abrir esses túmulos, a fim de enviarem à nação os heróis mudos enlameados e ensanguentados, quais espíritos vingativos, pela traição do maior sacrifício que um homem pode oferecer nesse mundo? Foi para isso que morreram os soldados de agosto e setembro de 1914? Foi para isso que se lhes ajuntaram os regimentos de voluntários do Outono desse mesmo ano? Foi para isso que rapazes de 17 anos tombaram na terra de Flandres? Era esse o sentido do sacrifício oferecido pelas mães alemãs à Pátria, quando, com o coração partido, deixavam partir seus filhos mais caros para não mais revê-los? Tudo isso aconteceu para que agora um punhado de miseráveis criminosos pudesse pôr a mão sobre a Pátria? (...) Valeria a Alemanha do passado menos do que supúnhamos? Não tinha ela obrigações para com a sua própria História? Éramos nós ainda dignos de nos cobrir com a glória do seu passado? Como poderíamos justificar às gerações futuras esse ato do presente? Miseráveis e depravados criminosos! (...) O imperador Guilherme II tinha sido o primeiro imperador alemão que tinha oferecido a mão à conciliação com os líderes do marxismo, sem se lembrar que bandidos não têm honra. *Enquanto eles seguravam a mão do imperador com a outra procuravam o punhal. Com judeus não se pode pactuar. Só há um pró ou um contra*”. (Hitler, 1983) (Grifo nosso).

A longa passagem supracitada se legitima, na medida em que representa precisamente o sentimento de aversão ao governo republicano, assim como inicia abertamente certa campanha publicitária na estipulação de um culpado, de um inimigo do Estado. Mesmo com a substituição do Império Alemão, de Guilherme II, pela República de Weimar, com a liderança de Friedrich Ebert, a impressão é de que a sociedade ainda não comportava tamanha mudança. Buscava-se afirmar publicamente que os judeus, os socialistas e até mesmo os moderados foram os culpados por toda desgraça acometida ao povo alemão em detrimento do Tratado de Versalhes e a humilhação que este trouxe consigo, ou melhor, concentraram neles todo o sentimento de desmoralização e fracasso da outrora grandiosa nação.

Diante do exposto, não só fica claro como também é de suma importância ressaltar que a construção do mito, ou melhor, a delimitação do povo judeu enquanto inimigo que a nação alemã deveria combater a todo custo começou antes mesmo de Schmitt apresentar pela primeira vez sua obra *Der Begriff des Politischen*, em uma conferência no ano de 1927. É justamente nesse contexto turbulento que o autor constrói sua argumentação, sofrendo grande e grave influência, como fica evidente em suas palavras marcadamente de cunho autoritário. Ainda sobre a delimitação do inimigo e o perigo de sua indeterminação, Primo Levi, judeu italiano sobrevivente do campo de Auschwitz, pontua:

A loucura hitleriana considerava inimigo não só um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, mas uma raça inteira, e os campos, principalmente o de Auschwitz, tornaram-se o cemitério dos judeus. (...) A partir de 1939, o nazismo passou a considerar os patriotas das várias nações ocupadas que julgavam necessário resistir ao invasor como inimigos políticos; daquele momento em diante, os campos de concentração alemães se encheram de resistentes de toda a Europa, verdadeira elite internacional de homens livres, em primeiro lugar os poloneses, depois franceses, belgas, luxemburgueses, gregos, húngaros, romenos, soviéticos, iugoslavos e, depois de 8 de setembro de 1943, os italianos. (Levi, 2015)

O modo com que Schmitt trabalha a esfera do político admite várias leituras e críticas, porém não se pode negar a possibilidade de enfrentamento e destruição física do inimigo. Essa prerrogativa está clara e evidente no texto

schmittiano. Os resultados práticos de tais colocações é que são questionáveis, ou melhor, o coeficiente da aniquilação de certos povos considerados inimigos públicos é que pode ser colocado à discussão, mas não a impossibilidade de se chegar a tais atos de barbárie.

Ainda que a finalidade não seja defender Schmitt em sua totalidade, é preciso investigar se haveria ou não a possibilidade de colocá-lo como uma espécie de antissemita que apoiaria os horrores cometidos nos campos de extermínio conforme defendido supra, pois as repercussões práticas de toda sua fundamentação culminam – sem qualquer equívoco na interpretação – em todo o mal perpetrado no campo de extermínio de Auschwitz.

Nessa linha, Roberto Bueno destaca:

Ainda tão cedo quanto em sua conferência de 1927, logo transformada em texto, e momento em que a República ainda poderia almejar alguma chance, Schmitt não revelou qualquer preocupação positiva com um Estado de Direito. A proteção deste *outro* alvo de passível extermínio, ao contrário, era o foco. Schmitt procurou mantê-lo inominado, engenhosamente incógnito, ocupando uma estratégica posição de fundo em seu trabalho, mas sempre pronto a ser daquela posição retirado tão pronto como o novo Estado total galgasse o poder. Estes movimentos de extermínio apenas auxiliariam os interesses do regime nacional-socialista em proceder a uma constituição estética do padrão de beleza, por certo único e linear, cuja uniformidade exclui o diverso que, na concepção política schmittiana, está representada pela figura do inimigo. (Bueno, 2011)

É visível que a possibilidade de estipulação de um inimigo interno (*hostis*), desde que este ameace o Estado ou se mostre como comprometedor – em termos schmittianos – ao “nosso” modo de vida, possui um caráter um tanto quanto abrangente, ou seja, caso fosse conveniente em determinada circunstância, nada impediria a possibilidade de que os judeus – ou inclusive o próprio povo alemão – ocupassem o papel de inimigo público, sendo, assim, passíveis de enfrentamento físico e, não obstante, extermínio.

Prostrado o homem, em sua força o soberano elimina aos seus desafeitos sob o pretexto da pública inimizada, mas que, na insensata ilimita-

ção do poder absoluto, vê-se transformada a eliminação do inimigo público (*hostis*) através da determinação pelo Estado na mera indicação do indesejável (...). A eliminação do *outro* no âmbito público adquire o sentido de (*per*)seguir uma específica existência, de fazer desaparecer o *outro* em um vazio, a um *não-mais-aí*, de bárbara configuração. Contudo, assinalava Canetti, o morto não deveria desaparecer por completo para que a sensação de triunfo pudesse se materializar (...). Isto nos recorda à Antígona, de Sófocles, situação em que a brutalidade deveria perpetuar-se ante o olhar humano para que o impacto da barbárie pudesse calar ainda mais fundo. Contemporaneamente, contudo, a satisfação nacional-socialista com o processo de eliminação (*Vernichtung*) do *outro* era adensada e adentrava também no impensado terreno da eliminação dos vestígios daquela existência: já não bastaria tripudiar sobre o corpo físico, mas também a memória haveria de ser alcançada e desonrada, se procura exterminar bem mais do que a fisicidade. A satisfação totalitária em seu processo de extermínio haveria de ser completo, tanto física quanto historicamente, e os instrumentos para tanto, câmaras de gás à frente, foram mostra desta tentativa de dissolução do homem em seu tempo, espaço, cultura e honra. (...) Os inimigos a quem deveria ser reservado tal nefasto destino não foram expressamente indicados por Schmitt. Tanto quanto pior a alternativa na medida em que a imprecisão haveria de permitir englobar todo e qualquer nos limites do potencial inimigo ao qual enfrentar. Na medida em que atos de insubordinação possam ter lugar contra os desígnios do soberano, a estrutura cesarista antirrepublicana de Schmitt não hesita em apoiar o direito do Estado em indicá-lo como inimigo para, passo seguinte, realizar as consequências desta suposta inimizade, procedendo ao extermínio de opositores reputados como defensores de ideologias contrárias aos princípios totalitários. (Bueno, 2011)

Ojakangas (Ojakangas, 2004) se equivoca ao argumentar que Schmitt introduz o povo judeu como *hostis*, como os inimigos da nação que deveriam ser destruídos a qualquer custo, pois Schmitt não o faz abertamente. Entretanto, como destaca Roberto Bueno, Schmitt deixa o inimigo público *inominado*, indeterminado, fazendo com que, dependendo da circunstância, o soberano – no contexto, o Presidente do *Reich* – pudesse arbitrariamente determinar o inimigo público e, passo seguinte, o destruir.

Isso tudo seria possível uma vez que a própria Constituição de Weimar, por intermédio do artigo 48, revestia o Executivo de plenos poderes, de tal forma que se contrapunha com facilidade ao legislativo. Aliás, previsto no citado artigo da Constituição weimariana, um dos poderes que a ele competia enquanto Chefe de Estado era o de justamente dissolver o *Reichstag* quando julgasse conveniente. Também tinha a autoridade de decretar estado de emergência a qualquer momento em caso de ameaça contra a segurança pública, em prol de assegurar a manutenção da lei e da ordem social, como prevê em seu texto:

Artigo 48. Se um estado não cumprir com as obrigações impostas a ele pela Constituição ou as leis do Reich, o Presidente do Reich pode usar a força armada para fazer com que ela se cumpra.

No caso de a segurança pública se encontrar seriamente ameaçada ou perturbada, o Presidente do Reich poderá tomar as medidas necessárias para reestabelecer a lei e a ordem, usando de força armada caso necessário. Na consecução desse objetivo, ele poderá inclusive suspender os direitos civis descritos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154, parcial ou totalmente.

O Presidente do Reich deve informar ao Reichstag imediatamente sobre todas as medidas que estão baseadas nos parágrafos 1 e 2 do presente artigo. As medidas têm de ser imediatamente suspensas caso o Reichstag assim o exigir.

Se o perigo for iminente, o governo estatal pode, pelo seu território específico, implementar medidas como as descritas no parágrafo 2. No entanto, essas medidas devem ser suspensas caso demandado pelo Presidente do Reich ou pelo Reichstag. Mais detalhes estão previstos na lei do Reich. (Tradução nossa)<sup>(3)</sup>

Para assegurar ou manter a lei e a ordem, o presidente poderia suspender direitos civis garantidos constitucionalmente como o previsto nos artigos 114 e 115 citados, que traziam em seu texto que os direitos dos indivíduos eram invioláveis, bem como o acesso a suas residências. O artigo 117 dizia respeito à privacidade, havendo a possibilidade de violação nos casos excepcionais. Não obstante, o artigo 118 merece certa atenção, pois trata da liberdade

de expressão, isto é, de que todo alemão tinha direito de expressar sua opinião de qualquer forma possível, não havendo qualquer limitação ou censura, a menos em casos de perturbação da ordem pública, sendo cabível a sua suspensão. Os artigos 123, 124 e 154 tratavam sucessivamente de que todos os alemães tinham o direito de se reunirem pacífica e ordeiramente, formar clubes ou sociedades, e também o direito à herança. Assim, em casos excepcionais, todos esses direitos fundamentais poderiam ser parcialmente ou totalmente revogados.

As consequências no plano social podem ser drásticas e irreversíveis, uma vez que a concessão de tal prerrogativa – ou poderes excepcionais – pode inclusive ser usada para conter conflitos e manifestações dentro dos limites do Estado. Significa dizer que, em nome da manutenção da lei e da ordem, inimigos internos poderiam facilmente ser eliminados conforme decisão do Soberano. Tal caráter de indeterminação do inimigo público é propriamente o cerne da discussão schmittiana e o ponto de equívoco de Mika Ojakangas, que atribui um caráter de limitação ao potencial totalitário de Schmitt.

O inimigo schmittiano é delimitado somente do ponto de vista formal, deixando deliberadamente de lado a matéria que irá compor essa estrutura. Por isso que não seria correto atribuir ao autor que o inimigo seria propriamente o povo judeu, pois isto reduziria e limitaria o potencial totalitário do pensamento político de Schmitt. Nesse sentido, o autor não chega a dar o passo de estipular categoricamente a quem deveria ser reservado o nefasto destino de serem reduzidos a cinzas nos campos de extermínio. Ora, agindo assim, poderia facilmente se distanciar de uma possível responsabilidade intelectual pelo incentivo à violência e barbárie.

Na medida em que não estipula a matéria que irá compor a forma do inimigo, Schmitt abre o leque a interpretações diversas, fazendo com que haja a possibilidade de qualquer um tomar a forma de inimigo público (*hostis*), tornando-se, assim, passíveis de aniquilação. Nesse sentido, não só o povo judeu poderia ser abarcado ou caracterizado como *hostis*, mas qualquer povo ou agrupamento de pessoas que se mostrassem contrários, como argumenta Bueno (Bueno, 2011), aos “desígnios do soberano”.

Não obstante, Roberto Bueno (Bueno, 2010) acerta quando chama a atenção para o fato de que a “eliminação do *outro* no âmbito público adquire o

sentido de (*per*)seguir uma específica existência, de fazer desaparecer o *outro* em um vazio, a um *não-mais-aí*, de bárbara configuração”, visto que a satisfação totalitária nazista com relação ao extermínio de judeus haveria de ser completa, eliminando-os não só fisicamente, mas também da história. Nesse ponto, cumpre destacar o relato do já mencionado sobrevivente Primo Levi, que, em várias passagens, traz à tona o medo – amplamente difundido pelos soldados SS – que os prisioneiros sentiam de relatar e ninguém os ouvir, de caírem no esquecimento em razão do absurdo perpetrado no campo.

Seja qual for o fim desta guerra, a guerra contra vocês nós ganhamos; ninguém restará para dar testemunho, mas, mesmo que alguém escape, o mundo não lhe dará crédito. Talvez haja suspeitas, discussões, investigações de historiadores, mas não haverá certezas, porque destruiremos as provas junto com vocês. E ainda que fiquem algumas provas e sobreviva alguém, as pessoas dirão que os fatos narrados são tão monstruosos que não merecem confiança: dirão que são exageros da propaganda aliada e acreditarão em nós, que negaremos tudo, e não em vocês. Nós é que ditaremos a história dos *Lager*. (Levi, 2004)

Observa-se, nesse caso, que o processo de eliminação (*Vernichtung*) do outro, transformado, na Alemanha nazista, em política de Estado, atingiria o seu mais alto grau, não havendo qualquer distinção entre homem, mulher e criança no decurso da aniquilação dessa raça inferior aos *Herrenvolk*, o povo de senhores e heróis. A aniquilação do diferente por ser diferente haveria de atingir a magnitude, de tal modo que não houvessem mais resquícios de sua existência, como assinalava os soldados SS em Auschwitz. O resultado de tamanha crueldade pode ser visto na atualidade, em que não se tem um número exato dos que tombaram no *Lager*<sup>(4)</sup>.

O modelo de operação do nacional-socialismo sempre operou na chave da exclusão racial, pautando-se por uma doutrina que possibilitou e fundamentou a defesa de que o estrangeiro, o outro, o diferente pudesse ser considerado o inimigo. O que importa dizer é que, nesse modelo de organização evidentemente autoritário, sempre se fará necessário aproximar a teoria do inimigo, de modo a construir essa figura de um inimigo. Todo aquele que não serve, o pária, é o inimigo, e contra o inimigo público tudo é possível.

Nessa linha de pensamento, levado adiante, o arcabouço teórico-político

de Schmitt não deixa outra interpretação senão a de que há, de fato, um potencial totalitário em seu pensamento e o perigo de tais concepções leva-nos a ter uma posição crítica e receosa com relação à retomada desse pensador no mundo contemporâneo<sup>(5)</sup>.

### Considerações finais

Apesar da áurea – ou não-áurea, no caso – formada em seu entorno por causa de sua “apreciação” com relação ao Terceiro *Reich* e as críticas constantes à recém-formada democracia-parlamentar de Weimar, é preciso sempre questionar, a partir do contexto histórico na qual Carl Schmitt está inserido, se os partidários do nacional-socialismo poderiam ter feito uso do arcabouço teórico de sua obra, caracterizando e reduzindo certos grupos internos, em específico os judeus, à condição de inimigo público (*hostis*), tornando-os passíveis de serem destruídos e exterminados.

Como já vimos, levando a argumentação às últimas consequências, não seria possível chegar a outro resultado senão a barbárie, e, frente o contexto histórico alemão em questão, o que se percebe é que, com o triunfo do Nacional-Socialismo, a fundamentação schmittiana de eliminação do inimigo é retirada do campo teórico e transforma-se em políticas de Estado. Na manutenção da lei e a ordem, o *Führer* poderia facilmente fazer o uso da prerrogativa de estipular o inimigo público e destruir todos aqueles que se mostrassem contrários ao Terceiro *Reich*, incluindo o próprio povo alemão.

O mero fato de ser membro de um grupo de homens que merecesse ser chamado de inimigo já era uma suficiente razão para que recebessem tratamento ignominioso e, no limite, reservar-lhes a mais pura e ignara barbárie. A rigor, tudo quanto bastou aos perpetradores em seus primeiros passos foi a deflagração de uma eficiente campanha de demonização de determinados grupos e segmentos sociais acompanhada da paulatina instalação da violência (*Gewalt*) institucional. (Bueno, 2010)

A pretensão não foi a de apresentar Schmitt como um adepto à prática de todo o horror do campo de concentração e nem isentar ou defender suas posições teórico-políticas, mas tão-somente analisar a possibilidade de haver um potencial totalitário em seu pensamento, de modo a fornecer um caráter de legitimação aos atos de extrema crueldade praticados.

Diante do que restou dito até aqui, o que se chamou de alguns apontamentos acerca do conceito do político teve por objetivo uma brevíssima apresentação de alguns temas e problemas bastante complexos que se vinculam as demandas feitas ao pensamento jurídico-político de Carl Schmitt e que dizem respeito às interpretações feitas de quem seja o inimigo público (*hostis*) do *jusfilósofo*.

A tentativa foi de aproximar, adotando como linha de pesquisa as interpretações de Roberto Bueno, que o pensamento conservador e autoritário de Carl Schmitt não consistiu em delimitar um único concorrente ou adversário político no sentido geral, mas, sim, expressou sua repulsa a diferentes visões sociais e políticas que fossem capazes de ameaçar a “segurança, ordem e a harmonia” do Estado. Por essa razão, interpretar a aposta schmittiana como sendo o Estado uma unidade política que reservava aos judeus a classificação de inimigos públicos, acabaria por, conseqüentemente, legitimar toda a barbárie que posteriormente lhes foram cometidas.

Ainda que não haja uma resposta fechada aos critérios adotados por Schmitt para se estabelecer o *hostis*, é sabido que este não pode ser delimitado ou classificado, sob argumentos expressamente schmittianos, como o inimigo absoluto, havendo, portanto, brechas para que qualquer um seja capturado e trazido à tona como inimigo do Estado, passíveis de enfrentamento e destruição. Ora, ainda é recente o processo racionalizado de aniquilação maciça de certos povos considerados inimigos na Alemanha hitlerista, reduzindo-os a cinzas. A pergunta que resta, então, é a seguinte: quais serão os próximos inimigos?

## Referências

---

- Bento, A. (2015). *Teologia e Mitologia Política*. Um retrato de Carl Schmitt. Retirado de <<http://bocc.unisinos.br/pag/bento-antonio-carl-schmitt-teologia.pdf>>.
- Boron, A. A.; González, S. (2006). Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. Em Atilio A. Boron. *Filosofia Política Contemporânea: Controvérsias sobre Civilização, Império e Cidadania*. Buenos Aires: Consejo Latino americano de Ciencias Sociales – CLACSO.
- Bueno, R. (2011). *Uma interpretação conservadora revolucionária do político e da ditadura: o potencial totalitário de Carl Schmitt*. 1558 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, Paraná. Retirado de <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/28342/R%20-%20T%20-%20ROBERTO%20BUENO.pdf?sequence=1>>.
- Bueno, R. (2010). Schmitt: a Crítica Liberal A través do Político. *Reflexión política*, 12(24), 60-67.
- Bueno, R. (2014). Schmitt: pensando à exceção desde uma crítica à democracia parlamentar weimariana. En Roberto Bueno (Org.). *Filosofia & política: tensões entre liberdade, poder e democracia*. Uberlândia-MG/Madrid: EDUFU/Editorial Dykinson.
- Flickinger, H. G. (1992). A luta pelo espaço autônomo do político. In C. Schmitt, *O conceito do político* (Trad. A. L. M. Valls). São Paulo: Vozes.
- Fulbrook, M. (2012). *História Concisa da Alemanha* (Trad. Bárbara Duarte). Bauru: Edipro.
- Hitler, A. (1983). *Minha Luta*. Tradução integral e direta do alemão. São Paulo: Moraes.

- Kennedy, E. (2012). *Carl Schmitt en la República de Weimar: la quiebra de una Constitución*. (Prefacio Eloy García y trad. Pedro Lomba Falcón). Madrid: Tecnos.
- Levi, P. (2015). *Assim foi Auschwitz: testemunhos 1945-1986*. Primo Levi com Leonardo De Benedetti (org. F. Levi e D. Scarpa; trad. de F. Carotti). São Paulo: Companhia das Letras.
- Levi, P. (2004). *Os afogados e os sobreviventes* (Trad. Luiz Sérgio Henriques). São Paulo: Paz e Terra.
- Lima, D. R. (2011). O conceito do político em Carl Schmitt. *Argumentos*, 3(05), 164-173.
- Mouffe, C. (1999). *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical* (Trad. Marco Aurelio Galmarini). Buenos Aires: Paidós.
- Neumann, F. (2005). *Behemoth: Pensamiento y acción en el nacional socialismo* (Trad. V. Herrero y J. Marquez). México: Fondo de Cultura económica.
- Ojakangas, M. (2004). *A philosophy of concrete life: Carl Schmitt and the political thought of late modernity*. Kopijyva Oy, Jyvaskyla: SoPhi.
- Ramiro, C. H. L., e Do Rio, J. J. (2015). Perspectivas críticas ao estado de direito liberal a partir de Pachukanis e Carl Schmitt. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(123), 365-399.
- Schmitt, C. (1996a). *A crise da democracia parlamentar* (Trad. Inês Lohbauer). São Paulo: Scritta.
- Schmitt, C. (1996b). Teologia Política. En *A crise da democracia parlamentar* (Trad. Inês Lohbauer). São Paulo: Scritta.
- Schmitt, C. (2008). *O conceito do político* (Coord. e Superv. Luiz Moreira; trad. Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey.

Saravia, G. (2012). Carl Schmitt: Variaciones Sobre El Concepto De Enemigo. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 15, 149-172.

## Notas

<sup>1</sup> Após a Revolução Alemã, em 1918, com o fim da Primeira Guerra Mundial, os países Aliados exigiram que a Alemanha tornasse uma república. Nesse sentido, ainda que havia algumas mudanças culturais ocorrendo na cidade de Weimar, a mudança para o regime republicano nem sempre foi bem-quista, tanto por parte da esquerda quanto da direita alemã. Essa é, sem dúvidas, uma das razões da queda da República de Weimar.

<sup>2</sup> No original em inglês: “The Jew is the other and thereby the enemy, but because one cannot identify him as the other, he must be the absolute other, the enemy in its absolute formlessness. For this reason Schmitt writes: “The real enemy is the assimilated Jew.” In other words, Schmitt believes that the Jew is not the real enemy, that is, the absolute enemy or the “ultimate enemy”, as Jacques Derrida expresses it, on account of his moral, aesthetic or scientific degradation or because his human worth would be denied. He is the absolute enemy because it is impossible to identify him – *because the Jew has no form of life of his own in the firstplace*. He is like me, he lives like me, but he cannot be my friend – why? For the reason that Schmitt’s identity *as a Christian* is constituted by the fact that the Jew is the enemy, that the Jew, regardless of his contemporary “virtuosity of mimicry”, is the murderer of Christ. Here, political theology, which traces analogies between theological and political concepts, is transformed into a theological politics, which aims at a religious justification, if not of war and killing, then at least of personal hatred” (Ojakangas, 2004).

<sup>3</sup> O inteiro teor do artigo foi traduzido a partir do original em alemão. No original: “Art. 48. Wenn in Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten. Der Reichspräsident kann, wenn in Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zweck darf vorübergehend die

in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten GrundrechtsganzoderzumTeilaußer Kraft setzen. – 9 – Von allengemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses ArtikelsgetroffenenMaßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglichdem Reichstag Kenntniszugeben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstagsaußer Kraft zusetzen. Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebieteinstweilige Maßnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstagsaußer Kraft zusetzen. Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz”.

<sup>4</sup> Ao se referir ao número dos que, no campo, tombaram, fala-se em algo aproximado a cinco, seis, sete milhões ou até mais. O número exato não se sabe, mas sempre há a referência a milhões de vidas ceifadas.

<sup>5</sup> Cita-se autores como Chantal Mouffe, por exemplo, que retoma o pensamento schmittiano no que diz respeito a pensar a esfera política enquanto enfrentamento. Nas suas palavras: “El discurso político intenta crear formas específicas de unidad entre intereses distintos relacionando-los con un proyecto común y estableciendo una frontera que defina las fuerzas a las que hay que oponerse, el «enemigo». Schmitt tiene razón en afirmar que «el fenómeno de lo político no puede entenderse fuera del contexto de la posibilidad siempre presente de los agrupamientos de amigos-y-enemigos, con independencia de los aspectos que esta posibilidad implica para la moral, la estética y la economía». En política, el interés público siempre es un tema de debate y es imposible alcanzar jamás un acuerdo final; imaginar-se esa situación es soñar con una sociedade sin política” (Mouffe, 1999).

Gabriel Tenenbaum Ewig✉

## El crimen organizado de las drogas ilegales en el Uruguay del siglo XXI. Una aproximación normativa y cuantitativa

*Organized crime of illegal drugs in Uruguay in the 21st Century.  
A normative and quantitative approach*

*O crime organizado das drogas ilegais no Uruguai do século XXI.  
Uma aproximação normativa e quantitativa.*

**Resumen:** Las políticas prohibicionistas contra las drogas desde inicios del siglo XX y la llamada “guerra contra las drogas” a finales de 1980, dos procesos liderados por los Estados Unidos de América, han repercutido en todo el mundo de diversas maneras. En el contexto latinoamericano, estos procesos actuaron, esencialmente, contra la “amenaza comunista” de 1960 y 1970, frente a la producción tradicional y económica de ciertas plantas naturales (cocaína, amapola, marihuana) consideradas ilegales y hacia los grupos delictivos organizados de alcance transnacional. En este escenario, el artículo repasa la trayectoria normativa uruguaya en relación con la política internacional de drogas e intenta dimensionar cuantitativamente el crimen organizado dedicado al tráfico de sustancias psicoactivas en el país en el siglo XXI.

**Palabras clave:** crimen organizado, grupos delictivos organizados, drogas, sustancias psicoactivas, marihuana.

**Abstract:** Prohibitionist policies against drugs since the early 20th century and the so-called “war on drugs” at the late 1980s –two processes led by the United States of America– have had diverse impact across the world. In the Latin American

✉ Universidad Nacional Autónoma de México. Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM, becario del Instituto de Investigaciones Sociales. Doctor en Ciencia Social con especialidad en Sociología (El Colegio de México).

✉ [gtenen@gmail.com](mailto:gtenen@gmail.com)

*context, such processes acted essentially against the 1960 and 1970 "communist threat", in response to the traditional and inexpensive production of natural plants (cocaine, poppy, marijuana) considered illegal and against organized transnational criminal groups. In this scenario, this paper goes over the regulatory history of Uruguay regarding international drug policy, and attempts to quantitatively measure organized crime involved in the trafficking of psychoactive substances in the 21st Century.*

**Keywords:** *organized crime, organized criminal groups, drugs, psychoactive substances, marijuana.*

**Resumo:** *As políticas proibicionistas contra as drogas desde os inícios do século XX e a chamada "guerra contra as drogas" no final de 1980, dois processos liderados pelos Estados Unidos da América repercutiram em todo o mundo de diversas maneiras. No contexto da América Latina, estes processos agiram, essencialmente, contra a "ameaça comunista" de 1960 e 1970, diante da produção tradicional e econômica de algumas plantas naturais (cocaína, papoula, maconha) consideradas ilegais e frente aos grupos criminosos organizados de alcance transnacional. Neste cenário, o artigo analisa a trajetória normativa uruguaia quanto à política internacional de drogas e tenta dimensionar quantitativamente o crime organizado dedicado ao tráfico de substâncias psicoativas no país no século XXI.*

**Palavras-chave:** *Crime organizado, grupos criminosos organizados, drogas, substâncias psicoativas, maconha.*

*Recibido: 20170428*

*Aceptado: 20170620*

## Introducción

El tráfico de drogas fue tematizado como un problema mundial en la era moderna a partir de las políticas prohibicionistas<sup>1</sup> de los Estados Unidos de América (EUA): “ningún país desde principios del siglo XX ha mostrado tanta obsesión por imponer su visión y manera de hacer las cosas relacionadas con ciertos fármacos, cuya prohibición ha contribuido a extender en el resto del mundo, como Estados Unidos” (Astorga, 2015, 20). El primer paso en ese sentido fue la Convención Internacional del Opio (CIO) de la Haya en 1912. Como resultado, 13 países se comprometieron a regular el consumo y la importación de opio. Los opiáceos eran tradicionalmente utilizados con fines medicinales desde el siglo VIII en algunas regiones de la India y China y fueron conocidos por el Occidente a partir de su “globalización mercantil” con la Compañía Británica de las Indias Orientales (Connelly, 1990). La CIO no fue el único evento donde EUA intentó imponer su agenda local a nivel mundial. El presidente Theodore Roosevelt y el misionero Charles Henry Brent promovieron varias conferencias sobre el control de las drogas, en especial para los opiáceos: 1909 (Shanghái) y 1912 (La Haya)<sup>2</sup>.

El tráfico de drogas entre México y EUA es histórico. A inicios del siglo XX, el comercio de opio en la frontera norte de México “era” una de las preocupaciones del gobierno de EUA. Grupos locales chinos y, en menor medida, japoneses, junto con mexicanos y estadounidenses, operaban en la zona de Baja California (Tijuana, Ensenada, Mexicali, etc.) (Astorga, 2015). Para frenar el tráfico, entre otras medidas, el 17 de diciembre de 1914 el congreso de EUA aprobó la Harrison Narcotic Act con el fin de obstaculizar la importación y prohibir el consumo libre de opio, cocaína y sus derivados<sup>3</sup>.

Ahora bien, EUA no fue el primer país que intentó regular el mercado de las drogas. En la década de 1830 en China se debatió la prohibición o legalización del opio. Por un lado, los comerciantes chinos querían regular sus negocios y, por otro, el Estado Inglés ambicionaba controlar el mercado del opio con la compañía de las Indias Orientales (Connelly, 1990). Las tensio-

nes desembocaron en las conocidas guerras del opio, dos conflictos bélicos de mediados del siglo XIX.

Volviendo al siglo XX, a pesar de los intentos reseñados y otros del período de entreguerras (Convenios de Ginebra de 1925, 1931 y 1936 para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas), el control fáctico planetario de la producción y comercialización de drogas se consiguió después de la segunda guerra mundial con la “Convención Única sobre Estupefacientes” de 1961 (Nueva York) y, posteriormente, el “Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas” de 1971 (Viena). No es casualidad que la política prohibicionista de drogas de los EUA se haya consolidado como estrategia internacional en los años sesentas y setentas del siglo XX cuando la Doctrina de la Seguridad Nacional (DSN)<sup>4</sup>, en el contexto de la Guerra Fría, dominaba completamente la política exterior de los EUA.

Después de casi dos décadas, en 1988 las Naciones Unidas (NU) aprobaron otra convención orientadora de las políticas de drogas planetarias, me refiero a la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas” (Viena). Más tarde, en el año 2000 las NU aprobaron la “Convención contra la delincuencia organizada transnacional” (Palermo) y en el 2004 la “Convención contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos” (Nueva York) para combatir a nivel internacional el blanqueo de dinero, la corrupción, los delitos de terrorismo y otras “amenazas”. A pesar de todas estas políticas normativas, además de los embates violentos contra el crimen organizado, no ha disminuido el tráfico de drogas (Maldonado, 2012) (Piñeyro, 2012).

Con este panorama internacional y nacional como referencia, el artículo intenta responder, por un lado, de qué manera Uruguay siguió y acompaña las disposiciones internacionales de las NU y las políticas prohibicionistas de los EUA y, por otro, qué dimensión cuantitativa –estimación de la magnitud, el tamaño o la extensión de una cosa– tienen los delitos relacionados con sustancias psicoactivas (“estupefacientes”<sup>5</sup>) en el comportamiento criminal de los últimos años en Uruguay. Hay que tener en cuenta que en el país no hay estudios que intenten trazar los patrones del comportamiento cuantitativo del Crimen Organizado (CO). Los trabajos existentes son de carácter jurídico-criminológico (Langón, 2016) (Langón 1998) (Soba, 2013), (Pesce, 2011) (Franco, 2011) (González, 2010) (Cervini, 2008) (Aller, 1998), trabajos eco-

nómicos enfocados al lavado de activos (Bergara, 2011) (Fraga, 2011) e investigaciones periodísticas sobre algunas operaciones policiales puntuales contra el CO que opera en el territorio (Ladra, 2000) (Veiga, 1995). También hay investigaciones sobre drogas de otras disciplinas que no ingresan en el campo del CO ya que no tienen esos propósitos<sup>6</sup>. Finalmente, están algunos informes generales –con menciones a Uruguay– de organismos internacionales (UNODC, CICAD, JIFE, etc.) y agencias gubernamentales de países extranjeros (DEA, Departamento de Estado de EUA, etc.). Uno de los límites más importantes al estudio social y económico del CO es la falta de información primaria (Morás, 2016) (Casacuberta, Gerstenblüth y Triunfo, 2012) y, si se quiere, la tardía atención sociológica al “delito económico organizado” (Pegoraro, 2002). De esta manera, se propone un enfoque novedoso e inexistente para el estudio del CO en el país.

A continuación se desarrolla la estrategia metodológica, se problematiza el concepto de crimen organizado en relación con el Estado y se describen los agentes encargados del control y la represión al tráfico de drogas ilegales en el país. Más adelante se realiza un breve repaso sociohistórico sobre la normativa uruguaya acerca de las drogas ilegales –teniendo en cuenta su contexto de posibilidades– y posteriormente se pone foco en el análisis estadístico del crimen organizado capturado por el sistema judicial uruguayo.

### **Abordaje metodológico**

En base a un diseño exploratorio, la investigación utiliza un conjunto de técnicas cualitativas y cuantitativas basadas en datos secundarios para dimensionar el CO. Por un lado, se realiza una problematización crítica conceptual del CO, las drogas y el Estado. Posteriormente, se desarrollan los principales agentes de control social del país en materia de drogas ilegales. Se continúa con la reconstrucción histórica de la normativa uruguaya destinada al tráfico de sustancias psicoactivas ilegales. Esta labor se hace a través de la base de datos de leyes del Poder Legislativo para el período 1934-2017<sup>7</sup>. Los contenidos se controlaron a partir de un ejercicio de contrastación –triangulación– con algunos estudios jurídicos (Langon, 1998) (González, 2010) (Garibotto, 2011) y bases documentales de la Junta Nacional de Drogas (JND) y la Secretaría Nacional para la Lucha Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo (SENACLAFT) de Presidencia de la República. Para una mayor comprensión, el examen histórico legal se desarrolla junto a

una sucinta contextualización de la política nacional e internacional. Por otra parte, el comportamiento del fenómeno de las drogas ilegales en el país se analiza a partir de los informes estadísticos anuales de la Justicia Penal especializada en Crimen Organizado (JCO). La información fue sistematizada para presentar tendencias en el tiempo de distintos indicadores que permiten aproximarse y, en ese sentido “dar contenido”, al CO en Uruguay. Las mediciones van del 2009 (año de inicio de la JCO) al 2015 (último informe anual disponible de la JCO). Antes del 2009 el CO era competencia de la justicia penal (JP), pero los informes de la JP no reflejan los tipos delictivos del CO y solamente están disponibles dos reportes anteriores al 2009 (2007 y 2008). El artículo también sistematiza los informes estadísticos anuales de la JP entre los años 2009 y 2015 con el propósito de comparar la evolución temporal y la distribución delictiva de las sustancias psicoactivas en la JCO y la JP para dimensionar (atribuir significados y peso) al CO en Uruguay.

La lectura de los datos cuantitativos debe hacerse con cautela. En primer lugar, las estadísticas de la JCO y la JP no captan todo el fenómeno que observan porque la justicia no juzga todos los delitos que ocurren en el país ni a todas las personas detenidas por la policía. En segundo lugar, al tratar un objeto de estudio que es esencialmente elusivo<sup>8</sup>, el sistema punitivo tiene dificultades de detección. En tercer lugar, la distribución de los guarismos en el tiempo, además de estar asociados a la evolución del comportamiento criminal, están relacionados, en buena medida, a la capacidad institucional y las políticas criminales coyunturales del Estado para enfrentar los distintos ángulos del CO de las drogas ilegales (producción, distribución, comercialización, uso problemático, etc.). De alguna manera, la información registrada por las instituciones oficiales, partiendo de la idea de que los datos son confiables y producto de procedimientos que contienen cierta rigurosidad, dependen del área de intersección entre la capacidad de control estatal y la capacidad de elusión criminal.



*Ilustración 1.*

*Captura del fenómeno delictivo*

*Fuente: Elaboración propia*

El resto de la esfera criminal, la varianza no captada por el control social, es la distribución desconocida del delito. Este sencillo esquema no permite dilucidar cuando el control social garantiza, permite y comete crímenes, cuando los agentes sociales delictivos y de control son uno mismo. Empero, ténganse en cuenta que la ilustración se utiliza en relación con el registro metodológico y no como modelo analítico de la investigación.

### **¿Qué es el crimen organizado?**

Con la aprobación de la Ley 18362 el 6 de octubre de 2008<sup>9</sup> el país define el crimen organizado como:

(...) conjunto estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer dichos delitos<sup>10</sup>, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (Artículo 414).

Esta definición no es original del legislador de la época, adopta la delimitación de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” del 15 de noviembre de 2000 que por grupo delictivo organizado entiende:

(...) grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención<sup>11</sup> con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (Artículo 2, inciso a) (Naciones Unidas, 2004).

Antes de la convención mencionada los juristas uruguayos recurrían a otras herramientas normativas para delimitar el CO. Por ejemplo, Miguel Langon toma como referencia la Pennsylvania Crime Commission que en su reporte de 1990 define el CO como “cualquier grupo que cuente con cierta estructura formal, cuyo objetivo principal sea obtener ganancias a través de actividades ilícitas; que se caracteriza por mantener su posición mediante el empleo de la violencia o de la amenaza de ella” (Langon, 1998, 19). Por otra parte, el penalista uruguayo Germán Aller sostiene que la primera delimitación integral del CO fue propuesta por Donald Cressey en su trabajo “Cri-

minal Organization: It's Elementary Forms” publicado en 1972. Cressey decía que los grupos del crimen organizado tienen un cuerpo más o menos uniforme que se adapta a las circunstancias del contexto para obtener “el objeto más adecuado para desarrollar su actividad y obtener provecho económico” (Cressey, citado en Aller, 1998, 153).

Un tema interesante es el uso de los conceptos crimen y delito, a veces utilizados como sinónimos y otras veces empleados para diferenciar la intensidad de la gravedad de una acción ilícita. Así, por un lado, mientras a nivel internacional la Convención de Palermo (2000) habla de “delincuencia organizada transnacional” y define “grupo delictivo organizado”, la legislación uruguaya se refiere al crimen organizado y, simultáneamente, habla de grupo delictivo organizado en el artículo 414 de la Ley 18362 que crea la JCO. La diferenciación entre crimen y delito en Uruguay lo establece la Ley 18026 del 25 de setiembre de 2006 donde en su artículo 2 dedicado a la división de los “delitos” se dice que “atendida su gravedad, se dividen en crímenes, delitos y faltas”.

Históricamente, los grupos organizados orientados por la rentabilidad criminal gozan de cierto margen de inmunidad e impunidad gracias a la utilización de su poder económico para la “compra de conciencias y silencios” (Aller, 1998) y de su poder coercitivo para amenazar, extorsionar y violentar físicamente a quienes, directamente o indirectamente, obstruyen su actividad ilegal. Una característica importante de los grupos del CO, aunque no la tienen todos, es la internacionalización de las operaciones. Por ejemplo, en el caso del tráfico de drogas en Sudamérica, la producción de la hoja de coca a gran escala se realiza en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia y, en menor medida, Ecuador) y la producción de cannabis en Paraguay. Las dos plantas naturales se procesan para su consumo como sustancias psicotrópicas en los países andinos mencionados, aunque, generalmente, en zonas distintas a donde fueron cultivadas. Posteriormente las mercancías se distribuyen a todo el continente para su comercialización por trasiegos que conectan las zonas de producción con las zonas de consumo. La cocaína andina, por ejemplo, se traslada a Europa vía Brasil, Argentina y Uruguay<sup>12</sup>, y llega a EUA por México y otros países del Caribe. Para ello se utilizan rutas convencionales (terrestres, marítimas y áreas que pueden ser transitadas por cualquier ciudadano) o alternativas (como sucede con el trasladado de la marihuana paraguaya por el Río Paraná hacia las ciudades de Rosario y Buenos Aires;

trasiego marítimo que se conecta con el Río Uruguay y el Río de la Plata por donde arriba la marihuana paraguaya a Montevideo u otros puertos en el departamento de Colonia)<sup>13</sup>.

Otro punto importante es la discusión acerca del nivel de organización y planificación de los grupos delictivos. A mundo, se sobredimensiona la estructura, la rentabilidad y los recursos humanos y tecnológicos del CO. En México, por ejemplo, se suelen hacer conjeturas sobre las alianzas que tienen las distintas organizaciones, el Estado utiliza nociones indefinidas (por ejemplo: células del narcotráfico), lo que lleva a confusiones como tratar a distintos grupos como parte de una misma organización y a establecer supuestas relaciones horizontales o jerárquicas entre distintos grupos. Por estos motivos, algunos expertos critican la utilización del concepto económico de cártel para clasificar a los grupos delictivos organizados. Astorga (2007) entiende que la pertinencia de la categoría de cártel aplicada al CO “no ha sido demostrada para designar a los diversos grupos de traficantes de drogas existentes en el mundo. Opera más bien como etiqueta y convención lingüística de uso político, periodístico y policiaco, sin relación demostrable con su significado económico original” (Astorga, 2007, 27-28). La intrínquilis es más profusa al hablar de los cárteles o carteles de la droga porque tampoco “hay consenso respecto a cómo referirse a las drogas que alteran los estados de ánimo, de conciencia y la percepción del mundo y con frecuencia los términos utilizados son contradictorios” (Thoumi, 2015, 183). Por ejemplo, de forma equivocada se entiende a los narcóticos como sinónimo de drogas<sup>14</sup> y lo mismo sucede con la noción de estupefaciente<sup>15</sup>.

¿Dónde está el Estado? Una de las líneas de discusión más importantes en los estudios sobre CO es el tipo de participación, directa o indirecta, del Estado de derecho. Hay, al menos, tres enfoques que abordan diferenciadamente esta problemática.

En primer lugar, para algunos expertos, ciertas estructuras e instituciones estatales (por ejemplo: el ejército, la policía, la justicia, etc.), la política y algunos políticos están íntimamente ligados con el tráfico de drogas (Astorga, 2007, 2015, 2016). Así como hay una “cifra negra” de “delincuentes”, hay una “cifra dorada” de “criminales” que tienen poder político y lo ejercen impunemente para su beneficio (Cervini, 2008). Por ejemplo, con la privatización de bienes públicos, con el tráfico de influencias, con presiones y

extorsiones, utilizando información privilegiada, creando normas o no legislando para el beneficio de ciertos individuos y sus emprendimientos, etc. Desde esta perspectiva, los gobiernos (centrales y locales) y ciertos políticos están involucrados, por acción u omisión, en el tráfico de drogas. El caso de México es paradigmático, gobernadores de varias entidades estatales, entre otras figuras políticas, han sido acusados –algunos fueron sentenciados– de entablar presuntas relaciones con el CO<sup>16</sup>.

Un segundo enfoque sostiene que la criminalidad tiene lugar en las áreas sin ley, en las zonas grises o marrones, cuando el Estado está ausente o no tiene el monopolio legítimo de la coacción física (Buscaglia, 2016) (Trejos Rosero, 2015). Esta perspectiva se aplica a, por ejemplo, las zonas de producción de las drogas naturales en áreas rurales, montañosas, selváticas de difícil acceso y sin presencia estatal como sucede con la hoja de coca en la selva amazónica, en el Putumayo en la frontera entre Colombia y Ecuador y en tantos otros lugares. Otro ángulo de este abordaje es la selectividad del sistema normativo, punitivo y financiero que discierne entre zonas de control estatal y áreas de gobierno privado. Por ejemplo, algunos campesinos productores de drogas naturales en América Latina (los casos de El Chepare en Bolivia y el Alto Huallaga en Perú)<sup>17</sup> se volcaron al mercado de sustancias psicoactivas ante la falta de políticas agrarias y de colonización del Estado que les permita sortear una mala cosecha o el declive de las commodities. A su vez, sectores privilegiados como finqueros y hacendados colombianos y mexicanos se unieron al tráfico de drogas ilegales por la rentabilidad y capacidad de autodefensa que les proporciona el negocio (Maldonado, 2012).

Una tercera mirada del asunto, una posición intermedia a los enfoques anteriores, es la propuesta de los “márgenes del Estado” (Das y Poole, 2008) (Asad, 2008) (Maldonado, 2010). Esta categoría surge en el seno de la antropología con el fin de mostrar la construcción de ciudadanía cuando la acción estatal es inestable o intermitente por la lejanía de los territorios, las fronteras desoladas, las zonas tomadas por organizaciones que detentan poder o se disputan el poder con el Estado u otros grupos armados, los delitos no captados por el sistema punitivo del Estado, etc. Los márgenes no siempre son espacios excepcionales no premeditados, a menudo son funcionales a los intereses del poder político y económico como, por ejemplo, el lavado de dinero que permite captar recursos económicos a ciertos países y Estados que de otra forma no podrían hacerlo ya que no cuentan con recursos naturales impor-

tantes, una industria moderna, etc. Estos son los casos de, por ejemplo, las Islas Caimán y las Islas Vírgenes Británicas en el Caribe, las Islas Marshall en Oceanía y Seychelles en África, todas colonias de países desarrollados. Este punto se podría discutir con Uruguay desde el punto de vista de la flexibilidad de su sistema financiero con el secreto bancario, la dolarización de la economía, las Instituciones Financieras Externas (banca off-shore), la facilidad para realizar transacciones y cambios de divisas, etc.

En suma, en cualquiera de los enfoques (la connivencia, la ausencia o los márgenes del Estado) o en su combinación, es posible apreciar que el CO se expresa en diversas sociedades y de distintas formas en íntima relación con las estructuras políticas y económicas nacionales e internacionales.

### **¿Quiénes vigilan y reprimen el crimen organizado en Uruguay?**

El país cuenta con un conjunto de “guardianes de la sociedad” (Garland, 2008) para controlar y reprimir el CO que opera en el mercado de las drogas ilegales. Estas instituciones estatales están frecuentemente asociadas con la vigilancia del lavado de activos porque es un delito procedente, entre otros, del tráfico de drogas y porque Uruguay es una plaza atractiva para la legitimación del dinero sucio. Solamente como ejemplo parcial, el Departamento de Estado de los EUA, en sus reportes de los años 2014<sup>18</sup> y 2016<sup>19</sup> identifican a Uruguay como un país vulnerable a las amenazas del lavado de dinero y al financiamiento de las actividades terroristas.

Entre las principales instituciones estatales dedicadas al combate del tráfico de drogas está la Justicia en materia penal con especialización en crimen organizado. Dicha institución comenzó a funcionar el 1 de enero del año 2009 con dos juzgados que se instalaron en Montevideo, pero con competencias para toda la república. Fueron creados por Ley 18362 (artículo 414) del 6 de octubre de 2008 y las fiscalías letradas nacionales en crimen organizado se crearon a partir de la Ley 18390 del 24 de octubre de 2008. Actualmente, con el futuro Código de Proceso Penal –se prevé su aprobación para el 16 de julio de 2017<sup>20</sup>– se crearán dos nuevos juzgados especializados en CO<sup>21</sup>. Los tipos delictivos que trata la JCO son: estupefacientes, lavado de activos, fraudes, estafas, defraudación tributaria, cohecho, peculado, concusión, proxenetismo, tráfico de personas; violencia sexual comercial o no comercial contra niños, adolescentes o incapaces, entre otras.<sup>22</sup>

Otro “guardián” contra el tráfico de drogas es la institución policial. El decreto 446/1993 del 14 de octubre de 1993 creó la Dirección General de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas. El 27 de diciembre de 2010 la Ley 18719 instauró la “Dirección General de Lucha contra el Crimen Organizado e Interpol” con el cometido de prevenir, controlar y reprimir el CO (artículo 246, inciso A). Ambas instituciones funcionan simultáneamente y dependen del Ministerio del Interior. A su vez, hay otras direcciones policíacas que combaten directamente o indirectamente el CO, a saber: la Dirección Nacional de Policía Caminera, la Dirección Nacional de Cárceles y las Unidades Básicas de la Policía Nacional.

El control marítimo, fluvial y lacustre del tráfico de drogas, además de otras irregularidades, está a cargo de la Prefectura Naval, institución de la Armada Nacional. El decreto 256/992 promulgado el 9 de setiembre de 1992 que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Prefectura Nacional Naval establece (en su punto 4.4.2.1.) que la División de Investigaciones (también conocida como División de Investigaciones y Narcotráfico<sup>23</sup>) le corresponde “asesorar y apoyar la función policial”.

Las incautaciones de mercancías ilegales, como las sustancias psicoactivas prohibidas en el país, están a cargo de la Dirección Nacional de Aduanas (DNA) del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). El desempeño de las tareas de control de la DNA en las operaciones de embarque, desembarque, despacho, tránsito y almacenamiento de mercaderías vía terrestre, área y marítima es fundamental para la detección de drogas ilegales en un país que no produce de forma significativa sustancias ilícitas naturales y sintéticas. La DNA se rige actualmente por el Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay (CAROU), Ley 19276, aprobado el 19 de setiembre de 2014.

La JND es otra institución importante que, si bien no es una entidad de represión del tráfico de drogas, tiene el cometido de reducir la demanda y el control de la oferta de drogas, así como enfrentar el lavado de dinero. Dicha dependencia está en la órbita de Presidencia de la República. Los antecedentes de la junta inician con el decreto 463/988 del 13 de julio de 1998 que creó la “Junta de Prevención y Represión del Tráfico Ilícito y Uso Abusivo de Drogas”. La JND amplió su integración con el decreto 251/994 del 1 de junio de 1994 y el 28 de octubre de 1999 el presidente, Julio María Sanguinetti, declaró (decreto 346/999) de “interés nacional la política pública de preven-

ción, tratamiento y rehabilitación del uso abusivo de drogas y la represión del narcotráfico y sus delitos conexos”; política pública aplicada por la JND<sup>24</sup>. Posteriormente, dos decretos fortalecen la institucionalidad de la junta, el 170/00 del 7 de junio de 2000 y el 242/00 del 22 de agosto de 2000. Otras figuras importantes que se crearon en el ámbito de la JND es la “Comisión Coordinadora contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo” por Decreto 245/07 del 2 de julio de 2007 y el cargo de “Secretario General de la Secretaria Nacional Antilavado de Activos” por Ley 18172 del 31 de agosto de 2007.

Otra institución a tener en cuenta es la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), departamento de inteligencia financiera del Banco Central del Uruguay, institución reconocida por la Ley 17835 del 23 de septiembre de 2004. Aunque, la UIAF realiza inteligencia financiera desde el 20 de diciembre del año 2000 por la circular 1722 del Banco Central del Uruguay<sup>25</sup>. El artículo 10 de la Ley 18401, Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay, con fecha 24 de octubre de 2009, crea la Superintendencia de Servicios Financieros y ubica en su órbita a la UIAF fortaleciendo sus atribuciones. La UIAF cuenta con tres áreas: inteligencia financiera, control del lavado de activos y casas de cambio. En determinados casos, la UIAF puede hacer conocimiento a la justicia penal competente para continuar con la investigación o la misma justicia puede solicitar la pericia de dicha institución. La UIAF también colabora con el intercambio de información internacional, generalmente, en el marco del Grupo Egmont, organización a la que ingreso oficialmente el 29 de junio de 2010<sup>26</sup>.

La última institución que destaco es la “Secretaría Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo” (SENA-CLAFT) creada por la Ley 19355 del 19 de diciembre de 2015 en la órbita de la Presidencia de la República. La misma sustituyó a la “Secretaria Nacional Antilavado” creada el 20 de mayo de 2009 por el Decreto 239/2009. Desde el 2016, esta secretaria supervisa el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo de los sujetos del sector no financiero uruguayo (casinos, inmobiliarias, rematadores, escribanos, abogados, contadores, etc.).

## **De la dictadura a la democracia y del prohibicionismo a la regulación de la marihuana**

La sociedad uruguaya de fines de siglo XIX y principios de siglo XX toleraba el consumo recreativo y medicinal de algunas sustancias psicotrópicas que actualmente están prohibidas: el cannabis, las hojas de coca, el clorhidrato de cocaína, el opio y sus derivados (Garat, 2013). Las políticas prohibicionistas comenzaron a manifestarse a nivel normativo en la década de los treinta –aunque, unos años antes, con el decreto del año 1908 y la Ley de Farmacias de 1913 se impidió vender sin receta médica, por segunda vez, derivados del opio y la cocaína (Garat, 2013) con la Ley 8947 del 3 de abril de 1933 que aprobó la Convención de Ginebra de 1931 para la “limitación, fabricación y reglamentación de la distribución de estupefacientes”. Un año después, el primer Código Penal de 1934 reglamentó el control del comercio de la hoja de coca, el opio y sus derivados. A su vez, si bien no es fue reglamentado, a partir de 1933 el país integró la “Comisión de Opio de la Sociedad de Naciones”. Más adelante, el 11 de setiembre de 1937 el legislador aprobó la Ley 9692 que, entre otras cosas, estableció el monopolio del Estado en la importación de opio (bruto y oficial), extractos de opio, morfina, cocaína, hachís y otras sustancias con “acción estupefaciente”.

Pasaron varias décadas para que el país volviera a legislar en materia de drogas y CO, la dictadura cívico-militar (1973-1985) uruguaya fue la que retomó la “bandera” del combate a las drogas. En los años setentas la DSN dominaba completamente la política exterior de los EUA. Las políticas contra las drogas de aquel país significaban, frecuentemente, una ofensiva contra el “terrorismo comunista”<sup>27</sup>. Las consecuencias de la política hemisférica de los EUA conllevó grandes operaciones militares en países productores de drogas naturales, diversos golpes de estado y la perpetuación de las fuerzas armadas en el poder en varios países de América Latina, entre otros costos. Los golpes de estado, en el contexto de la guerra fría, comenzaron en Paraguay y Guatemala en 1954, en los sesentas en Brasil y Perú, y en los años setentas siguieron Bolivia, Uruguay, Chile y Argentina (Garzón, 2016). La DSN se intensificó a mediados de los años setenta con la Operación (Plan) Cóndor<sup>28</sup> que, vale aclarar, mientras en el cono sur trató, básicamente, de la coordinación regional de persecuciones y torturas a dirigentes y militantes políticos<sup>29</sup>, en México fue la primera (1975-1978) estrategia antidrogas del continente dirigida por militares (Astorga, 2016) (Astorga, 2007).

En este contexto, en Uruguay, después de 37 años de la Ley 9692, el 11 de julio de 1974 el régimen cívico-militar incorporó a la legislación nacional la “Convención única de 1961 sobre Estupefacientes” mediante la Ley 14222. Como dicha legislación fue creada durante el régimen de facto se la declaró Decreto-Ley en democracia a través de la Ley 15738 del 13 de marzo de 1985 que convalida ciertos “actos legislativos dictados por el Consejo de Estado” entre el 19 de diciembre de 1973 y el 14 de febrero de 1985. Una semana después, el 31 de octubre de 1974, la dictadura dictó la Ley 14294 sobre “Estupefacientes” (declarada Decreto-Ley en democracia por Ley 15738 del 13 de marzo de 1985) que sustituyó a la Ley 9692. Así se actualizó la regulación de la importación y exportación de “drogas”, las políticas de rehabilitación de los “drogadictos” (Garibotto, 2011) y se supeditó el país a la política “internacional” de drogas al suscribir expresamente, sin debate nacional, a la “Convención Única sobre Estupefacientes” de 1961 (Nueva York) y el “Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas” de 1971 (Viena). Siguiendo a Thoumi (2015) es interesante el hecho de que la convención de 1961 regula muchas drogas que no son estupefacientes (como la cocaína que es un estimulante) y que lo mismo sucede con la convención de 1971, pero con el uso de la noción psicotrópica que es un psicoactivo. En la actualidad, Uruguay sigue manejando la denominación de 1961, sus leyes siguen utilizando el concepto estupefaciente. El 8 de mayo de 1975, a partir de la Ley 14369 (declarada Decreto-Ley en democracia por Ley 15738 del 13 de marzo de 1985) se aprobó la adhesión del país a la convención de las Naciones Unidas realizada en Viena. La última norma que dictó el Consejo de Estado fue la Ley 14898 del 23 de mayo de 1979 (declarada Decreto-Ley en democracia por Ley 15738 del 13 de marzo de 1985), la misma aprobó el acuerdo sudamericano en estupefacientes y psicotrópicos suscrito en Buenos Aires el 27 de abril de 1973.

En resumen, el gobierno de facto creó cuatro leyes prohibicionistas-represivas de drogas en cinco años (1974-1979) sin, obviamente, discusión nacional y parlamentaria. Como se intentó explicar más arriba, la adopción automática de las leyes obedecía a la política anticomunista que llevó adelante EUA debido a que el mercado ilegal de las drogas fungía como fuente económica de algunos movimientos sociales y políticos de izquierdas de la época. Aunque este no es el caso de los movimientos subversivos uruguayos contra la dictadura y la injerencia de EUA en los asuntos nacionales, dado que, por ejemplo, no es un país productor de drogas naturales, “la policía recibió entrenamientos específicos por parte de la Drug Enforcement Administration (DEA)

de EEUU” (Garat, 2013, 6) y numerosos miembros de las fuerzas armadas participaron en la Escuela de las Américas en Panamá donde pasaron más de 33.000 militares de Latinoamérica entre 1961 y 1977 (Garzón, 2016).

Después de la última legislación impuesta por la dictadura, pasaron 25 años hasta que el Estado uruguayo aprobó una nueva ley en materia de drogas. El 21 de setiembre de 1994 el legislador creó la Ley 16579 que aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas” de 1988 realizada en Viena. Años después, el 22 de octubre de 1998 la Ley 17016 modifica varios artículos de la ley de “Estupefacientes” de 1974. El 15 de diciembre de 1999, a través del decreto 398/999, se reglamentaron algunas disposiciones de la Ley 17016 en relación con las penas del comercio ilícito de drogas, narcotráfico y el lavado de activos. En el siglo XXI, con la aprobación en el año 2000 de la Convención de Palermo (“Convención contra la delincuencia organizada transnacional”), el 25 de mayo de 2001, a través de la Ley 17343, se incorporan algunos artículos a la Ley 17016, sobre estupefacientes y sustancias que generan dependencia física o psíquica. En el año 2004 las Naciones Unidas agregó los protocolos a la convención mencionada para combatir el blanqueo de dinero, la corrupción, los delitos de terrorismo y otras “amenazas”. A raíz de la propagación en el mercado ilegal, el pánico moral (Cohen, 1972) y las consecuencias nefastas de la pasta base de cocaína<sup>30</sup> (también conocida como crack, paco, piedra, pitillo, bazuco, etc.), el 6 de noviembre de 2012 se aprobó la Ley 19007 para “Delitos contra la administración pública y de tráfico de pasta base de cocaína” aumentando las penas para determinados casos.

A contramano de la tendencia reseñada, en el 2013 Uruguay dio un paso importante al quebrar su tendencia prohibicionista en materia de drogas. El 20 de diciembre de 2013 la Ley 19172 flexibilizó la regulación de la “importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución” de la marihuana. Fue el primer país en “legalizar” –en estricto sentido: regularizar–, bajo ciertos requisitos, el cannabis. La regulación recibió y recibe críticas de varios sectores de la sociedad uruguaya y del plano internacional. Cabe resaltar el rechazo de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE):

(...) la Junta desea reiterar su posición de que tal legislación es contraria a lo dispuesto en los tratados de fiscalización internacional de dro-

gas, en particular a las medidas establecidas en el artículo 4, párrafo c), de la Convención de 1961 enmendada, en virtud del cual los Estados partes están obligados a ‘limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos (JIFE, 2017,33).

Por otra parte, los promotores de la Ley argumentan que la regulación del autocultivo, el cultivo en clubes y la producción (plantación, cultivo y cosecha) y comercialización estatal del cannabis, reducirá el mercado ilegal de la marihuana. De concretarse esta hipótesis, la violencia y los grupos organizados dedicados al tráfico de la marihuana decrecería porque, al fin y al cabo “la prohibición creó el crimen y los criminales” (Astorga, 2007, 274)<sup>31</sup>. Empero, como se desarrolla a continuación, los datos cuantitativos todavía no permiten aceptar estas conjeturas dado que, por ejemplo, las incautaciones de marihuana y la impartición de justicia de delitos relacionados con drogas ilegales tienen tendencias de crecimiento constante y porque cerca de la mitad de los consumidores de marihuana entre 15 y 65 años siguen acudiendo al mercado ilegal. Ahora bien, todavía es muy pronto para hacer una evaluación concreta sobre las consecuencias de la Ley 19172 ya que no ha pasado suficiente tiempo desde su implementación y, en especial, de lo que se cree que será la principal forma de acceso al consumo de marihuana<sup>32</sup>.

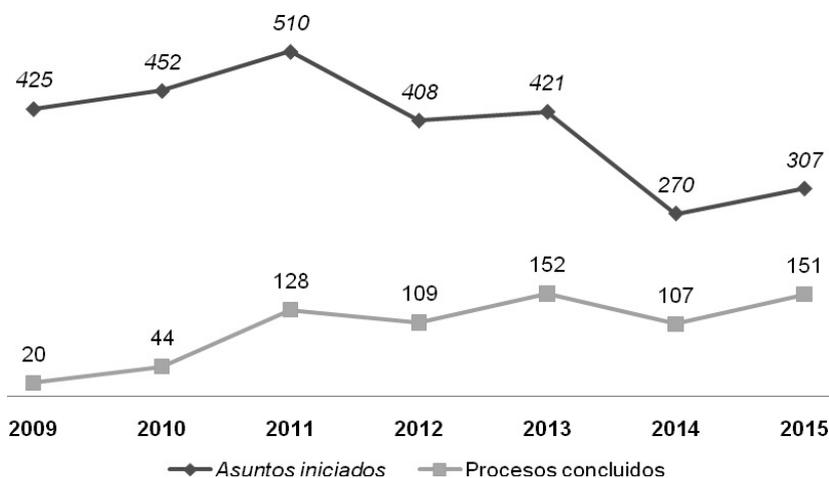
### **Dimensión cuantitativa del crimen organizado con énfasis en los delitos de drogas ilegales**

A partir de los informes anuales que publica el departamento de estadística del Poder Judicial se construye una base de datos del comportamiento de la JCO entre los años 2009 y 2015 (Poder Judicial, 2015)<sup>33</sup>. Con esta información se observa la evolución de las acciones sociales definidas por la norma como “crímenes organizados” y, al mismo tiempo, de forma inseparable, el desempeño institucional (dada la capacidad, los recursos humanos y económicos, la organización burocrática, etc.) de la justicia para, por un lado, procesar y, por otro, sentenciar<sup>34</sup>. Estas dos evoluciones (del delito y del desempeño institucional) son difíciles de discernir ya que, como sabemos, no todos los crímenes de los grupos organizados son captados por el sistema punitivo. Por tanto, si bien con los datos del Poder Judicial se pierde información, es posible garantizar que los casos observados sí for-

man parte del objeto de estudio ya que es la justicia liberal la que decide qué acción social es un CO.

Analizando la información, la tendencia de los procesos judiciales concluidos –crecimiento en los primeros años (2009-2011) y estancamiento<sup>35</sup> en los siguientes años (2011-2015)– en relación con la tendencia de los asuntos judiciales iniciados –crecimiento en los primeros años (2009-2011) y posterior decrecimiento (2011-2015) con caídas abruptas (2011 y 2014<sup>36</sup>)– muestra, a mi entender, una fase de aprendizaje y, posteriormente, una fase que resulta difícil de discernir si concierne a la saturación institucional del trabajo o al comportamiento del fenómeno del crimen organizado en el país.

**Gráfica 1.** Evolución de los asuntos iniciados y los procesos concluidos por personas en la JCO. 2009-2015. Frecuencia simple



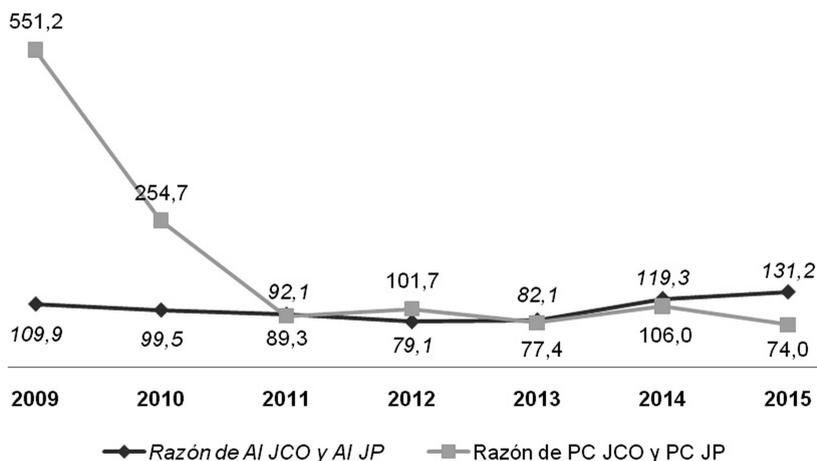
*Fuente: Elaboración propia con base en los informes (del 2009 al 2015) de la justicia penal especializada en crimen organizado. Departamento de Estadística. División Planeamiento y Presupuesto del Poder Judicial. Uruguay.*

De la gráfica emerge una interrogante interesante, ¿cuáles son los obstáculos que enfrentan los operadores judiciales en el proceso judicial para no poder resolver los asuntos iniciados? Dejando a un lado el período de aprendizaje o adaptación, se observa que el desempeño de la JCO progresa continuamente desde el 2011 dado que disminuye la brecha entre los asuntos

iniciados (AI) y los procesos concluidos (PC) al punto que en el año 2015 se alcanza la mínima diferencia del período: los AI duplican los PC. Claro que, este supuesto “mejor desempeño” se debe, en buena medida, a la reducción de los AI (2014 y 2015) y no tanto al incremento de los PC.

Ahora bien, para saber el peso cuantitativo del fenómeno de estudio es necesario contrastar los delitos del CO con los delitos comunes captados por la JP. Así, desde el período de estabilidad institucional de la JCO (a partir del 2011) los PC en la JP son, en promedio, desde el 2011 al 2015, 90 veces más que los PC en la JCO.

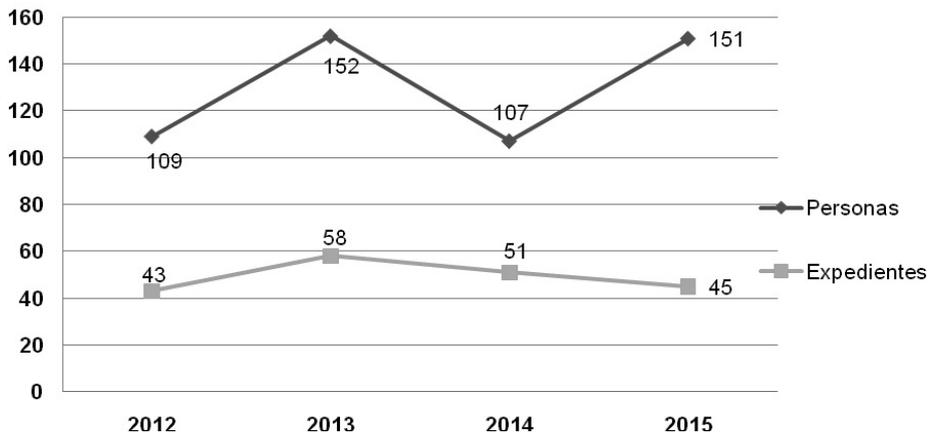
**Gráfica 2:** Evolución de los asuntos iniciados y los procesos concluidos por persona en la JCO y la JP. 2009-2015. Razón AI JCO/ AI JP y PC JCO/ PC JP



Fuente: Elaboración propia con base en los informes (del 2009 al 2015) de la justicia penal especializada en crimen organizado y la justicia penal. Departamento de Estadística. División Planeamiento y Presupuesto del Poder Judicial. Uruguay.

Si bien no llama la atención que el nivel del CO es inferior a los delitos del fuero común, debido a la complejidad del CO<sup>37</sup> para capturarlo y procesarlo, y sabiendo que los PC de la JP no han variado significativamente en el tramo de estudio, ¿cabe esperar un mayor número de CO? Parece que sí. El panorama es más ensorecedor si se tienen en cuenta la cantidad de expedientes resueltos por la JCO. Si la medición del CO por individuo parece ser escasa, la magnitud por expediente es todavía menor.

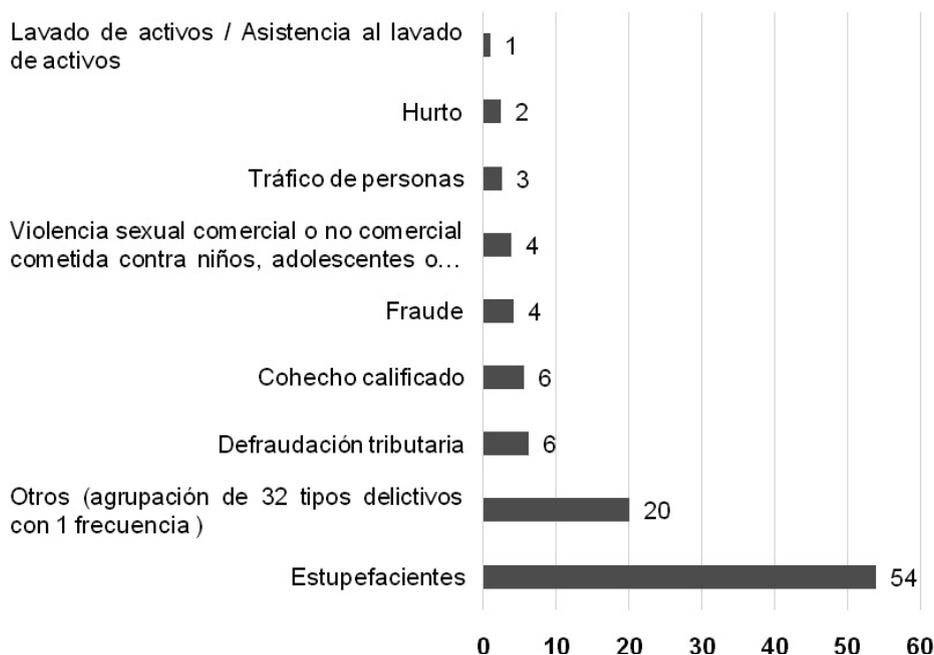
**Gráfica 3.** Evolución de los PC por personas y expedientes. 2009-2015. Frecuencia simple.



*Fuente: Elaboración propia con base en los informes (del 2012 al 2015) de la justicia penal especializada en crimen organizado. Departamento de Estadística. División Planeamiento y Presupuesto del Poder Judicial. Uruguay.*

El comportamiento del CO en Uruguay (o el desempeño institucional de la JCO) es significativamente más propenso a cometer delitos relacionados con las drogas ilegales (o la JCO tiene más herramientas para captar y dar sentencia a este tipo de crimen) que cualquier otro tipo de delito. El estudio de los tipos delictivos con competencia en la JCO arroja una única constante: los crímenes organizados de estupefacientes. Así, en promedio, entre los años 2009 y 2015, los delitos de estupefacientes fueron el 54% del total de los PC por la JCO. Los dos tipos delictivos que le siguen son la defraudación tributaria y el cohecho calificado, ambos con un promedio del 6% entre el 2009 y el 2015.

**Gráfica 4.** Promedio de delitos por persona tipificados por la JCO entre el 2009 y el 2015. Porcentaje.

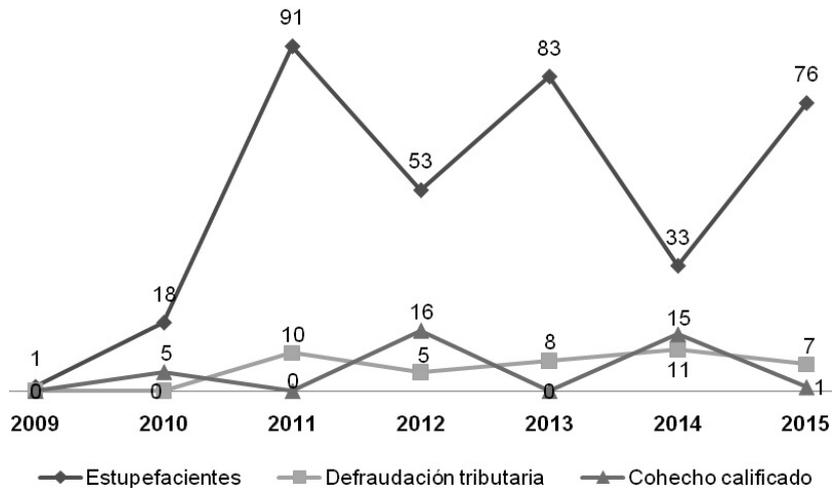


*Fuente: Elaboración propia con base en los informes (del 2009 al 2015) de la justicia penal especializada en crimen organizado. Departamento de Estadística. División Planeamiento y Presupuesto del Poder Judicial. Uruguay.*

La distribución de los datos también puede reflejar (además del rubro criminal privilegiado por los grupos delictivos, supuestamente, por la renta criminal que deja) la focalización de las “políticas criminales”: combate a la producción, distribución y comercialización de sustancias psicoactivas ilegales. La información también puede señalar que la JCO se encuentra preparada jurídicamente y técnicamente para tratar delitos sobre sustancias psicoactivas ilegales, pero no tiene la misma capacidad para otros delitos como, por ejemplo, el lavado de activos.

Retomando el análisis estadístico, a pesar que el delito de estupefacientes es el único patrón regular del comportamiento del CO o del desempeño de la JCO, su evolución anual no muestra un comportamiento con distribución normal, más allá del tramo anual (2009-2011) de aprendizaje o adaptación de la nueva institución.

**Gráfica 5. Evolución de los tres principales delitos por persona sentenciados por la JCO. 2009-2015. Frecuencia Simple.**



*Fuente: Elaboración propia con base en los informes (del 2009 al 2015) de la justicia penal especializada en crimen organizado. Departamento de Estadística. División Planeamiento y Presupuesto del Poder Judicial. Uruguay.*

En el año 2015, los cuatro principales PC por estupefacientes fueron la “negociación” de drogas ilegales (28,9%), la “asistencia a actividades de narcotráfico y suministro” (13,2%), la “importación y traslado” de sustancias psicoactivas ilegales (10,5%) y el “transporte” de drogas ilegales (10,5%). Agrupando las diversas modalidades sancionadas por la JCO se puede afirmar que la tercera parte de los delitos de estupefacientes se deben a la comercialización de sustancias psicoactivas y otra tercera parte a la distribución de drogas ilegales.

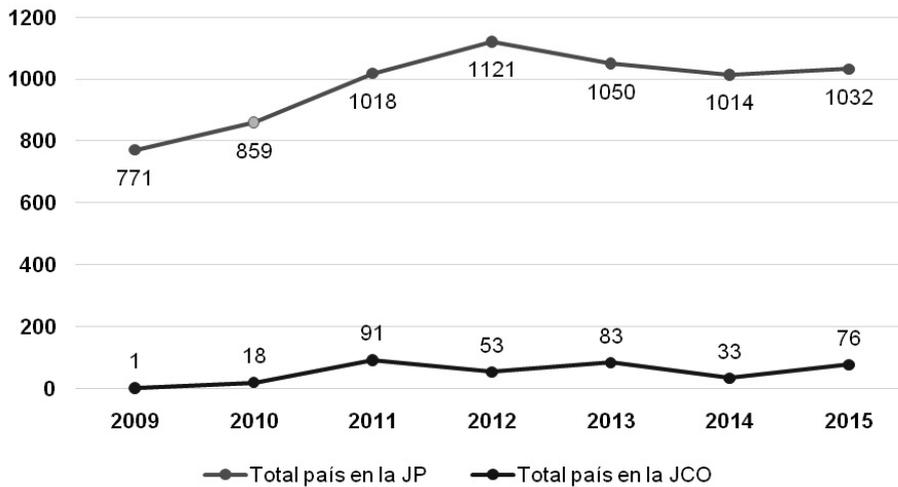
**Gráfica 6. Modalidades del delito de estupeficientes en el año 2015. Porcentaje.**



*Fuente: Elaboración propia con base en el informes 2015 de la justicia penal especializada en crimen organizado. Departamento de Estadística. División Planeamiento y Presupuesto del Poder Judicial. Uruguay.*

Resulta propicio aclarar que la Ley de Estupeficientes<sup>38</sup> no solamente la aplica la JCO sino también, aunque en hechos delictivos con diferentes características, la JP. En este sentido, para dimensionar el problema de los grupos delictivos dedicados al mercado de las drogas ilegales y/o para evaluar el desempeño institucional de la JCO es interesante comparar el comportamiento de ambas justicias en relación con los delitos de estupeficientes. Dejando a un lado el período de adaptación de la JCO, desde el 2011 al 2015 los crímenes relacionados con drogas ilegales en la JP son, en promedio, 18 veces más que los sentenciados en la JCO.

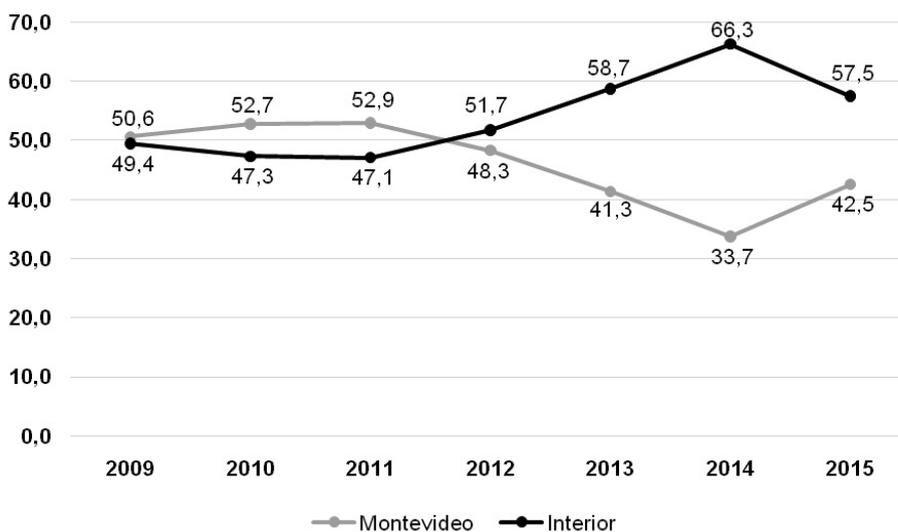
**Gráfica 7. Evolución de los delitos de estupefacientes en la JCO y la JP. 2009-2015. Frecuencia simple.**



*Fuente: Elaboración propia con base en los informes 2015 de la justicia penal dedicados a los procesos penales de la capital y el interior del país. Departamento de Estadística. División Planeamiento y Presupuesto del Poder Judicial. Uruguay.*

Los delitos previstos en la Ley de Estupefacientes son, en promedio, el 9,6% en el total de los delitos sancionados por la JP entre los años 2009-2015. En los últimos años del período estudiado, dicho delito se encuentra en la tercera posición, detrás de las rapiñas y los hurtos (Poder Judicial, 2015, 2014, 2013, 2012, 2011, 2010, 2009). Este dato refuerza la importancia del tráfico de drogas en el comportamiento delictivo uruguayo. Al observar el aporte regional (Montevideo y resto del país) del delito de estupefacientes en la JP resulta interesante la tendencia “tijera” que se forma en el cruce de las curvas de la próxima gráfica.

**Gráfica 8. Evolución de los delitos de estupefacientes en la JP según región. 2009-2015. Porcentaje.**



*Fuente: Elaboración propia con base en los informes 2015 de la justicia penal dedicados a los procesos penales de la capital y el interior del país. Departamento de Estadística. División Planeamiento y Presupuesto del Poder Judicial. Uruguay.*

Mientras en los primeros años de la serie Montevideo presenta, ligeramente, mayores guarismos que el resto del país, en el año 2012 se corta la tendencia porque los delitos de estupefacientes comienzan a crecer significativamente en el Interior desde el año 2011 alcanzando su pico en el 2014 al acaparar las dos terceras partes del total de los delitos juzgados por la JP. En el año 2015 las curvas de Montevideo y el Interior tienden a la media y se podría esperar en el futuro, quizás, una nueva tendencia de tipo tijera.

### **Respuestas a las preguntas de investigación y propuesta a futuro**

El trabajo se preguntó, por un lado, cuál fue la trayectoria legal de Uruguay en relación con las políticas mundiales sobre drogas llevadas adelante por NU y EUA, y, por otro, qué dimensión cuantitativa tiene el CO de las drogas ilegales en el país en el siglo XXI.

Respecto a la primera interrogante, se podría decir que el prohibicionismo en materia de drogas inicia, formalmente, en 1934 con la aprobación del Có-

digo Penal. Antes de ello existían algunas regulaciones sobre el acceso a ciertas sustancias psicoactivas, pero no una prohibición expresa y general. Las normativas sobre drogas en el Código Penal uruguayo se materializan después del “primer” movimiento internacional liderado por los EUA para imponer su política sobre drogas: conferencia sobre control de drogas en Shanghái de 1909, conferencia sobre control de drogas en La Haya de 1912, convención Internacional del Opio de 1912, convenios de Ginebra de 1925 y 1931 para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas. Esta relación será la constante en toda la trayectoria prohibicionista del país: las legislaciones nacionales en el siglo XX se aprobaron a posteriori de los impulsos internacionales.

En tiempos del régimen cívico-militar, uno de los períodos de control y prohibicionismo, en múltiples sentidos, más importante que tuvo el país, se aprobaron cuatro normativas significativas sobre drogas en tan sólo cinco años (1974-1979). Fue el régimen de facto quien incorporó a la legislación la “Convención Única sobre Estupefacientes” de 1961 y el “Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas” de 1971. Lo hizo sin ninguna discusión nacional sobre la política de drogas. Si bien el caso uruguayo no es un ejemplo evidente, es importante decir que las dictaduras militares de los años sesentas y setentas en América Latina, en el marco del Plan Cóndor, combatieron el tráfico de drogas porque significaba, para algunos movimientos de izquierdas, una fuente de financiamiento: “se utiliza el miedo al tráfico de drogas, en sustitución a las referencias a la amenaza comunista, como pretexto de enviar ayuda financiera y militar a otros regímenes subordinados” (Chomsky citado en Smith, 2001, 264). Actualmente, las políticas internacionales sobre drogas, orientadas por las políticas nacionales de los EUA, parecen haber sustituido la peligrosidad comunista por la amenaza terrorista. Para el país con la principal sociedad de consumo de, entre otras cosas, sustancias psicoactivas, la guerra “contra las drogas” ha sido, frecuentemente, una máscara para disfrazar sus propósitos de fondo.

En el año 2013, con la regularización de la “importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución” de marihuana, Uruguay dio, probablemente, el primer paso real y democrático contra las políticas prohibicionistas sobre drogas del siglo pasado. Este cambio de orientación en la política sobre drogas fue posible en un contexto nacional e internacional parcialmente favorable, con experiencias previas de diversas jurisdicciones en el mundo que flexibilizaron sus políticas sobre la marihuana.

En relación al CO, los crímenes de sustancias psicoactivas en Uruguay son el principal delito cometido por los grupos delictivos organizados y el tercer delito de significancia en el total de los delitos comunes sentenciados por la JP. De este modo, los delitos de drogas están entre los principales problemas criminológicos que enfrenta el país. Ahora bien, estas aseveraciones se realizan en el marco de un esquema de inteligibilidad metodológico que identifica problemas de medición en los indicadores utilizados; dificultades que no escapan a otras mediciones que intentan observar fenómenos sociales “esencialmente” elusivos, es decir, hechos sociales que por su “naturaleza” intentan no ser percibidos y registrados por la conformidad social (Ver ilustración 1). De esta forma, se deben leer los datos con cautela porque el sistema punitivo no capta todo el espectro delictivo destinado a las sustancias psicoactivas y porque, en parte, la magnitud del delito captado por el Estado puede razonablemente justificarse en términos del desempeño institucional (la capacidad de detección e investigación de la policía, la capacidad para resolver delitos sobre drogas ilegales de la justicia, la focalización de la política criminal en materia de sustancias psicoactivas, etc.).

Finalizo el artículo con el planteamiento de una línea de investigación a futuro. Los exiguos casos resueltos por la JCO en relación con el lavado de activos motivan realizar un estudio en profundidad sobre el tema. Los datos ponen en cuestión las sistemáticas presiones internacionales que tiene el Estado uruguayo (por ejemplo, de parte de la OCDE y el Departamento de Estado de EUA) para que intensifique sus controles en los orígenes y los mecanismos de legalización del dinero que entra al sistema financiero. Otra hipótesis a debatir es aceptar que Uruguay es una plaza atractiva para el lavado de activos y que los guardianes de la sociedad (justicia, policía) son “débiles” (estructura, organización, norma, recursos, formación, estrategia y técnica) para enfrentar este tipo de crimen complejo. Este escenario puede presentarse de forma real o ficticia –para continuar siendo un régimen financiero atractivo de inversiones– debido a la pobreza del Estado a falta de recursos naturales y una industria moderna que atraiga capitales. Estas y otras hipótesis tendrán que ser analizadas en el futuro si se quiere profundizar en el ángulo analítico que se propone.

## Referencias

---

- Agencia EFE. (4 de julio de 2016). *Preocupación por el tráfico de éxtasis de Europa a Argentina a través de Uruguay*. Recuperado de <http://www.efe.com/efe/america/cono-sur/preocupacion-por-el-trafico-de-extasis-europa-a-argentina-traves-uruguay/50000553-2976319> Consultado el 22/03/2017.
- Aller, G. (1998). Prevención y represión del crimen organizado en el Mercosur. *Revista de la Facultad de Derecho*, (14), 151-162.
- Asad, T. (2008). ¿Dónde están los márgenes del Estado? *Cuadernos de antropología social*, (27), 53-62.
- Astorga, L. (2007). *Seguridad, traficantes y militares*. Ciudad de México: Tusquets.
- Astorga, L. (2015). *Drogas sin fronteras*. Ciudad de México: Debolsillo.
- Astorga, L. (2016). *El siglo de las drogas*. Ciudad de México: Debolsillo.
- Bergara, M. (2011). Uruguay: cooperación internacional y combate al lavado de dinero. *Conferencia presentada en CADE – El País*. Uruguay.
- Buscaglia, E. (2016). *Lavado de dinero y corrupción política. El arte de la delincuencia organizada internacional*. Ciudad de México: Debate.
- Casacuberta, C., Gerstenblüth, M. y Triunfo, P. (2012). Aportes del análisis económico al estudio de las drogas. En *Aporte universitario al debate nacional sobre drogas* (pp. 11-36). Montevideo: CSIC.
- Cervini, R. (2008). Los procesos de lavado de dinero, aspectos conceptuales, estructurales y jurídicos. En G. Aller (coord.). *Estudios de Criminología* (pp. 127-147). Montevideo: Carlos Álvarez.
- Cohen, S. (1972). *Folk Devils and Moral Panics. The creation of the Mods and Rockers*. London: MacGibbon & Kee.

- Connelly, M. (1990). Comercio y consumo de opio en China. *Estudios de Asia y África*, 5(3), 384-423.
- Das, V. y Poole, D. (2008). El estado y sus márgenes. Etnografías comparadas. *Cuadernos de Antropología Social*, (27), 19-52.
- Diario La Nación. (5 de enero de 2017). *Drogas a través de la hidrovía*. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1973088-drogas-a-traves-de-la-hidrovía>
- Diario El Economista. (15 de enero de 2016). *En 15 años, 7 gobernadores ligados a la corrupción y la delincuencia*. Recuperado de <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2016/01/15/15-anos-7-gobernadores-ligados-corrupcion-delincuencia-organizada>
- El Comercio. (24 de agosto de 2009). *Investigan nueva ruta de la droga a Europa vía Argentina y Uruguay*. Recuperado de <http://elcomercio.pe/mundo/europa/investigan-nueva-ruta-droga-europa-via-argentina-uruguay-noticia-332461>
- El Espectador. (1 de febrero de 2017). *En “primeras etapas” Código de Proceso Penal “puede funcionar peor que el actual”*. Recuperado de <http://www.espectador.com/sociedad/347052/en-primeras-etapas-codigo-de-proceso-penal-puede-funcionar-peor-que-el-actual>
- Fraga, A. (2011). Prevención de lavado de activos en operaciones de comercio exterior. *3ª Jornadas Académicas de la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración de la Universidad de la República: Uruguay*.
- Franco, M. (2011). Los delitos tributarios y el lavado de dinero. *Revista de la Facultad de Derecho*, (30), 143-151.
- Garat, G. (2013). *Un siglo de políticas de drogas en Uruguay*. Montevideo: Friedrich Ebert Stiftung.

- Garibotto, G. (2011). Prisons and drugs in Uruguay. En P. Metaal y C. Youngers, *Systems overload. Drug laws and prisons in Latin America* (pp. 81-87). Amsterdam / Washington: Transnational Institute y Washington Office on Latin America.
- Garland, D. (2008). On the concept of moral panic. *Crime Media Culture*, 4(1), 9-30.
- Garzón, B. (2016). *Operación Cóndor. 40 años después*. Buenos Aires: Centro Internacional para la Promoción de los Derechos Humanos (CIPDH). UNESCO.
- González, J. L. (2010). Control y prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Ley N° 18494. *Revista de la Facultad de Derecho*, (29), 137-159.
- JIFE (2017). *Informe 2016*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Ladra, A. (2000). *Narcos en el Uruguay. Lilo, Clavijo, Bocha y la Operación Campanita*. Montevideo: Sudamericana.
- Langón, M. (2016). Crítica al sistema penal: ¿otros principios penales para el crimen organizado? *Revista CADE: doctrina y jurisprudencia*, 37(8), 31-34.
- Langón, M. (1998). Problemática del crimen organizado y lavado de dinero en el Mercosur. *Revista de la Facultad de Derecho*, (13), 20-33.
- Maldonado, S. (2012). Cultivos ilícitos, territorios y drogas en Latinoamérica: perspectivas comparadas. *DILEMAS: Revista de Estudios de Conflicto e Controle Social*, 5(4), 569-595.
- Maldonado, S. (2010). *Los márgenes del Estado mexicano. Territorios ilegales, desarrollo y violencia en Michoacán*. Michoacán: El Colegio de Michoacán.

- Morás, L. E. (2016) Crimen organizado, delincuentes racionales y los nuevos modelos de política criminal. *Espacio Abierto del CEIJ*, (24), 9-19.
- Naciones Unidas (2004) *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Nueva York: UNODC.
- Notable Names Databas (s.d.). Recuperado de <http://www.nndb.com/people/230/000117876/>
- OU.D. (2012). *Indicadores de control de la oferta*. Montevideo: JND.
- Pegoraro, J. (2002) El eslabón perdido: teoría sociológica y delito organizado. *Encrucijadas*, (19).
- Pesce, E. (2011). La legislación sobre crimen organizado, ¿vulneración de derechos por “razones de interés general”? *Revista de Derecho Penal (Segunda época)*, (19), 75-86.
- Piñeyro, J. L. (2012). El ¿saldo? de la guerra de Calderón contra el narcotráfico. *El Cotidiano*, (173), 5-14.
- Poder Judicial (2015). *Informes del 2009 al 2015 de la justicia penal especializada en crimen organizado y de la justicia penal. Departamento de Estadística. División Planeamiento y Presupuesto. Uruguay*. Recuperado de <http://www.poderjudicial.gub.uy/estadisticas/134-estadisticas/272-juzgados.html>
- Revista Caras y Caretas. (23 de agosto de 2016). *Corte creará dos nuevos Juzgados de Crimen Organizado*. Recuperado de <http://www.carasycaretas.com.uy/corte-creara-dos-nuevos-juzgados-crimen-organizados/>
- Smith, N. (2001). *Chomsky. Ideas e ideales*. Madrid: Cambridge University Press.
- Soba, I. (2013). El proceso relativo al crimen organizado en Iberoamérica: relato del crimen organizado en la República Oriental del Uruguay. *Revista uruguaya de derecho procesal*, (2), 161-172.

The U.S. National Archives and Records Administration (s.d.). Recuperado de <https://www.archives.gov/education/lessons/volstead-act/>

Thoumi, F. (2015). *Debates y paradigmas de las políticas de drogas en el mundo y los desafíos para Colombia*. Bogotá: Academia Colombiana de Ciencias Económicas.

Trejos Rosero, L. F. (2015). El lado colombiano de la frontera colombo-brasilera. Una aproximación desde la categoría de área sin ley. *Estudios fronterizos, Nueva Época*, 16(31), 39-64.

U.S Department of State (a) (s.d.). Recuperado de <https://www.state.gov/j/inl/rls/nrcrpt/2014/vol2/222956.htm>

U.S Department of State (b) (s.d.). Recuperado de <https://www.state.gov/j/inl/rls/nrcrpt/2016/vol2/253439.htm>

Veiga, Á. (1995). *Narcotráfico: la conexión uruguaya*. Montevideo: La República.

Westerville Public library (s.d.). Recuperado de <http://www.westervillelibrary.org/AntiSaloon/>

## Normas

---

Uruguay. Ley N° 8.947. Acuerdos internacionales. Aprobación de la convención de estupefacientes. Diario Oficial, 15 de mayo de 1933.

Uruguay. Ley N° 9.414, Código Penal. Diario Oficial, 7 de julio de 1934.

Uruguay. Ley N° 9.692, Importación de Estupefacientes. Diario Oficial, 21 de setiembre de 1937.

Uruguay. Ley N°14.222, Convenios internacionales. Se aprueba la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, celebrada en la sede de las Naciones Unidas. Diario Oficial, 23 de julio de 1974.

- Uruguay. Ley N° 14.294, Ley de estupefacientes. Listas I y II de la Convención Única de Nueva York. Lista I sobre sustancias sicotrópicas Viena. Medidas contra el comercio ilícito de drogas. Diario Oficial, 11 de noviembre de 1974.
- Uruguay. Ley N° 14.369, Aprobación de acuerdo internacional - drogas - estupefacientes – narcóticos. Diario Oficial, 22 de mayo de 1975.
- Uruguay. Ley N° 14.898, Aprobación de acuerdo internacional - estupefacientes – psicotrópicos. Diario Oficial, 20 de junio de 1979.
- Uruguay. Ley N° 15.738, Convalidación de los actos legislativos dictados por el Consejo de Estado desde el 19 de diciembre de 1973 hasta el 14 de febrero de 1985, excepto las declaraciones de nulidad y las derogaciones que se determinan. Diario Oficial, 22 de marzo de 1985.
- Uruguay. Ley N° 16.579, Aprobación de acuerdo internacional - estupefacientes. Diario Oficial, 19 de octubre de 1994.
- Uruguay. Ley N° 17.016, Estupefacientes. Diario Oficial, 18 de octubre de 1998.
- Uruguay. Ley N° 17.343, Delitos, estupefacientes. Drogas. Diario Oficial, 1 de junio de 2001.
- Uruguay. Ley N° 17.835, Sistema de prevención y control del lavado de activos y de la financiación del terrorismo. Diario Oficial, 29 de setiembre de 2004.
- Uruguay. Ley N° 18.026, Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Diario Oficial, 4 de octubre de 2006.
- Uruguay. Ley N° 18.172, Aprobación de rendición de cuentas y balance de ejecución presupuestal. Ejercicio 2006. Diario Oficial, 7 de setiembre de 2007.

Uruguay. Ley N° 18.362, Rendición de cuentas y balance de ejecución presupuestal. Ejercicio 2007. Diario Oficial, 15 de octubre de 2008.

Uruguay. Ley N° 18.390, Fiscalías letradas nacionales en materia penal con especialización en crimen organizado y fiscalía letrada departamental. Diario Oficial, 31 de octubre de 2008.

Uruguay. Ley N° 18.401, Carta orgánica del Banco Central del Uruguay. Diario Oficial, 13 de noviembre de 2008.

Uruguay. Ley N° 18.514, Juzgados letrados de primera instancia en materia penal con especialización en crimen organizado. Diario Oficial, 15 de julio 2009.

Uruguay. Ley N° 18.719, Presupuesto nacional de sueldos, gastos e inversiones. Ejercicio 2010-2014. Diario Oficial, 5 de enero de 2011.

Uruguay. Ley N° 19.007, Modificación de disposiciones del Código Penal, sobre delitos de funcionarios públicos y determinadas actividades delictivas relacionadas con todas las formas de cocaína incluida la pasta base de cocaína. Diario Oficial, 28 de noviembre de 2012.

Uruguay. Ley N° 19.172, Marihuana y sus derivados. Diario Oficial, 7 de enero de 2014.

Uruguay. Ley N° 19.276, Aprobación del Código Aduanero. Diario Oficial, 25 de setiembre de 2014.

Uruguay. Ley N° 19.355. Presupuesto Nacional. Período 2015-2019. Diario Oficial, 30 de diciembre de 2015.

Uruguay. Decreto 446/1993, Represión del tráfico ilícito de drogas. Diario Oficial, 25 de octubre de 1993.

Uruguay. Decreto 463/988, Creación de la Junta Nacional de Drogas. Diario Oficial, 25 de julio de 1998.

Uruguay. Decreto 251/994, Integración de la Junta Nacional de Prevención y Represión del Tráfico Ilícito y Uso Abusivo de Drogas - Estupefacientes. Diario Oficial, 13 de junio de 1994.

Uruguay. Decreto 256/992, Armada Nacional. Diario Oficial, 4 de setiembre de 1992.

Uruguay. Decreto 398/999, Estupefacientes y sustancias que determinen dependencia física o psíquica. Diario Oficial, 23 de diciembre de 1999.

Uruguay. Decreto 346/999, Política pública de prevención, tratamiento y rehabilitación del uso abusivo de drogas. Represión del narcotráfico y delitos conexos. Junta Nacional de Drogas. Diario Oficial, 5 de noviembre de 1999.

Uruguay. Decreto 170/00, Modificación de la integración de la Junta Nacional de Drogas. Diario Oficial, 14 de junio de 2000.

Uruguay. Decreto 242/00. Junta Nacional de Drogas. Modificaciones. Diario Oficial, 31 de agosto de 2000.

Uruguay. Decreto 245/07, Creación de comisión coordinadora contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Diario Oficial, 2 de julio de 2007.

Uruguay. Decreto 239/2009, Reglamentación y creación de la Secretaria Nacional Antilavado de Activos. Diario oficial, 27 de mayo de 2009.

## Notas

---

<sup>1</sup> El ejemplo paradigmático de la coyuntura prohibicionista de los EUA es la Volstead Act o ley seca de 1919. Ver The U.S. National Archives and Records Administration.

<sup>2</sup> Ver Drug Library(a). Recuperado de <http://www.druglibrary.org/schaffer/library/studies/cu/cu8.html>

<sup>3</sup> Ver Drug Library(b). Recuperado de <http://www.druglibrary.org/schaffer/history/e1910/harrisonact.htm>

<sup>4</sup> Las bases de la DSN se originaron después de la segunda guerra mundial, en el contexto de la guerra fría. Los antecedentes más importantes de la DSN en América Latina son los siguientes. En 1947 se plasmó el “Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca” (TIAR) que consistió en una alianza, dirigida por EUA, para la defensa continental. Un año después, en 1948, se creó la Organización de los Estados Americanos (OEA) como articuladora jurídica y política de los países del hemisferio americano. Más adelante, en 1951 EUA aprobó la “Ley de Seguridad Mutua” para brindar ayuda militar, económica y técnica a los “países amigos” con el objetivo de defender sus intereses nacionales. En 1952 EUA se establecen los “Programas de Ayuda Militar”, proyecto que fue reemplazado por la “Ley de Asistencia Exterior” de 1961. En este marco político, en 1960 tiene lugar la “Conferencia de Ejércitos Americanos” y en 1961 la “Conferencia de Jefes de las Fuerzas Aéreas Americanas”, ambos encuentros se realizaron en Panamá. Entre 1950 y 1998 EUA capacitó a unos 125.000 militares de América Latina y el Caribe, casi la mitad de ellos pasó por las bases militares de ese país en Panamá (Garzón, 2016).

<sup>5</sup> Se habla de estupefacientes cuando se sigue la clasificación estadística uruguaya que se basa en la normativa nacional (Ley de Estupefacientes). Esta noción es restrictiva dado que estrictamente reconoce sólo unos tipos concretos de drogas. Por esa razón se habla de sustancias psicoactivas o sustancias psicotrópicas ya que son las “expresiones más neutras y descriptivas para referirse a todo el grupo de sustancias, legales e ilegales, de interés para la política en materia de drogas” (OMS, 1994, 58). Organización Mundial de la Salud (1994) Glosario de términos de alcohol y drogas. Madrid: Gobierno de España.

<sup>6</sup> Aunque no abordan el CO, también existen varios trabajos nacionales sobre drogas desde el punto de vista de la salud sobre prevención y efectos, así como estudios sociológicos, antropológicos, comunicacionales y de la psicología social que abordan el consumo, las políticas de drogas, los medios, etc.

<sup>7</sup> El estudio de las leyes del año 2017 cubre hasta la fecha de presentación del presente artículo.

<sup>8</sup> Como todo fenómeno de estudio ilegal, sumado a la planificación y complejidad del crimen organizado tráfico de drogas, la observación metodológica es menos accesible que otros fenómenos ilegales (como puede ser un robo) y todavía más restringida que un hecho conforme al orden social.

<sup>9</sup> Para cada Ley citada en el texto aparece la fecha de promulgación. La fecha de publicación en el Diario Oficial se señala en la bibliografía.

<sup>10</sup> El subrayado es del autor para distinguir las diferencias entre la legislación nacional y la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

<sup>11</sup> *Ibíd.*

<sup>12</sup> Agencia EFE. Nota publicada el 4 de julio de 2016. El Comercio. Nota publicada el 24 de agosto de 2009.

<sup>13</sup> Diario La Nación. Nota publicada el 5 de enero de 2017.

<sup>14</sup> “El término se refiere normalmente a los opiáceos u opioides, que se denominan analgésicos narcóticos. En el lenguaje corriente y en la jerga legal, suele utilizarse de forma imprecisa para referirse a las drogas ilegales, sean cuales sean sus propiedades farmacológicas” (OMS, 1994).

<sup>15</sup> “La primera convención sobre drogas de las Naciones Unidas se llama “Convención única de 1961 sobre Estupefacientes”, a pesar de que en ella se establecen regulaciones para muchas drogas que no son estupefacientes, como la cocaína que es un estimulante” (Thoumi, 2015,183-184).

<sup>16</sup> Diario El Economista. Nota publicada el 15 de enero de 2016.

<sup>17</sup> Muchos campesinos no han podido reconvertir su producción en función de los ciclos del mercado agrícola. Otros, que en algún momento fueron ayudados por el Estado, no han podido mantenerse en la actividad económica sin

la colaboración del Estado.

<sup>18</sup> Ver U.S Department of State (a).

<sup>19</sup> Ver U.S Department of State (b).

<sup>20</sup> El Espectador. Nota publicada el 1 de febrero de 2017.

<sup>21</sup> Revista Caras y Caretas. Nota publicada el 23 de agosto de 2016.

<sup>22</sup> Otros rubros del crimen organizado son los delitos asociados a obras de arte, armas de fuego, órganos de personas y animales, piedras preciosas, mercancías (vestimenta, bebidas, tabaco, autos, etc.).

<sup>23</sup> OUD. (2012). Indicadores de control de la oferta. JND. Uruguay.

<sup>24</sup> Este decreto cambió el nombre de la institución a lo que actualmente se conoce como JND.

<sup>25</sup> Ver: <http://www.bcu.gub.uy/Servicios-Financieros-SSF/Paginas/Lavado-de-Activos.aspx> Consultado el 13/03/2017.

<sup>26</sup> La Egmont group se creó en 1995 como resultado de la reunión de varias agencias gubernamentales y organizaciones internacionales en Bruselas, en el palacio Egmont-Arenberg. A la fecha está integrada por 152 unidades de inteligencia financiera con el fin de combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Ver: <https://www.egmontgroup.org/> Consultado el 13/03/2017.

<sup>27</sup> En parte, los gobiernos de la época de EUA concebían que la “amenaza comunista” se financiaba con dinero del mercado ilegal de las drogas. Como dice Noam Chomsky, “cuando Colombia pidió al gobierno de los Estados Unidos que instalara un radar para que pudiera interceptar a los traficantes de drogas (...) el radar se instaló donde su única función era controlar a Nicaragua y a los sandinistas” (Chomsky citado en Smith, 2001,264).

<sup>28</sup> La Operación Gladio, inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial, llevada adelante por la Central Intelligence Agency (CIA) y la Secret Intelligence Service (más conocida como MI6), y la Operación Fénix en 1965, implementada por la CIA en el sudeste asiático, fueron los antecedentes más importantes de la Operación Cóndor. Además de la CIA, en la Operación Cóndor participaron la Organización Armada Secreta (OAS), veteranos franceses de la guerra en Argelia, y figuras claves de los ejércitos de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) (Stella Calloni en Garzón, 2016).

<sup>29</sup> “La Operación Cóndor fue un acuerdo multilateral entre las dictaduras de seguridad nacional del Cono Sur dentro del sistema continental de contrainsurgencia promovido por los Estados Unidos. En noviembre de 1975, Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay firmaron un pacto que permitía a sus fuerzas de seguridad coordinar la represión contra los exiliados políticos del Cono Sur por fuera de sus fronteras nacionales y atentar contra destacados dirigentes con influencia en la opinión pública internacional, incluso en Europa y Estados Unidos. A los países miembros iniciales, se sumó al poco tiempo Brasil, quien había asistido como observador. Posteriormente, adhirieron Ecuador y Perú, aunque con una participación más esporádica” (Garzón, 2016, 83).

<sup>30</sup> La pasta base de cocaína es un “Producto obtenido de las hojas de la coca durante el primer paso del proceso de extracción de la cocaína. Contiene sulfato de cocaína al 50%-90% e impurezas tóxicas, tales como queroseno y ácido sulfúrico” (OMS, 1994, 47).

<sup>31</sup> A la fecha, abril de 2017, el autocultivo, los clubes de cultivo y la producción estatal de la marihuana están funcionado. La comercialización estatal no ha comenzado, todavía se ajusta la operativa.

<sup>32</sup> Me refiero a la producción estatal y su comercialización en las farmacias adheridas al programa en todo el país.

<sup>33</sup> Al momento de realizar el artículo, los informes disponibles públicamente van del 2009 al 2015.

<sup>34</sup> Claro que el desempeño institucional de la justicia depende de otros factores como, por ejemplo, la investigación policiaca para el relevamiento de las pruebas.

<sup>35</sup> Precisamente es un estancamiento levemente oscilatorio entre 107 y 152 casos entre los años 2011 y 2015.

<sup>36</sup> Entiendo que el inicio de una nueva institución puede captar o no la atención de quienes pueden utilizar sus servicios y del público en general. En este marco, la frecuencia de asuntos iniciados puede ser muy alta cuando capta la atención y muy baja cuando no capta la atención de quienes pueden usar el servicio (policías, abogados, etc.). En cualquiera de los dos casos, en los primeros años de una institución, la tendencia es atípica y se va regularizando a medida que pasa el tiempo debido al conocimiento, la experiencia y la naturalización que se va haciendo de la institución. Esto es, en mi opinión, lo que evidencian los datos de los primeros años de los asuntos iniciados.

<sup>37</sup> Estructura organizativa, planificación, tipos de delitos, redes de contacto, etc.

<sup>38</sup> Ley 17016 del 22 de octubre de 1998, norma que modificó la Ley 9692 del 11 de julio de 1974. Ver más en el apartado dedicado a las leyes del crimen organizado.

# RECENSIONES



**Leopoldo M. A. Godio y Agustina N. Vázquez** ↗

Tanzi, Attila M., *International Law: a concise introduction*. Bologna: Bonomo-Wouters Kluwer. Italia, 2017, 201 páginas.

Attila Tanzi, profesor de extensa y reconocida trayectoria en Europa que encuentra también una “casa académica” en Buenos Aires, se adentra en un estudio que presenta una estructura dividida en capítulos. Se inicia, con un análisis del derecho internacional público de una forma “clásica” o más habitual en la enseñanza del derecho constitucional o administrativo: comienza desde el Estado, sus ámbitos de acción y relación para, posteriormente, señalar e individualizar los límites al poder estatal que –desde su primera página– aclara al lector sobre la extensión que posee, más allá de sus fronteras.

Quizá por eso resulta más que acertada su referencia a Hand (1954) elegida para comenzar la obra y que sintetiza una posición esencial que subyace en sus capítulos “Making and changing interational rules” y “Breaching international law and its consequences”. De este modo, el libro en análisis constituye una herramienta de consulta no sólo útil para quien se inicia en el derecho internacional, sino también para quien ya posee un sólido conocimiento de la especialidad y sus instituciones.

Además, podemos señalar que la disposición temática podría sintetizarse en tres momentos curricularmente necesarios para que todo docente de la materia planifique, como si se tratara de épocas, la enseñanza del derecho internacional público: comienza sentando las bases de la disciplina para luego abordar quiénes interactúan y el contenido que poseen las normas del derecho

---

↗ Leopoldo M. A. Godio, Profesor de Derecho Internacional Público (UBA-UCA).

✉ [leopoldogodio@gmail.com](mailto:leopoldogodio@gmail.com)

↗ Agustina N. Vázquez, Profesora de Derecho Internacional Público (UBA – UFLO).

✉ [agustinanvazquez@live.com](mailto:agustinanvazquez@live.com)

internacional, incluyendo la relación de éstas con el ordenamiento local, aspecto familiar para los alumnos a juzgar por sus posibles experiencias durante los estudios de grado.

El autor en un segundo momento se dedica a analizar, con absoluta claridad, la típica pregunta que surge en el aula: “¿qué ocurre si los Estados violan la norma internacional?” Su explicación sobre la temática de responsabilidad internacional de los Estados constituye un excelente material de consulta que allana el camino para una cabal comprensión de la Resolución, siempre compleja, A/RES/56/83 del año 2001, que codificó la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

El Capítulo 6 presenta la importancia de los distintos mecanismos de resolución pacífica de controversias. Tanzi, con acierto metodológico, inicia su análisis con una caracterización conceptual sobre la existencia de una controversia remontándose incluso al *leading case* de la Corte Permanente Internacional de Justicia *Mavrommatis* para, luego, proceder a diferenciar los métodos diplomáticos de los jurisdiccionales y proveyendo ejemplos de reciente jurisprudencia que no son, sino una prueba de la seriedad con la que se elaboró la investigación previa a la obra y que evidencia, además, el aporte que la misma propone a otros investigadores de la materia.

De este modo Attila M. Tanzi no sólo proporciona las primeras y necesarias nociones para un alumno de grado, sino que desde el recorte epistémico que propone en su capítulo “Select áreas of substantive International Law”, presenta unas breves líneas que permiten la contextualización y caracterización de las ramas elegidas, a la par que su elección de bibliografía sugerida al final del capítulo es de inmensa actualidad y vanguardia.

Es necesario destacar que los primeros capítulos donde analiza las nociones básicas de la materia (sujetos, fuentes, interacción entre el derecho interno y el derecho internacional) se vale de la utilización e interpretación, en fuente primaria y directa, de valiosas obras bibliográficas en alemán y francés que permiten comprender cabalmente el pensamiento de juristas de la talla de Scelle, Crawford, Cardozo, Friedrich Martens, Henkin, Jennings, Abi Saab, Lauterpacht y Higgins, entre otros.

Sin embargo, las principales líneas de cada rama del derecho internacional público referencia un análisis de gran interés debido a los examen de autores enriquecidos por referencias a juristas célebres entre los especialistas argentinos, tal como el caso de Dolzer, Schreuer, Tomuschat, Fitzmaurice, Redgwell, Cassese y Subedi, entre otros.

En ese orden de ideas, el examen de la producción desde el mismo índice, su desarrollo y hasta la bibliografía se encuentra superado y representa una imagen cabal de la seriedad de la obra y, si se realiza una lectura sagaz, también se advierte la profunda trayectoria académica de Attila M. Tanzi.

“International Law: a concise introduction” constituye una prueba de la maestría del autor al tratar estos temas, demostrando virtudes metodológicas y clasificatorias en un trabajo riguroso que no pierde de vista lo conceptual y la claridad para el lector. En definitiva: se trata de una obra de referencia imprescindible para estudiantes y docentes de grado, posgrado, profesionales e intérpretes del derecho que deseen dedicarse al derecho internacional público, con un análisis actual siempre bienvenido en las bibliotecas de nuestras universidades y al que puede accederse también en forma electrónica a través de *bonomoeditore.com*, de modo que también cumple con las expectativas digitales actuales.

Finalmente, sólo resta señalar que este manual se diferencia, no solamente por su brevedad, sino también por la estructura y el enfoque metodológico respecto del manual en italiano del mismo autor (*Introduzione al diritto internazionale*) reseñado muy favorablemente el Profesor Juan Antonio Carrillo-Salcedo y que, en 2016, ha llegado a su quinta edición.

Buenos Aires, 9 de julio del 2017



## 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° 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](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 nota<sup>1</sup>

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](mailto: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). Montevideu: 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](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 nota<sup>1</sup>

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](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 note<sup>1</sup>.

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.

