

Revista de la Facultad de Derecho

2^a Época

Publicación semestral

ARBITRADA

Indexada en:

DOAJ

REDIB

SciELO

DIALNET

LATINDEX

PORTAL TIMBÓ

REPOSITORIO COLIBRÍ



Montevideo
Facultad de Derecho
Universidad de la República
2019

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



Miembro fundador de AURA

Asociación Uruguaya de Revistas Académicas

Directora

Decana Prof. Dra. Cristina Mangarelli
Facultad de Derecho, Universidad de la República

Comité Editorial

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

Comité Científico

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

Revista de la Facultad de Derecho
No. 46, enero - junio, 2019

DOCTRINA

Caballero Trenado, Laura. *Redes sociales, consumidores y propiedad intelectual. Comentario jurisprudencial a la Sentencia 14/07300, del Tribunal de Gran Instancia de París, de 7 de agosto de 2018*

Delio Machado, Luis María. *La investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay)*

Farage, Felipe Bruno da Costa y Abrantes, Vinícius Villani. *Encuentro "Jus-Literario" en la tragedia griega: Medeia, Antígona y la hermenéutica legal*

García Alonso, Álvaro y Osta Vázquez, María Laura. *Cuando las mujeres plantearon la igualdad civil. Importancia y propuestas en torno a la VII Conferencia Internacional Americana de Montevideo, 1933*

Larroucau Torres, Jorge. *El juicio sumario como procedimiento ordinario en la justicia civil chilena*

Lascarro-Castellar, Diemer y Mejía Turizo, Jorge. *Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: perspectivas epistemológicas*

Lobato, Julieta. *Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso "Sisnero"*

Ríos Patio, Gino. *La negación de la finalidad del proceso penal por acción del neo punitivismo. El caso peruano. El caso de la prohibición del beneficio de la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de la libertad*

Sánchez Lorenzo, Jesús. *El derecho a la cláusula de conciencia en la formación de la opinión pública: debate sobre la necesidad o irrelevancia de su regulación legal en la comunicación del siglo XXI*

Tadeu Marques, Fernando y Faria Suzana Caldas Lopes de. *El tráfico internacional de personas con fines de explotación sexual: un análisis a la luz del caso concreto, en Brasil*

Vázquez D' Alvaré, Marcela. *Breves referencias al acuerdo de colaboración económica y científico-técnica. Sujeción con el acuerdo de cotitularidad. Especial reseña de la situación en Cuba*

Vega Cardona, Raúl José y Panadero de la Cruz, Ediltrudis. *Hacia una caracterización del proceso divisorio de la herencia. Particularidades en el contexto jurídico cubano*

Viegaz, Osvaldo Estrela. *Por Una (Trans-)Modernidad en un "Mundo en Estado de Quantum Critic", de Willis Santiago Guerra Filho*

RECENSIONES

Guerra, Pablo. *Recensión de: Discriminación para el acceso al empleo por edad madura. Beatriz Durán Penedo. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018. 312 págs. ISBN: 978-9974-2-1069-1*

OTRAS CONTRIBUCIONES

Escobar Veas, Javier. *El ánimo de lucro en el delito de tráfico de migrantes. Análisis crítico de la legislación europea*

DOCTRINA

Laura Caballero Trenado 

Redes sociales, consumidores y propiedad intelectual.
Comentario jurisprudencial a la Sentencia 14/07300, del
Tribunal de Gran Instancia de París, de 7 de agosto de 2018

*Social networks, consumers and intellectual property.
Case-law commentary on Judgment 14/07300,
of the Court of Great Instance of Paris, of August 7, 2018*

*Redes sociais, consumidores e propriedade intelectual.
Comentário de jurisprudência sobre o julgamento 14/07300,
do Tribunal de Grande Instância de Paris, de 7 de agosto de 2018*

Resumen: ¿Tienen entidad de consumidores los usuarios de redes sociales? Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, se activa inmediatamente un catálogo de derechos como, por ejemplo, la legitimación para accionar un procedimiento judicial. La legislación europea en materia de derechos de consumidores está armonizada y goza de una naturaleza muy tuitiva. Hasta ahora, en la interacción con las redes sociales, el usuario se veía impelido a contratar un “cheque en blanco” que suponía la cesión de buena parte de sus derechos -como, por ejemplo, los derechos de autor que pudieran corresponderle- al cesionario, el propietario de la red social. Pero la reciente Decisión del Tribunal de Gran Instancia de París ha revertido la posición jurídica de un grupo de consumidores franceses, que interpusieron una demanda colectiva contra la red social Twitter, al darles la razón, tras calificar de “abusivas” la mayoría de las cláusulas y condenar a la red social a pagar a la Asociación de consumidores francesa 30.000 euros. Este trabajo analiza esta importante Resolución judicial, al objeto de trazar las implicaciones más relevantes que impactan en el derecho de los consumidores y usuarios del ámbito normativo civil, en general, y en materia de propiedad intelectual -une création du droit- (Bergé, 2015), en particular.

 Universidad Internacional de La Rioja.

 0000-0001-9749-2395

 laura.caballero@unir.net

Palabras clave: *redes sociales, consumidores, propiedad intelectual, cláusulas abusivas, derechos de autor.*

Abstract: *Do users of social networks have a consumer entity? If the answer to this question is affirmative, a catalog of rights is immediately activated, such as, for example, the legitimacy to initiate a judicial proceeding. European legislation on consumer rights is harmonized and has a very protective nature. Until now, in the interaction with social networks, the user was compelled to contract a "blank check" that involved the transfer of a large part of their rights, such as, for example, the copyright that might correspond to the transferee. The owner of the social network. But, the recent decision of the Court of Large Instance of Paris has reversed the legal position of a group of French consumers, who filed a class action against the social network Twitter, to give them the reason, after describing as "abusive" most clauses and condemn the social network to pay the French Consumer Association 30,000 euros. This paper analyzes this important judicial resolution, in order to draw the most relevant implications that impact on the right of consumers and users of the civil normative sector, in general, and in intellectual property-une création du droit- (Bergé, 2015), in particular.*

Keywords: *Social Networks, Consumers, Intellectual Property, Unfairterms, Copyright.*

Resumo: *Os usuários de redes sociais têm uma entidade de consumidor? Se a resposta a esta pergunta for afirmativa, um catálogo de direitos é imediatamente ativado, como, por exemplo, a legitimidade para iniciar um processo judicial. A legislação europeia em matéria de direitos dos consumidores é harmonizada e tem um carácter muito moderado. Até o momento, na interação com as redes sociais, o usuário era obrigado a contratar um "cheque em branco" que envolvia a transferência de grande parte de seus direitos, como, por exemplo, os direitos autorais que poderiam corresponder ao cessionário. , o dono da rede social. Mas a recente decisão do Tribunal de Grande Instância de Paris reverteu a posição legal de um grupo de consumidores franceses, que entrou com uma ação coletiva contra a rede social Twitter, para lhes dar a razão, depois de descrever como cláusulas "abusivas" e condenar a rede social a pagar à Associação Francesa de Consumidores 30.000 euros. Este artigo analisa essa importante resolução judicial, a fim de traçar as implicações mais relevantes que impactam o direito dos consumidores e usuários do campo normativo civil, em geral, e em matéria de propriedade intelectual-une création du droit- (Bergé: 2015, 5), em particular.*

Palabras-chave: *Redes sociais, consumidores, propriedade intelectual, cláusulas abusivas, direitos autorais.*

Recibido: 20181015

Aceptado: 20190310

Introducción

En el mundo de la información digital, si no estás pagando por un producto, eres el producto. Si las empresas continúan incrementando la cantidad de datos que almacenan sobre los individuos, los datos en sí se convierten en un producto a la venta y, si los individuos no comienzan a protegerse a sí mismos y la información digital que divulgan, corren el riesgo de que sus datos personales se agrupen y se vendan al mejor postor (Rosenberg, 2016, 1).

Es un hecho incontestable que las redes sociales individualizan, empaquetan y sectorializan a sus usuarios. La tecnología, basada en algoritmos, conocida como machine learning, posibilita esta práctica. Ello permite la monetización del tratamiento cualitativo de estos datos, el nuevo petróleo.

En su interacción con las redes sociales, un usuario se ve impelido a dar su consentimiento (de sentire cum) en “licencias de usuario final”, de las que desconoce en gran medida su concreto contenido, propósito y alcance.

La multicanalidad, que cristaliza en el uso de formatos multipantalla (por ejemplo, tablets o smartphones) acrecienta el riesgo de esta indefensión, pues a menudo en las pantallas de escasas pulgadas apenas se visualiza una pequeña casilla.

Pero, en un gesto intuitivo, en un clic, el usuario ha dado ya su consentimiento y, presumiblemente, ha cedido muchos derechos que, aun desconociendo, le corresponden.

En Europa, desde principios de 2018, ya se están produciendo las subastas de licitaciones de la red móvil 5G, que espoleará el uso de gadgets tecnológicos y, con ello, la contratación electrónica y, por supuesto, el uso de las redes sociales, la forma de comunicación por excelencia. ¿Pueden revertirse derechos que se han cedido? Si es así, ¿Cuáles? ¿Tendrían carácter retroactivo?

La reciente Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París da la razón a un

grupo de consumidores de la red social Twitter. Se analizan a continuación los aspectos principales de la misma.

Breve exégesis del caso

Una asociación de consumidores francesa (en concreto, la Union Fédérale des Consommateurs-UFC) interpone, en nombre y representación de los usuarios/consumidores de la red social Twitter, compañía estadounidense radicada en el Estado de California, una demanda colectiva.

En instancia, todas las pretensiones de la precitada Asociación son desestimadas. La UFC decide apelar las sucesivas decisiones y la demanda sigue su curso, hasta llegar al Tribunal de Gran Instancia de París.

Presentada la demanda, el Órgano jurisdiccional debe dirimir cuestiones de naturaleza híbrida (procesales y sustantivas).

Entre las primeras, lo primero que debe resolver es la cuestión de la legitimación, cualidad que sirve de base para instar la acción a través de la demanda.

En este sentido, se discute si la Asociación francesa tiene legitimación para actuar en nombre de los usuarios.

En concreto, la elegibilidad de UFC para actuar en nombre de los usuarios de Twitter se fundamentará en el artículo L 621 del Código de Derecho del Consumidor francés (Code du Droit de la Consommation), sobre la base del cual los usuarios de Twitter son considerados consumidores.

La consideración de los usuarios de Twitter como consumidores será disputada por la precitada red social, al argumentar que su servicio es “gratuito”, lo que hace imposible que sus usuarios sean “consumidores” (en el sentido de la Ley del Consumidor).

Abundando en lo anterior, la demandada sostiene que es un servicio de microblogging, que presta servicios que consisten en poner a disposición entre sus usuarios mensajes breves (denominados “tuits” y fotografías) gratis, no una red social en sentido estricto.

De este modo, para Twitter, una persona sólo puede adquirir la condición de 'consumidor' si paga los productos y servicios contratados.

A propósito de tal condición, para la doctrina mayoritaria el consumidor se limita a participar en la última fase del proceso, sin integrar ningún bien o servicio en actividad productiva alguna, mientras que el empresario, a diferencia del consumidor, adquiere un bien pensando en su valor de cambio (Lasarte: 2014, 50).

Más aún. Tal adquisición responde a un propósito de incorporarlo, generalmente transformado, a su proceso de producción o distribución, a fin de recuperar lo invertido más tarde y multiplicarlo o, en todo caso, incrementarlo; es decir, para obtener nuevos valores de cambio⁽¹⁾.

El Tribunal de París rechaza el planteamiento de la red social al afirmar que, si bien los usuarios de Twitter no "pagan" por el servicio, el uso de su plataforma no es gratuito⁽²⁾.

En este sentido, la demandada enfatiza que los usuarios otorgan su consentimiento para que su información personal y otros datos sean utilizados por Twitter (y corolario de socios comerciales).

A propósito del consentimiento, recuerda la doctrina consolidada que ciertamente éste consiste en estar de acuerdo o conformes las partes, pero esta conformidad ha de producir la determinación, por lo menos, de todos aquellos extremos del contrato que no estén ya determinados por el Ordenamiento (Albaladejo, 2013, 373).

Es decir, debemos dar por supuesto que el consentimiento debe referirse a los demás elementos objetivos del contrato, como es el objeto que sea materia o causa de él o la causa de las obligaciones que se establezcan (Diez-Picazo, 2007, 174), lo que resulta determinante para la cognoscibilidad jurídica (Díaz-Alabar; 2010, 215)⁽³⁾.

Como contrapartida a la cesión de su consentimiento para que sus datos sean empleados por la red social y su tejido de copartícipes, los usuarios pueden hacer uso de los servicios de Twitter.

Sin embargo, puesto que la red social tiene un claro ánimo de lucro y, por lo

tanto, tal uso no resulta gratuito, la Ley de Protección del Consumidor se aplica a sus términos y condiciones.

Resuelta la cuestión procesal, el Tribunal entra a decidir sobre el fondo del asunto.

La principal pretensión de la Asociación es que se declare nulo -por abusivo- el clausulado del contrato llamado “Términos & Condiciones” que vincula al usuario/consumidor con la red social y que se condene a la demandada a resarcir a la parte demandante un millón de euros, en concepto de daños morales.

Recuerda la doctrina mayoritaria francesa que la nulidad sanctionne un défaut dans la formation du contrat, le quel était donc affecté de cette irrégularité dès l'origine (por ejemplo, Voirin y Goubeaux, 2016, 403).

Al respecto, el Órgano jurisdiccional francés resuelve la cuestión invalidando gran parte de las cláusulas del referido contrato y condenando a la parte demandada a pagar 30.000 euros, en concepto de daños morales.

Comentario a la Decisión del Tribunal francés

Aspectos nucleares de la problemática

En esencia, la cuestiones que conforma el núcleo de la ratio decidendi de la Sentencia se circunscribe a la declaración de nulidad de (una o varias) cláusulas contractuales, una vez determinada su carácter abusivo y el alcance de esta consecuencia.

A continuación, se analiza la fundamentación jurídica de la Sentencia desde una doble perspectiva -procesal y sustantiva.

Aspectos procesales

Dos son las cuestiones de índole procesal que se discuten en el litigio. La primera, la legitimación de la condición de consumidores. La segunda, el carácter o no abusivo de las cláusulas del contrato “Términos & Condiciones” (encajamos aquí esta cuestión dado que permanece al albur de un control de oficio por parte del órgano jurisdiccional y, sin su declaración, el resto de las pretensiones del pleito no

prosperarían).

Una constante de nuestros días es la reivindicación de la unidad de actuación, tanto de los “consumidores” como de otros colectivos (Rosillo, 2010, 497). Aisladamente, en palabras de algún autor, aquéllos no son sino seres “desarmados” (Stiglitz, 2001, 1274), algo que se confirma en el desarrollo de las relaciones jurídicas en la sociedad actual.

Respecto de la primera cuestión, la Ley francesa otorga legitimación para poder ser parte de procesos civiles a los grupos de usuarios o consumidores afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables; ello sin perjuicio -como recuerda Rosillo- de que pueda litigarse de forma conjunta ab initio formando un litisconsorcio activo voluntario⁽⁴⁾.

Por lo tanto, estamos ante una lista cerrada, tasada. Doctrinalmente, se ha confirmado lo inconveniente de optar por tal lista cerrada (por todos, Vicent, 2000, 6153).

Sin embargo, el Alto Tribunal otorga indubitadamente la legitimación a la Asociación sobre la base legal del artículo 4 de la Directiva 2009/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a acciones de cesación en materia de protección de intereses de consumidores.

Por lo tanto, salva el inconveniente de la lista cerrada del derecho nacional y aplica la legislación europea. No debe olvidarse, al fin y a la postre, que estamos ante un sistema multinivel. Al respecto, como recuerda parte de la doctrina, el TJUE se ha pronunciado sobre la inaplicación de las normas de derecho interno para permitir la efectividad de la norma comunitaria cuando ésta tuviera carácter esencial para el funcionamiento de la UE (por ejemplo, Pérez, 2018, 44).

En concreto, conforme a la normativa comunitaria europea, están legitimadas para ser parte de procesos civiles, en general, y para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los consumidores colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios -que a l'avantaged' être plus rapidequ' uneaction en réparation et plus souplequ' uneaction en référé- (Dusollier, Francquen, 2015, 132)- las entidades habilitadas⁽⁵⁾.

¿Y de qué entidades habilitadas hablamos? De forma periódica, la Comisión Europea debe publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea un listado actualizado de entidades habilitadas, que se conforma con la información suministrada por las autoridades de los Estados Miembros (De la Oliva, 2012, 408).

Salvada la primera cuestión, la segunda será dirimir el carácter o no de abusividad del clausulado del contrato “Términos & Licencias”.

El sistema de protección dispuesto en la legislación comunitaria⁽⁶⁾ se centra en el establecimiento de unos requisitos legales, sin cuyo cumplimiento las condiciones generales no forman parte del contrato; reglas, por lo tanto, de control de incorporación.

A tal efecto, la Norma fija en primer lugar unos requisitos genéricos que deben cumplir las condiciones generales para entender que han quedado incorporadas al contenido del contrato y después señala en qué casos unas condiciones generales no se incorporan al contrato.

Por lo tanto, se exige en primer término, como regla, la aceptación del adherente, expresada habitualmente mediante la firma del contrato en el que debe hacerse referencia a las condiciones generales incorporadas. En todo caso, es indubitado para la doctrina que es preciso que el adherente tenga oportunidad de conocer de manera completa las condiciones generales al tiempo de celebración del contrato (por todos, Martínez de Aguirre et al., 2014, 429).

Se pide, en segundo término, que las condiciones generales sean transparentes, claras, concretas y sencillas.

En este sentido, el Tribunal decide declarar la abusividad de una gran parte de las cláusulas con base en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, cuyo tenor literal es el siguiente: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse en contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Dicho de otro modo, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

Por lo tanto, la exigencia de redacción clara y comprensible es un presupuesto para su conocimiento y, por lo mismo, para la emisión de un consentimiento válido.

En este sentido, el artículo 5 del citado Instrumento normativo exige que las cláusulas sean redactadas siempre de forma clara y comprensible, sancionando, en caso de duda, la prevalencia de la interpretación más favorable para el consumidor.

Abundando en lo anterior, parte de la doctrina (por ejemplo, Ebers, 2008, 201 y 203, y Carballo: 2013, 30) considera que si, en el ámbito de la Directiva [léase la Norma 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993], estas cláusulas son inmunes al reproche de un posible carácter abusivo, tal exclusión de control se condiciona a su redacción “de modo claro y comprensible” (ex artículo 4.2), de forma que la cláusula oscura, si no puede salvar su validez por vía de interpretación favorable al consumidor, podrá ser reputada abusiva.

Y, también, hay que apuntar que de la redacción del precepto se colige la intención del legislador europeo en el alcance de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la declaración de nulidad radical en el caso de suministro de bienes y servicios básicos que, por otra parte, en el marco de la tendencia liberalizadora en que actualmente se encuentran inmersos los Estados miembros de la Unión Europea, estos servicios de carácter básico suelen ofrecerse bajo formas monopolísticas, por lo que el daño que comportaría la expulsión de todas las cláusulas de un contrato si eventualmente se declara una nulidad absoluta o radical sería mayor que el daño en sí mismo provocado.

Aspectos sustantivos

El aspecto nuclear de la ratio decidendi, desde la perspectiva de derecho sustantivo, gira en torno al problema específico de derechos de autor.

El Tribunal de Gran Instancia declara “nulas” la mayoría de las cláusulas impugnadas por el demandante, incluidas las disposiciones de licencia de derechos de autor del contrato para el user-generated content (contenido generado por el usuario).

Los “Términos & Condiciones” presentan una disposición según la cual los usuarios de Twitter otorgan licencias de derechos de autor a todo el “contenido” que cargan en la plataforma (por ejemplo, texto, fotografías y videos) tanto a la red social como a sus “socios del ecosistema” (es decir, socios externos, terceros, a fin de cuentas).

La Asociación de consumidores UFC desafía la disposición de la licencia. Su tesis se sustenta en los siguientes aspectos:

1. la fase de apertura da la impresión engañosa de que el acuerdo de licencia es limitado en el alcance de sus subvenciones a Twitter, mientras que de hecho otorga una licencia mundial libre de royalties para cualquier uso y para todo el contenido que se cargue en la plataforma, con el derecho de Twitter de sub-licenciar tales usos a terceros dentro de su "ecosistema" comercial;

2. la cláusula es tan amplia que contraviene al Code de la propriété intellectuelle (Código de Propiedad Intelectual francés), que proporciona un tratamiento más estricto de lo que se puede autorizar o asignar que lo que hacen los países de Common Law. Estas reglas se introdujeron para salvaguardar los intereses de los autores los cuales, en este caso, se quedaban alienados sin justificación legal;

3. el Code de la propriété intellectuelle prohíbe la asignación o licencia de obras futuras (nulidad), y

4. la Norma precitada también exige que las transferencias de derechos (asignaciones o licencias) se registren por escrito y sean muy específicas en cuanto a su contenido. Es un requisito legal que cada derecho "transferido" se mencione por separado en el contrato y que el alcance, el propósito, el lugar y la duración de la explotación para cada uno de estos derechos estén claramente definidos en el acuerdo para que la disposición pueda ser válida;

Cabe subrayar en este punto que la provisión general de licencia de Twitter no cumplía con ninguno de los requisitos señalados.

Respecto a la primera consideración, es preciso señalar que la Asociación de consumidores sostiene que la primera cláusula de la licencia de Twitter advierte al usuario de lo siguiente: "You're tain your rights to any Content you submit, post or display o north rough the Services. What's your sisyours — you own your Content (and your incorporated audio, photos and videos are considered partof the Content)" [sic], lo que se contradice con lo que la Plataforma hace de facto.

Abundando en lo anterior, nos encontramos ante una situación en la que el cedente -el usuario de la red social en este caso- otorga todos los derechos que pudieran corresponderle en exclusiva. Se trata de una situación de hecho que se

contraponen a la condición de titular originario o de iure.

Recuerda la doctrina consolidada que el cesionario de los derechos de autor, en cuanto goza de un derecho de explotación patrimonial, resulta el sujeto pasivo de los atentados que afecten a dicho interés patrimonial (por todos, De Nova Labián, 2010, 137).

En relación a las cuestiones segunda y tercera, el Alto Tribunal señala que: "La cláusula que otorga al proveedor del servicio el derecho a utilizar, de forma gratuita, cualquier contenido generado por el usuario, incluido el contenido que puede estar protegido por derechos de autor, sin especificar con suficiente detalle el contenido en cuestión, la naturaleza de los derechos transferidos y la naturaleza de los usos comerciales acordados infringe las disposiciones de los artículos L 131-1, L 131-2 y L 131-3 del Código de Propiedad Intelectual" (FJ3º).

En efecto, el apartado primero del artículo 131 del CPI francés contiene unas formalidades estrictas. En concreto, prescribe la exigencia de que las condiciones sean escritas y que contengan los siguientes extremos [sic]: "le détail de chacun des droits cédés, le détail des modalités d'exploitation des droits cédés quant à leur étendue et leur destination, le territoire pour le quel les droits sont décernés, la durée, la rémunération".

De este modo, tras recordar que el CPI prohíbe la cesión global de obras futuras (apdo. tercero del mismo precepto), advierte la doctrina que ilconvient doncétre particulièrement lorsqu'ils agissent d'une oeuvre créée par plusieurs auteurs: leurs contrats doivent être en tout point identiques dans leur périmètre de la cession (por todos, Riahi, 2013, 25).

La última cuestión es, sin duda, la más relevante y abre una nueva era en la concreta cuestión de los derechos inherentes a los contenidos generados por los consumidores/usuarios.

Un último apunte sobre la cuestión de los derechos morales. Parte de la doctrina clásica ha justificado el derecho moral como garante del interés público (por ejemplo, Recht, 1949, 3). Esta opinión se sitúa en línea con un importante sector de la doctrina italiana, que ha puesto de relieve el papel que cumple el interés público en la tutela del derecho de autor (en este sentido, De Sanctis: 1959, 400). Evidentemente, consideramos que la sanción económica impuesta a Twitter es discreta y se

aleja considerablemente de otras soluciones judiciales que suelen aplicar la “regla del tercio”. Sin embargo, no debe olvidarse que los daños punitivos son propios del derecho anglosajón.

Probablemente, el órgano jurisdiccional habrá tenido en cuenta para el cálculo del quantum indemnizatorio las previsiones contenidas en el artículo L 131-4 del Code, que contempla un elenco de supuestos generales y que contempla, a modo de cláusula de cierre, la previsión de incluir el tanto alzado en supuestos que no son identificables.

Para parte de la doctrina considera, de hecho, que el art. L 131-4-apartado 2º es aplicable a todos aquellos casos en los que el cesionario no puede determinar los ingresos brutos de la explotación de la obra, teniendo en cuenta que son precisamente esos mismos ingresos los que sirven de base para el cálculo de la remuneración proporcional (Cabedo, 2011, 250).

A ello debe añadirse que, habida cuenta que, aunque la vía judicial civil francesa sea expeditiva, la cuestión probatoria, que recae sobre el demandante, continúa siendo harto complicada.

En sede de propiedad intelectual, la responsabilidad no es objetiva y se precisa un elemento de culpa (Mallo: 2018, 362), por lo que consideramos que la Sentencia es ajustada a derecho, pues lo importante es que actúe de palanca disuasoria profuturo; al respecto, there is and there will be ample space for the European Cour to Justice to shape the constitutionalisation of European private law and hopefully to provide ´general principles` which would start to connect the fragmented bits and pieces of EU law (Leczykiewicz y Weatherill, 2018, 41).

Conclusiones

Hasta ahora, los propietarios de los códigos del software y, en general, de todo el contenido generado por los usuarios eran los dueños de las plataformas.

La Sentencia del Gran Tribunal de París da un vuelco a esta situación por cuanto, al menos en Francia, Twitter deberá adecuar el contenido de sus acuerdos a la legislación francesa, para dar cumplimiento de la citada Resolución, que declara la nulas la mayor parte de las cláusulas que venía empleando la red social.

Las dos cuestiones más relevantes que se desprenden de esta Resolución son la estimación de la legitimación para reclamar en calidad de consumidor y el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual.

Respecto de la primera cuestión, consideramos acertada la Decisión de la Sala, que aplica el artículo Directiva 2009/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a acciones de cesación en materia de protección de intereses de consumidores.

La legislación nacional y comunitaria también cuenta con resortes suficientes para accionar una demanda colectiva. Podría haberse sustentado en la legitimación que ostentan entidades como las cámaras de comercio, figuras ampliamente reconocidas en muchos ordenamientos jurídicos nacionales.

Contribuye a la afirmación anterior el reconocimiento constitucional de la protección de los intereses económicos de los consumidores, ampliamente reconocido en las cartas magnas europeas.

En cualquier caso, se evidencia la influencia anglosajona de las classactions, lo que pone de relieve que el Derecho continental está vivo y es cada vez más poroso y proclive a su incorporación.

A partir de esta importante Decisión, se abre una vía para que los usuarios/consumidores reclamen sus derechos en materia de propiedad intelectual. En concreto, por derechos inherentes al contenido que puedan generar en el marco de estas plataformas.

Una Resolución, como puede comprobarse, muy relevante y que traerá cola, habida cuenta que en el ecosistema digital los usuarios que generan sus propios contenidos tienen cada vez mayor presencia.

Referencias

- Albadalejo, M. (2013). *Derecho de obligaciones*. Madrid: Edisofer.
- Bergé, J. S. (2015). *La protection internationale et européenne du droit de la propriété intellectuelle*. Bruselas: Larcier.
- Cabedo Serna, L. (2011). *El derecho de remuneración del autor*. Madrid: Dykinson.
- Carballo Fidalgo, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*. Barcelona: Bosch.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial I*. Pamplona: Aranzadi. Thomson Civitas.
- Dusollier, S. y Francquen, A. (2015). *Manuel de droits intellectuels*. Bruselas: Anthemis.
- Ebers, M. (2009). “Un fair Contract Terms Directive 93/13” En H. Schulte-Nölke, C. Twigg, Flesner, M. Ebers (eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*. Munich: Sellier.
- Lasarte Álvarez, C. (2014). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios* (6ª ed.). Madrid: Dykinson.
- Leczykiewicz, D. y Weatherill, S. (2018). *The images of the Consumer in the EU Law*. Oxford: Hart.
- Mallo Montoto, D. (2018) *La difusión en Internet de contenidos sujetos al derecho de autor*. Madrid: Reus. (Col. de Propiedad Intelectual).
- Martínez de Aguirre, C. et al. (2014). *Derecho de obligaciones* (4ª ed.). Madrid: Colex.
- De Nova Labián, A. (2010). *Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de internet*. Madrid: Dykinson.

- De Sanctis (1959). *Enciclopedia del Diritto*. Roma: Giuffrè Editore.
- Pérez Daudí, V. (2018) *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier.
- Recht (1949). *Reflexions sur la protection du droit d'auteur* (Vol. 2). París: BDA.
- Riahi, K. (2013). *Les contrats de la production*. París: Dixit.
- Romero Robredo, A. (2017). *Privacidad e intimidad en las redes sociales*. Madrid: Re-Unir.
- Rosenberg, M. (2016). *The Price of Privacy: How access to digital privacy is slowly be coming divided by class*. UCLA: Journal of Law & Technology.
- Rosillo Fairén, A. (2010). *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid: La Ley.
- Stiglitz, G. (1991). *El Derecho contractual y la protección jurídica del consumidor en América Latina*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos
- Vicent Chuliá, F. (2000). *Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial*. *Revista General de Derecho*, 56(663).
- Voirin, P. y Goubeaux, G. (2016). *Droit civil* (36ª éd.). París: Lex tenso éditions.

Notas

¹ Ibidem.

² “Aux termes des articles 1105 et 1106 devenu l'article 1107 du code civil, le contrat est dit à titre onéreux, lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure, il est dit à titre gratuit, lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage, sans recevoir de contrepartie. Il ressort des documents relatifs aux Conditions Générales d'utilisation et de la Politique de confidentialité de Twitter, produits au débat, qu'en contrepartie de l'accès et de l'utilisation des Services Twitter, l'utilisateur accepte que

Twitter, ses fournisseurs et ses partenaires puissent placer des publicités ciblées en fonction des requêtes effectuées au moyen des services (clause n° 1.5 des Conditions d'utilisation du 6 juin 2012, 8 septembre 2014, 18 mai 2015 et 27 janvier 2016, devenu la clause n° 4.3.1 du 30 septembre 2016) ; que les services de Twitter sont financés par la publicité, la société Twitter étant susceptible d'utiliser les informations décrites dans sa Politique de confidentialité pour que les publicités soient plus pertinentes, pour en mesurer l'efficacité et pour aider à reconnaître les appareils de l'utilisateur afin de lui diffuser des annonces sur et hors Twitter (clause n° 16 de la Politique de confidentialité du 30 septembre 2016) ; que Twitter collecte, utilise les informations que l'utilisateur adresse lors de son utilisation de ses Services [...]". (FJ2ºA).

³ Díaz-Alabart, S. en Rosillo, A. (2010) La configuración del contrato de adhesión con consumidores. Madrid: La Ley, pág. 25.

⁴ Op. Cit. Pág. 574.

⁵ En concreto, el Tribunal confiere la legitimación en aplicación de lo siguiente [sic]: "L'article L. 421-6 du code de la consommation, devenu l'article L. 621-7 du code de la consommation, prévoit que les associations mentionnées à l'article L. 421-1 devenu l'article L. 621.1 du code de la consommation et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au Journal officiel de l'Union européenne en application de l'article 4 de la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiée, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive précitée" (FJ1º).

⁶ En concreto, la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE, del Consejo y la Directiva 97/7/CE, del Parlamento europeo y del Consejo.

Luis María Delio Machado✉

La investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay)

Research in Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay)

Pesquisa na Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguai)

Resumen: Este artículo se propone indagar las actividades de investigación de la Facultad de Derecho desarrolladas desde su creación (1878) hasta la sanción de la Ley Universitaria de 1958 que consagra la investigación como un fin natural de la institución. El estudio identifica actores institucionales de investigaciones jurídicas y sociales, durante un período significativo de ocho décadas y habilita futuros estudios, de carácter cuantitativo y cualitativo, en la valoración del impacto que dicha producción tuvo en el campo dogmático así como en la jurisprudencia nacional. El estudio tiene el propósito de confirmar la densidad de las investigaciones jurídicas, así como identificar elementos que estimularon esa actividad. El conjunto de fuentes primarias utilizadas en el estudio, corresponden a las relevadas en el repositorio archivístico de la institución: la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

Palabras clave: investigación, Ley Universitaria, investigaciones jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.

Abstract: This article aims to investigate the research activities of the Faculty of Law developed since its inception (1878) until the enactment of the University

✉ Pos-Doctorando (UNR-Argentina), Dr. en Filosofía (UNLaPlata), Lic. en Ciencias Históricas y en Filosofía (UdelaR), Profesor Titular de Historia de las Ideas. Prof. Agregado y Coordinador de Ciencia Política de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII).

🌐 <https://orcid.org/0000-0002-7526-6140>

✉ lmdelio@gmail.com

Revista de la Facultad de Derecho, (46), ene-jun, 2019, e20194610

DOI: 10.22187/rfd2019n46a10

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665

Creative Commons Reconocimiento 4.0 Internacional License Atribución CC BY

Law of 1958 that establishes research as a natural end of the institution. The study identifies institutional actors of legal and social research, during a significant period of eight decades and qualifies future studies, of quantitative and qualitative character, in the evaluation of the impact that said production had in the dogmatic field as well as in the national jurisprudence. The purpose of the study is to confirm the density of legal investigations, as well as to identify elements that stimulated this activity. The set of primary sources used in the study correspond to those collected in the archival archive of the institution: the Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

Keywords: *investigation, University Law, legal investigations, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.*

Resumo: *Este artigo tem como objetivo investigar as atividades de pesquisa da Faculdade de Direito desenvolvidas desde sua criação (1878) até a promulgação da Lei Universitária de 1958 que estabelece a pesquisa como um fim natural da instituição. O estudo identifica os atores institucionais da pesquisa jurídica e social, durante um período significativo de oito décadas e qualifica estudos futuros, de caráter quantitativo e qualitativo, na avaliação do impacto que a referida produção teve no campo dogmático e na jurisprudência nacional. O objetivo do estudo é confirmar a densidade das investigações legais, bem como identificar elementos que estimularam essa atividade. O conjunto das fontes primárias utilizadas no estudo correspondem àquelas coletadas no arquivo de arquivo da instituição: a Facultad de Derecho de la Universidad de la República.*

Palavras-chave: *investigação, lei universitária, investigações legais, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguai.*

Recibido: 20181010

Aceptado: 20181221

Las líneas que siguen tienen el propósito de examinar la trayectoria y densidad de la actividad de investigación en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República uruguaya. El estudio se justifica por varias razones. La primera es la inexistencia de escrito institucional alguno que examine la actividad de investigación de la Facultad de Derecho en el período tratado (1878-1958), ni alguno que atienda los materiales de archivo consultados en esta oportunidad. La segunda no es otra que el rol protagónico que han tenido los estudios jurídicos en el pasado de la enseñanza superior nacional. La enseñanza jurídica uruguaya se inicia antes de finalizar la primera década de vida independiente y conserva el carácter hegemónico de los estudios superiores, durante casi la totalidad del período que se extiende desde la apertura de la Universidad hasta 1885. En el año 1872, el Vice Rector de la Universidad, Dr. Plácido Ellauri, destacaba el protagonismo de los estudios jurídicos en la Universidad:

En otros tiempos, señores, hubiera sido casi un sueño el pensar en llevar a cabo las reformas y mejoras que reclama la afluencia progresiva de la juventud que ávida de saber concurre anualmente a matricularse en los estudios secundarios, como preparatorios para ingresar en los que corresponden a las diversas carreras a que les incline su vocación particular. Bajo este punto de vista es verdaderamente deplorable, y sobre ello llamo con especial interés la atención de la Sala de Doctores, el estado de nuestra Universidad: no hay más que una facultad, la de leyes, y a ella se ven condenados todos los estudiantes a sujetarse, por más que su voluntad, sus gustos, tendencias o inclinaciones se dirijan a abrazar las muchas otras que comprende el saber humano y que, á la vez de nuestra honra y dignidad, las reclama la patria para fundar en ello en gran parte su prosperidad y porvenir (Ellauri, 1872, 4).

El período 1838/49-1885 ha sido denominado *Universidad Vieja*, denominación usada y aceptada por la mayoría de los historiadores (Ardao, 1950) (Oddone-Paris, 1963) (Ardao, 1971, 139) (Bentancur Díaz-Paris, 1995). Sin duda los trabajos de los autores mencionados, pioneros en su rigor académ-

mico, son fundamentalmente investigaciones de naturaleza historiografía. Por su extensión, algunos aspectos de la historia universitaria, no pudieron ser atendidos en profundidad. Este aspecto ha sido señalado por otros autores, que destacan la ausencia de estudios sobre la *Universidad Vieja* y períodos posteriores, en lo que respecta “a las concepciones de la enseñanza y mucho menos a las prácticas de enseñanza [...] universitaria” (Behares, 2011, 38). Dicha ausencia puede extenderse sin violencia a la actividad de investigación universitaria en general y de la Facultad de Derecho en particular, siendo este el principal cometido del presente artículo.

Generalmente y en forma explícita, actualmente se reconoce que la investigación institucional constituye una de las funciones naturales de la institución universitaria a partir de 1958, con la sanción de la Ley Orgánica de la Universidad (n.º 12.549). Varias disposiciones de esta ley instituyen la investigación, en un espectro muy amplio que va desde los propios fines de la Universidad (Art. 2), hasta las atribuciones de los Órganos Centrales establecidas en el Capítulo IV, al otorgar al Consejo Directivo Central, en su Art. 21, inc. c), la coordinación de la “investigación y la enseñanza impartida por las distintas Facultades y los demás Institutos y Servicios que constituyen la Universidad”. También la Ley Orgánica universitaria, establece condiciones estimulantes para desarrollar la investigación institucional, tales como el *Régimen de Dedicación Total* previsto en el Art. 54. Sin embargo, estas disposiciones no hacen más que recoger algunas prácticas que venían desarrollándose de tiempo atrás. Un ejemplo de ello lo constituye el *Régimen de Dedicación Total* cuyos inicios pueden retrotraerse al año 1947, pero “del que sólo disfrutaban las Facultades de Medicina, Ingeniería y Química en número de 19, 9 y 1 beneficiarios, respectivamente” (Cassinoni, 1962, 108). Actualmente, con la Ley Orgánica Universitaria de 1958 ha sido extendida a todos los Servicios Universitarios.

Pero los comienzos de la actividad de investigación en la Facultad de Derecho no se inician con la regulación establecida por el *Régimen de Dedicación Total*. Como ha señalado el Ing. Maggiolo en su *Plan de Reestructuración de la Universidad* de 1967, “La investigación comienza a realizarse en la Universidad como el resultado de esfuerzos individuales y no como un propósito expreso del instituto, en los primeros años del siglo actual” (Maggiolo: 1967/2017, 18). Por eso en este estudio, examinaremos los rastros de la investigación ensayados en la Facultad de Derecho en el período previo a la sanción de la Ley Orgánica de 1958.

A modo de introducción

En tiempos de la vieja Facultad de Jurisprudencia (1849-1878), la academia uruguaya tuvo nula o magra producción en materia jurídica y ello, debido fundamentalmente a la continuidad del universo normativo hispano-colonial del derecho civil, comercial y penal. En materia civil, continuó vigente la codificación colonial hasta que el nuevo Código fue sancionado en 1868; en lo concerniente a derecho comercial, la vigencia de las *Ordenanzas de Bilbao* de tiempos de Felipe V (1737) persisten como un arcaísmo jurídico hasta la promulgación del *Código de Comercio* bonaerense (1857), que extenderá sus efectos a la República Oriental del Uruguay en 1865, por un decreto del gobierno del Gral. Flores, al erigirlo en ley uruguaya (C.C., 1866, X). También el derecho penal presenta la misma continuidad hispano-colonial en tiempos republicanos, como lo han examinado algunos trabajos (Delio, 2015). Los mismos hombres de derecho han reconocido la escasa producción jurídica del período pre-codificado: “Hay un gran vacío en el período anterior a la promulgación de los Códigos de Comercio, Civil, de Procedimientos, etc., es decir, del período en que vivíamos del régimen jurídico español” (De los Reyes Pena, 1917, 3).

El carácter de continuidad jurídica constituye uno de los elementos que puede explicar la escasa producción jurídica del período pre-codificado uruguayo. Durante el período mencionado, el derecho (comercial, civil y penal) se visibiliza como una instancia provisoria de una sociedad que se encuentra abocada a consolidar el paradigma republicano recientemente adoptado y que prontamente debía ajustarse a un nuevo derecho. De esta forma, por un lado, la obsolescencia jurídica hispana que se esperaba próxima, como la existencia de variados materiales de tratadistas, comentadores, glosadores y corpus legislativos hispanos, frecuentados en la primera enseñanza de derecho en Uruguay, desestimularon una investigación jurídica nacional. Algunos ejemplos de estos materiales, fueron las obras de José Febrero (*Librería de Jueces Abogados y Escribanos*) o de José María Álvarez (*Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*) ambas con múltiples ediciones, frecuentadas no sólo en el Río de la Plata, sino también en Guatemala y México (Yujnovsky, 2005, 254). En lo relativo a la legislación hispana, las *Partidas*, *Leyes de Toro*, *Novísima Recopilación*, *Ordenanzas de Bilbao* y otras, fueron de uso frecuente en las aulas uruguayas. La frecuentación de los hispanos puede confirmarse con las lecturas de los ejercicios jurídico-literarios, realizados por los practicantes de abogacía de las respectivas Academias Teórico-Práctica de Jurisprudencia, como

han sido examinados en trabajos recientes (Delio, 2017).

Pero otros factores pueden señalarse en el escaso estímulo a la producción jurídica nacional. Nos referimos a la presencia de un profesorado en derecho, emigrado y procedente del otro lado del Plata, que por razones políticas estaba comprometido con el unitarismo y que una vez concluida la Guerra Grande, termina retornando a su ambiente original (Cutolo, 1957, 24-26). Las razones señaladas, explican la escasa existencia de obras nacionales aparecidas en tiempos de la Facultad de Jurisprudencia. Sin duda la elaboración del Dr. Acevedo de su *Proyecto de un Código Civil para la República Oriental del Uruguay* (Acevedo, 1852) revela una originalidad jurídica difícil de parangonar, pero en estas líneas nos referimos exclusivamente a materiales originados en la Facultad de Jurisprudencia. En tal sentido, sólo pueden mencionarse en ese período, los trabajos de Gregorio J. E. Pérez Gomar, sus *Conferencias sobre Derecho Natural como Introducción al Curso de Derecho de Gentes* (1864) y el *Curso Elemental del Derecho de Gentes* (1864/1866) orientados al dictado de sus cursos. La mayoría de los profesores de la Facultad de Jurisprudencia, dictan sus cursos por las lecturas personales, los *Códigos* y obras extranjeras, fundamentalmente comentadores hispanos, como lo confirman los *Programas* universitarios de estos tiempos. Algunas fuentes de los últimos años de la vieja Facultad de Jurisprudencia, permiten conocer los materiales utilizados por los docentes, antes de su transformación en 1878, en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Comencemos por el año 1873. Ese año sólo el Profesor de la asignatura *Derecho de Gentes*, Dr. Alejandro Magariños Cervantes, utilizaba el texto de *Derecho Público Internacional* del español Antonio Riquelme (Universidad, 1873, 20), el resto del profesorado utiliza los *Códigos hispanos* y sus lecciones orales. Al año siguiente, Magariños Cervantes sustituye el texto de Riquelme por las *Conferencias* de Pérez Gomar (1864) y el Prof. de *Derecho Canónico* Dr. Luis Magnanini se rige por el texto del obispo chileno Justo Donoso (Universidad, 1874, 25). En 1875, los textos prescriptos son los *Códigos*; Magariños Cervantes retorna al texto de *Derecho Público Internacional* de Riquelme; Magnanini continúa con Donoso y el Prof. de Economía Política M. Aguirre se rige por el manual de Enrique Baudrillart (Universidad, 1875, 30-32). Los *Programas* de los años siguientes no presentan modificaciones respecto al reducido elenco de obras prescriptas (Universidad, 1876) y (Universidad, 1877). Recién en 1878, Magariños Cervantes introduce en el curso de Derecho de Gentes el texto krausista *Principios de Derecho Natural de Francisco Giner de los Ríos, comentados y rectificadas con las doctrinas de Ahrens, Jouffroy, Fiori,*

Pérez Gomar y otros autores por él (Universidad, 1878, 28).

Publicaciones jurídicas uruguayas

No existe manifestación más genuina que dé cuenta de la actividad de investigación, que la publicidad de sus resultados y esto siempre se encuentra en una sinergia natural con la existencia de revistas académicas.

La gran renovación de 1878, implicó transformar la vieja Facultad de Jurisprudencia en *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, sancionar un nuevo Plan de Estudios que fuera aprobado el 24 de enero de ese año y crear nuevas Cátedras de Derecho (Alonso Criado, 1881, 129-130). Estas acciones generaron un estímulo para la producción de obras originales resultantes de investigaciones dadas a publicidad por los profesores de la *Facultad de Derecho*. Por entonces, la mayoría de los Códigos nacionales se encuentran sancionados, y se impone la necesidad de disponer de trabajos de apoyatura para el dictado de los nuevos cursos y programas. Los escritos de los docentes de la *Facultad de Derecho* impulsan nuevos formatos académicos, que darán origen a las primeras revistas jurídicas especializadas. Si bien los hombres de derecho inicialmente daban a conocer sus trabajos en publicaciones de contenidos variados, como ocurre con *La Universidad* (1885), *Anales del Ateneo del Uruguay* (1881-1886), *Las Primeras Ideas* (1892-1895), no tardarán en aparecer las revistas dedicadas específicamente a lo jurídico. La primera que merece mención es la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1887-1890), dirigida por los Dres. Eladio A. Velazco y Francisco F. Alzola. Esta publicación acoge todas las disciplinas jurídicas, derecho civil, administrativo, penal, procesal y comparado. Algunos de los colaboradores de esta publicación fueron profesores y juristas célebres, entre otros, los Dres. Federico E. Acosta y Lara, Miguel A. Tomé, Federico Escalada, Luis Varela, Carlos M^a De Pena, Gonzalo Ramírez, Duvinoso Terra, Leopoldo González Lerena, Julio Bastos, José A. de Freitas, Carlos M. Rivière, Juan Pedro Castro, Diego Capella y Pons, Eugenio Petit, Ramón G. Saldaña, Ramón Mora Magariños, Juan Carlos Carvalho, Federico Escalada, José Pedro Masera, Julián Saráchaga, Miguel Tomé y Dionisio Suárez. Todos ellos nutrieron las páginas de esta revista con los resultados de sus primeras investigaciones.

En noviembre de 1891 sale a luz *Anales de la Universidad*, que receptiona artículos de variadas disciplinas, aunque el predominio del derecho es

notorio. El primer número está dedicado exclusivamente a la Facultad de Derecho, contiene *Apuntes para un Curso de Derecho Administrativo* del Prof. Dr. Carlos M^a de Pena, los *Programas* de los cursos de Derecho Civil, Romano, Mercantil y Medicina Legal y también incluye el listado de *Temas para tesis en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Años 1891-92* (Universidad, 1891, 87-99), aspecto revelador de la incipiente actividad de investigación desarrollada por el estudiantado de entonces y que perdura hasta 1902 en que desaparece esta exigencia (Universidad, 1916, 39). Reglamentariamente estaba dispuesto en el Art. 27 del *Reglamento General de Enseñanza Secundaria y Superior*, que los Catedráticos titulares debían “Redactar y publicar las lecciones del curso que dirijan en una Revista mensual que fundará el Consejo de enseñanza secundaria y superior, con el título de ‘*Anales de la Universidad*’” (Universidad, 1892, 144). En cumplimiento de la disposición mencionada, la nómina de colaboradores universitarios más prestigiosos publicaron en *Anales* bastando algunos ejemplos para demostrar la celebridad de los autores. Los Rectores de la Universidad como el Dr. Vásquez Acevedo, así como todos los Profesores de la Facultad de Derecho, tienen presencia en *Anales*. El Dr. Vásquez da a conocer su *Proyecto de un nuevo Código de Procedimiento Penal* (Vásquez Acevedo, 1892, 603-618). El Rector Dr. Pablo de María publica sus *Lecciones de Procedimiento Civil* (De María, 1892, 475-488) (De María, 1893, 754-766) de su curso y realiza comentarios de fallos judiciales como el de *Investigación de maternidad natural* (De María, 1891, 162-178). El Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Carlos M^a de Pena publica el *Programa del Curso de Derecho Administrativo* (De Pena, 1892, 76-91), los *Apuntes para un Curso de Derecho Administrativo* (De Pena, 1891, 5-40) (De Pena, 1892, 411-457) (De Pena, 1893, 710-716) y realiza aportes de la historia de su cátedra (De Pena, 1893, 857-870). El Dr. Federico E. Acosta y Lara, catedrático de Filosofía del Derecho publica también su curso (Acosta y Lara, 1892, 551-566). Esta publicación no solo concentra textos orientados al quehacer docente, también contiene aportes de investigaciones académicas sobre tópicos diversos, como ocurre con los aportes del Prof. de Economía Política y Rector de la Universidad, Dr. Eduardo Acevedo Vásquez, pronunciándose sobre cuestiones impositivas y tributarias (Acevedo, 1892, 169-191). Son decenas las páginas de *Anales*, resultantes de investigaciones jurídicas personales, que revelan rigurosidad y originalidad, como los trabajos de los Dres. Eduardo Brito del Pino, Juan Andrés Ramírez, Gonzalo Ramírez, José Irureta Goyena, José Salgado, entre otros que pueden citarse.

En 1894 inicia la publicación de la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, que tendrá larga vida, primeramente de periodicidad quincenal, dirigida por el Dr. Ruperto Pérez Martínez hasta 1901. Durante su extenso derrotero esta *Revista* conoció las direcciones de los Dres. Eduardo J. Couture y Horacio Cassinelli Muñoz. Desde 1911, la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* es promovida por la Facultad de Derecho como publicación oficial y ello puede confirmarse por variados indicios documentales. Ese año, una nota de la *Escuela de Artes y Oficios* envía el “presupuesto para la Revista de Derecho...” (31/08/1911, Nota n.º 539), que el Consejo Directivo de la Facultad solicitara con anterioridad. Al año siguiente, la *Revista* cuenta con una conducción estable ejercida por el Dr. Héctor Miranda, Prof. de Derecho Penal, al desempeñar funciones de “Secretario de la Facultad de Derecho y Director interno de la Revista”, actividades que requieren la autorización del Rector Williman, para acumular sueldos (25/07/1912, Nota n.º 155). Posteriormente, en ocasión de comunicar al Rector de la Universidad Williman el presupuesto elaborado por el Consejo de la Facultad de Derecho, figura entre los gastos previstos: “Revista de la Facultad de Derecho..... \$ 800,00” (21/05/1913, Nota n.º 289). Todavía en 1932 el Rector Andrés Pacheco recibe la solicitud del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho sobre rubros de subvención a la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* - “publicaciones de la Facultad” (26/05/1932, Nota n.º 227). No hay duda que esta publicación, a pesar de algunos períodos de ausencia, fue considerada oficiosa de la institución y perseveró en una existencia de más de medio siglo, llevando su existencia a fines de los años 70. Las páginas de la revista reciben colaboraciones de los más excelsos juristas uruguayos entre los cuales se encuentran los Dres. Eduardo Acevedo, Domingo Aramburú, Justino Jiménez de Aréchaga, Alejo Arocena, Carlos Barros, Martín Berinduague, Carlos A. Berro, Eduardo Brito del Pino, Agustín Cardozo, Juan P. Castro, José Cremonesi, Pablo De María, Teófilo E. Díaz, Carlos García Acevedo, Daniel García Acevedo, Álvaro Guillot, Julio Herrera y Obes, Julio Magariños Rocca, Martín C. Martínez, Luis Melian Lafinur, Domingo Mendiñarzu, Manuel B. Otero, Alfonso Pacheco, Carlos M. de Pena, Abel J. Pérez, Fructuoso Pittaluga, José P. Ramírez, Gonzalo Ramírez, Arturo M. Rodríguez, José Sienna Carranza, Ángel Solla, Arturo Terra, Blas Vidal (hijo), Eladio Velazco, Claudio Williman, Ramón Valdés Costa y Héctor Gros Espiell entre otros.

En 1914, el Consejo Universitario autoriza el financiamiento de la impresión de la *Revista de la Facultad* (14/05/1914, Nota n.º 670) y el 13 de octubre de ese año, los miembros del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho presentan una solicitud demandando fondos para publicar el índice del *Tomo correspondiente* (13/10/1914, Nota n.º 763). Es plausible que a partir de ese año, las autoridades de la Facultad comenzaran a promover, además de la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, un nuevo emprendimiento: la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* que hace su aparición en el segundo semestre de 1914, cuya existencia se prolonga hasta 1921. En 1916, el 12 de mayo, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho solicitaba al Rector Williman, la retención del dinero correspondiente al costo de la publicación de la *Revista* (12/05/1916, Nota n.º 774). Al año siguiente, el 8 de junio de 1917 se reitera la situación del año anterior (08/06/1917, Nota n.º 972). En el “*Proyecto de Presupuestos presentados para el Ejercicio Económico de 1916-1917 comparados con los del Ejercicio 1915-1916*”, figura el rubro *Impresión de Revistas* que comprendería la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (Universidad, 1917, 573). No quedan dudas que esta *Revista* era financiada por el presupuesto de la Facultad ya que en la *Aprobación del presupuesto interno para el ejercicio 1917-1918* figura expresamente una “subvención a la ‘Revista de Derecho’ de 960,00 pesos” (Universidad, 1918, 8). La propia Dirección de la Revista reconoce el aporte financiero de la institución para la edición de la publicación (De los Reyes Pena, 1917, 1), aunque continúa siendo todavía, un emprendimiento de carácter no oficial. El balance que realiza posteriormente el Director de la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Dr. Rafael de los Reyes Pena, ilustra la naturaleza del emprendimiento:

El programa del primer número de esta Revista se ha cumplido en parte, pero en uno de los objetivos que más se tuvieron en cuenta su trascendencia ha sido casi nula. Nacida al calor de una iniciativa aislada, sin ser representativa de grupo o tendencia alguna, fue prestigiada con una subvención del H. Consejo. No ha sido otra cosa que un ensayo dirigido y desarrollado con firme creencia de haber procedido con toda justicia. El esfuerzo fue disciplinándose poco a poco. Hoy aspiramos a que se realicen, entre otros, los siguientes fines: estimular en los estudiantes el interés por el estudio directo y desinteresado, o, bien profesional de las cuestiones de derecho, contribuyendo por este medio a su mejor formación jurídica (De los Reyes Pena, 1917, 1).

La buena síntesis de los contenidos de esta publicación, revela por sí misma el valioso reservorio de trabajos de investigación de todas las disciplinas jurídicas:

De Derecho no codificado y Ciencias Sociales, se encuentran los Apuntes de Derecho Internacional Privado del maestro Gonzalo Ramírez; La Libertad Política, El Poder Legislativo, Ministros y Legisladores, Cuestiones de Legislación Política y Constitucional, del maestro Justino Jiménez de Aréchaga; Historia Financiera del Uruguay, las exposiciones sobre Economía Política y Finanzas, Temas de Legislación Obrera, Temas de Legislación Financiera, y el Proyecto del Código de Minería, del maestro Eduardo Acevedo; las obras del doctor Luis Varela sobre Derecho Administrativo, y su Proyecto comentado de Código de los Contencioso Administrativo; con el Informe del doctor Carlos María de Pena; los libros del Profesor Justino E. Jiménez de Aréchaga sobre La Extensión Democrática y el Régimen Parlamentario, el Poder Ejecutivo y sus Ministros, La Aplicación de Leyes Inconstitucionales, Gobierno y Responsabilidad, El Voto de la mujer; y la recopilación de Vistas fiscales sobre diversos tópicos jurídicos y legales, del Profesor Rodolfo Sayagués Laso (De los Reyes Pena, 1917, 1).

A comienzos de la década del 30, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales tiene un variado régimen de publicaciones y una experiencia acumulada que motiva solicitar el estudio de un *Reglamento de Publicaciones* y así fue comunicado al Rector Pacheco en 1931, conjuntamente con la solicitud de publicación de la Tesis de Prof. Agregado Dr. Eduardo Couture *El Divorcio por la sola voluntad de la mujer. Su régimen procesal*, obra que sería impresa por Casa Barreiro y Ramos (02/10/1931, Nota n.º 662). En 1932 el Rectorado del Dr. Pacheco recibe la solicitud del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, de ordenar a “Tesorería de la Universidad abone el dinero correspondiente a la subvención de la Revista del Centro de Estudiantes de Derecho” (09/05/1932, Nota n.º 209). Al año siguiente se reitera la petición de subvención de la publicación de la *Revista de la Asociación de Estudiantes de Abogacía* (39/10/1933, Nota n.º 190).

Durante los años 30 podemos hallar varios indicadores del desarrollo de la actividad de investigación en la Facultad de Derecho. En la sesión del 20 de octubre de 1931, el Dr. Secco Illa da cuenta al Consejo que se ha forma-

lizado el contrato para la impresión de las publicaciones oficiales de la Facultad con la Casa Peña Hnos. (Facultad de Derecho. Diario de Actas de Sesiones del Consejo de la Facultad de Derecho, 1925-1931, 537). Hacia 1932, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales ya cuenta con varias líneas de publicación, la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, las *Publicaciones de la Facultad* (26/05/1932, Nota n.º 227) a las que deben agregarse las publicaciones estudiantiles. En ese año, bajo el Decanato del Dr. Emilio Frugoni se inicia la publicación de la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, que cuenta actualmente con una existencia de más de 80 años de vida y cuyos avatares históricos fueran examinados en otros trabajos (Delio, 2012). A comienzos de 1934, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho remite al Rector Pacheco, los presupuestos de “cursos de investigación y seminario”, “publicaciones de la Facultad” y “premios para las mejores obras jurídicas” (07/02/1934, Nota n.º 254). A mediados de siglo es innegable que la producción en investigación se encuentra afianzada en la Facultad de Derecho. En febrero de 1952, el Rector Leopoldo Agorio remitía la nota enviada por la editorial MBA referente a las obras que se editan con cargo a la licitación-biblioteca de *Publicaciones Oficiales de la Facultad* (22/02/1952, Nota n.º 39). Al poco tiempo, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho solicitaba al Rector Agorio, la disponibilidad de los montos de dinero recaudados por las ventas de las obras de la *Biblioteca de Publicaciones Oficiales* (04/04/1952, Nota n.º 122), solicitud reiterada en variadas oportunidades en el mismo año (07/06/1952, Nota n.º 239). Poco antes de la sanción de la Ley Universitaria, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, a mediados de 1957, informaba al Rector Mario Cassinoni la designación del Dr. Javier de Viana como delegado de la Facultad para integrar la Comisión de Publicaciones de la Universidad, ((07/06/1952, Nota n.º 203).

El gran impulso del siglo XX

Durante las primeras décadas del siglo XX, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales asiste a un profundo proceso de transformación que impacta en aspectos institucionales y estructurales. Desde el punto de vista institucional, la sanción de la Ley n.º 3.425 de 31 de diciembre de 1908, nueva Ley Orgánica universitaria, modifica la estructura organizacional vigente desde 1885. La nueva ley crea los Consejos Directivos en cada Facultad, dispone que entre los miembros del Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, uno de estos sería electo por los estudiantes, y divide la Enseñanza Secundaria y

Preparatoria en dos ciclos.

Desde los primeros años del siglo, comienzan a manifestarse las transformaciones de la Facultad de Derecho. En 1904 la Facultad de Comercio quedaba anexada a la Facultad de Derecho (Universidad, 1904, 831), ampliando la oferta tradicional de abogacía, notariado y las “profesiones de Traductor y Contador” que habían sido incorporadas anteriormente en 1889 por Ley n.º 2078.

Al año siguiente, el Rector de la Universidad, Dr. Acevedo describe las transformaciones realizadas:

Los planes y procedimientos de enseñanza, han sido sustancialmente modificados, dando amplia intervención al trabajo personal del alumno, como medio de formar hábitos de investigación y de estudio. Y las pruebas de suficiencia, han sido sustituidas en gran parte por la supresión de los exámenes de fin de curso a favor de todos aquellos alumnos que en concepto del profesor hayan demostrado suficiencia plena, por su actuación en la clase y por sus condiciones de laboriosidad y de seriedad de conducta. Gracias a esta doble reforma, ha aumentado notablemente la intensidad del estudio y ha duplicado a cifra de la población universitaria (Acevedo, 1906, 105).

En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, las autoridades tienen la convicción de la necesidad de actualizar la enseñanza a los nuevos tiempos y de que el estudiantado adquiera competencias de investigación. Así se expresaba el Decano de la Facultad, Dr. De Pena:

La Universidad no se propone solamente, he dicho en otra ocasión, formar profesionales; pero ya que no se puede prescindir del régimen de estudios de carrera y del aprendizaje que a cada una de éstas corresponde, no descuidará tampoco, bajo ningún pretexto, los fines de alta cultura, la investigación directa, la disciplina del saber, la aplicación del método científico, la comparación de los resultados adquiridos y la adaptación de todo eso al medio en que se vive (Acevedo, 1906, 191).

Desde el punto de vista de su alumnado, la Facultad asiste a un acelerado incremento de matriculación y asistencia estudiantil. Veamos solamente

un ejemplo para ilustrar este incremento. En 1904, el número de alumnos inscriptos en la carrera de Abogacía era de 115 y los que concurren a clases de 41. Al año siguiente los alumnos inscriptos ascienden a 332 y los que concurren a clases de 84. Similar situación se produce con el alumnado de notariado. En 1904 los alumnos inscriptos en la carrera de Notariado era 18 y los que concurren a clases 8. Al año siguiente los alumnos inscriptos en Notariado alcanzan a 141 y los que concurren a clases 59. El incremento del alumnado es notorio y no responde exclusivamente a la situación especial que vive el país en 1904, ya que el incremento persiste en años posteriores. Además, no sólo ingresan más alumnos, también se incrementa el volumen de egresados. Si se examinan los egresos de abogacía de dos décadas consecutivas, confirmamos que entre los años 1890-1899 egresaron 109 con la titulación de Doctor de la Facultad de Derecho y en el decenio siguiente la cifra crece a 194.

El estímulo institucional de la investigación: la “Agregatura”

La ampliación del alumnado de la Facultad, generó nuevos requerimientos en materia docente. En este aspecto debemos mencionar una resolución adoptada por el Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en sesión de 1º de marzo de 1912, que tendrá un enorme impacto en las futuras investigaciones. Nos referimos al *Proyecto de Profesores Agregados* (03/04/1912, Nota n.º 181) que fuera comunicado al Rector Williman a los efectos de solicitar su aprobación por el Poder Ejecutivo. La categoría de *Profesor Agregado* venía a ocupar el rol del *Profesor Sustituto*, establecido en el anterior *Reglamento General de Enseñanza Secundaria y Superior* de 1886. En dicho *Reglamento* se describía en sus artículos 29 al 34, la categoría de *Catedrático Sustituto* y todos los requerimientos para obtener el “título de tal”, entre los que figuran, ser “Mayor de edad; ciudadanía legal o natural y título de doctor”, “Prestar un examen oral y escrito de dos horas sobre la asignatura cuya enseñanza se pretenda”, “Asistir durante dos años al curso Universitario de la asignatura que se desee profesar y ejercer durante el mismo tiempo las funciones de repetidor en la forma y condiciones que fije el reglamento interno de la Sección o Facultad respectiva” (Universidad, 1887, 124-125). También figuran otras disposiciones de orden administrativo y curricular, pero ninguna refiere a la elaboración de algún trabajo que pudiera ser considerado como investigación. En el Proyecto de *Agregados* de 1912, en cambio, si bien los requerimientos son prácticamente idénticos a los del viejo Reglamento, en su Art. n.º 10 incluye la exigencia de “presentar un trabajo es-

crita, sobre alguno de los temas que abarca la asignatura de que se trata”. Ese trabajo será examinado por “una mesa examinadora” y sólo en caso de “obtener la clasificación de muy bueno o sobresaliente, el trabajo de candidato será admisible a efecto de otorgarle el título de Profesor Agregado” (03/04/1912, Nota n.º 181, f. 259).

Una vez que el *Proyecto de Profesor Agregado* estaba aprobado por el Poder Ejecutivo, siguiendo las disposiciones establecidas en su artículo 3º, varios Profesores de la Facultad de Derecho manifiestan su disposición a ingresar al régimen de *Agregado*.

Un relevamiento sumario de estos Profesores pioneros que aplicaron al nuevo Régimen en los primeros años de aplicación, fueron los Dres.: Leopoldo González Lerena en *Derecho Civil* (07/03/1913, Nota n.º 359); Enrique Tállice en *Derecho Civil* (15/03/1913, Nota N.º 381); Pablo Blanco Acevedo en *Derecho Internacional Público* (15/03/1913, Nota n.º 376); Enrique Rodríguez Castro en *Derecho Administrativo* (06/05/1913, Nota n.º 418); Washington Beltrán en *Economía y Finanzas* (07/03/1914; Nota n.º 597); Justino Jiménez de Aréchaga en *Derecho Constitucional* (10/03/1914, Nota n.º 599); Horacio Abadie Santos en *Derecho Penal* (13/03/1915, Nota n.º 34); Hugo O’Neill Guerra en *Economía Política y Finanzas* (22/02/1916, Nota n.º 725); Horacio Ros de Oger en *Derecho Civil* (22/02/1916; Nota n.º 727); Humberto Boggiano en *Derecho Civil* (30/03/1916, Nota n.º 742); Enrique Buero en *Finanzas* (30/03/1916, Nota n.º 743); Humberto Boggiano en *Filosofía del Derecho* (30/03/1916, Nota n.º 744); Eduardo Acevedo Álvarez en *Economía y Finanzas* (06/03/1917, Nota n.º 901); Ricardo Ribero en *Derecho Comercial* (06/03/1917, Nota n.º 902); Dardo Regules en *Sociología* (06/03/1917, Nota n.º 903); Aristides Delle Piane en *Derecho Civil* (17/04/1917, Nota n.º 934); Joaquín Secco Ylla en *Derecho Civil* (15/03/1918, Nota n.º 2085); Antonio Pittaluga en *Derecho Romano* (15/03/1918, Nota n.º 2089); Hugo O’Neill Guerra en *Derecho Administrativo* (23/03/1918, Nota n.º 2098); Washington Beltrán en *Derecho Civil* (02/04/1918, Nota n.º 2099); Eustaquio Tomé en *Derecho Internacional Privado* (12/04/1918, Nota n.º 3007) integrándose en la Cátedra del Prof. J. Varela (12/04/1918, Nota n.º 3008); Raúl Baethgen en *Procedimientos Judiciales* (15/03/1918, Nota n.º 2090); Francisca Beretervide en *Derecho Civil* (15/03/1918, Nota n.º 2091), integrándose a la Cátedra del Prof. S. del Castillo (08/04/1918, Nota n.º 3004); Cesáreo Villegas Suárez en *Derecho In-*

ternacional Público (04/05/1918, Nota n.º 3019), integrándose a la Cátedra del Prof. M. Arbelaiz (04/05/1918, Nota n.º 3020).

La abundante nómina de docentes de la Facultad de Derecho relevada en el período estudiado, confirma que desde el inicio, el profesorado apoyó con sus acciones el nuevo Régimen de Aspirantes a *Profesores Agregados*. El ritmo de ingreso al Régimen de Aspirantías se mantiene en forma sostenida durante los años siguientes hasta la sanción de la Ley Universitaria de 1958. Este aspecto será determinante para una regular producción original de investigación en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. La rigurosidad de los procedimientos del Régimen de Agregatura, garantizaba las excelencias de sus resultados. El tema que el Aspirante debía abordar en su trabajo final, requería la aprobación del Consejo de la Facultad y la evaluación a que debía someterse, implicaba el juicio de un tribunal especializado propuesto por el Consejo de la Facultad.

Interesa observar, que si bien el *Reglamento del Profesor Agregado* de 1912, menciona el requerimiento de un “trabajo escrito”, al poco tiempo, las autoridades de la Facultad de Derecho pasaron a designar dicho trabajo como *Tesis*, lo que le otorga el reconocimiento de una producción original en el tópico abordado. En ocasión de considerar “‘*El Divorcio por voluntad de la mujer. Su régimen procesal*’ para optar al cargo de Profesor Agregado de Procedimientos Judiciales 1er curso para Abogacía” del Dr. E. Couture, los Sres. Consejeros lo denominan *Tesis*, en la sesión del 21 de abril de 1931 (Diario de Actas de Sesiones del Consejo de la Facultad de Derecho, 1925-1931, f. 466). También, cuando se comunica al Rector Pacheco la resolución adoptada por el Consejo de la Facultad de Derecho de imprimir el trabajo final de Agregatura del Dr. E. Couture, *El divorcio por la sola voluntad de la mujer. Su régimen procesal*, el trabajo es denominado “la Tesis del Dr. E. Couture” (12/08/1931, Nota n.º 625).

Si bien no todos los Aspirantes a *Profesor Agregado* concluyen el proceso, no hay duda de que los que lo culminaron, desarrollaron una investigación rigurosa y original. Pueden mencionarse ejemplos de egresados de Aspirantía de todas las disciplinas jurídicas y sociales. Sólo enumeraremos en este espacio una pequeña muestra de algunos casos: Enrique Rodríguez Castro, Carlos Salvagno Campos, Alfredo Giribaldi Oddo, Juan Llambías Azevedo, Miguel Páez Formoso, Agustín Ruano Fournier, Gervasio Posadas

Belgrano, José Sánchez Fontans, Federico Mayer Martínez, Aldo Solari que culminaron todo el proceso.

— Enrique Rodríguez Castro presenta su Tesis de Aspirantía en Derecho Administrativo en 1915, la será evaluada por un Tribunal integrado por los Dres. Luis Varela, Rodolfo Sayagués Laso y Adolfo H. Pérez Olave (10/5/1915, Nota n.º 684). Al año siguiente, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho resuelve designarlo Profesor Agregado de Derecho Administrativo (22/02/1916, Nota n.º 726)

— Carlos Salvagno Campos presenta en 1932 su Tesis de Aspirantía que será evaluada por un Tribunal integrado por los Dres. Horacio Abadie Santos (02/03/1932, Nota n.º 86), Luis Piñeiro Chain (02/03/1932, Nota n.º 87) y José Irureta Goyena (02/03/1932, Nota n.º 89). La Tesis presentada lleva por título: *Delitos Sexuales*. Al año siguiente el Consejo Directivo de la Facultad informa la designación de Salvagno Campos como Profesor Agregado de Derecho Penal (29/03/1933, Nota n.º 40).

— Alfredo Giribaldi Oddo también presenta su Tesis de Aspirantía en 1932 en Derecho Penal, la que será evaluada por el Tribunal integrado por los Dres. Luis Piñeiro Chain (09/03/1932, Nota n.º 102), Melitón Romero (09/03/1932, Nota n.º 103) y José Irureta Goyena (09/03/1932, Nota n.º 104). El Título de la Tesis: *Evolución del Derecho de castigar*. El Dr. Giribaldi Oddo, venía desempeñando docencia desde 1931 cuando el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho le encomienda “en carácter de encargado de grupo” el “curso de Derecho Penal 1er año” (26/03/1931, Nota n.º 171). Al año siguiente, el 27 de enero de 1932, el Consejo Directivo de la Facultad resuelve publicar “la versión taquigráfica” del curso dictado por el Dr. Giribaldi Oddo.

— Juan Llambías Azevedo fue admitido por resolución del Consejo Directivo en abril de 1932, como aspirante a Profesor Agregado de Filosofía del Derecho (06/04/1932, Nota n.º 156). En 1934 presenta su Tesis a ser evaluada por el Tribunal integrado inicialmente por el Dr. Carlos Vaz Ferreira (04/04/1934; Nota n.º 317), José Cremonesi (04/04/1934; Nota n.º 318) y Antonio Grompone (04/04/1934; Nota n.º 319), la conformación definitiva recae en los Dres. Dardo Regules (11/04/1934, Nota n.º 347), Carlos M^a Prando (11/04/1934, Nota n.º 348) y José P. Massera (04/05/1934, Nota n.º

372). El Título de la Tesis: *La filosofía del derecho de Hugo Grocio*. En agosto de 1934 el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales designa al Dr. Llambías Profesor Agregado de Filosofía del Derecho (22/08/1934, Nota n.º 435).

— Miguel Páez Formoso realiza su Aspirantía en Economía Política, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho conforma el Tribunal que evaluará su Tesis integrado por los Dres. Pedro Manini Ríos, Martín Martínez y Alfredo García Morales (31/03/1916, Nota n.º 750). Al año siguiente el Consejo Directivo de la Facultad resuelve designarlo Profesor Agregado en Economía Política y Finanzas (18/09/1917, Nota n.º 1006).

— Agustín Ruano Fournier en 1934 presenta su tesis de Aspirantía en Economía Política evaluada por un Tribunal integrado por el Dr. Eduardo Acevedo (04/05/1934, Nota n.º 373), Martín C. Martínez (04/05/1934, Nota N.º374), Dr. Carlos Quijano (04/05/1934, Nota n.º 375). Título de la Tesis: *Comercio e industria de carnes en el Uruguay*.

— El caso del Dr. Gervasio A. Posadas Belgrano es atípico por haber emprendido la Agregatura en dos oportunidades. La primera en *Derecho Comercial*, el 23 de noviembre de 1931, Posadas propone el tema a desarrollar en su tesis de Prof. Agregado ante el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho. En la sesión del 29 de noviembre, el Consejo de la Facultad resuelve aceptar el tema propuesto: *Agentes Marítimos* (30/11/1931, Nota n.º 37). A mediados de 1933, a consecuencia del Golpe de Estado de Gabriel Terra, el Dr. Posadas presenta “renuncia al cargo de profesor agregado de Derecho Comercial del Dr. Gervasio De Posadas” (Libro Copiador n.º 7, 13-06-1933, 103). Casi dos décadas después, Posadas presenta en 1951 su Tesis de Aspirantía, evaluada por un Tribunal integrado inicialmente por el Ing. José Serrato (29/08/1951, Nota n.º 1906), el Ec. Fermín Silveira Zorzi (19/12/1951, Nota n.º 2022), Dr. Carlos Viera (19/12/1951, Nota n.º 2023), Dr. Pedro Manini Ríos (19/12/1951, Nota n.º 2024) y el Dr. José Domínguez Noceto (21/05/1951, Nota n.º 209)

— José Sánchez Fontans, en octubre de 1951 el Consejo Directivo comunica la concesión de prórroga para entrega de su Tesis (08/10/1951, Nota n.º 1952). Una vez presentada su Tesis de Agregatura de Derecho Civil, se conforma el Tribunal integrado por los Dres. Jaime Bayley (24/10/1951, Nota

n.º 1960), Rafael De Los Reyes Pena (24/10/1951, Nota n.º 1961), y Federico Cibils Hamilton (24/10/1951, Nota n.º 1962).

— Federico Mayer Martínez: en febrero de 1952 el Consejo de la Facultad le comunica el plazo para presentar su Tesis de Aspirantía (13/02/1952, Nota n.º 19). La Tesis será evaluada por Tribunal integrado por los Dres. Teófilo Arias (11/06/1952, Nota n.º 250), Ramón Bado (11/06/1952, Nota n.º 251), Evangelio Bonilla (11/06/1952, Nota n.º 252), Humberto Boggiano (18/06/1952, Nota n.º 266). En setiembre de 1952 el Consejo Directivo confirma la designación de Profesor Agregado en Derecho Romano (17/09/1917, Nota n.º 393).

— Aldo Solari presenta su Tesis de Aspirantía en 1952, será evaluada por Tribunal integrado por los Dres. Emilio Frugoni (10/12/1952, Nota n.º 490), Antonio Grompone (10/12/1952, Nota n.º 491) que renuncia posteriormente y es sustituido por Armando Malet (17/12/1952, Nota n.º 514). Al año siguiente, el Dr. Solari era designado Profesor Agregado de Sociología (11/03/1953, Nota n.º 649).

Además de las disposiciones previstas en la Aspirantía de Profesores Agregados, otras acciones fueron concurrentes en estimular la investigación en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Veamos algunos ejemplos de estas acciones promovidas por el estudiantado. En setiembre de 1929, en ocasión de presentar el *Centro Estudiantes de Derecho las Bases para la Reforma. Informe de la Comisión General de Reforma de la Facultad de Derecho, el Punto D, Programas y métodos*, propone “cursos de seminario en los cuales se buscará despertar la iniciativa individual, el espíritu de observación y de crítica de los alumnos y se tratará de facilitarles el conocimiento y manejo de una metodología para la investigación científica”. Además, en las *Bases* detalla los requerimientos que deben cumplimentar los Aspirantes a Profesores Agregados: “la asistencia anual a clase; la preparación dirigiendo un grupo de alumnos de una investigación; la presentación de una tesis y un examen general sobre ésta”. También incluye *Becas y Premios* que: “deben estar especialmente dirigidos a premiar trabajos de investigación personal no sólo de los estudiantes sino también y por lo menos de los Profesores” (Centro Estudiantes de Derecho, 1929, 13-16). El interés del estudiantado por adquirir y promover actividades de investigación no cesa. El que fuera miembro informante de las *Bases* en 1929, Dr. Carlos Quijano, en la Sesión del Con-

sejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del 11 de Marzo de 1930, presenta un proyecto para reglamentar los “cursos de investigación que le encomendó el Consejo”. El Dr. Quijano propuso entonces, adoptar la experiencia de la República Argentina, donde se organizaron dos seminarios. El Consejo resuelve acompañar la propuesta de Quijano y resuelve organizar uno de los Seminarios en materia de Derecho Penal, que será encomendando “al profesor D. Luis Jiménez de Asúa” y otro “podría ser de alguna disciplina histórico-jurídica, de Economía Política, o de Derecho Privado Internacional”. (Diario de actas de sesiones del Consejo de la Facultad de Derecho. 1925-1931, f. 354-355). La realización de los seminarios fue el ámbito propicio para el desarrollo de investigaciones estudiantiles con densidad académica que ameritan difusión. A comienzos de 1932, una nota del Consejo de la Facultad comunicaba al Dr. Teófilo Piñeyro Chain, Catedrático de Derecho Internacional Público su complacencia por “los trabajos realizados en el aula a su cargo por los estudiantes señores J. Jiménez de Aréchaga, E. Sayagués Laso y señorita Celia Mieres” y encomendarle conjuntamente con el Decano, la “misión de calificar los referidos trabajos a los efectos de su publicación oficial” (06/02/1932, Nota n.º 66).

Pueden señalarse otras ocasiones en que la Facultad de Derecho dispuso acciones para promover actividades de investigación. En 1934 el Decano de la Facultad de Derecho comunica al Rector, Dr. A. Pacheco, los presupuestos que demandan los “cursos de investigación y seminarios, Publicaciones de la Facultad y Premios para las mejores obras jurídicas” (07/02/1934, Nota n.º 254). Días después, informaba en nota fechada 23 de febrero, la resolución adoptada en sesión del 30 de enero, de invertir la suma de “mil doscientos pesos” para *Cursos de Investigación y Seminarios* programados para ese año (23/02/1934. Nota n.º 254). En abril de 1934, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, adopta una serie de resoluciones con el propósito de implementar “Cursos de Investigación y Seminarios” en variadas disciplinas jurídicas. En esa ocasión, al Dr. Juan A. Ramírez se le encomienda la dirección del “curso intensivo y de investigación en el aula de Derecho Constitucional” (11/04/1934, Nota n.º 345); al Dr. Diego Capella y Pons la dirección del “curso intensivo y de investigación sobre Legislación Aduanera y Portuaria en el aula de Derecho Administrativo” (11/04/1934, Nota n.º 349); al Dr. Eugenio Petit Muñoz la dirección del “curso intensivo y de investigación sobre Derecho Indiano en el aula de Derecho Constitucional” (11/04/1934, Nota n.º 351); al Dr. Jacobo Varela Acevedo la dirección

del “curso intensivo y de investigación sobre Derecho Internacional Público” (13/04/1934, Nota n.º 354); al Dr. Martín C. Martínez la dirección del “curso intensivo y de investigación en Economía Política y Finanzas” (11/04/1934, Nota n.º 353).

La formación en materia de investigación en la Facultad de Derecho, persiste en vísperas de la sanción de la Ley Orgánica de 1958. El año previo presenta transformaciones importantes, que estimulan la investigación y la docencia de la Facultad de Derecho. Ese año culminará el proceso de creación del nuevo Plan de Estudios, después de una amplia discusión que involucra todos los actores de la Facultad. En la oportunidad, en la sesión del 2 de mayo de 1957, el Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales agradece por nota el informe presentado por León Cortiñas Peláez, relativo a planes de estudio de las Facultades de Derecho europeas que atendían con especial interés los aspectos formativos en investigación y cursos seminariados (02/05/1957, Nota n.º 1.123).

La inclusión de nuevas modalidades de enseñanza con propósitos formativos en investigación no se hace esperar. A mediados de 1957, el Consejo de la Facultad aprueba en sesión del 8 de junio, un curso de *Introducción al estudio y la Investigación* que dictará el Dr. Héctor Hugo Barbagelata (12/07/1957, Nota n.º 1.208).

Los Centros de Estudios

A mediados de siglo, la Facultad de Derecho instrumenta nuevas estructuras que organizan y promueven la actividad de investigación. Nos referimos a los *Centros de Estudios* de distintas disciplinas jurídicas y sociales. El primero que tenemos conocimiento es el *Centro de Estudios de Derecho Rural* que fuera dirigido por el Dr. Adolfo Gelsi Bidart. La aprobación del *Plan de trabajo para el funcionamiento de ese centro de estudios* (09/08/1951, Nota n.º 1888), que realiza el Consejo de la Facultad confirmar su actividad. Tiempo después, el Consejo de la Facultad resuelve confirmar al Dr. Gelsi Bidart en su cargo de Director del *Centro de Estudios de Derecho Rural* (19/12/1951, Nota n.º 2029). Al año siguiente, el Consejo de la Facultad reitera la aprobación del plan de trabajo presentado por el Dr. Gelsi Bidart (16/04/1952, Nota n.º 146) y a comienzos del año 1953, las autoridades de la Facultad confirman nuevamente en la Dirección del Centro, al Dr. Gelsi Bi-

dart (25/02/1953, Nota n.º 603). Sabemos que hasta la sanción de la Ley Universitaria de 1958, el Dr. Gelsi continuó en la dirección del Centro de estudios de Derecho Rural (10/04/1957, Nota n.º 1091).

En otras ramas del derecho se organizaron estructuras similares. El Dr. Luis Seguí González, desempeñó la dirección del *Centro de Estudios de Derecho Positivo*, probablemente desde 1952 ya que es confirmado por el Consejo de la Facultad en el cargo de Director del *Centro* al año siguiente (04/03/1953, Nota n.º 625).

También el Dr. Eduardo Vaz Ferreira dirige otro *Centro de Estudios de Derecho Comparado* desde 1955, realizando una compilación de códigos civiles y leyes complementarias, de 20 países latinoamericanos. A comienzos de 1957, el Dr. Vaz Ferreira presentaba al Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, el *Informe* sobre las actividades desarrolladas en el Centro, las autoridades toman conocimiento y aprueban todo lo realizado.

La ley presupuestal de 1957, había asignado a la Universidad el régimen de *partidas globales*, una vieja reivindicación universitaria de décadas atrás. En ese marco y recién asumido el rectorado el Dr. Mario Cassinoni, el Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales solicita el refuerzo presupuestal necesario para sufragar los sueldos de varios docentes. Entre los gastos previstos, figura la dirección de la *Revista de la Facultad de Derecho* y los cargos de *Directores de los Centros de Estudio*, actividades comprometidas consecuentemente con la investigación:

VIII) Centros de Estudio: en la actualidad funcionan dos, a los que se confiere la categoría de “servicio” y que se encuentran bajo la dirección de profesores Dres. Ramón Valdés Costa (Derecho Tributario) y Adolfo Gelsi Bidart (Derecho Rural). Actúan dos horas semanales y a juicio del Consejo de la Facultad debe asignárseles la categoría de Jefe de Investigación en un Servicio Independiente con un sueldo de \$ 245,00 (25/06/1957, Nota n.º 1.226, f. 162)

X) Revista de la Facultad: Dr. Enrique Sayagués Laso (Director), seis horas semanales con un sueldo de \$ 365,00 con la categoría de Jefe de Servicio Independiente (25 de junio de 1957, Nota n.º 1.226, f. 163).

Poco tiempo antes de aprobarse la Ley Orgánica de 1958, la Facultad de Derecho presenta variados signos de transformación. La Asamblea del Claustro y el Consejo de la Facultad, en 1957 dieron aprobación a un nuevo Plan de Estudios. A la creación de los *Centros de Estudio* debemos agregar las pioneras estructuras de *Institutos* que comienzan a implementarse en estos tiempos.

La Asamblea del Claustro de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales reunida el 19 de setiembre de ese año, debate en torno a la mejor “organización de la actividad científica y docente” expresando su adhesión a la organización de “institutos”. Al respecto, “la Asamblea resolvió la creación de ‘por lo menos cuatro institutos permanentes: Derecho Privado, Derecho Público, Estudios Económico-Financieros, Ciencias Sociales y un Departamento de Información’”. (Gaceta Universitaria, 1957).

El *Instituto de Sociología*, había sido creado el 11 de setiembre de 1956 y será dirigido por el Dr. Isaac Ganon. Las principales finalidades del Instituto de Sociología fueron “la de cooperar en la enseñanza de la sociología, la de investigación directa de los hechos sociales y la de información sobre actividades, estudios, adelantos científicos y metodológicos en el dominio de la asignatura”. Al año siguiente, el Instituto incluye “los siguientes seminarios y temas de investigación: ‘Resultados de la experiencia del INVE’, a cargo del Dr. Dionisio Garmendía; ‘La clase obrera en Montevideo’, por el equipo que dirige el Dr. Carlos M. Rama; y ‘Tipología de los rancharíos rurales’ (Gaceta Universitaria, 1957)

Además se crearon, inmediatamente en vigencia de la ley Orgánica de 1958, nuevos Centros de Estudios como el de *Delincuencia Juvenil* (Guía de la Universidad, 1959, 43) que tenía el propósito de concentrar las estadísticas significativas sobre una problemática que mantiene toda su vigencia y el *Seminario de Derecho del Trabajo*, dirigido por el Dr. Héctor H. Barbagelata, que actuó como centro de estudios de *Derecho Sindical*, estudiando la historia del movimiento obrero en el Uruguay (Guía de la Universidad, 1959, 43).

Para finalizar este estudio, puede concluirse que durante el período examinado (1878-1958), la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República uruguaya, desarrolló una regular producción académica resultante de variadas investigaciones. Que dicha producción, fue

el resultado de acciones convergentes de dos agentes académicos fundamentalmente, los docentes y estudiantes de la Facultad. Que estudios futuros permitirán determinar las obras y la naturaleza del impacto que dicha producción tuvo en lo dogmático y en la jurisprudencia nacional.

Archivo de la Facultad de Derecho (Universidad de la República)

Diario de Actas de Sesiones del Consejo de la Facultad de Derecho (Período comprendido 1908-1957).

Libro Copiador n.º 7, 13-06-1933

Documentos citados en orden cronológico:

(31/08-1911, Nota n.º 539)	(18/09/1917, Nota n.º 1006)
(03/04/1912, Nota n.º 181)	(15/03/1918, Nota n.º 2085)
(03/04/1912, Nota n.º 181, fs. 257-260)	(15/03/1918, Nota n.º 2089)
(25/07/1912, Nota n.º 155)	(23/03/1918, Nota n.º 2098)
(07/03/1913, Nota n.º 359)	(02/04/1918, Nota n.º 2099)
(15/03/1913, Nota n.º 381)	(12/04/1918, Nota n.º 3007)
(15/03/1913, Nota n.º 376)	(12/04/1918, Nota n.º 3008)
(06/05/1913, Nota n.º 418)	(15/03/1918, Nota n.º 2090)
(21/05/1913, Nota n.º 289)	(15/03/1918, Nota n.º 2091)
(07/03/1914; Nota n.º 597)	(08/04/1918, Nota n.º 3004)
(10/03/1914, Nota n.º 599)	(04/05/1918, Nota n.º 3019)
(14/05/1914, Nota n.º 670)	(04/05/1918, Nota n.º 3020)
(13/10/1914, Nota n.º 763)	(26/03/1931, Nota n.º 171)
(13/03/1915, Nota n.º 34)	(12/08/1931, Nota n.º 625)
(10/5/1915, Nota n.º 684)	(02/10/1931, Nota n.º 662)
(22/02/1916, Nota n.º 725)	(30/11/1931, Nota n.º 37)
(22/02/1916, Nota n.º 726)	(06/02/1932, Nota n.º 66)
(22/02/1916; Nota n.º 727)	(02/03/1932, Nota n.º 86)
(30/03/1916, Nota n.º 742)	(02/03/1932, Nota n.º 87)
(30/03/1916, Nota n.º 743)	(02/03/1932, Nota n.º 89)
(30/03/1916, Nota n.º 744)	(09/03/1932, Nota n.º 102)
(31/03/1916, Nota n.º 750)	(09/03/1932, Nota n.º 103)
(12/05/1916, Nota n.º 774)	(09/03/1932, Nota n.º 104)
(06/03/1917, Nota n.º 901)	(29/03/1933, Nota n.º 40)
(06/03/1917, Nota n.º 902)	(06/04/1932, Nota n.º 156)
(06/03/1917, Nota n.º 903)	(09/05/1932, Nota n.º 209)
(17/04/1917, Nota n.º 934)	(26/05/1932, Nota n.º 227)
(08/06/1917, Nota n.º 972)	(39/10/1933, Nota n.º 190)
(17/09/1917, Nota n.º 393)	(07/02/1934, Nota n.º 254)

(23/02/1934, Nota n.º 254)	(19/12/1951, Nota n.º 2022)
(04/04/1934; Nota n.º 317)	(19/12/1951, Nota n.º 2023)
(04/04/1934; Nota n.º 318)	(19/12/1951, Nota n.º 2024)
(04/04/1934; Nota n.º 319)	(19/12/1951, Nota n.º 2029)
(11/04/1934, Nota n.º 345)	(13/02/1952, Nota n.º 19)
(11/04/1934, Nota n.º 347)	(22/02/1952, Nota n.º 39)
(11/04/1934, Nota n.º 348)	(04/04/1952, Nota n.º 122)
(11/04/1934, Nota n.º 349)	(16/04/1952, Nota n.º 146)
(11/04/1934, Nota n.º 351)	(07/06/1952, Nota n.º 239)
(11/04/1934, Nota n.º 353)	(11/06/1952, Nota n.º 250)
(13/04/1934, Nota n.º 354)	(11/06/1952, Nota n.º 251)
(04/05/1934, Nota n.º 372)	(11/06/1952, Nota n.º 252)
(04/05/1934, Nota n.º 373)	(18/06/1952, Nota n.º 266)
(04/05/1934, Nota n.º 374)	(10/12/1952, Nota n.º 490)
(04/05/1934, Nota n.º 375)	(10/12/1952, Nota n.º 491)
(22/08/1934, Nota n.º 435)	(17/12/1952, Nota n.º 514)
(21/05/1951, Nota n.º 209)	(25/02/1953, Nota n.º 603)
(09/08/1951, Nota n.º 1888)	(04/03/1953, Nota n.º 625)
(29/08/1951, Nota n.º 1906)	(11/03/1953, Nota n.º 649)
(08/10/1951, Nota n.º 1952)	(10/04/1957, Nota n.º 1091)
(24/10/1951, Nota n.º 1960)	(02/05/1957, Nota n.º 1.123)
(24/10/1951, Nota n.º 1961)	(25/06/1957, Nota n.º 1.226, f. 162)
(24/10/1951, Nota n.º 1962)	(12/07/1957, Nota n.º 1.208)

Referencias

- (C.C.) (1866). *Código de Comercio para el Estado Oriental del Uruguay*, promulgado por el Gobierno Provisorio en 26 de Mayo de 1865. Montevideo: La Tribuna.
- Acevedo Vasquez, E. (1892). *Algunas consideraciones sobre la moneda: generalidades sobre las funciones y cualidades de la moneda. Monometalismo y bimetalismo. El billete de Banco inconvertible. Anales de la Universidad*. Año 1. T. II. Vol. 2. Junio de 1892, 169-191.
- Acevedo Vásquez, E. (1893). *Los impuestos en la República Oriental. Anales de la Universidad*, Año 1, T. II. Marzo de 1893, 735 - 753.
- Acevedo Vásquez, A. (1906). *La enseñanza universitaria en 1905. Informe del Sr. Rector de la Universidad Dr. Eduardo Acevedo. Anales de la Universidad*. Año XIII. Tomo XVII. N.º 80, 97-433.
- Acosta y Lara (1892). *La Sociedad. Anales de la Universidad*. Entrega V. Año I. Tomo II. Setiembre de 1892, 551-566.
- Acosta y Lara (1892). *La Sociedad. Anales de la Universidad*. Entrega V. Año I. Tomo II. Octubre de 1892, 653-693.
- Alonso Criado, M. (1881). *Colección Legislativa de la República Oriental del Uruguay*. (Recopilación Cronológica). Tomo VII. Montevideo.
- Behares, L. E. (2011). *Enseñanza y producción de conocimiento. La noción de enseñanza en las políticas universitarias uruguayas*. Montevideo: Universidad de la República. Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC). 94, pp. 2011.
- Bentancur Díaz, J. (1995). *Historia de la Universidad*. Montevideo: Unidad de Capacitación de la Universidad de la República.
- Cassinoni, M. A. (1962). *Memoria del Rectorado*. Montevideo: Publicaciones de la Universidad.

- Centro Estudiantes de Derecho (1929) *Bases para la Reforma. Informe de la Comisión General de Reforma de la Facultad de Derecho. Revista del Centro Estudiantes de Derecho*. Año III. Mayo - Agosto de 1929. N.º 25-28, 7-22.
- Cutolo, O. V. (1957). *El aporte jurídico argentino a la cultura uruguaya (1821-1852)*. Buenos Aires: Elche.
- De los Reyes Pena, R. (1917). Orientaciones. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. T. VII. Año IV. Julio-Agosto de 1917. N.º 38-39. Montevideo. *El Siglo Ilustrado* de Gregorio V. Mariño. pp. 1-4.
- De María, P. (1891). Investigación de maternidad natural. *Anales de la Universidad*. Año I. Diciembre de 1891. T. I., 162-178.
- De María, P. (1892). Lecciones de Procedimiento Civil. Primer Año. *Anales de la Universidad*. Año 1, T. II. Marzo de 1892. pp. 475-488.
- De María, P. (1893). Lecciones de Procedimiento Civil. *Anales de la Universidad*. Año II, T. III. Marzo de 1893, 754-766.
- De Pena, C. M^a. (1891). Apuntes para un Curso de Derecho Administrativo. *Anales de la Universidad*. Año 1. Tomo 1, 5-40 Noviembre de 1891. Montevideo: Imp. Dornaleche y Reyes.
- De Pena, C. M^a (1892). Programa del primer año del Curso de Economía Política y Finanzas. *Anales de la Universidad*. Entrega I. Año I. Tomo II. Mayo de 1892, 76-91.
- De Pena, C. M^a (1892). Programa del primer año del Curso de Economía Política y Finanzas. *Anales de la Universidad*. Entrega IV. Año I. Tomo II. Agosto de 1892, 411-457.
- De Pena, C. M^a. (1893) Apuntes para un Curso de Derecho Administrativo. *Anales de la Universidad*. Entrega V. Año II. Tomo IV. Setiembre de 1893, 712-723.

- De Pena, C. M^a. (1893). Principios de organización de la Beneficencia Pública. *Anales de la Universidad*. Entrega III. Julio de 1893, 381-446.
- De Pena, C. M^a. (1893). Conferencia Inaugural del Curso de Economía Política. *Anales de la Universidad*. Año II. Tomo III. Abril de 1893, 857-870.
- Delio, L. (2012). La Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales: condiciones de su gestación. *Revista de la Facultad de Derecho* (32), 125-141.
- Delio, L. (2015). Una fórmula uruguaya antiabolucionista sobre la pena de muerte en el período intermedio republicano pre-codificado. *Revista de la Facultad de Derecho*, (39), 63-96.
- Delio, L. (2017). *Fuentes para el estudio de la enseñanza del derecho: las disertaciones de la Academia de Jurisprudencia de Montevideo*. Montevideo: Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC) de la Universidad de la República.
- Ellauri, P. (1872). *Informe presentado a la Sala de Doctores por el Vice Rector de la Universidad (18 de Julio de 1872)*. Montevideo: Imp. a Vapor de El Siglo.
- Gaceta Universitaria (1957). *La investigación sociológica en la Universidad*. Montevideo. Comisión de Publicaciones de la Universidad de la República. Noviembre, (3).
- Maggiolo, O. J. [1967] (2017). *Plan de reestructuración de la Universidad. Presentado por el Rector de la Universidad Óscar J. Maggiolo. Montevideo, julio de 1967*. Montevideo: Universidad de la República. Ediciones Universitarias.
- Merello Arecco, I. (2001). *El Derecho de Presentación en un Canonista Chileno del siglo XIX: Justo Donoso Vivanco*. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (23), 457-467. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552001002300012>

- Oddone, J. A. y Paris de Oddone, M. B. (1963). *Historia de la Universidad de Montevideo. La Universidad Vieja. 1849-1885*. Montevideo: Universidad de la República. Departamento de Publicaciones.
- Pérez Gomar, G. J. E. (1864). *Conferencias sobre Derecho Natural como Introducción al Curso de Derecho de Gentes*. Montevideo: Imp. Tip. a Vapor.
- Pérez Gomar, G. J. E. (1864/1866). *Curso Elemental del Derecho de Gentes*. Montevideo: Imp. *El Pueblo*.
- Scarone, A. (1940). *La prensa periódica del Uruguay de los años 1852 a 1905*. Revista Nacional. Tomo XI, (33), setiembre 1940, 415-444.
- Universidad (1873). *Programa de los Exámenes Públicos de la Universidad Mayor de la República correspondiente al año 1973*. Montevideo: Imprenta a vapor de *El Siglo*. 87 pp.
- Universidad (1874). *Programa de los Exámenes Públicos de la Universidad Mayor de la República correspondiente al año 1974*. Montevideo: Imprenta a vapor de *La Idea*. 116 pp.
- Universidad (1875). *Programa de los Exámenes Públicos de la Universidad Mayor de la República correspondiente al año 1975*. Montevideo: Dermidio de María Impresor. 80 pp.
- Universidad (1876). *Programa de los Exámenes Públicos de la Universidad Mayor de la República correspondiente al año 1876*. Montevideo: Imp. "Guttemberg". 99 pp.
- Universidad (1877). *Programa de los Exámenes Públicos de la Universidad Mayor de la República correspondiente al año 1877*. Montevideo: Isidoro de María Impresor. 45 pp.
- Universidad (1878). *Programa de los Exámenes Públicos de la Universidad Mayor de la República correspondiente al año 1878*. Montevideo: s/d. 107 pp.

- Universidad (1887). *Reglamento General de Enseñanza Secundaria y Superior* En: Informe del Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior Correspondiente al año 1886. Montevideo: Imp. *El Siglo Ilustrado*. pp. 117-156.
- Universidad (1892). Reglamento General de Enseñanza Secundaria y Superior. *Anales de la Universidad*. Entrega II. Año I. Tomo II. Junio de 1892. pp. 134-168.
- Universidad (1892). *Reglamento General de Enseñanza Secundaria y Superior*. *Anales de la Universidad*. Entrega IV. Año I. Tomo II. Agosto de 1892. pp. 411-457.
- Universidad (1904). *La Facultad de Comercio queda anexada a la de Derecho y Ciencias Sociales*. *Anales de la Universidad*. Año XI. Tomo XV. pp. 831-833.
- Universidad (1916). *Leyes y Reglamentos de la Universidad de la República*. Montevideo: Publicación Oficial. Talleres Gráficos del Estado. 548 pp.
- Universidad (1917). Facultad de Derecho. *Anales de la Universidad*. Tomo XXVII. Entrega n.º 95. Montevideo: Imprenta Nacional.
- Universidad (1918). Leyes, decretos, reglamentos, informes y resoluciones. n.º 1. Suplemento de los Anales de la Universidad. *Anales de la Universidad*,(1).
- Universidad (1959). *Guía de la Universidad*. Montevideo: sd.
- Vásquez Acevedo, E. (1892). Proyecto de un nuevo Código de Procedimiento Penal. *Anales de la Universidad*. Entrega V. Año I. Tomo II. Setiembre de 1892, 603-618.
- Vásquez Acevedo, E. (1892). Proyecto de un nuevo Código de Procedimiento Penal. *Anales de la Universidad*. Montevideo. Año I. Setiembre de 1892. T. II, 603-618.

Yujnovsky, I. (2005). “Libertad en la Ley”. El concepto de república en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824. *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas = Anuario de Historia de América Latina (JbLA)*, ISSN-e 2194-3680, (42), 243-266.

Bruno da Costa Felipe Farage y Vinícius Villani Abrantes✉

Encontro “Jus-Literário” na tragédia grega: Medéia, Antígona e a hermenêutica jurídica

*Encuentro “Jus-Literario” en la tragedia griega:
Medeia, Antígona y la hermenéutica legal*

*Meeting “Jus-Literary” in the Greek Tragedy:
Medea, Antigone and Legal Hermeneutics*

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a aproximação entre Direito e Literatura. Para tanto, é feita uma revisão bibliográfica sobre o desenvolvimento da temática em contexto estadunidense e europeu. Doravante, essa interdisciplinaridade é levada para o contexto da Tragédia Grega. Na obra *Medeia*, de Eurípedes questiona a caracterização da personagem como uma “infanticida”, além de uma breve comparação entre o Códigos Penais de outros países da América Latina. Já na obra *Antígona*, de Sófocles apresentam-se as três faces de justiça e a dicotomia entre Direito Natural e Direito Positivo. Conclui-se que, de certa maneira, a intensificação dos estudos na área faz com que o jurista alcance amplas e diferentes visões de mundo, todas estimuladas pela imaginação.

Palavras-chave: Direito e Literatura, Tragédia, Medéia, Antígona, Hermenêutica Jurídica.

Resumen: El artículo tiene como objetivo analizar la aproximación entre Derecho y Literatura. Para ello, se hace una revisión bibliográfica sobre el desarrollo de la temática en el contexto estadounidense y europeo. Esta interdisciplinariedad

✉ Bruno da Costa Felipe Farage: Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. <https://orcid.org/0000-0001-6850-0966>

✉ brunoffelipe@gmail.com

✉ Vinícius Villani Abrantes: Graduando em Direito pela Faculdade Metodista Granbery e Letras pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil.

✉ <https://orcid.org/0000-0003-3850-2834>

✉ mlvillaniabr@gmail.com

se lleva al contexto de la tragedia griega. En la obra Medea, de Eurípides, se cuestiona la caracterización del personaje como una "infanticida", además de una breve comparación entre los códigos penales de otros países latinoamericanos, y en la obra Antígona, de Sófocles, se presentan las tres caras de justicia y la dicotomía entre Derecho Natural y Derecho Positivo. Se concluye que, de cierta manera, la intensificación de los estudios en el área hace que el jurista alcance amplias y diferentes visiones del mundo, todas estimuladas por la imaginación.

Palabras clave: Derecho y Literatura, tragedia, Medea, Antígona, Hermenéutica Jurídica.

Abstract: *The present work aims to analyze the approximation between Law and Literature. In order to do so, a bibliographical review on the development of the subject in an American and European context is made. This interdisciplinarity is then brought into the context of the Greek Tragedy. In Euripides's Medea, the characterization of the character is questioned as an "infanticide", in addition to a brief comparison between the Criminal Codes of other Latin American countries, and in Sophocles Antigone presents the three faces of justice and the dichotomy between Natural Right and Positive Right. It is concluded that, in a way, the intensification of the studies in the area causes the jurist to reach wide and different views of the world, all stimulated by the imagination.*

Keywords: Law and Literature, Art; Tragedy, Medea; Antigone, Legal Hermeneutics.

Recibido: 20181024

Aceptado: 20190116

Introdução

A literatura é um universo amplo, definições acerca dessa ciência¹ (Régis, 1996) podem não ser completas o suficiente para explicá-la. Sendo uma ciência é uma fonte abundante de conhecimento e vastas experiências, dessa maneira, importante para todos. Muito mais do que ajudar os seus leitores a desenvolver habilidades discursivas técnicas, ela é capaz de trazer à realidade ideias que ainda não são comuns a sociedade em geral.

A educação participa na vida e no crescimento da sociedade, tanto no seu destino exterior como na sua estrutura interna e desenvolvimento espiritual; e, uma vez que o desenvolvimento social depende da consciência de valores que regem a vida humana, a história da educação está essencialmente condicionada pela transformação dos valores válidos para cada sociedade. (Jaeger, 2001, p. 4)

Analisando o trecho anterior disposto na obra *Paidéia: A Formação do Homem Grego*, do grego *ΛΙΜΗΝ ΠΕΦΥΚΕ ΠΑΣΙ ΠΑΙΔΕΙΑ ΒΡΟΤΟΙΣ* de Werner Jaeger², e levando como base que a Literatura é uma forma de educação, pode-se perceber que ela é impulsionadora e facilitadora do progresso cultural, além de auxiliar a sociedade na formação autônoma de opiniões acerca de quaisquer assuntos.

Muitos autores e estudiosos sobre a importância e impacto da literatura abordam, pelos motivos já mencionados e outros, que a Literatura é um direito assim como qualquer outro, “[...] a fruição da arte e da literatura em todas as modalidades e em todos os níveis é um direito inalienável” (Cândido³, 1988, p. 191). Pensar na Literatura como um direito não é uma situação acentuada, haja vista que é uma das precursoras do desenvolvimento pessoal e profissional.

Ronald Dworkin⁴ (1985, p.146-149) sempre apresentou a efetiva afinidade entre as duas esferas, Direito e Literatura. A prática jurídica é um dos

frutos da ação interpretativa, assim, infere-se que se assemelha às atitudes literárias. Pondera-se que o ato de leitura propicia procedimentos hermenêuticos que, de maneira geral, mostram-se com reservas coerentes. Vale ressaltar que o Direito não tem o intuito de criar a Literatura, nesse ponto entra a figura do jurista, com as esferas de abordagem e interpretação, como a teoria citada anteriormente.

É importante destacar que reconhecendo as contradições em relação ao sentido das normas, sob o ponto de vista *dworkiniano*, ele firma “a importância de uma leitura [dos textos jurídicos] marcada pelas noções de coerência e integridade” (Trindade; Gubert, 2008, p.44), haja vista que a “valoração dos juízos de interpretativos é a moralidade política da comunidade e suas práticas sociais” (Trindade; Gubert, 2008, p.44).

O ato de interpretar busca um significado e uma melhor maneira de ver a prática (Prado, 2012). Dessa maneira:

A interpretação da prática em si mesma obriga o intérprete a aderir à prática que se propõe compreender, de maneira que suas conclusões não serão relatos neutros sobre o pensamento dos membros da comunidade, mas enunciados comprometidos com a visão do intérprete. É justamente esse tipo de interpretação que Dworkin acredita ser característica do direito. (Prado, 2012, p.29.)

Nesse contexto, ele apresenta a teoria da “teia inconsútil” (*seamless web*), ou seja, uma trama coerente, sem nenhum tipo de remendo. Com isso, em regra, existiria uma padronização de julgamentos. Da mesma forma, as decisões vindouras são, na verdade, uma continuidade das demais, como se representassem um novo capítulo acrescido na história jurídica que, apesar de escrita por juízes distintos, compõem um todo coerente, o qual Dworkin denomina de romance em cadeia- *chain novel* (Zanon Junior, 2013).

Observa-se, então, a importância da Literatura no Direito para a formação de um novo e mais amplo imaginário jurídico. Além, obviamente, do crescimento de recursos linguísticos e estilístico do profissional. Imaginário formado através da identificação da questão jurídica na literatura, possibilitando, assim, a discussão de conceitos, ideias e teorias, afora a consolidação do ato interpretativo e da comparação de tempos e culturas.

As múltiplas vozes dentro de uma obra literária, por exemplo, fazem com que o Direito possa utilizar a Literatura como uma janela para a compreensão das sociedades, assim servindo como um horizonte estrutural para as diversas significações e reflexões sobre o universo jurídico. É pertinente constar que uma única afirmação dentro de um parecer jurídico, por exemplo, vem acompanhado de uma carga de conhecimento universal muito grande. Conhecimento que pode advir também da Literatura.

Nas passagens de *Iliada*, do grego *ΙΛΙΑΣ* de Homero⁵, por exemplo, é possível analisar a posição do Direito na sociedade, pois nos deparamos com os anciãos discutindo a sentença de um julgamento que estava a ocorrer na praça do mercado. Posição que era ocupada por famílias nobres. Na mesma obra é possível perceber, segundo Jaeger, indícios “*da passagem da monarquia à aristocracia*.”. Dessa forma, nota-se que as literaturas possuem em si “testemunhos da forma como se dava a prática jurídica no contexto socio-cultural” (Silva; Ribeiro, 2014, p.2), e agrega uma “compreensão das expressões legítimas do Direito no passado histórico” (SILVA; RIBEIRO, 2014, p.2) .

Neste trabalho, vale ressaltar que o plano de fundo será a Tragédia Grega. É possível perceber muitos temas que foram lançados na literatura e tempos mais tarde vieram a fazer parte do mundo jurídico. Como por exemplo, na Tragédia *Antígona*, do grego *ΑΝΤΙΓΟΝΗ* de Sófocles em que ocorre um choque entre a personagem Antígona, que tentava sepultar o corpo de seu irmão, Polinice, representando as leis divinas, e a determinação de Creonte que vai de encontro com o Direito Natural. Atenta-se que não ter o seu corpo sepultado para o universo grego significaria não conseguir entrar no Hades⁶, do grego *ΑΙΔΗΣ*. Nota-se, então, uma oposição entre um Direito Natural e Positivo, que anos mais tarde será trabalhada de forma mais profunda.

A Literatura é a tela que facilita com que as pessoas enxerguem os inúmeros personagens que podem aparecer no Direito. Estudiosos apontam que um discurso sensível, como o que é apresentado na Literatura têm mais efeito de comoção do que um relato jurídico, extremamente, formal.

Não obstante toda teoria hermenêutica, não se deve esquecer que o julgador é uma pessoa de carne osso; é um sujeito sujeitado pela própria observação do caso concreto; é um indivíduo imerso em um contexto

histórico, sociológico e ideológico. A decisão jamais terá, então, a previsibilidade de ser a melhor decisão. Restará analisar se há coerência, avaliar a viabilidade de recorrer. (Porcher Junior, 2008, p.150)

Outrossim, é interessante perceber que as maneiras de pensar o Direito no decorrer dos anos refletem muito as formas de percepção da Arte. Ilustra-se pelo fato de que no período Neoclássico começaram a surgir movimentos contrários aos dogmas religiosos que acabaram por culminar no aparecimento do Código Civil Francês⁷ em 1804. Nesse código já constava medidas de proteção aos direitos individuais do cidadão contra a autoridade do Estado. Portanto, conclui-se que as duas grandes esferas aqui trabalhadas andam em simetria nos panoramas sociais e demais manifestações.

Panorama geral dos estudos entre direito e literatura

Os estudos acerca da temática trabalhada surgiram, segundo Seaton⁸: “Em um momento em que muitos departamentos de literatura estão descontentes com as críticas literárias e (com o surgimento das) bolsas de estudos culturais [...]”⁹ (Seaton, 1999, p.1). Por conseguinte, a partir de 1980, cresce o *Law and Literature movement*¹⁰. Esta ideia nasce, juntamente, com movimentos que buscavam aproximar o Direito da esfera Sociedade. Surgiu, também, na época em que a forte corrente do positivismo dominava a comunidade jurídica. Dessa forma, os juristas deveriam se manter à letra da lei, em outras palavras, existia uma rigidez neste cenário. Muitos especialistas em Direito da época afirmavam que, até então, a ciência jurídica não se relacionava com mais nenhuma outra.

Fato, que foi possível observar na França após o Código Napoleônico com o aparecimento da Escola da Exegese.

A Escola da Exegese consistia na reunião de vários juristas franceses que orientaram o processo de criação e de aplicação do Código de Napoleão, especialmente no que se refere à exegese do texto legal. O Código Civil napoleônico buscava unificar e positivizar o Direito como ferramenta de controle social e político. (Melo, 2011, p.11.)

Porém, a partir do final da primeira metade do século XX, observa-se que o Positivismo tornou-se insustentável perante a todos os acontecimentos do mundo daquela época. Surge, então um período circundado pelo modelo de ideias *não positivistas* caracterizado por muitos especialistas como um “sistema aberto” que apresenta a potencialidade de pensar as obras artísticas como um todo pela perspectiva da condição humana e relacionar com a instância jurídica para que o contexto pudesse ultrapassar a leitura significativa.

O deslocamento de agenda, que refere-se a três eixos nos quais concentram-se os esforços dos pós-positivistas: a importância dos princípios gerais do Direito, a relevância da dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do Direito e a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela hermenêutica jurídica. (Lima, 2016, p.305)

Então, mostra-se que era possível relacionar o Direito com inúmeras outras ciências, como Psicologia, Antropologia, Economia, Filosofia e, principalmente, com os nosso objeto de trabalho no artigo, a Literatura.

Entre 1940 e 1980 se dá a fase intermediária, sendo que nos Estados Unidos da América há um aprofundamento dos trabalhos investigativos e, em Europa, há uma proliferação dos estudos. A partir dos anos oitenta (terceira fase) a corrente de investigação direito e literatura se firma como tradição de pesquisa expandindo as fronteiras européias, com especial destaque para os estudos realizados em países de língua francesa. (Ramiro, 2015, p.4)

Afastando Seaton, três outros, também, são os grandes expoentes para o início do *Law and Literature movement*¹¹; Richard H. Weisberg¹², Martha Nussbaum¹³ e James Boyd White¹⁴.

Pode-se dizer que a obra *The Legal Imagination*, de James Boyd White foi um marco referencial capaz de mostrar o tamanho que o movimento estava tomando. De maneira bem resumida, a teoria da obra perpassa pelo eixo de que o direito não é apenas um amontoado de normas e condutas destinadas a um resultado no mundo real, mas sim uma das alternativas de aprimorar as insuficiências nas manifestações políticas, sociais e profissionais. White criticava a ideia acadêmica de que o estudo comparado das duas ciências apenas servia

para acrescer a retórica e estilo do jurista.

Em âmbito continental, a disseminação da corrente de estudo foi mais demorada:

A cultura do Direito e Literatura desenvolveu-se de maneira mais lenta, isolada e pontual na América Latina, intensificando-se especialmente a partir dos anos 90 e das décadas sucessivas, com destaque para alguns países como Argentina, Peru, Colômbia, Porto Rico e, recentemente, Equador. (Trindade; Bernsts, 2017; p. 228).

Assim, após explanar de maneira geral os tópicos anteriores o presente artigo procura analisar as características de duas grandes obras da tragédia grega, *Medéia*, do grego *MHAEIA* de Eurípedes e *Antígona*, do grego *ANTIFONA* de Sofocles. Bem como, de que forma algumas características e acontecimentos dessas obras e do gênero, em geral, podem tanger o Direito.

Escolhe-se a tragédia, do grego *TPAFOIΔIA*, que faz menção ao “grito do bode”, justamente, por esse gênero, tanto de maneira implícita, quanto explícita, discutir as ligações de entre poder e supremacia nas relações e ações humanas frente a um público. Narra-se não uma ocorrência efetiva da estória, mas a potencialidade do fato. Por essa encenação do trágico trazer manifestações das ideias políticas, bem como, pela representação do homem como um sujeito dotado de responsabilidades, capaz de errar e sofrer sanções jurídicas.

Coloca-se em palco personagens magníficos com personalidade comum a do homem grego. Dessa forma essa semelhança de caráter, através do espetáculo, provocaria piedade ou terror ao público. Além das inúmeras contribuições do mundo grego à modernidade e contemporaneidade tanto na política, através de textos que abordam a vida na *pólis*, do grego *ΠΟΛΙΣ* (*πόλις*- também conhecida como “cidades-estados”) como em outras áreas do conhecimento.

Dois especialistas em Grécia antiga afirmam que o gênero:

[...] não é apenas uma forma de arte, é uma instituição social que, pela fundação dos concursos trágicos, a cidade coloca ao lado de seus órgãos políticos e judiciários. Instaurado sob [...] no mesmo espaço urbano e

segundo as mesmas normas institucionais que regem as assembleias ou tribunais populares, um espetáculo aberto a todos os cidadãos [...]. (Vernant, Vidal-Naquet, 1977, p. 20.)

Por fim, também foi preponderante para a escolha do trágico, o fato de que segundo o artigo “*A tragédia grega: uma manifestação política*” publicado na revista *Plethos*¹⁵: “O homem é um enigma, a tragédia questiona suas ações, suas consequências e limites [...]” (Silva, 2013, p. 43), ou seja, pelas noções de poder que podem ser percebidas nas ações humanas. Em suma, escolhe-se o trágico pela sua argúcia.

Direito e literatura na recepção da tragédia grega

É perceptível que, atualmente, algumas pessoas têm a concepção de que a Tragédia Grega é um gênero textual que se vincula a livros, passível de conhecer mais sobre os aspectos da sociedade grega. Porém, convém ressaltar que a interferência cultural e política desse gênero para a sociedade é muito maior.

A Tragédia Grega surge dos cultos, que inicialmente eram clandestinos, a Dionísio, do grego ΔΙΟΝΥΣΙΟΣ¹⁶. Esses eram considerados ilegais, pois Dionísio era um deus estrangeiro¹⁷. Com o passar do tempo, o louvor ao deus proporcionador da embriaguez¹⁸ e da desobediência virou um festival. Sabe-se que o tirano Pisístrato, do grego ΠΕΙΣΙΣΤΡΑΤΟΣ governou Atenas, na época da Tirania e, acredita-se que talvez, tenha sido o responsável por essa elevação e adoração oficial ao deus.

No ambiente do festival, cantava-se em coro explanando elementos alegres, sexuais e até mesmo dolorosos. Os cantos líricos de caráter sexual, também possibilitavam que o público entrasse em êxtase. Foi a partir desse contexto, em que se tinha coros, atores e máscaras e que o gênero teatral começou a ascender e cada vez mais atrair um público maior.

A partir de então, narravam e problematizavam sobre o herói e os valores que eram considerados fundamentais e inerentes à existência humana. A *performance* da Tragédia era composta por um Coro, como já mencionado, vale ressaltar que o coro não participa da ação, apenas narram e expressam sentimentos. Os movimentos que o coro durante a apresentação mostrava uma flutuação de poder. Era papel do Corifeu coordenar o diálogo entre o

coro e os demais atores. Pode-se constatar que foram elementos fundamentais para a evolução cênica, e ampliação dos recursos já existentes.

O filósofo Aristóteles caracterizou a tragédia como uma referência de atos para os homens gregos, em outras palavras, não seria uma imitação do homem, mas seria uma imitação das ações e desventuras desses. Para o filósofo seria a partir do relato que o homem construiria e delimitaria seu caráter. Pode-se dizer que seria uma catarse em que o público assistia ao sofrimento dramatizado.

O espetáculo tornou-se tão popular que neles faziam-se presente as mulheres¹⁹ e até mesmo os estrangeiros. Dessa maneira, podemos concluir que a performance pública da tragédia ganhou um significado de manifestação política, cultural e social a nível de toda a *polis*.

Aconteciam concursos trágicos²⁰ e premiações durante esses festivais e o poeta ganhador era premiado com uma coroa e um título. Dentre os poetas de maior nome dentro do gênero, podemos citar em ordem cronológica, Ésquilo, Sófocles e Eurípedes. No total temos acesso a cerca de 32 obras, infelizmente trata-se de uma parte bem pequena.

Em paralelo ao crescimento da arte cênica, temos o crescimento do direito e dessa forma os mitos começaram a ser questionados e o herói lendário colocado com um sujeito de responsabilidades, principalmente pelos seus atos, e passam a sofrer julgamentos também dos homens, e não mais só dos deuses. Passa-se a acreditar no homem que deve pagar por suas atitudes. A maior parte das peças trágicas gregas coloca, diante dos espectadores, personagens que deverão responder por seus atos.

Medéia, de Eurípedes

Em Medéia²¹ do dramaturgo, Eurípedes²², temos a transformação do amor em ódio e ferocidade. A obra é marcada por fortes emoções que perpassam pela traição, orgulho ferido e remorso. Vale constatar que essa obra, assim como outras, foi moldada sob os conceitos e pensamentos da cultura grega clássica. Assim, nessa obra é possível notar fatores históricos e conceitos sociais agregados ao texto. Essas duas características são tecidas, de forma esplendorosa, por Eurípedes²³ e culminam em condutas criminosas.

Medéia,
a infeliz, ferida pelo ultraje invoca
os juramentos, as entrelaçadas mãos
— penhor supremo. Faz dos deuses testemunhas
da recompensa que recebe do marido
e jaz sem alimento, abandonando o corpo
ao sofrimento, consumindo só, em pranto,
seus dias todos desde que sofreu a injúria
do esposo; nem levanta os olhos, pois a face
vive pendida para o chão; como um rochedo,
ou como as ondas do oceano, ela está surda
à voz de amigos, portadora de consolo. (25-35)²⁴

O personagem Jasón²⁵ é o responsável pelo impulso inicial de toda a trama. Esta, se desdobra pela cobiça de poder, em torno do amor de Medéia por Jasón e, por fim, pela traição sofrida por ela. Medéia pratica uma série de homicídios durante o decorrer da obra, o que demonstra uma extrema frieza da personagem.

Podemos dizer que a vingança final da personagem principal é marcada pela morte daqueles que ela deu a vida, os filhos. Para tal, vale ressaltar que os atos de Medéia são pautados por determinação.

CORIFEU

Ousarás mesmo exterminar teus próprios filhos?

MEDÉIA

Matando-os, firo mais o coração do pai.

CORIFEU

E tornas-te a mulher mais infeliz de todas.

MEDÉIA

Terá de ser assim. Deste momento em diante
quaisquer palavras passarão a ser supérfluas. (935-939)

Na tradução de Mário Gama Kury, refere-se a Medéia como infanticida:

[...]

Eu não te ofenderia nem com mil injúrias,
tão insensível és! Dana-te, pois, infame,
nojenta infanticida! Resta-me somente
gemer curvado aos golpes deste meu destino.
Não provei o sabor, sequer, das novas núpcias
e não vou conviver com os filhos, pois perdi-os!

[...]

Jáson

Ah! Monstro odioso, infanticida infame! (1536-1540;1587)

Entretanto, a denominação jurídica “*infanticídio*” é apenas utilizado nos casos em que “a mãe, contrariando os impulsos da natureza, atua contra vida do próprio filho, causando o sentimento de aversão em muitas pessoas.” (Arend, 2016, n.151). Ressalta-se que existem posicionamentos legais divergentes sobre essa conceituação, fato que poderá ser visto na comparação dos dispositivos sobre “*infanticídio*”.

Nota-se que o puerpério - pós-parto - é uma das fases mais críticas para a parturiente. É a partir desse período e também de outras características - como será possível perceber adiante - que o jurista conseguirá distinguir o crime de infanticídio e homicídio. Vale dizer que estado puerperal é um período delicado que tem início com a eliminação da placenta e as alterações corporais e psíquicas, no intuito de restabelecer as funções do organismo à condição anterior, de “não-gestante” e podem se estender por, geralmente, seis semanas (Souza, 2012, p.18).

Nesse tópico mostraremos uma análise do tratamento desse crime, “*infanticídio*”, pelas legislações de alguns países da América Latina. Em questão, escolheu-se: Argentina, Brasil, Chile e Uruguai.

O Código Penal argentino²⁶ apresentava o “*infanticídio*” como uma conduta dentro do crime de homicídio. Por isso, tratava sobre o fato ilícito artigo 81, § 2º.

ARTICULO 81. - 1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: [...]

2º Se impondrá reclusión hasta três años o prisión de seis meses a seis años **a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, maridos e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito.**²⁷ (Inciso derogado por art. 1º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

Observa-se que o país acima mencionado não apresenta uma tipificação autônoma para o crime, fato que difere dos três próximos países. Para o Código Penal brasileiro²⁸ vigente, “*infanticídio*” seria um crime doloso privilegiado, com uma tipificação autônoma.

ARTIGO. 123. - Matar, sob a influência do estado puerperal, **o próprio filho, durante o parto ou logo após:**²⁹

Pena - detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

O Código Penal chileno³⁰ apresenta o “*infanticídio*” como uma tipificação autônoma, mas não traz a característica do estado puerperal (ou motivo de honra, como visto no artigo revogado do Código Penal argentino). Além disso, o dispositivo traz uma novidade sobre o sujeito que irá praticar o fato típico.

ARTICULO 394. - **Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente**³¹, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

À luz do Código Penal uruguaio³² o crime de “*infanticídio*” poderia ser considerado como uma atenuante do homicídio. Assim como o anterior, o referido código podendo ser cometido por qualquer familiar próximo.

(Infanticídio *honoris causa*)

ARTICULO 313. - Si el delito previsto en el artículo 310 se cometiera sobre la persona de un **niño menor de tres días, para salvar el propio honor o el honor del cónyuge, o de u pariente próximo, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría. Se entiende por parientes próximos los padres y los hijos legítimos o naturales, reconocidos o declarados tales, los adoptivos, los abuelos y nietos y también los hermanos legítimos.**³³

Na obra em questão, não ocorreu a presença do elemento “estado puerperal”, uma vez que os filhos da personagem não se encontram no período crítico de ocorrência do puerpério. Além disso, nos casos de infanticídio, não existe qualquer tipo de planejamento para a prática do fato, pois se dá pela questão do momento, pelo “estado puerperal”. No trecho abaixo fica evidente que a personagem, Medéia, elabora com detalhes a ação:

MEDÉIA

Do interior

Pobre de mim! Que dor atroz! Sofro e soluço demais! Filhos malditos de mãe odiosa, por que não pereceis com vosso pai? Por que não foi exterminada esta família toda? (128-131)

Avulta acrescentar que o grupo TRUIERSA, de tradução de teatro antigo, conclui que no transcorrer da obra, em grego, não é perceptível traços lexicais sobre “mães e filhos”. Em nenhum momento do texto original, em grego, aparece a palavra filho, do grego *υἱός*. Mesmo que a terminologia fosse de uso comum, os tragediógrafos não gostavam de utilizá-la. Portanto, a nosso ver questiona-se como matar algo que “não existe”. Para fazer menções sobre filhos, era comum o uso de palavras que tivessem contornos sobre a relação matriz e filial, como herdeiros, rebentos, crias, os descendentes, entre inúmeras outras.

É interessante perceber que segundo o *Michaelis online*, no que tange apenas no campo semântico, infanticídio seria “assassinio de uma criança, principalmente recém-nascida”. Nesse ponto, a personagem principal também não seria enquadrada como infanticida, haja vista que os filhos serviram

de instrumento - e conseguiram prática o ato - para a morte da princesa:

MEDÉIA

[...]

Uma criada traz da casa o véu e o diadema, que MEDÉIA entrega aos filhos
Tomai estes presentes nupciais meus filhos,
em vossas mãos; levai-os à própria princesa;
é uma oferenda minha à venturosa esposa. (1083-1085)

A lucidez da personagem em praticar e tramar o crime é visível aos olhos da lei, sendo assim a forma como é praticado o crime poderia se enquadrar como homicídio, pois o autor assumiu o risco de praticar o ato e alcançar o resultado pretendido. O que fica evidente nas declarações de Medéia:

MEDÉIA

[...]

Faltam-me forças para contemplar meus filhos.
Sucumbo à minha desventura. Sim, lamento
o crime que vou praticar, porém maior
do que minha vontade é o poder do ódio,
causa de enormes males para nós, mortais! (1225- 1229)

Assim, observa-se que a personagem praticou o crime de maneira consciente, ou seja, com dolo. Ao praticar o ato, ela tem um resultado totalmente preciso. É neste ponto que se faz clara a linha de diferença entre homicídio e infanticídio.

MEDÉIA

Matando-os, firo mais o coração do pai. (936)

Antígona, de Sófocles

A outro passo, também dentro da Tragédia Grega, compondo a conhecida Trilogia Tebana, tem-se a obra Antígona³⁴, do grego ANTÍFONH de Sófocles³⁵. Como ponto inicial da história, ocorre a morte dos dois filhos de Édipo que entraram em confronto pelo trono de Tebas, Polinices e Etéocles. Assim, quem poderia tomar guarda do poder era Creonte. Ressalta-se que o novo rei de Tebas era irmão de Jocasta, esposa de Édipo. A nosso visto é acertado que

comparando a obra *Medéia* (Eurípedes) com *Antígona* (Sófocles), a causa do ato, nesta última obra, está fora da personagem central da estória. Excepcionalmente, encontra-se no Estado.

É, extremamente, válido notar que a personagem *Antígona* não é uma mulher comum como as demais. É a filha selvagem, de Édipo, destinada a contravenção. O impossível é o horizonte da personagem. Ela sai do perímetro doméstico, conhecido pela sociedade grega como o lugar de proteção do feminino, quebrando as tradições da época. Desse ponto em diante, *Antígona* invade a política por insubordinação a norma decretada. Norma, essa, que condenava seu irmão. Além de invadir a lei dos homens, que condenava a mulher ao silêncio.

O irmão de *Jocasta*, *Creonte*, ao assumir o trono, revela sua postura autoritária, a partir do decreto que veta o rito de passagem de *Polinices* para o “mundo dos mortos”. Percebe-se que peça traz consigo pontos referentes ao ser humano enquanto ser político e também individual. Pontos, esses, que são visíveis no conflito entre a *consciência individual* da personagem central e às *leis do soberano* que, nesse contexto, chocam-se com às *leis divinas*. Dessa maneira, coloca-se em evidência o que seria de fato a *justiça*.

ISMENE

Que há? Estás inquieta com as más notícias?

ANTÍGONA

Pois não ditou *Creonte* que se desse a honra da sepultura a um de nossos dois irmãos enquanto a nega ao outro? Dizem que mandou proporcionar justos funerais a *Etéocles* com a intenção de assegurar-lhe no além-túmulo a reverência da legião dos mortos; dizem, também, que proclamou a todos os tebanos a interdição de sepultarem ou sequer chorarem o desventurado *Polinices*: sem uma lágrima, o cadáver insepulto irá deliciar as aves carniceiras que hão de banquetear-se no feliz achado. Esse é o decreto imposto pelo bom *Creonte*

a mim e a ti (melhor dizendo: a mim somente);
 vê-lo-ás aparecer dentro de pouco tempo
 a fim de alardear o edito claramente
 a quem ainda o desconhece. Ele não dá
 pouca importância ao caso: impõe aos transgressores
 a pena de apedrejamento até a morte
 perante o povo todo. Agora sabes disso
 e muito breve irás tu mesma demonstrar
 se és bem-nascida ou filha indigna de pais nobres. (22-44)³⁶

Em um cenário amplo, a personagem central está no âmago do problema, dividida entre dois polos: em um lado tem-se a morte do irmão Polinices e, do lado oposto, a própria morte. O centro desse problema seria a lei do soberano³⁷, que é a vontade de Creonte. Permanecer nesse cerne, sem nenhuma manifestação seria, para a filha de Édipo, a principal forma de manter a própria vida.

ANTÍGONA

Ajudarás as minhas mãos a erguer o morto? 50

ISMENE

Vais enterrá-lo contra a interdição geral?

ANTÍGONA

Ainda que não queiras ele é teu irmão
 e meu; e quanto a mim, jamais o trairei.

ISMENE

Atreves-te a enfrentar as ordens de Creonte?

ANTÍGONA

Ele não pode impor que eu abandone os meus. (50-55)

De forma oposta à sua irmã, Antígona, recusa-se a abandonar a ideia de justiça, ou seja, tem a convicção de que agir no campo da virtude, que, se contrapõe a condição imposta por Creonte, seria a forma mais justa. Nesse mesmo contexto, constata-se que Ismênia é moldada a adequação. Ismênia e Antígona são duas versões opostas do feminino. Certamente, é a partir do

momento que ela decide transgredir os limites da lei de Creonte que surge a discussão sobre o choque entre as Leis Naturais e *Dike*³⁸.

CREONTE

E te atreveste a desobedecer às leis?

ANTÍGONA

Mas Zeus não foi o arauto delas para mim,
nem essas leis são as ditadas entre os homens
pela Justiça, companheira de morada
dos deuses infernais; e **não me pareceu
que tuas determinações tivessem força
para impor aos mortais até a obrigação
de transgredir normas divinas, não escritas,
inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem,
é desde os tempos mais remotos que elas vigem,
sem que ninguém possa dizer quando surgiram.**³⁹

E não seria por temer homem algum,
nem o mais arrogante, que me arriscaria
a ser punida pelos deuses por violá-las.
Eu já saiba que teria de morrer
(e como não?) antes até de o proclamares,
mas, se me leva a morte prematuramente,
digo que para mim só há vantagem nisso. (510- 527)

A partir do momento em que se compreende a *Dike* como as leis humanas que regem cada indivíduo e as Leis Naturais como a representação das leis divinas, das crenças em deuses, é possível perceber com a leitura da obra e, principalmente, da personagem Antígona, três faces de Justiça: a *Dike* do Estado⁴⁰, a *Dike* de Antígona, que é potencializada pela *Dike* de Ismene.

Portanto, a questão central que envolve as duas faces de Justiça apresentadas na peça encontra-se na contradição entre Creonte e Antígona. Essa oposição entre tio e sobrinha estaria ligado, intrinsecamente, a defesa do Direito Natural por Antígona e o Direito Positivo por Creonte. Além disso, o conflito encontra-se no contraste entre o espaço privado e o público. Nota-se, claramente, que os limites que condicionam a existência humana são pautados no gênero e na sociedade.

Considerações finais

Como se pôde observar ao longo deste artigo, a interdisciplinaridade das duas áreas não é tão recente, mas a nosso visto, necessita de mais estudos dentro da temática. Além disso, conclui-se esse movimento possibilita que “O homem pode ser “modificado” pelo universo fabuloso da literatura, passando a exprimir sua opinião e sua visão transformadora de mundo [...]” (Pereira, 2016. p.187). É possível analisar que a literatura, como uma das de uma das precursoras da formação cultural, contribui para múltiplos contatos. Ressalta-se que são esses múltiplos contatos que enriquecem o profissional do Direito e o humaniza.

É importante que a sociedade, de modo geral, não se esqueça dos textos clássicos, como as duas obras citadas neste trabalho, pois além de levar o leitor a analisar questões do íntimo humano, políticas, sociais e econômicas de épocas distintas, também possibilita interpretar o tema com um ângulo diferente, uma vez que utiliza um suporte jurídico, tanto de direitos não reconhecidos, quanto das questões que surgiram e foram incorporadas de forma mais recente.

A obra *Medéia*, de Eurípedes, pelo ato lúcido da personagem, constata-se que o uso da terminologia “*infanticida*” não seria o mais adequado, já que temos a ausência de elementos característico do infanticídio. Através da rápida comparação entre os Códigos Penais do Chile e do Uruguai pode-se chegar à conclusão que cada um desses códigos estabelece um tempo diferente para que o sujeito que praticou o ato possa se enquadrar nesse crime. O que os difere do Código Penal do Brasil que apenas limita-se pela expressão “durante o parto ou logo após”. Além disso, é possível traçar uma discussão das mudanças acerca da punibilidade de atos como o praticado por *Medéia* através dos séculos.

Quanto a obra *Antígona*, de Sófocles, é possível firma uma discussão cada vez mais atual, já que é uma obra que permite inúmeras reflexões sobre a sociedade contemporânea. Bem como, questionar-se sobre uma possibilidade de mudança na perspectiva do Estado estruturado de forma rígida. Para além disso, é visível que *Antígona* busca resguardar a comunidade familiar, enquanto *Creonte*, a política.

Por fim, como já mencionado, as bases literárias e jurídicas junto a um modelo analítico e, também, interpretativo permitem que pesquisadores e profissionais do direito facilitem o ensino jurídico.

Referências

- Arend, C.. (2016). O estado puerperal e o delito de infanticídio: uma análise penal e processual. *Âmbito Jurídico*, 19(151). Recuperado de http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17598&revista_caderno=3
- Argachoff, M. (2011). *Infanticídio*. Dissertação de Mestrado-Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo.
- Bittencourt, C. R. (2018). *Tratado do Direito Penal: parte geral I*. (13). São Paulo: Saraiva Educação.
- Candido, A. (2000). *Literatura e Sociedade*. (9). São Paulo: Publifolha.
- Candido, A. (2004). *O direito à literatura*, in A. Candido. *Vários escritos*. (1988). Rio de Janeiro: Ouro sobre azul.
- Dworkin, R. (1985). How Law Is Like Literature, in *A Matter of Principle*.
- Eurípedes. *Medéia, Hipólito, As troianas* (Vol.3.) Trad. Mário da Gama Kury. (7). Rio de Janeiro: Jorge Zahar
- Fernandéz, C. (s.f). O Enigma de Homero. Disponível em https://www.nova-acropole.pt/a_enigma_homero.html
- Jaeger, W. (2011). – *A Formação do Homem Grego*. SP: Publifolha.
- Lesky, A. (2006). *A tragédia grega* / Albin Lesky ; [tradução J. Guinsburg, Geraldo Gerson de Souza e Alberto Guzik]. (4). São Paulo: Perspectiva.
- Lima, S. A. (2016). Neoconstitucionalismo: Do Positivismo à nova leitura Constitucional a respeito dos valores. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. (8), 300-318.

- Melo, L. H. de. (2011). Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade. *Âmbito Jurídico*, 14(85). Recuperado de http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031
- Michaelis. (2015). Dicionário online. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/>
- Nader, P. (2014) Introdução ao Estudo do Direito. (36). Rio de Janeiro: Forense.
- Pereira, F. A. (2016). O direito à literatura: “sonho acordado” das civilizações. *Revista Primeira Escrita*.(3).175-189.
- Prado, E. R. C. L. (2012). *Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o Direito como integridade*. Conteúdo Jurídico. Recuperado de <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41027&seo=1>
- Ramiro, C. H. L. (2015). Direito e Literatura na Construção do Saber Jurídico e da Sustentabilidade: Lima Barreto e o Futuro da Natureza no Direito Ambiental. *Revista Jurídica Luso-Brasileira Ano 1*(4), 151-181.
- Régis, S.(1996). Literatura como Ciência. (1996). *Tese de Doutorado - Programa de Comunicação e Semiótica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*.
- Rosenfield, K. (2002). Sófocles e Antígona. Coleção Passo-a-Passo. Rio de Janeiro Zahar.
- Seaton, J. (1999). Law and Literature: Works, Criticism, and Theory. *Yale Journal of Law & the Humanities*, (11).
- Silva, C. K. da; Ribeiro, F. J. A. (2014). Shakespeare e a Lei: Conciliação e pacificação em “Romeo and Juliet”. *XXIII Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*, João Pessoa. Recuperado de:<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0bfd9e2a5529c21>.

- Silva, M. B. da. (2013). *A tragédia grega: uma manifestação Política*, 3(1), 30-46.
- Sófocles (1990). *A Trilogia Tebana*, Vol.1. Trad. Mário da Gama Kury. (15). Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Söhngen, C.; Pandolfo, A. C. (2008). *Encontros entre Direito e Literatura: pensar a arte*. Porto Alegre: Edipucrs.
- Söhngen, C. ; Pandolfo, A. C. (2010). *Encontros entre Direito e Literatura II: ética, estética e política*. Porto Alegre: Edipucrs.
- Souza, A. B. Q. (2012). *Implantação de uma diretriz de assistência de enfermagem no puerpério na atenção primária à saúde. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Enfermagem da Universidade Federal de Juiz de Fora*. Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil. Recuperado: <http://www.ufjf.br/pgenfermagem/files/2010/05/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Ana-Beatriz-Querino-Souza.pdf>
- Trindade, A. K. ; Bernsts, L. G. (2017). O estudo do Direito e Literatura no Brasil: Surgimento, Evolução e Expansão. *ANAMORPHOSIS- Revista Internacional de Direito e Literatura*, 3(1), 225-257.
- Trindade, A. K.; Gubert, R. M. (2008). Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. *In Direito & Literatura: Reflexões Teóricas / org. André Karan Trindade, Roberta Magalhães Gubert, Alfredo Copetti Neto [et al.] - Porto Alegre: Livraria do Advogado.*
- White, J. B. (1985). *The legal imagination*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Zanon Junior, O. L. (2013). Póspositivismo 2: a versão interpretativista de Dworkin. *Âmbito Jurídico*, 16(117). Recuperado de http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13759&revista_caderno=15

Notas

¹ “O movimento básico da literatura é semelhante ao da ciência: [...] A insatisfação constante com o real, ou melhor, o embate com a representação do real, a desconfiança com a referencialidade faz com que essa entidade [...], seja o signo de uma contínua indagação do real.” (RÉGIS, 1996)

² Werner Wilhelm Jaeger, filólogo alemão. *Paidéia* foi sua principal obra.

³ Antônio Cândido de Mello e Souza, sociólogo e professor universitário brasileiro.

⁴ Ronald Myles Dworkin, filósofo do Direito *estadunidense*.

⁵ Homero foi um poeta épico grego. De acordo com as informações que a sociedade acadêmica tem acesso, dá-se a ele a autoria da *Ilíada* e da *Odisseia*. Vale ressaltar que, modernamente, estudiosos chegam a questionar sobre a existência de Homero - Questão Homérica -, e até mesmo a autoria das obras mencionadas. A Questão Homérica surge quando pesquisadores notam a contradição entre os poemas acreditados como de Homero e a obra “A *Ilíada*”. Para além disso, muitas pesquisas arqueológicas revelaram objetos que não correspondiam aos que foram descritos pelo autor (FERNANDÉZ, s.d).

⁶ Hades era o deus que dominava o reino dos mortos ou também conhecido como mundo inferior. Lugar, invisível aos vivos, em que as almas deveriam se dirigir após a morte.

⁷ *Code Civil des Français*, ou *Code Napoléon*. Também conhecido, em português, como Código Napoleônico por ter regência na época de Napoleão Bonaparte. Reunia normas de cunho civil, processual e, também, penal que serviam como base para a sociedade da época.

⁸ James Seaton, professor da esfera de crítica literária, literatura comparada e cultura americana da Universidade do Estado de Michigan, nos Estados Unidos da América.

⁹ “*At a time when many departments of literature are discounting literary criticism and scholarship in favor of cultural studies, the rise of the law-and-literature movement is a welcome affirmation of literature’s relevance to the larger society.*” do artigo **Law and Literature: Works, Criticism, and Theory**, de James Seaton.

¹⁰ Movimento Direito e Literatura.

¹¹ Movimento Direito e Literatura.

¹² Professor e doutor em Direito Constitucional na *Cardozo School of Law*.

¹³ Filósofa estadunidense titular na Universidade de Chicago.

¹⁴ Professor norte-americano de Direito, além de crítico literário. Foi um dos precursores do movimento nos Estados Unidos da América.

¹⁵ Revista do Departamento de História da Universidade Federal Fluminense.

¹⁶ Era o deus ligado ao vinho, a alegria, a abundância e à fecundidade.

¹⁷ Para a sociedade grega daquela época, estrangeiro é todo aquele que não nasceu e reside em Atenas, do grego **Αθήνα**. Não se sabe com precisão a origem de Dionísio, mas estudos apontam que ele nasceu no centro-oeste da Ásia-Maior.

¹⁸ Nos festivais de culto ao deus acreditava-se que a embriaguez era uma intervenção divina. Essa intervenção é conhecida pelo termo grego **ἔνθεος**, que significa “estar possuído”. O ato de tomar o vinho, de certa maneira, era coletiva, a transição de estado de consciência era coletiva. Assim, o ritual bacante acabava ganhando um aspecto religioso.

¹⁹ É pertinente, ressaltar que na sociedade grega as mulheres era objetificadas. Não possuíam uma educação formal, eram apenas ensinadas pelas mulheres mais velhas, ou seja, aprendiam sobre os trabalhos domésticos. Em suma, na maioria das vezes, infelizmente, possuíam uma vida reclusa.

²⁰ Eram festivais de teatro em que os tragediógrafos inscreviam suas peças e apresentavam suas peças, concorrendo entre si. Aconteciam de 1 a 2 vezes por ano na cidade de Atenas.

²¹ A Obra Medéia é sem dúvida entre nós a tragédia mais traduzida nos últimos tempos, nesse artigo trabalharemos a tradução de Mário Gama Kury.

²² Acredita-se que Eurípides nasceu no ano de 480 a.C.- exatamente, na data em que os soldados gregos teriam enfrentado os persas. Por isso, pensa-se que esse fato conferiu a ele uma energia diferente.

²³ Não se sabe quando tragediógrafo teria morrido, entretanto acredita-se teria sido despedaçado pelos cães de caça do rei Arquelau na Macedônia, por volta de em 406 a.C. Digamos que uma morte digna de um herói trágico.

²⁴ A tradução utilizada é a de Mário Gama Kury.

²⁵ Jasón ou Jasão, a depender da tradução.

²⁶ Código Penal de la Nación Argentina.

²⁷ Grifo nosso.

²⁸ Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940 alterado pela Lei nº 9.777 em 26/12/98.

²⁹ Grifo nosso.

³⁰ Código Penal de la Republica de Chile.

³¹ Grifo nosso.

³² Código Penal Uruguayo.

³³ Grifo nosso.

³⁴ Nota-se que o nome Antígona é composto pelo prefixo “Anti”, o que marca a possível relação entre nome e personalidade. Levando isso em consideração,

percebe-se que a contradição da personagem não foi gerada, mas potencializada, em outras palavras, o ocorrido apenas fez com que a personagem pudesse demonstrar sua identidade.

³⁵ O dramaturgo nasceu em Colono, Atenas. Assim, pôde presenciar a expansão do território grego e do império ateniense. Nota-se que Sófocles participou veemente da vida política da pólis. O Tragediógrafo compôs dezenas de peças teatrais, dentre elas: Édipo Rei, Édipo em Colono e Antígona (Trilogia Tebana).

³⁶ A tradução utilizada é a de Mário Gama Kury.

³⁷ Interpreta-se lei como medida para as ações. Atenta-se para o fato de que na Antiguidade Clássica *o governo* cria as leis, entretanto elas não são compreendidas como *direito positivo*.

³⁸ Entende-se como *Dike*, do grego ΔΙΚΗ, como a personificação da justiça. Vale mencionar que os gregos apresentavam dois tipos de justiça: a *Dike* - pode ser compreendida como a justiça que está intrinsecamente relacionada ao humano - e a *Thémis* - está relacionada a justiça dos Deuses, a justiça divina.

³⁹ Grifo nosso.

⁴⁰ Atenta-se para que, *a priori*, parece conflituoso analisar uma *Dike* para o Estado, já que seria representado pelo conjunto de indivíduos. Entretanto, esse contraste se resolveria no instante em que se tem o Estado como a representação do monarca. Assim, em questão, a *Dike* do Estado seria a *Dike* de Creonte.

Álvaro García Alonso y María Laura Osta Vázquez ↗

Cuando las mujeres plantearon la igualdad civil. Importancia y propuestas en torno a la VII Conferencia Internacional Americana de Montevideo, 1933

When Women Raised Civil Equality. Importance and Proposals Around the VII International American Conference of Montevideo, 1933

Quando as mulheres levantaram a igualdade civil. Importância e propostas em torno da VII Conferência Internacional Americana de Montevideú, 1933

Resumen: *El presente artículo busca rescatar el la importancia política, histórica y diplomática de la VII Conferencia Internacional Americana desarrollada en Montevideo entre el 3 y 26 de diciembre de 1933. La trascendencia que tuvo este acontecimiento se destaca en visibilizar las relaciones diplomáticas de Estados Unidos con América Latina en el contexto de la convulsionada década del treinta. Por otro lado significó un evento fundamental para el movimiento feminista y sus reivindicaciones acerca de la igualdad de derechos políticos y civiles.*

Los objetivos planteados están centrados en el análisis particular de las reivindicaciones presentadas por las mujeres y sus argumentos respecto a la igualdad de derechos políticos y civiles, en las justificaciones y recomendaciones surgidas de la Conferencia de Montevideo de 1933.

Parece interesante volver la mirada hacia este acontecimiento que, desde el punto de vista reivindicativo, visibilizó una problemática que afectaba a las mujeres y que consolidaba su relación de sujeción respecto a los hombres. Incluso hoy, analizándolo en perspectiva actual nos preguntamos si esas reivindicaciones no siguen estando en la agenda de discusión política.

↗ Álvaro García Alonso: Profesor de Historia (Instituto de Profesores Artigas-Uruguay). Magister en Historia (Universidad de Montevideo-Uruguay).

✍ 0000-0002-0532-1845

✉ alv_gar_al@yahoo.com.ar

↗ María Laura Osta Vázquez: Docente Flacso-Uruguay. Universidad de Montevideo. ANII (Investigador Nivel I).

✍ 0000-0002-6683-5604

✉ lauraosta@hotmail.com

Palabras clave: mujeres, VII Conferencia Americana, derechos civiles, igualdad, feminismo.

Abstract: *The present article seeks to rescue the political, historical and diplomatic importance of the VII International American Conference held in Montevideo between December 3 and 26, 1933. The significance of this event stands out in making visible the diplomatic relations of the United States with America. Latina in the context of the convulsed thirties. On the other hand, it meant a fundamental event for the feminist movement and its demands for equality of political and civil rights. The objectives set are focused on the particular analysis of the claims presented by the women and their arguments regarding the equality of political and civil rights, in the justifications and recommendations arising from the Montevideo Conference of 1933. It seems interesting to look back at this event which, from the standpoint of demand, made visible a problem that affected women and that consolidated their relationship of subjection with respect to men. Even today, analyzing it in a current perspective, we ask ourselves if those claims do not remain in the agenda of political discussion.*

Keywords: Women, VII American Conference, Civil Rights, Equality, Feminism.

Resumo: *O presente artigo procura resgatar o significado e a importância política e diplomática da VII Conferência Internacional Americana, realizada em Montevideú entre 3 e 26 de dezembro de 1933. A transcendência que teve esse acontecimento destaca-se em visibilizar as relações diplomáticas dos Estados Unidos com a América Latina no contexto da década convulsionada dos anos trinta. De outro lado, significou um evento fundamental para o movimento feminista e suas reivindicações sobre a igualdade de direitos políticos e civis.*

Os objetivos concentram-se na análise particular das reivindicações das mulheres em relação à igualdade dos direitos políticos e civis, recomendações emanadas da Conferência de Montevideú. de 1933.

Olhar neste evento, tornou visível um problema que afetava as mulheres que consolidava sua relação de sujeição em relação aos homens. Mesmo hoje, analisando-o numa perspectiva atual, nos perguntamos se esse tipo de demandas não permanecem ainda na agenda da discussão política.

Palavras-chave: mulheres, VII Conferência Americana, direitos civis, igualdade, feminismo.

Recibido: 20190115

Aceptado: 20190226

Movimientos feministas, derechos políticos de las uruguayas

En este trabajo se buscará analizar los objetivos del movimiento feminista que fueron presentados en la VII Conferencia Panamericana en Montevideo de 1933. A partir del análisis de los discursos pronunciados durante la Conferencia sobre los Derechos Civiles de las mujeres, se pretende identificar los logros y los derechos conquistados por mujeres en el Uruguay de la década del 30.

En 1911, por iniciativa de María Abella de Ramírez fue creado en el Ateneo de Montevideo la “Sección Uruguaya” de la Federación Femenina Panamericana, con el la intención de luchar por los derechos civiles y políticos de las mujeres.

A partir de 1914 numerosos proyectos de ley fueron presentados en las Cámaras de Diputados y Senadores, para otorgarle los derechos de votar y ser elegidas a las mujeres. Primero por los batllistas (en 1914), luego (en la Constituyente del 1917) por los socialistas y por último, vuelven los batllistas con el proyecto de Baltasar Brum en los años 1921 y 1923.

Por su lado en setiembre de 1916, Paulina Luisi crea el Consejo Nacional de Mujeres del Uruguay. En el mismo año, Luisi también fundó la revista Acción Femenina, destinada, entre otras cuestiones, a promover la concientización sobre la importancia de la igualdad política de las mujeres.

El Consejo Nacional de Mujeres obtuvo varias conquistas, dentro de las cuales la permisión para que las empleadas de las tiendas usaran libremente los elevadores durante las horas de trabajo. En 1918, logró que fueran construidos baños para mujeres en las universidades. Realizó también una campaña sobre educación sexual y educación cívica en las escuelas, además del apoyo a la “Ley de la silla”. En 1920, el Consejo se dirigió a la Cámara de Representantes, solicitando la sanción de un proyecto de ley que aprobaba el derecho al voto de las mujeres.

En 1919, la Comisión de Sufragio del Consejo Nacional de Mujeres se transformó en Alianza Uruguaya por el Sufragio Femenino (afiliada a la Alianza Sufr-

gista Femenina Internacional, asociación internacional liderada por C. Chapman Catt), para alcanzar mayor independencia y efectividad en la obtención de los derechos políticos de las mujeres. Su estatuto defiende que: “(...) El objetivo fundamental de la Alianza (...) es obtener para las mujeres el derecho al sufragio (...) la Alianza es independiente de todo partido político y de toda opinión religiosa”⁽¹⁾.

En abril de 1917, durante las reuniones de la Convención Constituyente, las integrantes del Consejo Nacional de Mujeres uruguayas escribieron una carta reafirmando su deseo de conquistar derechos políticos y civiles, “porque considera que sólo en su libre ejercicio podrá la mujer demostrar el grado de sus fuerzas y desarrollar sin trabas sus actividades”⁽²⁾. La propuesta del voto universal —masculino— en el Proyecto de Reforma de la Constitución de 1916 en Uruguay concedió a las feministas la oportunidad de presentar una petición reivindicando sus derechos ciudadanos a través del recién creado Consejo Nacional de Mujeres.

El Partido Independiente Feminista⁽³⁾ fue fundado en 1932 y recibió impulso inicial a través de un artículo escrito por un político con el pseudónimo “Ghig”, el cual fue publicado en diario El Pueblo, periódico dirigido por ese autor. El primer artículo circuló en el día siguiente a la aprobación del voto de las mujeres y las convocaba a unir y formar un partido femenino. El texto destacaba que el destino del país estaría también en sus manos. Por eso, pedía que no se precipitaran, que no abdicasen su condición femenina, una vez que el valor de su voto estaba en su diferencia en relación a los hombres: “Vuestra bondad se relaciona con la bondad de los hombres. Estos son buenos porque piensan. Ustedes buenas, generalmente, porque sienten”⁽⁴⁾.

Esa reflexión posee una vena marcadamente sexista-esencialista: las mujeres “sienten”, los hombres “piensan”, motivo por el cual deben diferenciarse de un partido independiente. La diferencia sexual marcaba una diferencia de espacios y conductas.

Los derechos de las mujeres al voto y de ser candidatas para gobernar fueron otorgados en Uruguay recién en 1932. Gabriel Terra era el presidente de la República desde 1931 y, en año 1933, instauró una dictadura. En día 8 de agosto de 1932 el Senado se reunió y entre los temas en pauta figuraba el proyecto de ley de aprobación de los derechos políticos de la mujer, regido por Baltasar Brum, y presentado por los Senadores Minelli y Lorenzo Batlle Pacheco. El Senador Minelli expresó —dirigiéndose a la “barra” compuesta inminentemente, esta vez, por mujeres— que no había razón que impidiese la aprobación de ese proyecto: “después de que

fue abolida la esclavitud en nuestro país, los esclavos pudieron votar, y nadie puede pretender que en ese momento tenían más inteligencia, ilustración y virtudes que las mujeres uruguayas”⁽⁵⁾.

En año de 1933, la feminista uruguaya Sara Rey Álvarez fundó otro partido de mujeres, el Partido Independiente Democrático Femenino (PIDF), que vigoró por seis años. En las elecciones de 1938 —primera elección en que las mujeres votaron— el PIDF presentó una lista exclusivamente de diputadas mujeres, siendo Sara Rey Alvarez su titular.

Los movimientos sufragistas que se dieron en nuestro país obedecen al feminismo de la primera ola, que tuvo su origen en la Francia revolucionaria con su pionera Olympe de Gouges y sus compañeras. Este feminismo buscaba la igualdad de derechos políticos como piedra angular del resto de los derechos. No es posible entender las reivindicaciones defendidas en la VII Conferencia Panamericana sin entender la lucha de las feministas sufragistas uruguayas y regionales. Tanto Paulina Luisi en Uruguay, Bertha Lutz en Brasil y Julieta Lanteri en Argentina (entre otras) fueron quienes lideraron estos movimientos en busca de los derechos políticos de las mujeres.

El concepto de panamericanismo y las conferencias internacionales americanas

Entender el concepto de panamericanismo como la unión de los países de América mediante tratados de colaboración recíproca, es ingresar en el estudio de las relaciones diplomáticas de Estados Unidos y el resto de los países del continente. Sin embargo, estas relaciones fueron marcadas por los tiempos de la potencia del norte y no por el resto de los países latinoamericanos.

Finalizado el proceso independentista de los países latinoamericanos, Estados Unidos no tenía una postura definida en materia comercial y política, más que la de pedir igualdad de condiciones diplomáticas respecto a los países europeos de mayor presencia en el continente. Sin embargo, el documento conocido como “doctrina Monroe” de 1823⁽⁶⁾, comenzó a mirar para el hemisferio sur, principalmente, con un criterio preventivo y defensivo en caso de ataques o invasiones europeas. La idea de una reconquista española con el apoyo de las restauradas monarquías europeas no escapaba a la atención de los Estados Unidos.

Luego de esta declaración, Estados Unidos entró en un proceso de construcción interna que incluía desde la preocupación por el avance territorial, la acumulación de materias primas —en una mezcla de destino manifiesto y apetencias capitalistas—, la guerra civil y la consolidación del norte industrial y el sur agrícola ganadero. Los conflictos y problemas latinoamericanos no estaban en la agenda de los gobiernos de Estados Unidos por razones intrínsecas. Sin embargo, como reconoce el historiador argentino Leandro Morgenfeld (2009): “Una de las estrategias para acceder a nuevos mercados iba a ser el “panamericanismo”, mecanismo para consolidar la presencia estadounidense en todo el continente, y a la vez horadar la hegemonía inglesa y la influencia de otros países europeos en América del sur”.

El proceso que se llama de construcción del panamericanismo, responde a una coyuntura económica y política desde la propia interna del desarrollo estadounidense. Esta respondía a las necesidades económicas de Estados Unidos, estratégicamente ubicado en el mapa con un claro criterio competitivo frente a los rivales industriales europeos. En 1882 el Secretario de Estado James Blaine le escribía al presidente Chester Arthur animándolo a organizar las Conferencias Panamericanas:

Más allá de los fines filantrópicos y cristianos de la Conferencia, bien podríamos esperar ventajas materiales como resultado de un mejor entendimiento y mayor amistad con las naciones de América. Actualmente las condiciones de comercio entre Estados Unidos y sus vecinos americanos son insatisfactorias (...) para nosotros. (Una conferencia) será en todo caso un paso amistoso y auspicioso dado hacia el aumento de la influencia y del comercio americanos en un campo extenso que hemos descuidado hasta ahora y que ha sido monopolizado por nuestros rivales comerciales de Europa (Beyhaut y Beyhaut, 1995, p. 155).

Quedaba así definida una de las intenciones del gobierno norteamericano respecto al relacionamiento con los países de América. Por un lado el reconocimiento del descuido en los vínculos, pero por otro lado la intención de intensificar unas relaciones comerciales que podrían ser provechosas para su desarrollo económico.

Esa necesidad económica de estrechar lazos con América Latina, llevó a Estados Unidos a “participar activamente en los asuntos políticos de Latinoamérica y de asumir en forma decidida el papel de árbitro en las relaciones internacionales americanas” (Boersner, 1996, p. 139). El vínculo económico que Estados Unidos desarrolló, implicaba también tener participación e influencia en las relaciones políticas.

Para ello, la creación de una unión panamericana aspiraba a alcanzar un doble propósito, económico y político:

En lo económico se buscaría la creación de una unión aduanera americana, por la cual Gran Bretaña y los demás países europeos serían excluidos de sus posiciones comerciales y financieras en el hemisferio occidental, mientras que Estados Unidos asumirían el papel de gran abastecedor y financiador de la América morena. En el plano político se trataría de implantar un sistema de arbitraje obligatorio, a través del cual Estados Unidos asumiría el puesto de gran juez y árbitro de las Américas, anteriormente ocupado por los ingleses (Boersner, 1996, pp. 139-140).

De esta manera, los intereses económicos y políticos se complementaban, teniendo además el adicional de marcar una fuerte competencia con Inglaterra.

Esta unión americana que implicó el panamericanismo, significó la paulatina penetración estrategia de Estados Unidos en las relaciones diplomáticas con los demás países del continente.

Como expresa Alfonso Sanjuan (2014):

el panamericanismo constituyó la expresión más genuina de una realidad geográfica a cuyo amparo se desarrollará una política de poder que se ejercerá sobre muchos países americanos de base hispánica, con la peculiaridad de que esa política en algunas ocasiones asumirá rasgos institucionales, en tanto que en otras (...) involucrará especiales características económicas, sociales e incluso culturales (p. 47).

La Primera Conferencia Internacional Americana realizada en Washington entre octubre de 1889 y abril de 1890 tuvo la participación de 18 países, entre los que se encontraba Uruguay. La resolución más importante que resultó de esa reunión fue la creación de la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, con sede en la capital norteamericana. Funcionaría como organismo coordinador de todas las acciones que de ahí en más los países de América se comprometían a implementar⁽⁷⁾.

De esta manera el sistema panamericano estaba en marcha.

Uruguay y el panamericanismo. La integración como opción: la “política de la Buena Vecindad”

La idea de inserción en el mundo por parte de los estrategas de la política exterior uruguaya siempre estuvo presente. Desde la intervención y apuesta por el panamericanismo de fines del siglo XIX, hasta la intención de crear un espacio integrado hispanoamericano. Esta última idea, se consideraba carente de vigencia aunque se la valoraba desde el punto de vista cultural. La idea de que Estados Unidos conformara un bloque americano junto con los demás Estados de origen hispano, parecía más realista en un mundo que tenía una correlación de fuerzas entre potencias que hacía buscar espacios que aseguraran el abastecimiento, los mercados comerciales y el financiamiento externo⁽⁸⁾.

En ese sentido, el batllismo sostuvo de manera firme su postura panamericanista. Ni la dependencia uruguaya de los mercados europeos —principalmente del británico—, ni las contradicciones diplomáticas —con intervenciones militares incluidas— por parte de Estados Unidos, frenaron la práctica diplomática de los gobiernos uruguayos de las primeras décadas del siglo XX. Expresa Dante Turcati (1981): “El Uruguay fue un decidido defensor de la unidad continental al influjo de la filosofía del Panamericanismo. Los gobiernos batllistas mantuvieron a lo largo del período —aunque con matices— dicha línea que suponía la aceptación del liderazgo norteamericano.” (p. 77)

Los del batllismo fueron tiempos de permanentes discusiones con el capital británico, a la vez que en un mundo enfrentado a la Gran Guerra de 1914, el equilibrio de fuerzas entre las viejas potencias, obligaba a países subalternos a buscar socios por otras latitudes. Los antecedentes, las cercanías geográficas y el robustecimiento de su economía de posguerra hacían de Estados Unidos un socio ideal⁽⁹⁾.

La VI Conferencia Internacional Americana desarrollada en 1928 en La Habana Cuba, designó a Montevideo como la próxima sede del evento. Luego de negociaciones con el representante uruguayo ante la Unión Panamericana Jacobo Varela, la misma se fijó para diciembre de 1933.

El destino quiso que dicho año no fuera cualquiera en la historia del Uruguay y tampoco en los devenires de la diplomacia norteamericana.

Por el lado de la potencia del norte, ese año accedía a la presidencia el demócrata Franklin D. Roosevelt. La coyuntura en la que le tocó asumir era compleja, pues Estados Unidos se enfrentaba a la crisis económica más grande de su historia. El nuevo presidente venía con vientos de renovación en un país donde parecía caer el liberalismo ortodoxo y la confianza ciega en el mercado a la vez que intentaba imponer una nueva línea de política exterior. De la mano de su Secretario de Estado Cordell Hull, se abocarán al diseño de lo que se conoce como “la política de buena vecindad” dirigida a los nuevos vínculos que se establecerán con América Latina. “Para Estados Unidos (...) esta conferencia era clave ya que sería el bautismo interamericano de la nueva política ‘del buen vecino’, que Roosevelt había relanzado para la región, en el Discurso Inaugural del 4 de marzo de 1933” (Morgenfeld, 344).

La “política del buen vecino” sustituyó la lógica intervencionista basada en la preservación de los intereses privados de las empresas, por una práctica más democrática donde el Estado tomaba la iniciativa en el mantenimiento de las buenas relaciones diplomáticas con sus países vecinos. Se procuró entonces poner los intereses de cooperación y respeto a las soberanías por encima de los intereses económicos de las empresas transnacionales.

El gran animador de la política panamericana del batllismo fue Baltasar Brum, primero como canciller y luego como presidente. “La política internacional del batllismo se justificaba en razones de carácter ideológico: la identidad cultural de Occidente y la defensa de la democracia” (Batalla, 2005, p. 15).

Las causas en este cambio de política exterior se puede encontrar en dos factores. Por una parte, el debilitamiento del sector capitalista dentro de Estados Unidos, por efecto de la recesión económica, aumentó la autonomía y el poder del Estado (...) permitiéndole eventualmente adoptar decisiones que respondieran más a los intereses populares que a los grupos económicos privilegiados. Por la otra, Estados Unidos para 1933 tenía su poder económico y su influencia política bastante consolidados en América Latina, pudiendo permitirse una actitud más reposada y liberal que en las décadas anteriores (Boersner, 1996, p. 168).

Esta nueva política exterior evitó las intervenciones y los motines internos para favorecer a gobiernos que sirvieran a los intereses norteamericanos como había ocurrido en las primeras décadas del siglo. Esto no quiere decir que los controles y la presencia de empresas estadounidenses en el continente hayan disminuido. Sin embargo, el gobierno de Roosevelt permitió la independencia de los países latinoamericanos.

americanos en la toma de decisiones empresariales aunque no se ajustaran a los objetivos económicos de su país. Por ejemplo, México bajo el gobierno de Lázaro Cárdenas pudo nacionalizar el petróleo a pesar de las presiones ejercidas por las empresas norteamericanas. Se puede incluir como otro factor de esta política de “buena vecindad” la presencia cada vez más dominante de ideologías extremistas en Europa que iban en contra del liberalismo democrático defendido por Estados Unidos y la mayoría de los países latinoamericanos. En sucesivas conferencias interamericanas, el establecimiento de acuerdos y alianzas, era visto como forma de crear un bloque defensivo ante posibles agresiones externas. Esta idea se reforzará durante la segunda guerra mundial iniciada poco tiempo después.

El Uruguay no venía en zaga respecto a los cambios políticos y económicos, en una década que se presentaba ya desde sus inicios convulsionada. En 1931 asumía como presidente de la República el Dr. Gabriel Terra. La crisis económica que afectó al país por repercusión directa de la crisis capitalista de 1929 y las alianzas políticas en la lucha por el control monopólico del poder⁽⁴⁰⁾, hicieron que Terra encabezara un golpe de Estado el 31 de marzo de 1933⁽¹¹⁾. El golpe de Estado de Terra tendría enormes significaciones, entre ellas que caían el orden democrático en un país que hasta ese momento llegaba sin dictaduras y se ufana de la estabilidad política y consolidación democrática que poseía.

El escenario político, económico y diplomático en que se desarrollaría la VII Conferencia Internacional Americana sería de enormes avatares y cambios profundos en lo que a Uruguay respecta. También en relación a los cambios que la nueva mirada norteamericana traía consigo. No sería el único motivo por el cual esta Conferencia no fue una más de todas las realizadas en el contexto panamericano que se viene analizando.

La VII Conferencia Internacional Americana se reunió entre los días 3 al 26 de diciembre de 1933 en Montevideo. El centro de las reuniones estuvo ubicado en el Palacio Legislativo. En diferentes salones de dicho edificio, se reunieron las diferentes comisiones que tratarían diversos temas de interés para los países latinoamericanos. La prensa particularmente la oficialista, rescató en grandes titulares la importancia del evento a nivel continental y a nivel local. Dicha conferencia significaba mucho para el gobierno uruguayo, ya que a pesar de su gobierno de facto, la realización de esta conferencia significaría el respaldo diplomático de la comunidad americana. En el discurso inaugural, el presidente Terra reafirmaba la unión panamericana pese a la crisis que padecía América:

El lapso de tiempo transcurrido desde la Conferencia de La Habana, ha sido intenso en emociones por las pruebas que han soportado todas las naciones (...) en las dificultades de una crisis económica y social sin precedentes. El panamericanismo pudo sufrir a causa de esta situación (...) un rudo contraste, pero el genio de América se ha impuesto una vez más (...) las ideas de solidaridad y fraternidad brillarán más fuertes y puras que nunca en esta magnífica reunión (VII Conferencia Internacional Americana, 1933, p. 19).

Esta referencia, más allá de ubicar en el contexto político y económico la situación que vivía América, confirma los lazos de cooperación que reivindicaba el presidente en el marco del panamericanismo que el propio Uruguay había defendido. La política exterior se mantenía así firme y sin mayores modificaciones respecto a la anterior, pese al cambio político que internamente el país estaba experimentando. En el discurso Terra abordó la cuestión de la guerra del Chaco, conflicto que se estaba desarrollando en ese momento entre Paraguay y Bolivia.

Bolivia y Paraguay dirimen por las armas un pleito doloroso. Quisiera que mi palabra tuviera ante vosotros el prestigio de una arrebatadora elocuencia para expresar la fraternal congoja del pueblo y del Gobierno uruguayos frente a esta contienda que agota las energías e hipoteca el porvenir de dos pueblos hermanos, nobles en su tradición, respetables en su afán de grandeza, heroicos en la prosecución de sus ideales nacionales (VII Conferencia Internacional Americana, 1933, p. 20).

El diario terrista “El Pueblo” (1933) utilizó esta referencia de Terra para enaltecer la figura presidencial. “invitó a Bolivia y Paraguay en nombre de las tres Américas, que en el concepto ideal forman una sola unidad, a deponer las armas y entregar la dilucidación de sus cuestiones, al examen sereno e imparcial del juicio arbitral.” (p. 1) Luego el culto a la personalidad: “Su voz adquirió en esos instantes sonoridades extraordinarias; era como si de sus labios, viniendo del pasado doloroso, surgiera un nuevo Evangelio de paz, de fraternidad y de justicia” (El Pueblo, 1933, p. 1). Otro tema tratado por Terra en el discurso inaugural de la Conferencia fue el relativo a las barreras arancelarias impuestas por Estados Unidos antes de la crisis. Este tema era de particular relevancia en tanto la crisis económica que afectaba a los países de América y particularmente al Uruguay tenía especial relevancia en los desajustes externos. Decía Terra al respecto:

La crisis profunda como otra no recuerda la historia (...) y la insolvencia más o menos declarada de los (...) pueblos víctimas ostensibles de la desocupa-

ción y la miseria por no poder colocar los frutos de su trabajo, desaparecidos los mercados normales por un nacionalismo económico absurdo y que perdura. El presidente Roosevelt (...) que demuestra conocer perfectamente la causa del mal, cree que hay que ir cuanto antes a la (...) rebaja de los aranceles en todos los países de América y abrir las puertas que se cerraron (...) que con justicia él califica de desatinado, de fatal y que ha tenido como consecuencia directa el desastre económico universal (VII Conferencia Internacional Americana, 1933, p. 20).

Entre los puntos de la política de buena vecindad encarada por la diplomacia norteamericana se encontraba la idea de abrir los mercados. No sería tarea fácil en un mundo que tendía al proteccionismo comercial y a la crisis general.

Sin embargo, un aspecto que sellaba el concepto de panamericanismo de la VII Conferencia fue determinada por la evocación, realizada en el discurso de clausura de la Conferencia pronunciado por el actual presidente Gabriel Terra, al escritor y filósofo José Enrique Rodó, donde se pronunciaron las ideas de unidad e identidad americana marcando su distancia conceptual al respecto de del panamericanismo norteamericano anterior a la buena vecindad.

A la Conferencia de Montevideo concurren veinte delegaciones. Se dividieron en diez comisiones para tratar los diversos temas acordados previamente. La primera sesión, convocada para el 4 de diciembre, contó con el discurso inaugural del presidente provisional de la Conferencia, el Canciller uruguayo Alberto Mañé. Los temas se vinculaban con aspectos económicos y comerciales como la eliminación de barreras arancelarias, el arbitraje internacional para resolver conflictos, la propiedad intelectual y la cooperación cultural entre países, así como temas sociales y los asuntos referidos a los derechos civiles de las mujeres.

Igualdad de derechos civiles de las mujeres en la VII Conferencia Americana

La igualdad de derechos de las mujeres se trató en la VII Conferencia para lograr entre la comunidad de países americanos un acuerdo sobre un asunto controvertido en los últimos años.

Se propuso que no se hiciera distinción entre los derechos de las mujeres y de los hombres en materia civil ni en lo que respecta a la nacionalidad. En la mayoría

de los países americanos, una vez casadas, las mujeres perdían su nacionalidad original adoptando automáticamente la de su marido. También se hacían distinciones en materia de disposición de bienes, patria potestad de los hijos, derechos de herencia, ejercicios de cargos públicos, e incluso del derecho al voto. En Uruguay, el Código Civil de 1868, todavía vigente en 1933, establecía algunas de estas disposiciones que sumían a las mujeres bajo la égida de los hombres, en una concepción patriarcal del orden jurídico. Siendo solteras, las mujeres no contaban con la libertad o la disposición jurídica de la mayoría de edad, sino que vivían siempre en una eterna tutela primero del padre y luego del marido.

La cuestión de la igualdad civil de las mujeres fue uno de los temas centrales del movimiento feminista a nivel internacional y también nacional. El fin de la Primera Guerra Mundial había marcado un quiebre en las concepciones que el movimiento feminista internacional defendería. La mujer sentía que tenía derecho a reclamar por la igualdad de derechos en una coyuntura donde se había transformado en puntal de la producción y desarrollo bélico. Incluso el final de la guerra parece haber marcado un retroceso en conquistas de las mujeres respecto a los hombres⁽¹²⁾. Luego de varios fracasos e intentos de introducir en la agenda la discusión en la recientemente creada Sociedad de Naciones, el movimiento feminista internacional continuó su camino marcando presencia en las discusiones y reuniones internacionales. Un momento clave fue precisamente la VI Conferencia Americana desarrollada en La Habana en 1928, donde la presidenta de la Comisión Interamericana de Mujeres Doris Stevens presionó para que se aprobara un estudio sobre la situación jurídica de las mujeres en Latinoamérica. Este estudio sería el inicio de lo que se discutiría en la siguiente conferencia, a desarrollarse en Montevideo en 1933.

En Uruguay el Poder Legislativo había aprobado el derecho al voto de las mujeres mayores de 18 años en 1932. Para Paulina Luisi, “Conseguido el derecho político, fácil será realizar modificaciones necesarias en nuestro Código Civil.” (Sapriza y Rodríguez Villamil, 1984, p. 84) Sin embargo no fue sencilla la modificación del Código Civil que igualaba a las mujeres con respecto a los hombres. Antes y después de la larga discusión por los derechos políticos, la reforma al Código Civil vigente desde 1868 también significó presentaciones fallidas, largas discusiones parlamentarias y movilizaciones del feminismo uruguayo. Las mujeres uruguayas se transformaban así en ciudadanas pero incapaces, parafraseando el título del trabajo de la historiadora argentina Verónica Giordano sobre el tema (Giordano, 2014).

El valor que tuvo la VII Conferencia Americana fue la de introducir este asunto a nivel internacional y servir como punto de partida para una rediscusión del tema que llevó a que los países de América volvieran a pensar en la igualdad civil de las mujeres.

La principal interlocutora uruguaya sobre los derechos civiles de las mujeres fue la Dra. Sofía Álvarez Vignoli de Demicheli. Era una de las más visibles feministas del momento, protegida sin duda por su afiliación al Partido Colorado y defensora del gobierno de Gabriel Terra⁽¹³⁾.

La III Comisión encargada de estudiar y aprobar la igualdad de derechos políticos y civiles para las mujeres se reunió en siete sesiones entre los días 5 y 21 de diciembre. Allí se escucharon discursos de los representantes de todos los países, sin embargo, las más destacadas en su oratoria fueron Bertha Lutz representando a Brasil y Sofía Álvarez Vignoli por Uruguay.

La delegada uruguaya se destacó por sus discursos en defensa del tratamiento sobre la igualdad de los derechos civiles. En un discurso pronunciado el 17 de diciembre en la sub comisión que estudiaba el proyecto expresó: “Estamos en una sesión histórica (...) vamos a sentenciar sobre el porvenir de miles de mujeres que (...) aguardan (...) un nuevo día de justicia” (Álvarez Vignoli de Demicheli, 1934, p. 9). Más adelante alega a favor del movimiento feminista y de las luchas que este ha iniciado a favor de los derechos políticos y civiles: “El feminismo, es una de las tantas fuerzas que tienden a conquistar el novel que por derecho le corresponde. No es creación caprichosa y antojadiza (...), sino que hunde sus raíces en la realidad dolorosa (...) de la misma vida.” (Álvarez Vignoli de Demicheli, 1934, p. 10) Luego se refiere a la situación concreta del marco jurídico que tienen los países de América respecto a las mujeres y la falta de protección y limitaciones que estas encierran: “La economía general de los Códigos americanos se concreta en normas prohibitivas que circunscriben y estrechan la esfera de acción en que se mueve la mujer” (Alvarez Vignoli de Demicheli, 1934, p. 22). Estas prohibiciones partían de los propios hombres que reducían a las mujeres no pudiendo acceder a actividades que dignificaban la vida. Así expresa con números las limitaciones que las legislaciones americanas presentaban:

Existen 17 países americanos que le niegan a la mujer el derecho de ocupar cargos públicos; hay 13 países en que a las mujeres les está prohibido ejercer profesiones en las mismas condiciones que el hombre; en una palabra: se le

clausuran las puertas del trabajo honorable y digno, impidiendo el desarrollo normal de sus nobles actividades (Álvarez Vignoli de Demicheli, 1934, p. 23).

Concluye con una crítica a los argumentos dados por los hombres para mantener esa desigualdad:

Los antifeministas justifican este procedimiento de exclusión diciendo que se defiende la femineidad de la mujer evitando que se deforme en el rudo batallar de la vida. Sin resistencias, yo aceptaría esta gentil preocupación del hombre, si esos mismos países no nos mostraran con sorprendentes estadísticas, los miles de mujeres obreras que dejan sus pulmones en las fábricas, en los talleres y en los lavaderos (Álvarez Vignoli de Demicheli, 1934, p. 23).

Sería interesante analizar quiénes son antifeministas. Por sus palabras, Álvarez Vignoli reconoce a los hombres, a todos ellos. Pero esta visión no era exclusiva de los hombres sino de un importante grupo de mujeres que también se acercaba a estas justificaciones.

El tema de las privaciones a que eran objeto las mujeres fue abordado por Álvarez Vignoli en su discurso. Este era el tema central de la igualdad de derechos civiles para las mujeres y en eso debían estar abocados los países de América, para poder lograr una verdadera igualdad jurídica. El proyecto discutido planteaba leyes que iban desde la protección laboral a las que resguardaban las madres con hijos a cargo, la remuneración justa, el usufructo de los bienes gananciales y la posibilidad de administrar al igual que el marido sus bienes. Para la representante uruguaya, esta desigualdad económica era la que desplazaba a la mujer de la casa y la trasladaba al ámbito laboral:

La miseria que ha sufrido y sufre el mundo desplaza a la mujer del hogar y la trasplanta al ambiente de la fábrica, de la oficina, del profesorado y del laboratorio, para realizar con el hombre, en santa y cordial cooperación de esfuerzos, la común cruzada por la superiorización (sic) humana (Álvarez Vignoli de Demicheli, 1934, pp. 24-25).

Sofía Álvarez presentó un proyecto de diez artículos titulado “Para unificar las legislaciones de las Repúblicas Americanas en lo que se refiere a los derechos civiles de la mujer”. Los temas en los que se incurría eran la igualdad de derechos de las mujeres sobre la patria potestad de sus hijos, la administración de bienes y he-

rencias, y el ejercicio de profesiones al mismo nivel que los hombres.

Por su parte la brasilera Berta Lutz⁽¹⁴⁾, también fue una de las principales abanderadas del feminismo dentro de la Conferencia. Su participación como parlamentaria y activista feminista la transformaron en una de las caras visibles del movimiento sufragista de Brasil e internacional.

Una de sus propuestas fue que la VII Conferencia tomara en cuenta para la próxima reunión tener delegadas mujeres en todos los países: “Considerando que la mujer tiene sus problemas propios, sus vocaciones especiales y una aspiración genuina de colaborar en las cuestiones sociales y americanas” (Acta, 19 de diciembre de 1933, p. 6). La otra propuesta de la delegación brasileña estuvo referida a la presentación formal de la igualdad civil y política de la mujer. El proyecto constaba de seis artículos con una justificación. Los temas eran: igualdad de derechos entre el hombre y la mujer en el matrimonio donde:

El casamiento es un contrato que regula la vida en común del hombre y de la mujer, sancionando legalmente su unión. No debe implicar disminución de capacidad ni subordinación de un cónyuge a otro (...) La restricción de la capacidad civil de la mujer casada (...) es ilógica y atentatoria de su dignidad (Acta, 19 de diciembre de 1933, p. 6).

El otro artículo del proyecto era sobre la igualdad de derechos laborales principalmente en lo que respecta al salario ya que “La igualdad del salario está fundada en la justicia, porque el salario representa el pago de un servicio y reducirlo por el hecho de pertenecer (...) al sexo precisamente considerado más débil es una explotación ilícita del esfuerzo ajeno” (Acta, 19 de diciembre de 1933, p. 6). En estas afirmaciones podemos ver el feminismo que predominaba en Bertha Lutz. A pesar de que se inclinaba hacia un feminismo de la igualdad, su postura era diferencialista: la lucha por los derechos políticos estuvo siempre basada en un concepto de “mujer” como un ser diferenciado, que posee visiones e intereses distintos propias de su sexo (como el interés por la política social, la moralidad, la búsqueda de la paz, la protección de la infancia, de las prostitutas, entre otras) (Osta, 2011, p. 2212).

Un aspecto a destacar de Bertha Lutz fue que, en el año 1937, como diputada presentó el Estatuto Económico de la Mujer, donde consideró la cuestión de la remuneración para las madres-amas de casa, idea muy avanzada para la época si consideramos que todavía hoy sigue en cuestión esta desigualdad (Osta, 2012, p. 63).

En lo que respecta a la nacionalidad independiente de la mujer casada el proyecto establecía la igualdad, ya que “El casamiento tiene por fin regular las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y legitimar la prole. No debe afectar la personalidad de ninguno de ellos. La nacionalidad es un hecho preexistente al casamiento y determinado por el nacimiento” (Acta, 19 de diciembre de 1933, p. 6). También se establecía la consulta a las organizaciones feministas previa a la elaboración de leyes y disposiciones que afectaran o implicaran a las mujeres ya que “No se comprende que en la esfera propia, o de influencia exclusiva de la mujer se decreten leyes o se ejerza la administración, sin la colaboración necesaria de aquellas sobre quienes irán directamente a pesar las medidas gubernativas” (Acta, 19 de diciembre de 1933, p. 7). Por último se proponía que los sindicatos tuvieran al menos una integrante mujer en sus direcciones. Esto se justificaba por la desigualdad imperante pero subsanada por la igualdad política que en muchos países habían logrado las mujeres. Por ello: “es preciso que la mujer sea defendida por medidas especiales que la ayuden a ganar la delantera que el hombre alcanzó antes que ella.” (Acta, 19 de diciembre de 1933, p. 7). Bertha Lutz como feminista de la diferencia promovió la visibilidad a partir de políticas afirmativas, como lo demuestra en esta necesidad de que en los sindicatos estén presentes las mujeres.

Tanto el proyecto de Sofía Álvarez Vignoli como el de Berta Lutz fueron enviados a la Comisión de Iniciativas para que esta les diera el curso correspondiente en el seno de la Unión Panamericana. Estos proyectos tienen valor en sí mismos porque nos hacen conocer cuáles eran las reivindicaciones de las mujeres americanas y la necesidad de actualización de las legislaciones en materia de derechos civiles.

Las resoluciones de la VII Conferencia Americana respecto a los temas de las mujeres fueron consagradas en una serie de importantes consideraciones:

Se aprobó la recomendación de que en la siguiente conferencia se nombren representantes femeninas en todas las delegaciones. Esta resolución, que parece básica no solo nos habla de la incorporación formal de mujeres, sino de la carencia de estas en las anteriores. Ahora las mujeres podían tener una participación más activa y llevar sus reivindicaciones y propuestas a las Conferencias como voceras oficiales. Otra mención especial tuvo la Comisión Interamericana de Mujeres, ya que la Conferencia aprobó y respaldó sus estudios referidos a la situación de las mujeres en el continente favoreciendo estudios futuros e informes que lo sigan respaldando.

El punto tal vez más importante fue la postergación a la aprobación de la igualdad de derechos civiles y políticos. La Conferencia reconoció que la igualdad de derechos políticos y civiles:

No puede adquirirse sino después de un largo y meditado estudio; que tales condiciones difieren sustancialmente de país a país; que la concesión de tales derechos es del resorte privativo de los cuerpos soberanos de cada Estado y no puede una Conferencia (...) contratar con el carácter de obligatorio sobre estos tópicos sin que se menoscaben los derechos soberanos de los diferentes Estados (Acta final VII Conferencia, 1933, p. 44).

Esta declaración muestra como hubo resistencias a aprobar la igualdad de derechos políticos y civiles. Primero por razones jurídicas, respetando la independencia jurídica de cada país. En segundo término, estableciendo que la aprobación de la igualdad de derechos requiere un meditado estudio, habiendo sido presentados varios proyectos con vastas justificaciones. ¿Prejuicios? ¿Resistencias políticas? Seguramente eso y mucho más combinado en un mundo que tenía presencias femeninas fuertes y movimientos organizados, pero donde los hombres aún marcaban su presencia con la toma de decisiones. La Conferencia recomendaba que los países se hicieran “eco del clamor y de las peticiones (...) de la Comisión Interamericana de Mujeres la que solicita esta igualdad de derechos.” (Acta final VII Conferencia, 1933, p. 44).

En cuanto a sus resoluciones, la Conferencia tomó dos al respecto:

1º Recomendar a los gobiernos de las Repúblicas de América que procuren dentro de lo posible (...) establecer la mayor igualdad entre hombres y mujeres; 2º Señalar como una aspiración el que la Presidencia de la Comisión Interamericana de Mujeres recaiga dentro del período que media entre una y otra Conferencia en representantes de los diferentes países que la forman (Acta final VII Conferencia, 1933, p. 44).

A pesar de que la Conferencia se pronunció sobre el tema de la igualdad de derechos de las mujeres a los países americanos, no consiguió pasar de una recomendación.

Conclusiones

La VII Conferencia Interamericana realizada en Uruguay en diciembre de 1933 tuvo diferentes sentidos y pueden hacerse a la luz de los acontecimientos diversas valoraciones analizadas a largo plazo.

En primer lugar y a nivel general, no fue una conferencia americana más, realizada por la Unión Panamericana. Fue la conferencia en la cual Estados Unidos —en ese momento actor clave de las relaciones internacionales— presentó formalmente su política de buena vecindad que tendría especial interés no solo económico sino estratégico para lo que vendrá en relación a la Segunda Guerra Mundial. La década del treinta asomaba a la luz de la instalación de los regímenes autoritarios en Europa, como un período belicista y esta conferencia dio los primeros pasos en las definiciones de las alianzas necesarias para resguardar intereses políticos, económicos y militares. ¿De quienes? Seguramente, el país más favorecido fue Estados Unidos, potencia militar y dominante en lo referente al comercio de bienes de capital y de consumo. Pero América Latina encontró en ese país un nicho de mercado —desigual de acuerdo a los intereses y productos disponibles— alternativo ante la crisis económica que los afectaba.

Por el lado uruguayo, la conferencia fue un respaldo diplomático al gobierno de facto de Gabriel Terra. En ninguno de los discursos y en ninguna de las diferentes Comisiones, se mencionó y menos condenó el tema del régimen imperante en Uruguay. Esto sirvió de fortalecimiento diplomático y reconocimiento internacional para un gobierno que se acomodaba a las circunstancias políticas internas. A la vez, esta conferencia sirvió para reforzar el vínculo panamericanista de Uruguay y su relación de alianza con los países americanos y con Estados Unidos, pero no sin limitaciones, dando eco a una visión arielista latinoamericana.

En lo que respecta al tratamiento de temas vinculados a las mujeres, las conclusiones a las que llegamos nos muestran resultados poco promisorios pero tomando lo ocurrido en el largo plazo podemos ver los efectos de estos. El tema de la igualdad de derechos civiles y políticos de las mujeres era uno de los puntales temáticos del movimiento feminista a nivel mundial y especialmente americano. Desde la Conferencia de 1928 en La Habana se estaban planteando los diferentes puntos. Llevados a la Conferencia de Montevideo, estos temas se trataron vastamente y con proyectos que nos muestran la importancia de estos temas para las feministas. La VII Conferencia puso en el tapete asuntos sobre las mujeres que eran producto de

cabildeos y protestas. Ahora, se materializaban en proyectos y discursos de las principales feministas de los países participantes. De esta manera la nacionalidad de las mujeres casadas, la igualdad de derechos en el matrimonio, la obtención de derechos laborales como licencias por maternidad e igualdad salarial, el acceso a cargos públicos, el voto en aquellos países donde aún no se había reconocido, el derecho a la herencia y la posibilidad de administrar bienes y la obtención de la patria potestad eran premisas que ahora se visibilizaban en reuniones oficiales y se discutían en el seno de Comisiones especiales a estos temas. Los planteos y discusiones sobre estos asuntos siempre fueron hechos desde una óptica feminista diferencialista, paradas en las diferencias y condiciones propias de las mujeres, desde la diferencia buscaron equiparar los derechos. Estos proyectos demuestran la importancia que asuntos como la nacionalidad de la mujer casada, o los derechos laborales, tenían para la agenda de los movimientos feministas mundiales y americanos.

Las resoluciones que la Conferencia tomó al respecto, observan a largo plazo que las recomendaciones dadas por ésta fueron el fundamento de las reformas de los Códigos Civiles que se registrarían en la historia. No sin discusiones y después de muchos años, en el Uruguay se reformó el Código de 1868, estableciendo igualdad de derechos civiles para las mujeres, siendo Sofía Alvarez Vignoli —representante uruguaya en la Comisión sobre derechos de las mujeres— la que desde el Senado —junto con las legisladoras Julia Arévalo del Partido Comunista y Magdalena Antonelli del batllismo— impulsó dicha reforma basándose en su propuesta de 1933. El nuevo Código Civil se aprobó el 11 de setiembre de 1946.

Por último, es válida la pregunta sobre ¿qué vigencia tienen hoy estos reclamos en torno a la igualdad civil de las mujeres? Dada la especificidad de los reclamos y el tiempo transcurrido parecería un anacronismo superado por la vía del derecho. Sin embargo, la discusión en torno a la igualdad salarial por ejemplo, tema que Berta Lutz enunciaba con la frase aún vigente “a igual trabajo igual salario” recuerda e interpela sobre la escasa equiparación que en algunos ámbitos las mujeres tienen respecto a los hombres. Nos recuerda además que las relaciones y construcciones culturales basadas en este caso en vínculos patriarcales, no pueden modificarse únicamente por la acción de los legisladores o las declaraciones diplomáticas sino requiere transformaciones estructurales de las bases la cultura de una sociedad.

Referencias

- Actas de la VII Conferencia Internacional Americana, Montevideo, diciembre de 1933, Biblioteca del Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo, Uruguay.
- Álvarez Vignoli de Demicheli, S. (1934). *Derechos civiles y políticos de la mujer*. Montevideo: s. d.
- Batalla, I. (2005). Política exterior de Uruguay, 1830–1895. Tendencias, problemas, actores y agenda. *Documentos de Trabajo*, (69).
- Beyhaut, G. y H. (1995). *América Latina. De la independencia a la segunda guerra mundial*. México: Siglo XXI.
- Boersner, D. (1996). *Relaciones internacionales de América Latina. Breve historia*. Venezuela: Editorial Nueva Sociedad.
- Clemente, I. (2013). *Uruguay en las conferencias panamericanas: la construcción de una opción en política exterior*. Ponencia presentada al *Simposio Los Asuntos Internacionales en América Latina y el Caribe Historia y Teoría. Problemas a Dos Siglos de la Emancipación*. Recuperado de http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/6/2013/archivos/Ponencia_Uruguay-Panamericanismo.pdf
- Giordano, V. (2014). De “ciudadanas incapaces” a sujetos de “igualdad de derechos”. Las transformaciones de los derechos civiles de las mujeres y del matrimonio en Argentina. *Revista Sociedad*, (33).
- Jacob, R. (2016). *Las inversiones norteamericanas 1900-1945*, Montevideo: Objeto Directo ediciones.
- Jacob, R. y Caetano, G. (1991). *El nacimiento del Terrismo*, 3 tomos. Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.
- Luisi, P. (1921). *Estatutos. Alianza Uruguaya para el Sufragio Femenino*. Montevideo: s.d.
- Machado Bonet, O. (1969). Sufragistas y poetisas. *Enciclopedia uruguaya*, (38).

- Morgenfeld, L. (2009). *Argentina frente a Estados Unidos en las conferencias panamericanas*. Recuperado de <http://repositorio.filo.uba.ar/handle/filodigital/1298>
- Naciones Unidas (junio 2003). La mujer, la nacionalidad y la ciudadanía, *La mujer en el 2000 y después*. Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/public/jun03s.pdf>
- Osta Vázquez, M. L. (2011). *Vidas que se cruzan: as trajetórias das feministas sufragistas uruguaias e brasileiras através dos discursos*. Anais do Seminario de Historia do Tempo Presente. Florianópolis: UDESC.
- Osta Vázquez, M. L. (2012) *Feminismo, Eugenia e Maternalismo nos discursos de duas feministas sufragistas uruguia e brasileira*. *Fronteiras, Dourados, MS*, 14(25), 55-68.
- Turcati, D. (1981). *El equilibrio difícil. La política internacional del batllismo*. Montevideo: Arca-CLAEH.
- Sanjuan, A. (2014). *La unidad de los Estados Latinoamericanos*. Montevideo: Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Sapriza, G. y Rodríguez Villamil, S. (1984). *Mujer, Estado y política en el Uruguay del siglo XX*. Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.
- Thébaud, F. (1993). La Primera Guerra Mundial: ¿la era de las mujeres o el triunfo de la diferencia sexual? En G. Duby y M. Perrot. *Historia de las mujeres*, (pp. 31-89), Tomo 9. Madrid: Taurus.

Prensa

El Pueblo, Montevideo, 1933.

Notas

¹ Luisi, Paulina. Estatutos. Alianza Uruguaya para el Sufragio Femenino. Montevideo, 192

² Del Plata, 20 de Abril de 1917.

³ El cientista político uruguayo Rodolfo Gonzáles Rissotto rastreó la existencia de otro partido feminista: el Partido Independiente Demócrata Feminista, el cual fue fundado en 1935 y presentó candidatas en las elecciones de 1938 a penas para los departamentos de Montevideo y Canelones. Alcanzó solamente 0,032 % de los votos en el país. Después de esas elecciones el partido dejó de existir. Gonzales Rissoto, Rodolfo. *Mujeres y Política en el Uruguay*. Montevideo: Ediciones de la Plaza, 2004.

⁴ El Pueblo, 16 de diciembre de 1932.

⁵ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, Tomo 156, 1932, p. 12-13.

⁶ El documento conocido como “doctrina Monroe” se refiere al mensaje que dio en diciembre de 1823 el Presidente de Estados Unidos James Monroe al Congreso de su país.

⁷ Para ampliar objetivos, resoluciones y detalles de la 1.^a Conferencia Internacional Americana ver: Boersner, D. (1996). *Relaciones internacionales de América Latina. Breve historia*, Venezuela, Editorial Nueva Sociedad, pp. 139 a 141.

⁸ Para ampliar este punto ver: Isabel Clemente: “Uruguay en las conferencias panamericanas: la construcción de una opción en política exterior”, ponencia presentada al simposio “Los Asuntos Internacionales en América Latina y el Caribe Historia y Teoría. Problemas a dos siglos de la Emancipación”, en la web: http://cienciasociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/6/2013/archivos/Ponencia_Uruguay-Panamericanismo.pdf

⁹ Para ampliar sobre las relaciones comerciales entre Uruguay y Estados Unidos en el período, recomendamos el libro de Jacob, R. (2016). *Las inversiones norteamericanas 1900-1945*, Montevideo, Objeto Directo ediciones.

¹⁰ Desde 1917, la Constitución uruguaya establecía la división del Poder Ejecutivo en dos ramas: el Presidente de la República con las funciones de la defensa externa, la seguridad interna y las relaciones exteriores; por otro lado un Consejo Nacional de Administración de nueve miembros con funciones administrativas y económicas. El golpe de 1933 daría lugar a la Constitución de 1934 restituyendo al presidente unipersonal.

¹¹ Sobre el tema recomendamos: Jacob, R. y Caetano, G. (1989, 1990, 1991). *El nacimiento del Terrismo*, 3 tomos, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.

¹² Para ampliar: Thébaud, F. (1993): “La Primera Guerra Mundial: ¿la era de las mujeres o el triunfo de la diferencia sexual?”, En G. Duby y M. Perrot (1993): *Historia de las mujeres*, Tomo 9, Madrid, Taurus, p. 74 y ss.

¹³ Sofía Álvarez Vignoli (1899-1986) abogada y política uruguaya. Feminista defensora del sufragio y los derechos civiles para las mujeres. Colorada terrista, fue la primera senadora electa en 1942. Se destacó en defensa de los derechos del niño y la reforma del Código Civil de 1946.

¹⁴ Bertha Lutz (1894-1976), brasilera naturalista, zoóloga y profesora. Hija del médico suizo Adolfo Lutz y de la enfermera inglesa Fowler Lutz. En 1922 fundó la Federación Brasileña para el Progreso Femenino (FBPF) después de representar a Brasil en la Asamblea general de la “Liga de las Mujeres Sufragistas” realizada en Estados Unidos, donde fue elegida vicepresidenta de la Sociedad Panamericana. Fue electa suplente como diputada federal en 1934. En 1936 asumió el mandato.

Jorge Larroucau Torres✉

El juicio sumario como procedimiento ordinario en la justicia civil chilena*

*The Summary Procedure as
Common Procedure in the Chilean Civil Justice*

*O julgamento sumário como um
procedimento ordinário na justiça civil chilena*

Resumen: *El procedimiento ordinario es el juicio de aplicación común y supletoria en la justicia civil chilena. Este artículo demuestra que ley procesal le otorga este rol actualmente al juicio sumario. Esta tesis se apoya tanto en el ámbito de aplicación que dispone el Código de 1903, en lo que ordenan las leyes especiales, así como en el análisis de los juicios especiales, sobre todo de los juicios de arrendamiento y de los interdictos posesorios. Esta comprensión del juicio sumario tiene varias consecuencias procesales y desafíos tanto para los litigantes como para los tribunales, los cuales no se difuminan con un eventual cambio de los procedimientos escritos por una tramitación en base a audiencias, sino que requieren definir los límites de actuación de dichos sujetos especialmente durante la fase de formación del debate.*

Palabras clave: *Juicio sumario, procedimiento ordinario, justicia civil chilena, buena fe procesal, gestión judicial de causas*

✉ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción; Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

✉ jorge.larroucau@pucv.cl

* Este artículo es parte de una investigación financiada mediante un proyecto Fondecyt Regular (N° 1170067: “El principio de la buena fe procesal. Análisis dogmático y crítico de su rol como fuente de cargas, deberes y sanciones en la formación del debate”, 2017-2018) cuyo apoyo agradezco.

Abstract: *The common procedure is the supplementary and common application trial in the Chilean civil justice. This paper indicates which procedural law is currently granted by this role to the summary procedure. This thesis relies on both the scope of application provided by the Code of 1903 and on that governed by the special laws as well as on the analysis of the special trials, particularly of the leasing proceedings and possessory restraining orders. This understanding of the summary procedure has several procedural consequences and challenges for the litigants as well as for the courts which are not blurred by a possible change of the procedures written by a processing based on hearings but requiring the definition of the limits of action of such subjects especially during the debate formation stage.*

Keywords: *Summary procedure, common procedure, Chilean civil justice, procedural good faith, judicial case management*

Resumo: *O procedimento ordinário é o julgamento de aplicação comum e suplementar na justiça civil chilena. Este artigo demonstra que a lei processual concede atualmente este papel ao julgamento sumário. Esta tese é apoiada tanto no âmbito de aplicação que dispõe o Código de 1903, quanto no que ordenam as leis especiais, bem como na análise de julgamentos especiais, sobre tudo de processos de Arrendamento e Interditos Possessórios. Este entendimento do julgamento sumário tem várias consequências processuais e desafios tanto para os litigantes, como para os tribunais, que não se confundem com uma eventual mudança de procedimentos escritos por uma tramitação baseada em audiências, mas requerem a definição dos limites de atuação de referidos sujeitos, especialmente durante a fase de formação do debate.*

Palavras-chave: *Julgamento sumário, procedimento ordinário, justiça civil chilena, boa-fé processual, gestão judicial de causas*

Recibido: 20181024

Aceptado: 20181112

Introducción

La codificación procesal civil chilena de 1903 agrupó al juicio sumario dentro de los procedimientos especiales (Título XI, Libro III Código de Procedimiento Civil/CPC). Este artículo no solo demuestra que esta calificación supuso un error categorial, ya que el sumario no es un juicio especial, sino que hoy dicho juicio cumple el rol de procedimiento ordinario en la justicia civil. Esta tesis se alinea con la triple finalidad que buscan los sistemas de justicia modernos, en cuanto a que las decisiones judiciales no solo sean correctas, sino que también oportunas y eficientes. (Zuckerman, 1999). Discutir si el juicio sumario constituye el procedimiento ordinario forma parte, por ende, de un debate mayor sobre los fines de la justicia civil.

En general, en la litigación contemporánea el uso de la voz “sumario” como adjetivo para un procedimiento judicial es “una variable más para distribuir entre las partes la duración de un proceso”, ya sea (1) en un caso de “urgencia” (la “necesidad de una respuesta jurisdiccional rápida”), o bien, (2) por concurrir un “criterio de un derecho evidente alegado por el demandante”. (Pérez, 2017, 139). En Chile, en particular, el ámbito de aplicación para el juicio sumario conjuga ambas circunstancias, tanto la necesidad de una tramitación rápida (mediante una cláusula general) como la existencia de criterios objetivos (consignados en un catálogo no taxativo) para aplicar este procedimiento y no otro al caso concreto (art. 680 CPC).

Para demostrar que el juicio sumario cumple el rol de procedimiento ordinario este trabajo se desarrolla del siguiente modo. En primer lugar, se identifica el sentido normativo que tiene hablar de un procedimiento ordinario a este respecto, distinguiéndolo de otras nociones habituales de juicio ordinario. En segundo término, se analiza el ámbito de aplicación dispuesto por el Código de 1903 para el juicio sumario, analizando por separado los desafíos de su cláusula general y del catálogo típico de criterios de decisión. Como tercer paso se expone el fenómeno de la sumarización, que incorpora criterios no codificados para que el juez ordene que la tramitación de un asunto con-

tencioso sea sumaria. En cuarto término, se da cuenta de la semejanza estructural que tienen varios de los procedimientos especiales con el juicio sumario, tomando como ejemplo paradigmático el caso de los juicios de arrendamiento. En quinto lugar, se examina la afirmación de que los juicios sumarísimos –como los interdictos posesorios– se diferencian del juicio sumario en cuanto a sus efectos. Por último, se identifican las principales consecuencias prácticas y desafíos, tanto para los litigantes como para los jueces, que conlleva atribuirle el rol de procedimiento ordinario al juicio sumario.

El procedimiento ordinario

El Libro II del Código de 1903 regula el juicio de lato conocimiento bajo el título “Del juicio ordinario”. Este rótulo ha servido de base para afirmar que las reglas de este juicio se aplican de forma supletoria en otros ámbitos, generando un lugar común que es necesario revisar. En efecto, tal como lo observara Carlos Anabalón, en el principal análisis dogmático sobre dicho procedimiento publicado en el siglo XX, la denominación correcta para esta tramitación debió ser “juicio de mayor cuantía”, para distinguirla de “otros dos juicios ordinarios”, el de menor cuantía y el de mínima cuantía, los cuales “revisten el carácter de especiales frente al juicio ordinario de mayor cuantía”. (Anabalón, 1954, 13).

A la luz de esta aclaración irrumpe de inmediato la pregunta: ¿Cuántos sentidos normativos admite la expresión procedimiento ordinario en la nomenclatura procesal civil? Hay al menos tres concepciones que son relevantes para esta discusión.

1) Competencia

Se habla de procedimiento ordinario cuando el asunto contencioso es conocido y juzgado por un tribunal que forma parte de la justicia ordinaria (art. 5 Código Orgánico de Tribunales/COT)⁽¹⁾ Dado que tanto el juicio de lato conocimiento como el juicio sumario son competencia de un Juzgado de Letras, este criterio no hace la diferencia en este debate.

2) Objeto

Se habla de procedimiento ordinario cuando se trata de un juicio de cognición que conduce a una decisión firme y ejecutoriada, inimpugnable e inmutable (arts. 174, 175 y 177 CPC). Este criterio tampoco zanja el tema porque, en cuanto a su objeto, el juicio sumario es un procedimiento civil declarativo de derechos, obligaciones y deberes. Es decir, es un juicio de cognición que garantiza la correcta decisión judicial acerca de la verdad de los hechos y la correcta aplicación del derecho vigente. Es por ello que la sentencia definitiva produce cosa juzgada material, siendo inimpugnable e inmutable⁽²⁾

Desde este punto de vista, si el procedimiento ordinario es aquel que permite a un juez del Poder Judicial “conocer de toda clase de pretensiones, sin ninguna clase de limitación” (Cortez, 2001, 7), entonces habría ciertos procedimientos, como el monitorio laboral, que no serían juicios ordinarios porque mediante él solo se pueden conocer dos pretensiones: (1) la de pago del trabajador en un conflicto cuya cuantía sea igual o inferior a diez (10) ingresos mínimos mensuales y (2) la de la trabajadora embarazada (y del padre que haga uso del permiso postnatal) de gozar de fuero laboral (art. 496 Código del Trabajo/CT).

Por contrapartida, como se acaba de señalar, tanto el juicio de lato conocimiento como el juicio sumario tendrían el carácter de ordinario de acuerdo con este punto de vista. Es más, si lo que define normativamente a un “proceso de lato conocimiento” no es su duración sino que su extensión, atendiendo a su objeto y sus efectos –es decir, que en él “se discute la totalidad de un conflicto jurídico y, una vez resuelto, no se puede iniciar otro proceso” (Núñez y Pérez, 2014, 15)–, paradójicamente el juicio sumario también podría ser caracterizado de forma correcta como uno de lato conocimiento. Esto invita a redefinir el clásico binomio de juicios sumarios y plenarios.

3) Supletoriedad

Se habla de procedimiento ordinario para aludir a la tramitación cuyas reglas se deben aplicar supletoriamente en lo no regulado por la ley procesal civil (art. 3 CPC).

Atendiendo a que el juicio sumario es competencia de un tribunal que forma parte de la justicia ordinaria (Juzgado de Letras) y que conduce al efecto de cosa juzgada (material), el sentido en que cabe cuestionar su carácter de procedimiento ordinario es este último, en cuanto a si se deben aplicarse o no sus reglas a otros asuntos contenciosos cuya tramitación no se halla (completamente) regulada.

Para avanzar en este debate es preciso ir despejando varios puntos relacionados entre sí. En primer término, según las “Reglas generales” del Código de 1903, un procedimiento judicial es ordinario si “se somete a la tramitación común ordenada por la ley” y, en cambio, es extraordinario si “se rige por las disposiciones especiales que para determinados casos ella establece” (art. 2 CPC). Según esta distinción, tanto el juicio de lato conocimiento del Libro II CPC como el juicio sumario son candidatos a ser considerados el procedimiento ordinario, ya que ello depende de cuál sea la “tramitación común” en la justicia civil. El art. 2 CPC es un buen punto de partida, entonces, porque permite fijar el debate en términos normativos, acerca de cuál debería ser la tramitación ordenada por la ley cuando se trata de conflictos civiles.

En este sentido, es interesante observar que en la justicia del trabajo incluso se evita hablar de “juicio ordinario”, aludiéndose directamente al “procedimiento de aplicación general” (Párrafo 3, Capítulo II, Título I, Libro V CT).

En segundo lugar, el argumento del mapa legal –que enfatiza que el juicio sumario figura como un procedimiento especial y el juicio de lato conocimiento se regula bajo el nombre “Del juicio ordinario”– desaparece completamente en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 2012, el cual incluye al juicio sumario y al juicio de lato conocimiento como “procesos declarativos”, en su Libro II. Es decir, el Proyecto de 2012 alude a ambos procedimientos desde el punto de vista de su objeto y efectos –declarar derechos, deberes y obligaciones con efecto de cosa juzgada– y no se pronuncia acerca de su potencial carácter supletorio⁽³⁾.

En tercer término, la ley procesal no especificó los asuntos en que se debe aplicar el juicio de lato conocimiento del Libro II CPC, a diferencia de lo que hizo con el juicio sumario, como se verá en breve. Un camino diferente siguió la legislación procesal de familia, que en 2004 vinculó directamente al juicio

ordinario con toda la competencia en los asuntos contenciosos de los jueces de familia:

Art. 55, Ley N° 19.968: Procedimiento ordinario. El procedimiento de que trata este Párrafo será aplicable a todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los juzgados de familia y que no tengan señalado otro distinto en ésta u otras leyes. Respecto de estos últimos, las reglas del presente Párrafo tendrán carácter supletorio.

Por último, también es útil considerar el punto de vista de las leyes procesales especiales, porque ellas suelen remitirse al Libro I del Código de 1903 –a veces de forma exclusiva– para que rija en lo no regulado⁽⁴⁾. Por ejemplo:

a) La justicia del trabajo sostiene que, en lo no regulado por el Libro V CT y siempre que aquellas reglas “no sean contrarias a los principios” de los procedimientos laborales (art. 432 CT), se aplican supletoriamente los Libros I y II del Código de 1903.

b) La justicia de familia, en tanto, sostiene que en lo no regulado por la ley de tribunales de familia se aplican “las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que esta ley establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de oralidad” (art. 27 Ley N° 19.968)⁽⁵⁾.

De acuerdo con estas leyes especiales, entonces, el estatuto procesal supletorio y residual de los procedimientos judiciales en Chile sería el Libro I CPC (“Disposiciones comunes a todo procedimiento”), entendiendo que las esporádicas referencias al Libro II CPC –como ocurre en la justicia del trabajo– se agotan en el aspecto probatorio dejando en el aire preguntas relevantes en torno a la formación del debate y a la tramitación en general. Estas últimas cuestiones exigen responder directamente la pregunta acerca de cuál es la tramitación común en la justicia civil.

El ámbito de aplicación del juicio sumario

Este punto ofrece un fuerte argumento para considerar al juicio sumario el procedimiento ordinario, en el sentido de la aplicación supletoria ya señalada. En este plano es preciso distinguir dos reglas: una cláusula general (potestativa) (art. 680 inciso 1º CPC) y un catálogo no taxativo (imperativo) (art. 680 inciso 2º CPC).

1) La cláusula general

La cláusula general es bastante amplia, por cuanto señala que “el procedimiento de que trata este Título [juicio sumario] se aplicará en defecto de otra regla especial a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz”.

Por lo tanto, solo a falta de un procedimiento especial (la expresión “regla especial” reemplazó a las referencias originales a “otra tramitación especial” y “a otra clase de procedimiento” del art. 838 CPC) el caso debe tramitarse como sumario si el juez determina que la acción requiere de una tramitación rápida para ser eficaz. Esta disposición adquiere importancia porque, como es sabido, lo habitual es que la ley procesal no especifique el procedimiento a seguir, salvo en los casos en que ordena expresamente que sea un juicio sumario, como se verá pronto. Esto se puede ejemplificar mediante dos casos, uno de índole general y otro, en cambio, que se agota en una hipótesis concreta:

1. En todos los asuntos no contenciosos (Libro IV CPC), si ante la solicitud “se hace oposición por legítimo contradictor” (art. 823 inciso 1º CPC) el caso se vuelve contencioso y debe tramitarse según “el procedimiento que corresponda”.
2. En la acción de desposeimiento en contra del tercero poseedor de la finca hipotecada (o acensuada) (Título XVIII, Libro III CPC), para hacer efectivo el pago se tiene que notificar al poseedor del inmueble, quien dispone de diez (10) días para pagar la deuda o “abandonar” la propiedad ante el juez civil (art. 758 CPC). Si una vez notificado el tercero poseedor del inmueble no hace ninguna de estas cosas, se sigue en su contra el procedimiento “ordinario” o el ejecutivo, según el título que tenga el acreedor (art. 759 CPC).

Este problema ya fue anticipado en la sección anterior, en cuanto a que la ley procesal chilena es poco asertiva a la hora de hacer un reenvío a las reglas de aplicación supletoria. Junto con los ejemplos ya señalados, cabe añadir uno más que es bastante elocuente al respecto: el art. 27 de la ley del Tribunal de la Contratación Pública (Ley N° 19.886 de 2003), un tribunal especial fuera del Poder Judicial, ordena lo siguiente con respecto a la tramitación:

La acción de impugnación se tramitará de acuerdo con las normas contenidas en este Capítulo. Supletoriamente, se aplicarán las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil y las del juicio ordinario civil de mayor cuantía que resulten conformes a la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento.

¿Cuál es este procedimiento “ordinario civil de mayor cuantía” que es adecuado a una tramitación “breve y sumaria”? Para encontrar una respuesta hay que considerar el procedimiento judicial que se contempla en el mismo Capítulo V de la Ley N° 19.886, el cual se asemeja mucho más a un juicio sumario que al juicio de lato conocimiento del Libro II CPC. En efecto, una vez presentada la demanda el Tribunal debe solicitar un informe al organismo público respectivo, quien tiene diez (10) días para evacuarlo (art. 25 Ley N° 19.886). Una vez vencido este plazo el Tribunal decide si recibe la causa a prueba, abriendo un término probatorio de diez (10) días. Al concluir este plazo, el Tribunal tiene diez (10) días para dictar sentencia.

Ahora bien, en términos analíticos la cláusula general del inciso 1° del art. 680 CPC admite dos lecturas:

1. Una lectura amplia (enfocada en el litigante)

Desde el punto de vista de quienes litigan, toda acción judicial requiere de una tramitación rápida para ser eficaz, de modo que el procedimiento siempre debería tramitarse como un juicio sumario, salvo “regla especial” en contrario.

El Mensaje del Código de 1903 fue contundente al destacar estas expectativas de ambos litigantes en cuanto a que su juicio sea rápido, al señalar que “en las leyes de procedimiento, se hace necesario conciliar el interés de

los litigantes, que exige una pronta solución de los pleitos, y el interés de la justicia, que requiere una concienzuda y acertada apreciación del derecho sobre que debe recaer el fallo”.

Por su parte, el Proyecto de 2012 realza este enfoque al introducir la posibilidad de que las partes pacten al respecto, ya sea de forma expresa o tácita:

El procedimiento sumario se aplicará cada vez que las partes convengan en ello y, en defecto de otra regla especial, a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación concentrada para que sea eficaz. (2) Se entenderá que el demandado conviene en sujetarse al procedimiento sumario si no se opone a ello en su primera presentación en la causa. El juez sólo podrá declarar la improcedencia del procedimiento sumario cuando el demandado lo haya alegado como excepción previa (art. 352).

2. Una lectura restringida (enfocada en el conflicto)

Desde el punto de vista del objeto procesal, en tanto, la eficacia de la tramitación depende de la “naturaleza” de la acción (por ejemplo, para evitar un daño inminente el juicio debería ser sumario, aunque el Código de Bello no señale nada al respecto, art. 2333 Código Civil/CC). En cualquier caso, es una potestad del juez calificar si la eficacia –según el tipo de acción (o pretensión) ejercida– exige que el juicio sea sumario, aplicando el inciso 1º del art. 680 CPC⁽⁶⁾.

2) El catálogo típico

El primer número del inciso 2 del art. 680 CPC despeja toda duda respecto de si el catálogo es o no taxativo, ya que abre la posibilidad de que leyes especiales ordenen una tramitación sumaria (“A los casos en que la ley ordene proceder sumariamente, o breve y sumariamente, o en otra forma análoga”). Con todo, a veces es el mismo Código de 1903 el que ordena tramitar el procedimiento como sumario (por ejemplo, en un caso de jactancia, art. 271 CPC).

En la práctica se ha cuestionado la ausencia de “un catálogo de derechos u acciones que se estimen requieran rapidez procedimental para su eficacia” (Arce, 2015, 225), aunque lo cierto es que dicho “catálogo” de criterios puede

ser elaborado a partir de los propios casos que da la ley. En efecto, un repaso de los escenarios en que el juicio debe ser sumario por mandato del inciso 2 del art. 680 CPC permite reconocer varios criterios objetivos que sirven de fundamento para ordenar una tramitación rápida del asunto:

1. Conflictos de vecindad (servidumbres)⁽⁷⁾
2. Incapacidad del interesado y eventuales relaciones de familia (guardadores y representantes legales).
3. Contratos sin previa discusión (depósito necesario).
4. Plausibilidad del derecho reclamado (cobro de honorarios, acción ejecutiva por la vía ordinaria, responsabilidad civil de quienes han sido condenados penalmente)⁽⁸⁾
5. Protección de la confianza y del cumplimiento de deberes de información necesarios para decidir un negocio (rendición de cuentas).

El caso de la rendición de cuentas es interesante, además, porque se trata de un asunto cuya tramitación requiere de un juicio sumario, aunque un aspecto del mismo puede ventilarse en un juicio especial. Esto marca la estrecha conexión que existe entre el juicio sumario y los juicios especiales del Libro III CPC, a la que se hará alusión más adelante. Así, por ejemplo, en *Sociedad Glasinovic y Duhalde con Banco Osorno* y *La Unión*, la Corte Suprema separó los objetos de cada procedimiento:

Cabe distinguir, respecto de los juicios relacionados con la obligación de rendir cuentas –en lo que al caso en estudio atañe– los siguientes procedimientos:

- a) El juicio declarativo sobre cuentas, del que conoce la *justicia ordinaria* y que se tramita por las normas del juicio sumario, cuyo objeto es obtener, únicamente, *la declaración de la obligación de rendir una cuenta* en los casos en que ella está establecida por la ley o el contrato; y
- b) El juicio sobre cuentas del que conoce un tribunal arbitral, cuya tramitación es aquella que se encuentra reglamentada en el Título XII del

Libro III del Código de Procedimiento Civil y que tiene por finalidad *la presentación y análisis de la cuenta y su impugnación o aprobación*, sin que se discuta acerca de la obligación de rendirla, pues ésta ha sido establecida por la ley, el contrato o la resolución judicial. (Corte Suprema. Sentencia N° 2766, 22 de noviembre 1990. LegalPublishing N° 11125, cons. 3°, destacados añadidos).

En definitiva, el ámbito de aplicación del juicio sumario que dispone el Código de 1903 brinda varias razones de peso para posicionarlo como el procedimiento ordinario. De allí que Mario Casarino observase –aunque sin mencionar en cuáles– que “en algunas legislaciones procesales extranjeras, el procedimiento sumario constituye el rito común o de aplicación general, reservándose el juicio ordinario [sic] solamente para aquellos negocios que, por su importancia económica o complejidad jurídica, requieren de este último procedimiento”. (Casarino, 2007, 31). Esta tesis adquiere aún más fuerza cuando se analiza lo dispuesto en leyes procesales especiales.

Sumarización

A partir de las últimas décadas del siglo XX se dio en Chile “una auténtica vorágine legislativa creadora de procesos especiales, marcados por la tendencia a la *sumarización de la función legislativa*”. (Romero, 2002, 34, destacado en el original). Así, por ejemplo, la *Ley Zamudio* que estableció medidas contra la discriminación arbitraria determinó que la demanda ante el juez civil se tramite como un juicio sumario (art. 9 Ley N° 20.609 de 2012).

En la extensa nómina de los procedimientos sumarios ordenados por una ley especial se cuentan múltiples asuntos, varios de ellos de enorme relevancia. Entre estos casos se destacan conflictos de índole ambiental, responsabilidad civil, societarios, propiedad, consumo, administrativo, familia y privacidad. Un repaso de ellos permite identificar más criterios objetivos para ordenar una tramitación sumaria.

1) Conflictos ambientales

1. El reclamo de la decisión que acoge la oposición a la solicitud de concesión de un yacimiento aurífero (art. 11 DL N° 491 del Ministerio de Fomento de 1932);

2. Los juicios por pertenencias mineras adquiridas por jueces (art. 322 COT);

3. La reclamación del infractor que paga la multa impuesta por un Gobernador o por el Director de Agricultura y Pesca (art. 50 Decreto N° 567 del Ministerio de Agricultura de 1964);

4. Los juicios sobre (constitución, pérdida y ejercicio de los derechos de) aguas que no tengan procedimiento especial (art 177 Código de Aguas de 1981);

5. El reclamo en contra del Servicio Agrícola y Ganadero (art. 45 DL N° 3.557 de 1982);

6. Los juicios sobre (pedimento, manifestación, concesión de exploración o pertenencia de) minas que no tengan procedimiento especial (art. 233 Código de Minería de 1983 reformado en 1987);

7. Los juicios por infracciones a la ley de bases del medio ambiente (art. 61 Ley N° 19.300 de 1994).

2) Conflictos de responsabilidad civil

1. La acción de repetición de funcionarios municipales en casos de responsabilidad civil (art. 61 DL N° 1.289 de 1976);

2. Los juicios de responsabilidad por daños a las administradoras de fondos de pensiones (art. 148 Ley N° 3.500 de 1980);

3. La acción civil que se interpone ante un juez civil después de ejecutoriada la sentencia que condena al infractor en un procedimiento infraccional ante un Juzgado de Policía Local (art. 9 Ley N° 18.287 de 1984);

4. La responsabilidad por la realización y liquidación de una prenda en el ámbito del mercado de valores (art. 178 Ley N° 18.045 de 1981 reformada en 1994);

5. La responsabilidad civil por aplicación de la ley general de urbanismo

y construcciones (art. 19 Ley General de Urbanismo y Construcciones de 1976 reformada en 1996);

6. Los juicios de responsabilidad en contra de Municipalidades o del Fisco por el mal estado de las vías o por una inadecuada señalización (art. 174 inciso 5° Ley N° 18.290 de 1984 reformada en 1997);

7. Los juicios por competencia desleal ante Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (art. 9 Ley N° 20.169 de 2007);

8. La responsabilidad civil del veedor en la reorganización y liquidación de empresas y personas (art. 15 Ley N° 20.720 de 2014);

9. La acción de indemnización de perjuicios ante Tribunal de Defensa de la Libre Competencia basada en una sentencia definitiva ejecutoriada dictada por este mismo tribunal (art. 30 DL N° 211 de 1973 reformada en 2016).

3) Conflictos societarios

1. La discusión sobre el nombre de una sociedad anónima (si “fuere idéntico o semejante al de otra ya existente”) (art. 8 Ley 18.046 de 1981);

2. La liquidación de los gananciales entre los cónyuges (art. 26 Ley N° 19.335 de 1994);

3. Los arbitrajes de derecho en temas de cooperativas (art. 133° F Ley N° 19.832 de 2002);

4. La discusión sobre el nombre de una sociedad por acciones (si “fuere idéntico o semejante al de otra ya existente”) (art. 432 Código de Comercio de 1865 reformado en 2007).

4) Conflictos de propiedad

1. Los reclamos por expropiaciones (art. 7 d) DL N° 2.186 de 1978);

2. Las “acciones de dominio” interpuestas por un tercero en contra de quien inscribió a su nombre un inmueble, en base al procedimiento de regu-

larización de la posesión de la pequeña propiedad raíz (art. 26 DL N° 2.695 de 1979);

3. Los conflictos acerca “dominio, posesión, división, administración, explotación, uso y goce”) de territorio en el caso de pueblos originarios (la mal llamada “propiedad indígena”) (art. 56 Ley N° 19.253 de 1993);

4. La restitución o indemnización por bienes confiscados o adquiridos por el Fisco (art. 7° Ley N° 19.568 de 1998);

5. La solicitud para el otorgamiento de una licencia no voluntaria, en el marco de la propiedad industrial, cuando su objeto sea la explotación de una patente posterior que no pudiera ser explotada sin infringir una patente anterior (art. 51 bis B letra c) Ley N° 19.039 de 1991 reformada en 2005);

6. Los juicios de prestadores de servicios de internet, en el marco de la propiedad intelectual, cuando una orden judicial les restringe el acceso u ordena retirar el material ofrecido (art. 85 Q letra c) Ley N° 17.336 de 1970 reformada en 2010);

7. El derecho real de conservación del patrimonio ambiental (art. 13 Ley N° 20.930 de 2016).

5) Conflictos de consumo

1. Los juicios (“cualquiera que sea su cuantía”) entre bancos y deudores (art. 109 DFL N° 3 del Ministerio de Hacienda o Ley General de Bancos de 1997).

6) Conflictos administrativos

1. El reclamo del prestador de servicios sanitarios por la sanción (o por su monto) impuesta por la Superintendencia de Servicios Sanitarios (art. 13 inciso 3 Ley N° 18.902 de 1990);

2. La invalidación de actos administrativos (art. 53 inciso final Ley N° 19.880 de 2003);

3. Los juicios por infracciones a las inhabilidades para ser parte del consejo en temas de educación (art. 61 inciso final Ley N° 20.370 de 2009);

4. El reclamo del asesor afectado por alguna causal de exclusión o por instrucciones particulares impartidas por la Superintendencia (art. 8 Ley N° 20.416 de 2010).

7) Conflictos de familia

1. La declaración de bien familiar de la vivienda (art. 141 CC).

8) Conflictos de privacidad

1. El *habeas data* para la protección de los datos personales (art. 16 c) Ley N° 19.628 de 1999).

Los casos recién citados no son, por cierto, los únicos. El procedimiento sumario podría aplicarse incluso a la demanda que pretende la nulidad de derecho público de un acto de la Administración del Estado (art. 7 Constitución de 1980). (Lizama, 2012, 305-312). En favor de esta interpretación se destaca, por ejemplo, la existencia de varios procedimientos contenciosos administrativos sujetos expresamente a las reglas del juicio sumario: así, además de los supuestos mencionados con anterioridad, la reclamación en contra de la resolución del Director General del Registro Civil por errores en partidas rectificadas administrativamente (art. 21 Ley N° 4.808 de 1930), la reclamación en contra de las medidas adoptadas por la Dirección de Vialidad, incluidas las multas (arts. 50 y 52 Ley N° 15.840 de 1964), la reclamación en contra de las multas impuestas por el Director General del Servicio Nacional de Salud (art. 171 Código Sanitario de 1968), la reclamación en contra de las multas impuestas por la Superintendencia de Valores y Seguros (art. 30 DL N° 3.538 de 1980), la reclamación en contra del Servicio Agrícola y Ganadero (art. 45 DL N° 3.557 de 1981), la reclamación en contra de la caducidad o revocación de una concesión declarada por el Ministro de Agricultura (arts. 20 a 23 Ley N° 18.362 de 1984) y los conflictos en el marco de la ley de casinos (arts. 34 y 55 Ley N° 19.995 de 2005).

La reseña anterior desmiente la idea de que los conflictos civiles de mayor envergadura no podrían canalizarse a través de un juicio sumario. Un ejemplo paradigmático de esta sumarización legislativa es el juicio de alimentos, el cual muestra cómo la necesidad de una tramitación rápida va cambiando la fisonomía procesal a lo largo del tiempo. Así, en 1962, la regla original ordenó tramitar “conforme a las reglas del juicio ordinario, pero sin los trámites de réplica, dúplica y alegatos de buena prueba” (art. 1° Ley N° 14.908). Luego, en 2005, con la entrada en vigencia de la justicia de familia los alimentos pasaron a tramitarse en un procedimiento en base a audiencias en manos de un juez especializado (Ley N° 19.968) y, en 2007, se impuso al juez el deber de pronunciarse sobre los alimentos provisorios una vez acogida a tramitación la demanda (art. 4 Ley N° 14.908 reformada por Ley N° 20.152), en lo que se considera un trámite o diligencia esencial cuya omisión acarrea la nulidad. (Meneses, 2008, 232-233).

Finalmente, cabe destacar que la sumarización es un fenómeno que incluso ha llegado a las Cortes chilenas. Así, por ejemplo, en 2008 la ley de acceso a la información pública implementó una especie de juicio sumario ante la Corte de Apelaciones que conoce del reclamo de ilegalidad (art. 30 Ley N° 20.285). En efecto, en este caso la tramitación implica que la Corte ordena notificar el reclamo tanto al Consejo para la Transparencia como al tercero interesado (en su caso) quienes tienen diez (10) días para presentar sus descargos u observaciones, tras lo cual se ordena traer los autos en relación y la causa se agrega extraordinariamente en tabla. Para establecer los hechos la Corte puede disponer un término probatorio que no exceda de siete (7) días y debe fallar el reclamo dentro de diez (10) días. En contra de esta resolución no procede ningún recurso.

Los procedimientos especiales como juicios sumarios

La estructura del juicio sumario ha sido tradicionalmente el marco de referencia para diversos procedimientos especiales. En el Libro III del Código de 1903 hay una gran semejanza entre varios de ellos y el procedimiento sumario. Uno de los ejemplos más elocuentes es el de los juicios de arrendamiento. En efecto, los juicios derivados del contrato de arrendamiento (Título VI del Libro III CPC) se asemejan lo suficiente al juicio sumario como para ser comprendidos como una variante imperativa del mismo. Esto explica que, incluso, se haya llegado a postular la eliminación de los juicios de arrenda-

miento como procedimientos especiales, aplicándose a estos conflictos el juicio sumario. (Vergara, 1971, 177-178).

Por otro lado, tal como ha observado Macarena Vargas a propósito de la descodificación de los juicios civiles, “la diversidad de procedimientos genera una profunda desconexión a nivel de principios y bases estructurales que erosiona lo que podríamos llamar el «sustrato cultural» que articula a una disciplina”. (Vargas, 2011, 22). Plantear la pregunta por el procedimiento ordinario es una forma de lidiar con dicha desconexión y proponer una base común para los conflictos civiles, procurando un trato igualitario ante la justicia⁽⁹⁾

Los juicios de arrendamiento

De acuerdo con la ley civil, en un arrendamiento “el arrendatario es obligado a usar de la cosa según los términos o espíritu del contrato; y no podrá en consecuencia hacerla servir a otros objetos que los convenidos, o, a falta de convención expresa, aquellos a que la cosa es naturalmente destinada, o que deban presumirse de las circunstancias del contrato o de la costumbre del país” (art. 1938 inciso 1° CC). Entre las obligaciones que tiene el arrendatario se destaca, además del pago de la renta, el pago de “las reparaciones locativas”, entendiendo por tales “las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios, y en general las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o de sus dependientes, como descalabros de paredes o cercas, albañales y acequias, rotura de cristales, etc.” (art. 1940 CC).

En virtud de lo anterior, el arrendamiento se puede terminar por varios motivos. Uno de los más frecuentes (cuando se trata de arrendamientos sin plazo) es el desahucio, que puede ser extrajudicial o judicial (art. 588 CPC)⁽¹⁰⁾ Los otros escenarios apuntan al incumplimiento de algunas de las obligaciones adquiridas por las partes. Con todo, cualquiera sea el juicio de arrendamiento que se siga, todos ellos exhiben una estructura que es propia del juicio sumario.

1. El juicio por desahucio

Este procedimiento requiere una notificación personal a la contraparte de esta comunicación (anticipada) de término del contrato. La parte desahuciada puede reclamar al juez civil dentro de los diez (10) días, en cuyo caso se fija una audiencia para el quinto (5) día hábil a contar de la última notificación (art. 589 CPC). Una vez realizada esta audiencia, “en el acta que se levante, a más de las pruebas acompañadas, se mencionarán con brevedad las alegaciones de las partes” (art. 593 CPC) y se dicta sentencia de inmediato o dentro de tercer (3) día.

Si el fallo ratifica el desahucio, el tribunal debe señalar el día de la restitución (art. 594 CPC) y, si el arrendatario no entrega el bien el día fijado, es lanzado de allí previa resolución judicial que se notifica por cédula (art. 595 CPC). Solo en casos “graves y calificados” el juez puede suspender el lanzamiento –tanto en un procedimiento de arrendamiento como en uno de comodato precario (que se tramita como juicio sumario por mandato del art. 680 inciso 2 N° 6 CPC)– hasta por treinta (30) días (art. 13 inciso 2, Ley N° 18.101 reformada en 2003). Ahora bien, si el arrendatario desahuciado hace valer su derecho legal de retención y reclama una indemnización, ésta se debe tramitar de la misma manera que el desahucio judicial (art. 597 CPC). Si el juez declara la obligación de indemnizar no puede hacerse el lanzamiento hasta que el arrendador “previamente pague dichas indemnizaciones o asegure su pago a satisfacción del tribunal” (art. 600 CPC).

2. El juicio por término del arrendamiento

Este procedimiento tiene lugar en los casos en que la “ley autorice al arrendador para pedir la terminación inmediata del arrendamiento”⁽¹¹⁾ La ley reconoce dos situaciones de este tipo: (a) el incumplimiento grave de la obligación de conservación de la cosa arrendada y (b) formas de uso ilegítimas de la misma como, por ejemplo, destinar la cosa a un “objeto ilícito” o subarrendarla a alguien de “notoria mala conducta”. Para resolver estos conflictos el juez debe fijar “la audiencia del quinto día hábil después de la notificación del demandado, a fin de que concurren las partes con sus medios de prueba y expongan lo conveniente a su derecho” (art. 603 CPC).

En el caso de un juicio de término del arrendamiento por no pago de la renta, en tanto, la segunda de las reconveniones exigidas por la ley civil (art. 1977 CC) “se practicará ocurriendo al tribunal respectivo, quien citará a las partes a una audiencia inmediata”, tramitándose el procedimiento del mismo modo que en el supuesto anterior (art. 611 CPC). En la demanda de término del contrato, además, puede “deducirse también la de cobro de las rentas insolutas en que aquélla se funde y la de los consumos de luz, gas, energía eléctrica, agua potable, riego u otras prestaciones análogas que se adeuden”, cuestión que se tramita y decide conjuntamente con el desahucio; y “se entenderán comprendidas en la acción las de igual naturaleza a las reclamadas que se devenguen durante la tramitación del juicio hasta la expiración del plazo que se haya fijado para la restitución o para el pago”.

En cualquier caso, las discusiones jurídicas que se pueden plantear tienen que ser condensadas en la resolución que recibe la causa a prueba. Para fijar correctamente los puntos de prueba en una audiencia que opera bajo un esquema de oralidad y concentración –como en los juicios de arrendamiento– es muy importante que los litigantes se comporten de buena fe, en el preciso sentido de que “planteen con la debida claridad y honradez sus argumentaciones –llámense acciones o excepciones– para que, de la confrontación entre ellas pueda surgir, delineada en sus rasgos primordiales, la contienda, su objeto, y por ende, el objeto a probarse y el sujeto actuante en dicha prueba”. (Rojas y Venegas, 1963, 91).

Esta semejanza con la estructura del juicio sumario también se puede rastrear en otros procedimientos especiales del Libro III del Código de 1903, por ejemplo:

1. Los juicios sobre pago de honorarios que provienen de servicios profesionales prestados en juicio (Título XIII). En este caso la ley dispone derechamente que el acreedor puede optar entre un juicio sumario, o bien, reclamar ante el juez civil que conoció en primera instancia del caso mediante un incidente (art. 697 CPC)⁽¹²⁾

2. Los juicios de menor cuantía (≥ 10 UTM y ≤ 500 UTM) (Título XIV). La ley señala que se tramitan en conformidad al juicio de lato conocimiento, pero sin réplica ni dúplica y con plazos de actuación menores (art. 698 CPC).

3. Los juicios de mínima cuantía (≤ 10 UTM) (Título XIV). En este caso la demanda se puede interponer “verbalmente” (art. 704 CPC) y se contesta en una audiencia (art. 710 CPC)⁽¹³⁾

Los juicios sumarísimos

En la literatura procesal la expresión juicio sumarísimo se usa para aludir a los procedimientos judiciales que tienen una tramitación aún más rápida que la del juicio sumario. Gonzalo Cortéz, por ejemplo, ha sostenido que los juicios de arrendamiento fueron regulados siguiendo dos técnicas diversas: (1) la reforma de 1982 (Ley N° 18.101) los reguló “remitiéndose” al juicio sumario y (2) la reforma de 2003 (Ley N° 19.866), en cambio, los habría modificado “sustancialmente” “sustituyendo” este procedimiento “por uno completamente nuevo” en su art. 8 (“aunque, bien vistas las cosas parece haber recogido la idea central del procedimiento especial establecido para los interdictos posesorios, con ciertos retoques parciales”). (Cortez, 2001, 9). De acuerdo con su argumento, entonces, los juicios de arrendamiento serían casos más cercanos a los juicios sumarísimos que al juicio sumario, al menos luego de la reforma de 2003.

En mi opinión, concluir que la reforma de 2003 introdujo un juicio “completamente nuevo” –ahora los juicios de arrendamiento serían como los juicios sumarísimos– no se sostiene, por dos razones. Primero, porque los juicios por arrendamientos de inmuebles urbanos, tal como se acaba de ver, continúan siendo lo suficientemente parecidos al procedimiento sumario (la diferencia más relevante es la necesidad de rendir la prueba en la misma audiencia de contestación) y, segundo, porque una parte importante de los interdictos posesorios –que son los juicios sumarísimos por excelencia y el modelo seguido por la reforma de 2003, como reconoce el mismo Cortéz– también pueden ser considerados como un modalidad más (o una variante) del juicio sumario.

Para demostrar esto último es necesario detenerse nuevamente en el Libro III del Código de 1903, esta vez en su Título IV, el cual comienza aludiendo a los interdictos posesorios como “juicios posesorios sumaríos” (art. 549 CPC), aunque luego su regulación introduce diferencias entre ellos: en unos casos se asimilan al juicio sumario; en otros, se trata de genuinos juicios sumarísimos.

Ahora bien, antes de analizar las diferencias procesales que hay entre los interdictos posesorios es preciso tener en cuenta que, desde un punto de vista sustantivo y de acuerdo con la Corte Suprema, las acciones posesorias configuran un conjunto de querellas, denuncias e interdictos cuya “razón de ser”:

Estriba en la conservación de la paz social mediante la protección de la apariencia de dominio, protegiéndose la probabilidad más o menos cierta de que coincidan respecto de los bienes raíces la situación de poseedor y dueño, soslayando el problema jurídico que plantea determinar quién tiene derecho a la propiedad y se limitan a resolver la situación en el puro campo de los hechos. (Corte Suprema. Sentencia N° 2674/2009, 12 de octubre 2010. Silva, G. (Redactor), cons. 8°).

Ahora bien aunque compartan un objetivo común, sus procedimientos judiciales no son siempre iguales. En efecto, las querellas de amparo (art. 921 CC), de restitución (art. 926 CC) y de restablecimiento (art. 928 CC) tienen un procedimiento que es análogo al juicio sumario (y, por ende, a los juicios de arrendamiento): el juez cita a una audiencia para el quinto (5) día hábil, cuyo propósito es triple: contestar la demanda, llamar a conciliación y rendir la prueba (art. 552 CPC). Una vez concluida la audiencia, el asunto se debe fallar de inmediato o dentro de tres (3) días (art. 561 CPC).

En el caso de las denuncias de obra nueva y de obra ruinosa, en cambio, el procedimiento judicial se asemeja mucho más al de las medidas cautelares:

1. En la denuncia de obra nueva, el juez puede decretar la suspensión de la obra nueva de inmediato (art. 565 CPC), incluso sin notificación de la parte afectada (art. 566 CPC);

2. En la denuncia de obra ruinosa, el juez practica una inspección personal (art. 571 CPC) en base a la cual cita a las partes a oír sentencia (art. 572 CPC).

La importancia de la distinción dogmática entre juicio sumario y juicio sumarísimo, según la explicación tradicional, dice relación con el efecto de la decisión. Así, mientras que un juicio sumario conduce a la cosa juzgada material (= fallo inmutable), un juicio sumarísimo solo conduce a la cosa juzgada formal (= fallo inimpugnable, pero mutable). Esta explicación solo es parcialmente correcta, porque si se consideran con detención las reglas del Título IV del

Libro III CPC se observa que, en el caso de las querellas, denuncias e interdictos posesorios, la ley distingue varios escenarios con respecto a la cosa juzgada:

1. Querella de amparo (= turbación o molestia en la posesión)

a) La decisión acerca de la posesión de la cosa es definitiva (“No será admisible ninguna otra demanda que tienda a enervar lo resuelto en el interdicto”, art. 563 inciso 2 CPC), por lo que produce cosa juzgada material.

b) La discusión acerca de las compensaciones e indemnizaciones por el uso de la cosa, en cambio, queda abierta a un juicio “ordinario” (“Cualquiera que sea la sentencia, queda siempre a salvo a los que resulten condenados el ejercicio de la acción ordinaria que corresponda con arreglo a derecho, pudiendo comprenderse en dicha acción el resarcimiento de las costas y perjuicios que hayan pagado o que se les hayan causado con la querella”, art. 563 inciso 1º CPC).

2. Querella de restablecimiento (= despojo violento de la posesión)

La decisión judicial solo produce cosa juzgada formal (“La sentencia pronunciada en la querella de restablecimiento deja a salvo a las partes, no sólo el ejercicio de la acción ordinaria en conformidad al artículo 563, sino también el de las acciones posesorias que les correspondan”, art. 564 CPC).

3. Denuncia de obra ruinosa

La sentencia que acoge esta denuncia también produce cosa juzgada material (“Cuando se dé lugar al interdicto, no se entenderá reservado el derecho de ejercer en vía ordinaria ninguna acción que tienda a dejar sin efecto lo resuelto”, art. 576 CPC)⁽¹⁴⁾

4. Interdictos posesorios especiales⁽¹⁵⁾

La decisión judicial solo produce cosa juzgada formal (“Las sentencias que se dicten en los interdictos de que trata este párrafo dejan a salvo su derecho a las partes para deducir en vía ordinaria las acciones que por la ley les correspondan”, art. 581 CPC).

Finalmente, el campo de los interdictos posesorios también ofrece un lugar propicio para testear otro lugar común en la cultura judicial chilena, según el cual el juicio de lato conocimiento del Libro II CPC ofrece “más garantías” que el juicio sumario. La jurisprudencia aplica esta idea, por ejemplo, cuando sostiene que el actor tiene derecho a renunciar a discutir la posesión sobre la cosa en un juicio sumario o en uno sumarísimo y llevar dicha discusión a un juicio de lato conocimiento. Así, por ejemplo:

Habría bastado a la actora para llevar adelante sus pretensiones interponer una simple acción posesoria, que no tiene señalado en la ley procedimiento lato, sino brevísimo, teniendo como modelo el juicio sumario, pero aún más breve y simplificado [no obstante lo cual] la circunstancia que la demandante haya reclamado a través de un juicio ordinario y no sumario, como correspondía, es una deficiencia de la que no ha podido derivar agravio alguno para el demandado que sea reparable sólo con la invalidación del fallo. Por el contrario, en el caso que nos ocupa, el procedimiento empleado le ha proporcionado, sin lugar a dudas, mayores garantías para hacer valer y probar sus excepciones o defensas, y reviste también, al igual que los sumarios, el carácter de declarativo. (Corte Suprema. Sentencia N° 5433/2004, 19 de diciembre 2006. VLEX-251248922. Herreros, M. (Redactora), cons. 1° y 2°).

En relación con lo que ahora se discute, este fallo tiene el mérito de relacionar el tipo de procedimiento que se sigue con las garantías del debido proceso,⁽¹⁶⁾ lo cual hace explícito el componente político de la cuestión sobre el procedimiento ordinario. Esta conexión se aprecia, por ejemplo, a propósito de la notificación por cédula, cuando la ley señala que el tipo de juicio es uno de “los datos necesarios para su acertada inteligencia” (art. 48 CPC), pues de ello depende en parte el derecho de defensa del notificado. Para concluir, entonces, es necesario advertir las consecuencias procesales y desafíos que conlleva este debate, tanto para los litigantes como para los jueces, en los asuntos contenciosos civiles.

¿Cuál debe ser la “tramitación común” en la justicia civil?

La relevancia práctica de este debate radica, como ya se dijo, en la aplicación residual y supletoria de las reglas del procedimiento que se considere el ordinario a conflictos que no cuentan con una tramitación ordenada por la

ley, o bien, cuya regulación es incompleta. Así lo dispone el art. 3 CPC, al señalar que “se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza”. Por ejemplo, si un procedimiento judicial no señala un plazo para que se dicte la sentencia definitiva, la aplicación supletoria del juicio de lato conocimiento le daría al tribunal un plazo de sesenta (60) días (art. 162 CPC), mientras que la aplicación del juicio sumario lo reduciría a diez (10) días (art. 688 inciso 2 CPC). O bien, otra diferencia práctica muy importante dice relación con el acceso a la Corte Suprema, ya que mediante un Auto Acordado dicho tribunal dispuso que durante su funcionamiento extraordinario –que suele ser la regla general ya que se asocia con la sobrecarga de trabajo de la Corte Suprema– la Sala que conoce los recursos (“ordinario y extraordinarios”) en un juicio sumario es la Cuarta Sala (Laboral y Previsional) y no la Primera Sala (Civil) (art. 2, Acta N° 107 de 2017).

El principal desafío de emplear el juicio sumario como procedimiento ordinario, en tanto, ocurre durante la fase de prueba, ya que el estatuto probatorio más completo de la justicia patrimonial se encuentra básicamente en los artículos 341 a 429 CPC (Título XI, Libro II, “De los medios de prueba en particular” CPC)⁽¹⁷⁾ No obstante, este desafío requiere un doble matiz: por un lado, el juicio sumario solo reenvía a la tramitación incidental el plazo y la forma de rendir la prueba (art. 686 CPC), por lo que nada dice respecto de los principios y reglas probatorias, como las que regulan su admisibilidad, valoración y la carga de la prueba. Por otro lado, el modelo de libertad probatoria o sana crítica se ha generalizado en todos los ámbitos de litigación, a un punto tal que se abre un debate en torno a la necesidad de contar con un estatuto probatorio que sea de aplicación general a todos los procedimientos judiciales, el cual debería incluir, por cierto, las reglas y principios específicos para cada uno de ellos. Con todo, mientras esto no ocurra, el Título XI del Libro II CPC debería ser considerado el estatuto probatorio de aplicación común y supletoria.

Por otro lado, la pregunta sobre cuál es la “tramitación común ordenada por la ley” procesal civil chilena también debe entenderse como la cuestión acerca de cuál es el procedimiento aplicable a un asunto contencioso en un escenario legal en donde existen múltiples procedimientos judiciales. El interrogante sobre el juicio ordinario se relaciona, entonces, con cuestiones conceptualmente diversas, como si el demandante tiene o no el derecho a ele-

gir el juicio a seguir (*shopping* procedimental) y con la posibilidad que tienen las partes de pactar convenios procedimentales. Sobre ambos aspectos la respuesta actual en la práctica judicial chilena es negativa.

1. *Shopping* procedimental

La jurisprudencia civil tiende a negar el derecho a elegir entre varios procedimientos judiciales. Así, por ejemplo, se ha resuelto que el dueño de un inmueble arrendado no tiene derecho a optar entre el juicio de precario y los juicios de arrendamiento para recuperar su bien. Esta puerta de niega incluso en los casos de arriendo de cosa ajena o cuando fue hecha por un anterior dueño del inmueble. El argumento es que el arrendatario tiene derecho a discutir cuestiones de su interés (por ejemplo, una eventual indemnización por daños o una restitución por mejoras) en un procedimiento diseñado para este tipo de conflictos. (Ortiz, 2017, 149-152). Esta tesis se ve reforzada por el carácter irrenunciable de los derechos del arrendatario (art. 19 Ley N° 18.101 de 1982: “Son irrenunciables los derechos que esta ley confiere a los arrendatarios”), aunque la jurisprudencia a veces ha limitado su alcance solo a los aspectos sustantivos –como opuestos a los procesales– para permitir que en el contrato de arrendamiento se pacte arbitraje. (Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia 24 de marzo 2015, CL/JUR/1660/2015 citada en Alcalde, 2016, 275, n. 2).

En este mismo sentido, se ha resuelto que una asociación de consumidores no podría demandar a un banco mediante una acción colectiva (Ley N° 19.946) porque existe un procedimiento especial (Ley General de Bancos de 1997). Así se falló, por ejemplo, en *Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (ODECU) con Banco de Chile* (aunque en dicho caso se objetó que la asociación no habría estado autorizada por su asamblea para demandar) y en *Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (ODECU) con Bank Boston N.A.* (13° Juzgado Civil de Santiago. Sentencia N° 19.881/2006, 23 de mayo 2007 y 13° Juzgado Civil de Santiago. Sentencia N° 19.914/2006, 13 de abril de 2007 analizadas en Aguirrezabal, 2014, 56-58).

Pero, incluso cuando se reconoce la posibilidad de optar entre los procedimientos judiciales, es interesante constatar que algunos actores no optan. Un claro ejemplo de esto es el siguiente: en 2013, cuando aún regía la antigua “Ley de quiebras”, de los 4.868 procedimientos concursales vigentes en Chile

ninguno de ellos había sido iniciado por un banco, siendo estos los principales acreedores en esta área. La explicación para ello era simple y radica en los privilegios procesales que tienen los bancos para ejecutar individualmente a sus deudores, inclinándolos a elegir siempre el mismo procedimiento (Carrasco, 2016, 199).

2. Convenciones procedimentales

La ley procesal civil no contempla que las partes puedan alterar un procedimiento judicial, salvo en el supuesto general de la conversión de procedimiento (art. 681 CPC), en donde se permite pasar de un juicio de lato conocimiento a un juicio sumario, y viceversa, por razones específicas. Esta rigidez se opone a la flexibilidad de otros sistemas judiciales que admiten acuerdos de este tipo. Por ejemplo, el *Código de Processo Civil* brasileño de 2015:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190).

El Proyecto de 2012, en cambio, señala que la ley procesal civil es irrenunciable, tanto para las partes como para el juez, salvo que la propia ley disponga lo contrario (art. 12).

Por otro lado, la ley procesal chilena tampoco aborda el punto de la tramitación de los juicios a través de la figura del juez como un gestor de los casos (*case management*). Esto se debe probablemente a la mirada “atomizada” de los juicios que impera en la cultura judicial interna, en donde los debates dogmáticos suelen plantearse en torno a un único caso (“el día en la Corte”) aislado de todos los demás hechos. (Vargas y Fuentes, 2018, 109-111).

Para concluir, cabe señalar algunas cuestiones adicionales. En primer lugar, la calificación jurídica que plantean los litigantes en relación con el procedimiento no debería ser vinculante para un juez profesional (*iura novit curia*). El principio dispositivo le reserva al actor el derecho a iniciar un juicio, pero no forma parte de su contenido normativo el derecho a un determinado tipo de tramitación.

En este sentido, si determinar el procedimiento aplicable pasa ser reconocido como un aspecto que se controla mediante el estándar de admisibilidad de la demanda, surge un problema práctico en relación con los recursos que tienen los Juzgados de Letras para una tarea como esta. A este respecto se ha dicho que “parece ilusorio que pueda hacerse [este control] en atención a su dificultad y la realidad de los conocimientos jurídicos que detentan los funcionarios proveedores de los tribunales”.⁽¹⁸⁾ Si bien esta advertencia da cuenta de cómo se reparten las tareas al interior de un tribunal con competencia común, cabe destacar que el principal deber del juez es despachar los asuntos sometidos a su conocimiento en los plazos que fija la ley o “con toda la brevedad” que su función le permita (“tan pronto como estén en estado” dice la ley procesal, art. 162 CPC), respetando el orden de antigüedad de los asuntos, salvo que hayan “motivos graves y urgentes” para alterar este orden (art. 319 inciso 1° COT).

Por lo mismo, reconociendo que la sobrecarga de trabajo genera un problema a este respecto, cabe traer a colación que la reforma de la ley de tramitación electrónica, en 2015, cambió el rol del Secretario del Juzgado de Letras en una especie de juez instructor, pudiendo dictar por sí solo las sentencias interlocutorias, autos y decretos del juicio, salvo cuando pongan término al juicio o hagan imposible su continuación (art. 33 CPC reformado por Ley N° 20.886). (Larroucau, 2017, 218-219). En este plano, además, si el litigante no concuerda con la decisión judicial en cuanto al procedimiento aplicable, puede impugnarla ya que se trata de una resolución que no prejuzga sobre el objeto del proceso. En efecto, la resolución que decide sobre el procedimiento aplicable es un decreto, ya que “tiene sólo por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso” (art. 158 inciso final CPC) (Cortez y Palomo, 2018, 179), de modo que la parte que discrepa puede reponer ante el mismo tribunal (art. 181 inciso 2 CPC) y, dado que a su juicio dicho decreto altera la sustanciación regular del juicio, también puede apelararlo ante la Corte respectiva (art. 188 CPC). Esta última posibilidad revela que un decreto que ordena un procedi-

miento incorrecto es, como lo ha señalado la jurisprudencia uruguaya, una sentencia interlocutoria “encubierta” o “anómala” (Abal, 2016, 34, 41).

Conclusiones

El juicio sumario cumple hoy el rol de procedimiento ordinario en la justicia civil chilena. Esto significa que su diseño constituye la tramitación común para todos los asuntos contenciosos que no cuentan con un juicio regulado por la ley, o bien, cuya regulación es incompleta.

Esta interpretación se sostiene en diversos argumentos. Por un lado, el amplio ámbito de aplicación dispuesto por el Código de 1903 para el juicio sumario, tanto en una cláusula general como en un catálogo típico de criterios de decisión. Por otro lado, el fenómeno de la sumarización, mediante el cual se han incorporado durante décadas criterios no codificados para que el juez ordene que la tramitación de un asunto contencioso sea sumaria, en asunto de enorme importancia.

La semejanza estructural que tienen varios de los procedimientos especiales con el juicio sumario, también concurre a esta interpretación, sobre todo si se tiene en cuenta el diseño de los juicios de arrendamiento e, incluso, el de algunos de los interdictos posesorios, habitualmente agrupados como juicios sumarísimos sin distinción alguna.

Las principales consecuencias prácticas y desafíos, tanto para los litigantes como para los jueces, que conlleva este rol de procedimiento ordinario del juicio sumario apuntan al déficit regulatorio de este último en cuanto a la prueba y al riesgo de que los tribunales cometan un error en la calificación jurídica del procedimiento cuando declaren admisible la demanda. Para ambos aspectos es posible encontrar una solución que sea armónica con las reglas procesales vigentes.

Por último, este debate se relaciona de cerca con otras discusiones pendientes en la justicia civil chilena, como son el problema del *shopping* procedimental y de las convenciones procedimentales. Este tipo de preguntas invita a dejar de lado la mirada atómica a la litigación y adoptar un punto de vista que la reconozca como un servicio público que debe entregar soluciones correctas, oportunas y eficientes.

Referencias

- Abal, A. (2016). Clasificación de las resoluciones judiciales. *Revista de la Facultad de Derecho*, (40), 13-49.
- Aguirrezabal, M. (2014). *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia. Un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Alcalde, J. (2016). De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. Crónica de una solución anunciada: el aparente epílogo del caso de los subarrendatarios del así llamado «Mall del mueble» que no fueron notificados de la demanda según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 18.101, comentado en *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 25. Santiago. 2015, pp. 231-256. 11° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 18 de agosto de 2016, rol N° E-42-20. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (27), 275-283.
- Arce, M. (2015). Procedimiento sumario en el nuevo Código Procesal Civil. ¿Acierto o desacierto? Generalidades, en Palomo, Diego (director), *Reforma a la justicia civil. Una mirada desde la judicatura*. Santiago de Chile: Jurídicas de Santiago.
- Anabalón, C. (1954). *Tratado de derecho procesal. El juicio ordinario de mayor cuantía*. Santiago de Chile: El Jurista, 2017.
- Carrasco, N. (2016). El *forum shopping* y la legislación chilena sobre acción colectiva de acreedores. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (47), 179-215
- Casarino, M. (2007). *Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)*. Tomo V (6ª ed.). Santiago: Jurídica de Chile.
- Cortez, G. (2001). Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la ley 19.866 que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, (210), 7-38.

- Cortez, G. y Palomo, D. (2018). *Proceso civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- García, G. y Contreras, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Estudios Constitucionales*, 11(2), 229-282.
- Huerta, J. M. y Rodríguez, J. (2012). Suspensión interdictal de obras nuevas. Desde la «operis novi nuntiatio» hasta el Proyecto de Código Procesal Civil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (38), 343-392.
- Larroucau, J. (2017). Adiós a las fojas. Reglas procesales, autos acordados y tramitación electrónica en Chile. *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado, Colombia), (33), 195-234.
- Lizama, F. (2012). ¿Puede tramitarse la nulidad de derecho público con las reglas del juicio sumario? Una propuesta garantista”. *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile), (76), 299-315.
- Meneses, C. (2008). Aspectos procesales de la ley N° 20.152, que incorpora modificaciones relativas a los juicios de alimentos. *Revista de Estudios de la Justicia* (Universidad de Chile), (10), 221-249.
- Núñez, R. y Pérez, Á. (2014). *Manual de Derecho Procesal Civil. Proceso ordinario de mayor cuantía*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Ortiz, V. (2017). ¿Por qué los arrendadores prefieren la acción de precario? *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, (242), 141-158.
- Pérez, Á. (2017). Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: Misión y visión en Latinoamérica. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (28), 137-182.
- Rojas, Ó. y Venegas, R. (1963). *El proceso sumario de cognición (Juicio sumario)*. Santiago: Jurídica de Chile.

- Romero, A. (2015). *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Romero, A. (2002). *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Salas, J. (2004). *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Vargas, M. y Fuentes, C. (2018). *Introducción al Derecho Procesal. Nuevas aproximaciones*. Santiago de Chile: DER Ediciones.
- Vargas, M. (2011). Reflexiones en torno a los alcances del fenómeno desconflicador en el proceso civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (17), 9-26.
- Vergara, R. (1971). Bases generales de estudio para la reforma de los procedimientos especiales contemplados en el Código de Procedimiento Civil. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, (157), 172-184.
- Zuckerman, A. (1999). Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure, en Zuckerman, Adrian (editor) *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford: Oxford University Press.

Normas

Brasil. *Código de Processo Civil* de 2015.

Chile. Acta N° 107, auto acordado que distribuye las materias de que conocen las Salas especializadas de la Corte Suprema durante el funcionamiento ordinario y extraordinario, de 2017 (Corte Suprema).

Chile. Acta N° 71, auto acordado que regula el funcionamiento de tribunales que tramitan electrónicamente, de 2016 (Corte Suprema).

Chile. Ley N° 20.930, establece el derecho real de conservación medioambiental, de 2016.

Chile. Ley N° 20.720, sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo, de 2014.

Chile. Ley N° 20.609, establece medidas contra la discriminación, de 2012.

Chile. Ley N° 20.416, fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, de 2010.

Chile. Ley N° 20.370, establece la ley general de educación, de 2009.

Chile. Acta N° 98, auto acordado sobre gestión y tramitación en tribunales de familia, de 2009 (Corte Suprema).

Chile. Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, de 2008.

Chile. Ley N° 20.169, regula la competencia desleal, de 2007.

Chile. Ley N° 19.995, establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casino de juego, de 2005.

Chile. Ley N° 19.968, crea los tribunales de familia, de 2004.

Chile. Ley N° 19.886, ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, de 2003.

Chile. Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, de 2003.

Chile. Código del Trabajo de 2003.

Chile. Ley N° 19.832, modifica la ley general de cooperativas, de 2002.

Chile. Código Procesal Penal de 2000.

Chile. Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, de 1999.

Chile. Ley N° 19.568, dispone la restitución o indemnización por bienes confiscados, de 1998.

Chile. DFL N° 3 del Ministerio de Hacienda o Ley General de Bancos de 1997.

Chile. Ley N° 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, de 1997.

Chile. Ley N° 19.335, establece régimen de participación en los gananciales, de 1994.

Chile. Ley N° 19.300, aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente, de 1994.

Chile. Ley N° 19.253, establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, de 1993.

Chile. Ley N° 19.039, ley de propiedad industrial, de 1991.

Chile. Ley N° 18.902, crea la superintendencia de servicios sanitarios, de 1990.

Chile. Ley N° 18.362, crea un sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado, de 1984.

Chile. Ley N° 18.290, ley de tránsito, de 1984.

Chile. Ley N° 18.287, establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, de 1984.

Chile. Código de Minería de 1983.

Chile. DL N° 3.557, establece requisitos para efectuar labores de muestreo y análisis de plaguicidas y fertilizantes bajo convenio, de 1982.

Chile. Ley 18.046, ley sobre sociedades anónimas, de 1981.

Chile. Ley N° 18.045, ley de mercado de valores, de 1981.

Chile. Código de Aguas de 1981.

Chile. DL N° 3.557, establece disposiciones sobre protección agrícola, de 1981.

Chile. Constitución de 1980.

Chile. DL N° 3.538, crea la Superintendencia de Valores y Seguros, de 1980.

Chile. Ley N° 3.500, establece nuevo sistema de pensiones, de 1980.

Chile. DL N° 2.695, fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella, de 1979.

Chile. DL N° 2.186, aprueba ley orgánica de procedimiento de expropiaciones, de 1978.

Chile. Ley General de Urbanismo y Construcciones de 1976.

Chile. DL N° 1.289, ley orgánica de las Municipalidades, de 1976.

Chile. DL N° 211, fija normas para la defensa de la libre competencia, de 1973.

Chile. Ley N° 17.336, propiedad intelectual, de 1970.

Chile. Código Sanitario de 1968.

Chile. Ley N° 15.840, aprueba organización y funciones del Ministerio de Obras Públicas, de 1964.

Chile. Decreto N° 567 del Ministerio de Agricultura de 1964.

Chile. Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, de 1962.

Chile. Código Orgánico de Tribunales de 1943.

Chile. DL N° 491 del Ministerio de Fomento aprueba disposiciones sobre concesión de yacimientos auríferos, de 1932.

Chile. Ley N° 4.808, reforma la ley sobre el Registro Civil, de 1930.

Chile. Código de Procedimiento Civil de 1903.

Chile. Código de Comercio de 1865.

Chile. Código Civil de 1857.

Jurisprudencia

Chile. Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia 24 de marzo 2015, CL/JUR/1660/2015.

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 1838, 07 de julio 2011.

Chile. Corte Suprema. Sentencia N° 2674/2009, 12 de octubre 2010. Silva, G. (Redactor).

Chile. 13° Juzgado Civil de Santiago. Sentencia N° 19.881/2006, 23 de mayo 2007.

Chile. 13° Juzgado Civil de Santiago. Sentencia N° 19.914/2006, 13 de abril de 2007.

Chile. Corte Suprema. Sentencia N° 5433/2004, 19 de diciembre 2006. VLEX-251248922. Herreros, M. (Redactora).

Chile. Corte Suprema. Sentencia N° 2766, 22 de noviembre 1990. LegalPublishing N° 11125.

Fuentes documentales

Chile. Universidad del Desarrollo (2013). Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil. Santiago de Chile: Facultad de Derecho.

Chile. Proyecto de Código Procesal Civil de 2012 (Boletín N° 8197-07).

Chile. Historia Legislativa de la Ley N° 1.552 de 1902.

Notas

¹ De acuerdo con el estatuto orgánico de 1943, forman parte de la justicia ordinaria los siguientes: Corte Suprema, Cortes de Apelaciones, Presidente de la Corte Suprema, Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, Ministros de la Corte Suprema, Ministros de las Cortes de Apelaciones (estas cuatro últimas categorías bajo la figura del Tribunal Unipersonal de Excepción), Juzgados de Letras, Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal (art. 5 inciso 2 Código Orgánico de Tribunales/COT).

² La estructura del procedimiento sumario en la ley procesal civil contempla las tres etapas clásicas de un juicio de cognición plena: (1) un debate que mezcla actuaciones escritas y orales, con una audiencia de contestación y conciliación (art. 683 CPC), (2) un término probatorio que aplica las reglas de los incidentes (arts. 90 y 686 CPC) y (3) una fase de decisión con un plazo de diez (10) días para que se dicte la sentencia definitiva (art. 688 inciso 2 CPC).

³ Cabe añadir que este ajuste regulatorio va de la mano con una reducción de los juicios especiales en el Proyecto de 2012, en cuyo Libro V solo se consideran como tales los siguientes: el juicio monitorio, el juicio sobre cuentas, la citación de evicción, la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada y los interdictos posesorios. Esto supone aminorar a casi un tercio los procedimientos del Libro III del Código de 1903.

⁴ El problema es que no todas las leyes procesales especiales son precisas en cuanto a su remisión al Código de 1903. Así, por ejemplo, en los juicios entre consumidores y proveedores ante los Juzgados de Policía Local la remisión no distingue entre sus diversos Libros (art. 50 B, Ley N° 19.496: “Los procedimientos previstos en esta ley podrán iniciarse por demanda, denuncia o querrela, según corresponda. En lo no previsto en el presente Párrafo, se estará a lo dispuesto en la ley N° 18.287 y, en subsidio, a las normas del Código de Procedimiento Civil”).

⁵ En el año 2000 la ley procesal penal siguió este mismo camino al disponer lo siguiente: “Aplicación de normas comunes a todo procedimiento. Serán aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil” (art. 52, Código Procesal Penal/CPP).

⁶ En su propuesta de reforma a la justicia civil chilena, Pablo Rodríguez Grez consideró como criterios relevantes para decidir si un procedimiento debe ser sumario o no, los siguientes: “el número de partes involucradas y la complejidad de la materia de que se trata” (art. 681), Universidad del Desarrollo (2013). Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil. Santiago de Chile: Facultad de Derecho, pp. 116-117.

⁷ Esta interpretación de las servidumbres como un criterio que tiene en cuenta los conflictos vecinales no desconoce, por cierto, que en la historia legislativa de esta regla el debate estuvo centrado en un aspecto muy específico, como son los problemas mineros. Así, tal como se indicó en la Sesión de 23 de junio de 1902, celebrada en la Cámara de Diputados: “La industria en jeneral i los intereses de los mineros ganan sin duda alguna con la expedición de los procedimientos”. Historia Legislativa de la Ley N° 1.552 de 1902, p. 331.

⁸ En relación con la acción civil que deriva de un caso penal, se discute si la sentencia penal absolutoria tiene efecto de cosa juzgada en un juicio civil (posterior) cuando se demanda a alguien que no fue interviniente en el juicio penal: por ejemplo, si una sentencia (penal) absuelve al conductor del vehículo en el caso de un atropello y esta decisión luego se hace valer en un juicio civil (posterior) en contra del dueño del vehículo. En este escenario también surge una

duda procedimental, en cuanto a si la demanda civil (posterior) en contra de quien no fue interviniente en el juicio penal (previo) se debe tramitar o no en un juicio sumario según lo dispuesto en el art. 680 inciso 2 N° 10 CPC reformado por Ley N° 20.192 de 2007. (Romero, 2015, p. 467, n. 44).

⁹ La relevancia de esta discusión sigue en pie incluso si los actuales procedimientos escritos son reemplazados por un modelo de juicios en base a audiencias, dado que entonces la cuestión se plantea, primero que todo, en términos del número de audiencias que cabe dedicarle a un caso. Así ocurrió, por ejemplo, luego de la reforma a la justicia de familia que entró a regir en 2005 (Acta N° 98) y de la tramitación electrónica vigente a contar de 2016 (art. 73, Acta N° 71), cuando la Corte Suprema dispuso que el Comité de Jueces del Juzgado de Familia defina anualmente una tipología de los casos más comunes, distinguiendo entre (1) “casos complejo”: “aquel cuyo desarrollo se prevé en dos audiencias, las partes plantean controversia significativa sobre los hechos y se puede esperar prueba abundante en variados formatos”, (2) “caso controvertido con prueba limitada”: “aquel en que existe controversia entre las partes pero hay prueba no discutida, o bien la discusión sobre la prueba puede resolverse sin comparecencia de testigos o con un número muy limitado de ellos” y (3) “caso sin controversia con necesidad de prueba”: “aquel en que las partes están de acuerdo en los hechos y peticiones, y la prueba puede ser documental o testimonial en número limitado” (art. 74, Acta N° 71).

¹⁰ El Código Civil dispone que “si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada o por la costumbre, ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar sino desahuciendo a la otra, esto es, noticiándose anticipadamente. (2) La anticipación se ajustará al período o medida de tiempo que regula los pagos. Si se arrienda a tanto por día, semana, mes, el desahucio será respectivamente de un día, de una semana, de un mes. (3) El desahucio empezará a correr al mismo tiempo que el próximo período” (art. 1951 CC).

¹¹ El Código de Procedimiento Civil hace referencia a los arts. 1972 (“El inquilino es además obligado a mantener las paredes, pavimentos y demás partes interiores del edificio medianamente aseadas; a mantener limpios los pozos, acequias y cañerías, y a deshollinar las chimeneas. [2] La negligencia grave bajo cualquiera de estos respectos dará derecho al arrendador para in-

demnización de perjuicios, y aun para hacer cesar inmediatamente el arriendo en casos graves”) y 1973 CC (“El arrendador tendrá derecho para expeler al inquilino que empleare la casa o edificio en un objeto ilícito, o que teniendo facultad de subarrendar, subarriende a personas de notoria mala conducta, que, en este caso, podrán ser igualmente expelidas”).

¹² Salas, J. (2004). *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 134 (afirmó que “es ésta una situación especial contemplada por la ley, en que una controversia que no es naturalmente accesoria a un litigio puede formularse incidentalmente en el curso de éste”).

¹³ Vergara, R. (1971). Bases generales de estudio para la reforma de los procedimientos especiales contemplados en el Código de Procedimiento Civil. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 157, p. 180 (postuló eliminar el juicio de mínima cuantía como procedimiento especial y aplicar a estos conflictos el juicio sumario).

¹⁴ Desde la época romana –con la *operis novi nuntiatio*– y durante la aplicación del Derecho castellano –Partida III– se intentó evitar que hubiese denuncias abusivas limitando la suspensión a un lapso de tres (3) meses; superado este tiempo, además, era necesario rendir caución para mantener paralizada la obra. En este sentido, si bien nunca se contempló un examen de admisibilidad de la denuncia de obra nueva, la jurisprudencia civil chilena de la segunda mitad del siglo XIX da cuenta de que, en los hechos, sí se practicó un examen del mérito de la denuncia. Huerta, J. M. y Rodríguez, J. (2012). Suspensión interdictal de obras nuevas. Desde la «*operis novi nuntiatio*» hasta el Proyecto de Código Procesal Civil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (38), 353-371 (consideran que el Código de 1903 supuso un “brusco cambio” a este respecto, influenciado por las Leyes de Enjuiciamiento Civil españolas de 1855 y 1881).

¹⁵ Estos interdictos posesorios especiales son: (1) las acciones en contra de “las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso” (art. 937 CC), (2) las acciones del dueño de una casa “para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua, o materias húmedas que puedan dañarla”, “para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de

quince decímetros, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de cinco decímetros” (art. 941 CC) y para exigir que si un árbol “extiende sus ramas” sobre su suelo (“o penetra en él con sus raíces”) “que se corte la parte excedente de las ramas” (o “cortar él mismo las raíces”) (art. 942 CC) y (3) las acciones por servidumbre de luz (arts. 874 y 875 CC) y de vista (art. 878 CC).

¹⁶ El Tribunal Constitucional ha sostenido varias veces que “no existe un modelo único de garantías integrantes del debido proceso en Chile”. Por ejemplo, Tribunal Constitucional. Sentencia N° 1838, 07 de julio 2011, cons. 13°. García, G. y Contreras, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Estudios Constitucionales*, (11), N° 2, p. 243 (afirman que “esta flexibilidad no importa una devaluación de la garantía constitucional de la tutela judicial o el debido proceso, sino que una especificación de su contenido constitucional”).

¹⁷ En un sentido más amplio también habría que incluir como parte de la regulación probatoria de la justicia civil a los arts. 1698 a 1714 CC (Título XXI, Libro IV, “De la prueba de las obligaciones” CC), 454 y 456 Libro V CT y 28 a 53 Ley N° 19.968 (Título III, “Del procedimiento”, Párrafo tercero, “De la prueba”).

¹⁸ Arce. M. (2015). Procedimiento sumario en el nuevo Código Procesal Civil. ¿Acierto o desacierto? Generalidades, en Palomo, Diego (director), *Reforma a la justicia civil. Una mirada desde la judicatura*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 229 (observa que “este control debe ser hecho por un abogado o juez tramitador”).

Diemer Lascarro-Castellar y Jorge Mejía Turizo✉

Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: Perspectivas epistemológicas

*New Constitutionalism in Latin America:
Epistemological Perspectives*

*Novo constitucionalismo na América Latina:
Perspectivas epistemológicas*

Resumen: *El presente escrito tiene como objetivo comparar dos modelos de estudio del derecho: el occidental y el latinoamericano, en torno a conceptos, de manera muy general y abstracta, como el Derecho y el Poder. Para ello el texto estará dividido en tres partes: (1) un esbozo general de la teoría de la interpretación jurídica, 1.1) pasando a la teoría de la constitución, (2) para luego plantear, de manera muy breve, los postulados generales –de lo que hemos llamado, por cuestiones teóricas– del “Constitucionalismo del Sur”, y al final, y (3) un análisis comparativo entre los dos esquemas mencionados, marcando las similitudes, pero sobre todo, intentando denotar y marcar las asimetrías y “rupturas epistémicas” con base en los conceptos de derecho y poder.*

Palabras clave: *Nuevo constitucionalismo latinoamericano, Constitucionalismo del Sur, interpretación constitucional, derecho y poder.*

✉ Diemer Lascarro-Castellar: Doctorando en Derecho, Ciencia política y Criminología por la Universitat de València (España), Magister en Derecho Universidad Nacional de Colombia, Abogado. Docente de Derecho Constitucional de la Universidad del Atlántico, (Barranquilla – Colombia) ORCID: 0000-0001-6449-8977

✉ diemer_21@hotmail.com

✉ Jorge Mejía Turizo: Doctorando en Derecho, Ciencia política y Criminología por la Universitat de València (España), Magister en Derecho administrativo, Diplomado en Gestión y Públicas de la Escuela Superior de administración Pública ESAP, Abogado, Docente de la Corporación Universitaria Rafael Núñez y de la Universidad del Atlántico (Barranquilla – Colombia). Ex becario del programa jóvenes investigadores e innovadores de Colciencias. ORCID: 0000-0002-7870-2905

✉ mejiaturizo@gmail.com

Revista de la Facultad de Derecho, (46), ene-jun, 2019, e20194606

DOI: 10.22187/rfd2019n46a6

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665

Creative Commons Reconocimiento 4.0 Internacional License Atribución CC BY

Abstract: *This papers has as aim to compare two models of study of the right: the western one and the Latin American, concerning(around) concepts like the State, the Law and the Power. For it the text will be divided in three parts(reports): (1) A general sketch of the theory of the juridical interpretation, 1.1) going on to the theory of the constitution, (2) then to raise, in a very brief way, the general postulates - of what we have called, for theoretical questions - of the “ Constitutionalism of the South “, and ultimately, and (3) a comparative analysis between(among) both mentioned schemes, marking the similarities, but especially, trying to denote and to mark the asymmetries and Theoretical detachments with base in the concepts of condition(state), right and power.*

Keywords: *New Latin American constitutionalism, Constitutionalism of the South, constitutional interpretation, law and power.*

Resumo: *O objetivo deste artigo é comparar dois modelos de estudo de direito: ocidentais e latino-americanos, em torno de conceitos, de maneira muito geral e abstrata, como o Direito e o Poder. Para este fim, o texto será dividido em três partes: (1) um esboço geral da teoria da interpretação legal, 1.1) passando para a teoria da constituição, (2) para então apresentar, muito brevemente, os postulados gerais - do que que chamamos, por razões teóricas - “Constitucionalismo do Sul”, e no final, e (3) uma análise comparativa entre os dois esquemas mencionados, marcando as semelhanças, mas acima de tudo, tentando denotar e marcar as assimetrias e “rupturas epistêmicas”. com base nos conceitos de lei e poder.*

Palavras-chave: *Novo constitucionalismo latino-americano, Constitucionalismo do Sul, interpretação constitucional, direito e poder.*

Recibido: 20180718

Aceptado: 20180825

Introito: de la teoría de la argumentación a la teoría (de la interpretación) de la constitución

Después de un “largo ostracismo” de más o menos trescientos años, la retórica, nos recordaba Luis Villar Borda, volvió a ocupar a filósofos y juristas en las décadas posteriores a la posguerra (Villar, 1995, 21) en este escenario, dicha disciplina hace de la argumentación un pivote básico del derecho y del mismo modo van demarcándose los contornos de la atmosfera de un nuevo paradigma. Si con Descartes y Bacon se abre paso a la modernidad (en la visión eurocéntrica) y se fractura el pensamiento escolástico, que arranca con Aristóteles y retomado en la edad media, especialmente por Tomás de Aquino, con Niel MacCormick y Herbert Hart, entre otros, se abre paso a la teoría jurídica moderna a su vez que se deja de lado, más no en el olvido, la filosofía del derecho de autores como Kant y Hegel.

Con esto no queremos, por supuesto, sostener que se ha dado un olvido total de estos autores –basta con leer a teóricos tan notables como Kelsen, para ver la influencia en él de Kant o leer Alexy y ver a simple vista, como él mismo lo reconoce, la influencia también kantiana, su posición “básica kantiana” (Alexy, 1995, 66)–, lo que sostenemos es que temas y concepciones, por ejemplo sobre el Estado, como la de Hegel, el cual sostenía que el Estado es un ideal moral, la “moral realizada”, la *razón en sí y para sí* “la racionalidad más elevada que pueda esperarse de la vida social” donde la libertad alcanza su más alta expresión (Quintana, 2013) han pasado a otro plano: la argumentación.

Siguiendo al teórico español Manuel Atienza las grandes corrientes jurídicas del siglo XX no se interesaron por desarrollar (y de hecho no lo hicieron) una teoría de la argumentación jurídica, es decir, que prestaron escasa atención a ver “*el derecho como argumentación*”; agrega Atienza que el nacimiento de una teoría de la argumentación jurídica estuvo al mismo tiempo aparejada, por el nacimiento del Estado Constitucional. El derecho como argumentación marcó la brecha o el “déficit” de un conjunto de teorías, que el

profesor español sintetiza bastante bien, y que vale la pena reproducir su cita:

1) el formalismo ha adolecido de una “visión excesivamente simplificada” de la interpretación y del derecho, 2) el iusnaturalismo posee una tendencia a “desentenderse del derecho en cuanto fenómeno social e histórico”, o lo representa de forma “mistificada”, “ideológica”, 3) siguiendo a Holmes, el positivismo normativista ha considerado al derecho como una “realidad dada de ante mano”, 4) el positivismo sociológico tendió a centrar su atención en un discurso “predictivo, y no en uno “justificativo”, marcando así su “fuerte relativismo axiológico” y ver al derecho como un “mero instrumento” al servicio de fines externos, 5) las teorías críticas del derecho se han tropezado constantemente con la “imposibilidad de hacer compatible el escepticismo jurídico” con la asunción de un “punto de vista interno necesario” para dar cuenta de un discurso jurídico “justificativo” (Atienza, 2012). Estas y otras razones, entre ellas la especificidad de las normas constitucionales, la creación de tribunales constitucionales, la comprensión de los derechos como principios, la ponderación, entre otros, conllevaron a hablar de interpretación constitucional.

De cómo la Teoría Constitucional “se transforma” en teoría de la Interpretación Constitucional

De la mano con lo anterior, la argumentación jurídica al mismo tiempo que estuvo solidificada por el concepto de Estado Constitucional, tal como lo anotábamos, la teoría constitucional sufre, en este escenario, una metamorfosis o más exactamente una “captura” o “ensanchamiento” en cuanto a sus contenidos (Quintana, 2006, 2). Lo cual ha llevado a algunas narrativas celebratorias: en palabras de Rubio Llorente “la teoría de la interpretación es hoy el núcleo de la teoría de la constitución; De la Quadra lo expresa así “el problema de la interpretación constitucional es... el problema clave hoy de la ciencia del derecho y del estado” y Rodolfo Vigo plantea que la teoría de la interpretación constitucional “parece estar en el centro de la teoría jurídica” (Vigo, 2005, 1335).

Si bien es cierto debemos reconocer los grandes avances que implicaron, para la protección de los derechos fundamentales, la transición del paradigma “dogmático-legalista” (Vigo, 2005, 1333) al paradigma “neoconstitucional” y todas las transformaciones y avances teóricos, epistemológicos y prácticos

que esto conllevó; entre las más importantes podemos encontrar toda una serie (Carbonell, 2007) de 1) “criterios analíticos” para determinar, 2) el contenido de los derechos fundamentales, 3) comprendiendo a estos como normas con estructura de principios (Habermas, 2002, 279); (Quintana, 2005, 228), - carentes de arbitrariedad (Mejía, Medina y Carmona, 2017) - , 4) interpretados bajo la técnica de la ponderación, 5) el principio de proporcionalidad, 6) el *test* de razonabilidad y el activismo de las cortes constitucionales.

Por decirlo en términos *decoloniales*, este sería el lado moderno del constitucionalismo; pero hay que ver “*la otra cara de la moneda*”, el lado donde la colonialidad del poder se expresa, el escenario donde esos criterios analíticos se “sobredeterminan”, por un lado, y donde se reducen *las lecturas de la constitución* a la *lectura neoconstitucional de la constitución*, (Lascarro, 2013) por el otro ¿No es esto la manifestación de un proceso de hegemonía del derecho? Donde el derecho, entendido como un *universal*, es encarnado por un *particular*: el constitucionalismo occidental (neoconstitucionalismo), que determina su contenido, su forma de aplicación y comprensión. Al respecto, el filósofo esloveno Slavoj Žižek (Žižek, 2001). Žižek, Slavoj (2001), nos recuerda que este *gesto* es un gesto político *par excellen*, que excluye, necesariamente, los demás particulares o las demás formas de comprender el derecho.

Sin pretensiones eurocéntricas, pero al mismo tiempo sin dejar en la mazmorra o en el desprecio o satanización nociones elaboradas del Norte (por autores como Žižek y otros), sino más intentando un “diálogo crítico-solidario” (con la izquierda) (Grosfoguel, 2007, 22), de lo que se trata es de mirar los límites de la teoría eurocéntrica, incluyendo el constitucionalismo, y cómo ésta (la teoría constitucional), en nuestro caso particular en estudio, se ha autolimitado o estrechado a un conjunto de nociones, fabricadas, entre otras cosas, desde una matriz –nos sentimos tentados a decir una *Matriz* –que determina desde sus propios conceptos lo que es y lo que no es el derecho.

Es decir que el constitucionalismo, bajo el *timón* de la teoría de la interpretación constitucional, establece las reglas (“principios”, por seguir la fuerte influencia alexiana de este concepto), los cánones no solo de lectura sino de aplicación del derecho. Ahora, si esto es la teoría de la constitución, cuales son los temas validos –y la pregunta parece responderse por sí sola– del constitucionalismo.

De nuestro “Padre Kelsen” a nuestro “Padre Alexy”

Si Kelsen fue uno de los grandes teóricos del derecho –para algunos Kelsen representó (y representa) para el derecho lo que Kant representa para la filosofía– a tal punto que su doctrina parece constituirse, al menos en los contextos latinoamericanos de los años 70’ al 90’, como una *teoría implica del derecho* que operó en nuestras latitudes y que llevaba a los estudiosos de la ciencia jurídica a moverse, al mismo tiempo que la reducían la filosofía del derecho, al debate entre el positivismo y el iusnaturalismo (López, 1999, 9-12).

Las constituciones de posguerra de la Europa del norte y su influencia fuerte (por no decir imperialista) en el resto de los países del mundo y especialmente en América Latina, particularmente en Colombia (aunque no exclusivamente), con la constitución de 1991, a la par que se 1) “rediseñan los fundamentos teóricos” (López, 199, 15) del derecho, 2) se supone el tránsito de un “Estado liberal”, “gendarme” o de “policía”, a un “Estado social” (Upegui, 2009, 15) y las *dificultades conceptuales* (Motta, 1995, 209) que esto supone, en el que se fraguan una serie de elementos, entre ellos la creación de una Corte Constitucional y un marco constitucional que tempranamente se desarrollaría en la jurisprudencia de este tribunal.

En esta atmosfera estaban elaboradas las condiciones para la llegada de una serie de autores y postulados a espacios como los latinoamericanos, caracterizados desde sus orígenes, por el autoritarismo, la ineficacia instrumental del derecho y la pluralidad (Rodríguez, Cesar y García Villegas) y en los que unas constituciones con amplios catálogos de derechos fundamentales, sumado a tribunales constitucionales y el activismo de estos (Mejía y Pérez, 2015), y debemos agregar la confianza (y esperanza) otorgada a ellos, se consumaron como una mezcla perfecta de estos elementos, que desde la escuela Genovesa algunos llamaron *neoconstitucionalismo*, con el propósito de designar una “categoría conceptual inventada por la Escuela Genovesa para ofrecer una dominación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas tan próximas” (Salazar, 2012, 34).

Si bien es cierto este método, ideología o técnica (es decir, el neoconstitucionalismo) del derecho –siguiendo la distinción de Comanducci (Comanducci, 2003, 87-88), inspirada en Bobbio– tiene sus primeras manifestaciones en textos tan diversos de autores como Nino, Dworkin, Alexy y Ferrajoli, no

podemos negar que teóricos como H. L. A Hart, al plantear “posibles significados alternativos”, en oposición al “núcleo central de significado indiscutible”, de los textos legales, estaba dando la primera pincelada (¿o la primera puñalada?) para el debate con Dworkin, a su vez que dejaba en el corazón de la doctrina de la interpretación constitucional el problema no solo de los principios, (que en el *postscriptum The Concept of law* ya le reconocía a Dworkin la presencia de “principios de justicia” o “valores morales sustantivos” (Hart, 1997, 102). Hart (Hart, 1997) en las constituciones, sino de manera muy general en la interpretación, en la idea de que Iglesias adecuó a la interpretación constitucional, *conceptos esencialmente controvertibles* (Iglesia, 2000, 77-104).

Dworkin, por su parte, y continuando con el debate con Hart, va a marcar una serie de matices: en cuanto al 1) contenido de las normas, afirmando que en los textos legales no solamente encontramos reglas, como lo pensaba el teórico inglés Hart y al cual este respondió y acepto que los principios hacía parte de los sistemas jurídicos, tal como se mencionó anteriormente; 2) los principios poseen características que los diferencian de las reglas: poseen una dimensión de “peso”, en consecuencia de los principios se puede deducir la validez o invalidez de uno de ellos; de lo que se trata es de establecer cuál de los principios en colisión tiene más peso; 3) las reglas por el contrario funcionan mediante el “todo o “nada” o son válidas o inválidas, en ellas no existe una dimensión de peso (Rodríguez, 1997, 102-121), las normas jurídicas, sostiene Dworkin, se aplican de forma *disyuntiva*, sus condiciones de aplicación están determinados, los principios por el contrario, (por ejemplo “*nadie puede beneficiarse de su propio delito*”), “*no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen ensacar su aplicación. Más bien enuncia[n] una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión particular*” (Dworkin, 1984, 75-76).

Esta disputa es retomada por Robert Alexy. Lo que establece el profesor de Kiel es toda una concepción para interpretar los principios; el teórico alemán, en palabras de Kumm, ha diseñado una de las “presentaciones generales sobre los derechos constitucionales más penetrante, analíticamente refinadas e influyentes de estos días (Kuhn, 2011, 81), en su *Theorie der Grundrechte* (1985) [*Teoría de los Derechos Fundamentales*], en la que plantea los derechos fundamentales como principios y estos a su vez como “mandatos de optimización” (Alexy, 1993, 93).

Alexy coloca sobre el tapete una teoría amplia y “analíticamente refinada” en la que se determinan un conjunto de reglas, que teniendo siempre presente a los derechos fundamentales como principios (el paso de los principios como normas con una dimensión de peso –Dworkin– a los principios como derechos fundamentales –Alexy– o viceversa), se puede determinar la precedencia de un principio sobre otro, en un caso de colisión, mediante criterios o reglas como: la 1) “ley de la colisión”, 2) la “ley de la ponderación” y 3) la “fórmula del peso”.

La colisión entre principios constituye, regida por la “ley de la colisión”, el punto de partida de la ponderación, sin ésta es imposible su uso; Alexy sugiere tres criterios que han de tenerse en cuenta en su aplicación: el “peso abstracto”, la “intensidad de la restricción” de cada uno de los principios, y la “seguridad de las premisas empíricas”, entre otros (Sieckmann, 2011, 194). Estas formas de razonamiento, sumadas a otras descritas por Guastini como “condiciones de constitucionalización” del ordenamiento jurídico: a) rigidez constitucional, b) la garantía jurisdiccional de la constitución, c) su fuerza vinculante, d) la sobre-interpretación de la constitución, e) la aplicación directa de las normas constitucionales, f) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas y g) la interpretación conforme a la constitución de la leyes (Guastini, 2003, 50-57), constituyen parte del canon (obligatorio) de estudio, comprensión y aplicación del derecho; son parte del contenido de la *Teoría Transnacional del derecho*, es decir, “discursos abstractos de alcance global (...) que cruzan fronteras nacionales fácilmente” (López, 2004, 16-17), sus autores terminan convirtiéndose en “Tótemes intelectuales”, internacionalizándose de esta forma los “campos jurídicos” norteamericano y europeo, sobre todo por la ubicación de la “autoridad legal” que estos representan (Trubek y Desalay, 1994, 117-127-128).

Un punto que no debemos olvidar en estos autores es que desde Hart y su *regla de reconocimiento*, parten que el derecho encuentra su origen o al menos los criterios o pautas para decir qué es derecho son dados por los jueces o el derecho válido (Quintana, 2004, 4), pasando por Dworkin y su Juez Hércules, que es el indicado para identificar los principios que mejor se adecuen al derecho, hasta Alexy y su método de ponderación, y de manera general los autores pertenecientes la neoconstitucionalismo; ese es su punto de partida y de llegada: el juez.

Un esbozo general sobre el “Constitucionalismo del Sur”

¿Cómo pensar el reciente discurso constitucional latinoamericano derivado de las prácticas de Bolivia y Ecuador y al mismo tiempo plantear una *ruptura epistémica* respecto de la tradición constitucional occidental? ¿Existe un desprendimiento epistémico? ¿Constituye el concepto de poder del *Constitucionalismo del Sur*, inspirado en los “estudios decoloniales”, la cuestión que *da en el clavo* para mostrar esta ruptura? ¿O simplemente estamos, en Latinoamérica, hablando de “otra cosa” distinta al constitucionalismo hegemónico? Estas preguntas (y otras) conforman la principal preocupación de esta investigación, las breves reflexiones que siguen son un esfuerzo, más que por dar respuestas, por problematizar estos asuntos.

Marco teórico del Constitucionalismo del Sur: la emergencia del constitucionalismo de “inspiración” decolonial: Bolivia y Ecuador

Es difícil sin duda intentar pensar un constitucionalismo que no esté determinado por categorías “prefabricadas” desde occidente; es tan complicado como pensar el *fin del capitalismo* o *pensar un constitucionalismo sin corte constitucional* o *sin Robert Alexy*. El problema que arroja tal situación es la de ser capaces de concebir ideas, puntos, problemas, nociones, que no estén ya inmersos en los modelos elaborados desde epistemes del *Norte Global*; en otras palabras, se trata de abrir posibilidades hacia la elaboración de conceptos que no se subordinen a la matriz desde la cual el sistema elabora sus propias necesidades y terminen convirtiéndose, estas “rupturas”, en meras capas o moldes de acoplamiento del mismo sistema, es decir, *que la solución sea parte del problema, que la resistencia sea parte de la dominación*.

Bajo este marco, el constitucionalismo del sur, tiene, al menos la intención teórica, de romper con esa matriz que ha direccionado los procesos constitucionales latinoamericanos, que han sido sometidos a los planes de *constituciones globales*, que en últimas son *locales*. *El punto neurálgico de todo esto está tomarse en serio el poder y el saber que produce –y desde donde lo produce – una constitución*. La colonialidad del poder no se reduce a metáforas –modernidad y colonialidad son *dos caras* de la misma moneda (Grosfoguel), o son una *hidra de tres cabezas* (Castro-Gómez)– sino que constituye un referente analítico y estratégico para re-pensar la serie de fenómenos que se han presentado en las recientes cartas constitucionales de Bolivia y Ecuador.

Estas constituciones han marcado la historia de América Latina por varias razones: a) han posicionado a los “pueblos indígenas” local, regional y transnacionalmente como actores sociales y políticos (Walsh, 2008, 48) b) han invertido la lógica que, desde el “descubrimiento” de América convirtió al indígena en “indio” (Yrigoyen, 1999) y en ese sentido, se ha asumido al indígena como sujeto; c) hemos pasado de luchas para conservar el orden a luchas y debates “anticolonialistas”, “antiimperialistas” y “antineoliberales” (Boaventura de Sousa); d) se nos pone ante el rostro el paso de un constitucionalismo de resistencias, anclado en la tradición europea, esto es, <tomarse en serio> la ley fundamental [existente], respetándola plenamente y haciéndola cumplir, esto fija su sentido y límite (Vitale, 2012, 13) a “luchas muy avanzadas” y “ofensivas” (Santos, 2010, 55) en las que se han asumido iniciativas que “pasan de la resistencia a la insurgencia, es decir, de la posición defensiva a procesos de carácter ofensiva que pretenden insurgir y re-construir” (Walsh, 2007, 150) en el que han existido y existen un cuestionamiento de las relaciones de poder/saber/ser, en otras palabras, los constitucionalistas latinoamericanos, no todos, por supuesto, han intentado al teorizar estas prácticas, *tomar relativamente en serio la cuestión del poder*.

En este modelo, a diferencia del neoconstitucionalismo –y con esto pretendemos marcar las asimetrías entre Occidente y Latinoamérica, en términos constitucionales– existe la presencia de las *voces frente al poder*. Esto es, el poder, en esta perspectiva, ha optado por ser concebido como “colonialidad del poder”, lo cual nos convoca a percibir la relación e influencia que se está gestando entre el constitucionalismo andino y los estudios decoloniales.

Hacemos referencia a los escritos de autores como 1) (primera vertiente) Ramiro Ávila en Ecuador, Alejandro Médici en Argentina, Ricardo Sanín en Colombia, y otros, 2) (segunda vertiente) aunque con una concepción de la colonialidad distinta, se pueden enmarcar en esta misma empresa, como Raquel Yrigoyen en Perú y Boaventura de Sousa Santos y 3) (tercera vertiente) los trabajos de Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, Rodrigo Uprimny, Cesar Rodríguez y otros.

Por supuesto que existen una serie innumerable de autores que han trabajado el constitucionalismo derivado de estos países, pero en esta ocasión se ha concentrado la atención en estos estudios, pues nuestro interés es mostrar, y pienso que la decolonialidad y todas las consecuencias que de ella se des-

prenden, permiten hacerlo, esto es, poner de presente las rupturas entre el constitucionalismo occidental y el constitucionalismo latinoamericano.

¿Rupturas?

Uno de los principales problemas fundamentales de la teoría neoconstitucional es su incapacidad para comprender el poder constituyente en los términos de los movimientos populares latinoamericanos. Según Boaventura de Sousa Santos asistimos a la *refundación del Estado* (Santos, 2010) en el subcontinente, lo cual nos lleva a repensar las maneras en las que comprendemos las subjetividades, las instituciones e incluso el constitucionalismo. Santos sostiene, mediante lo que él llama *sociología de las emergencias*, que las subjetividades o los *subalternos*, como los denominan los estudios decoloniales (Restrepo y Rojas, 2010) que han sido relegadas, vilipendiadas y oprimidas por la modernidad, están elaborando (nuevos y emergentes) saberes que se distancian de la tradición eurocéntrica, y de ahí la necesidad de analizarlas desde “otros” saberes (Walsh, 2017, 102-113) para comprender su lógica y su actuar. Es de resaltar que el constitucionalismo que se deriva de los textos fundamentales de Bolivia y Ecuador, no puede subsumirse ni en el neoconstitucionalismo ni mucho menos en lo que Viciano y Martínez etiquetaron como “*nuevo constitucionalismo latinoamericano*”.

El constitucionalismo de estas constituciones es un gran esfuerzo por tomar distancia del canon moderno, occidental, es una alternativa al neoconstitucionalismo; pero al sostener esta afirmación, es decir, la ruptura entre “*constitucionalismo andino*” y neoconstitucionalismo, nos vemos de frente a ante la dificultad de hallar las asimetrías entre ambos modelos, ya que algunos autores sostienen, como los mencionados, que el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” “asume las posiciones sobre la necesaria impregnación del ordenamiento jurídico” y sería una *continuación* del neoconstitucionalismo (Walsh, 2008, 134); (Viciano y Martínez, 2010, 18) más no una *ruptura*.

El problema de esta afirmación es que no permite ver cómo el nuevo constitucionalismo parece estar más de frente y ser más consciente de las relaciones de poder que penetran el constitucionalismo (y por tanto, la forma en que son incorporadas en los cánones de la teoría constitucional). En este momento de la reflexión surge, como una especie de dardo, el ca-

mino que tenemos que seguir para lograr esclarecer las rupturas entre ambos constitucionalismos.

Podríamos decir, para intentar diferenciarlos, que en 1) el neoconstitucionalismo encontramos un *silencio de los constitucionalistas* (Lascarro, 2012) frente al poder; mientras que en el nuevo constitucionalismo encontramos una *voz* que advierte sobre el poder: la *voz de la colonialidad* (Lascarro, 2012, 58-69). En otro sentido, 2) el neoconstitucionalismo, en medio de su retórica y particular forma de articular el discurso de los derechos, posee una *fuerza de retención* (retener en el sentido de no cambiar, no transformar) el sistema, ofreciendo a su vez más de mil razones para acudir a las cortes.

El nuevo constitucionalismo intenta arrancar con vocación transformadora, respecto del sistema (neoliberal), aunque no de manera radical, abriendo la posibilidad de pensar otras formas de economía, configurándose, en las constituciones de Ecuador y Bolivia, por ejemplo, una especie de “hibridación económica”: tendencias sociales, socialistas, neo-socialistas, indigenistas, cooperativistas, colectivistas y hasta ambientalistas - en esta última tendencia Colombia ha tenido una normativa pionera (Lastra Mier, 2015, 62) -, así pues, se van estableciendo otras formas de concebir la naturaleza: la *pachamama*, el *sumak kawsay*, con lo cual se va gestando, además un “giro biocéntrico” (Gudynas, 2009, 34-47) de la vida.

3) Pensamos que seguir hablando de “nuevo constitucionalismo latinoamericano” es un “estafa”, es seguir anclados en la dinámica de la colonialidad, que no tiene la intención de cuestionar el poder. Desprendernos u oponer ante este “nuevo constitucionalismo latinoamericano” el “*constitucionalismo andino*” o el “*constitucionalismo decolonial*” o el “*constitucionalismo pluralista*” constituye abrir el horizonte de la *opción decolonial*, que si bien parecen no asumir, estos últimos, la radicalidad que implica emplear la descolonización, si se enmarcan en el difícil reto repensar el constitucionalismo desde una *geopolítica: Sur Global y Norte Global* en la que se toma en consideración el lugar subalterno de Latinoamérica y su ubicación dentro del “sistema mundo/moderno colonial”.

Conclusiones

Lo que intentamos exponer y resaltar, de forma muy breve y general, es la presencia de narrativas que asumen la existencia de la colonialidad del poder: nuevo(s) constitucionalismo(s): “*constitucionalismo andino*”, el “*constitucionalismo decolonial*” o el “*constitucionalismo pluralista*” que se enmarcan en otras rutas distintas de las del neoconstitucionalismo. Y para tales propósitos, tal y como intentamos precisar, es necesario que la explicación de las cartas constitucionales fracture su amarre con el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, debido a que de esta manera es posible presenciar sus diferencias. El “*constitucionalismo decolonial*” elabora una *consciencia crítica* (Medici, 2012, 94-124) respecto de las relaciones coloniales de poder, ausentes en el modelo neoconstitucional y en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en él surge la pregunta sobre cómo estas relaciones son naturalizadas e invisibilizadas por el modelo moderno, mostrándose así sus principales problemas desde una visión política y decolonial, donde el poder constituyente, expresado por los movimientos populares tiene la capacidad de articular sus prácticas en epistemes, es decir, estamos ante la posibilidad de reconocer los saberes, por ejemplo, indígenas, campesinos, como *epistemes*, conocimientos y no simplemente como *doxa*.

El *constitucionalismo andino*, como lo denomina Ramiro Ávila –el constitucionalismo producto de las constituciones recientes de Ecuador y Bolivia– intenta gestar un *salto paradigmático* de un estado tradicional y neoliberal a un estado del buen vivir; este salto paradigmático se puede observar en “originalidades” de las constituciones, como la *Pacha Mama*, la *Plurinacionalidad*, la Democracia comunitaria, la justicia indígena y la *interculturalidad*, que exigen un distanciamiento de la tradición occidental, ya que tales invenciones *se aprenden con los indígenas, no con los juristas*, ya que no existe un autor canónico que represente y explique dichas invenciones (Ávila, 2012, 6-7).

Es este escenario donde el constitucionalista ecuatoriano marca su –por llamarla de algún modo regional– *inspiración decolonial* y toma distancia del pensamiento eurocéntrico, postulando saberes constitucionales primarios y vital importancia a los cuales se suman los trabajos de Raquel Yrigoyen y Alejandro Mé dici.

Referencias

- Alexy, R. (2002). Epilogo de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (66), 13-64.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos fundamentales* (2° ed.). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y los derechos humanos* (Trad. Villar Borda). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (2003). Argumentación Jurídica y Estado Constitucional. *Estudios jurídicos, Anales de Jurisprudencia*, (3). Disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf>
- Ávila, R. (2012). En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos. *Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina, CAN*. Disponible en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>
- Carbonell, M. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- Grosfoguel, R. (2007). Hacia un diálogo crítico-solidario con la izquierda europea. *Revista Nómadas*, Universidad Central de Colombia, (26), 22-26.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Lascarro, C. (2012). De la hegemonía (neo)constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Jurídica de la Universidad de Caldas*, 9(2).

- Lascarro, D. (2013). Poder y constitucionalismo. El sonido de las “*voces decoloniales*”. Memorias del “*IV Congreso Internacional y VII Nacional de Filosofía del Derecho y Ética y Política*”. 22, 23 y 24 de abril, 2013, Universidad Libre de Bogotá.
- Lastra Mier, R. (2015). Degradación medioambiental como consecuencia del conflicto armado en Colombia. *Revista Legem*, 3(1), 59-70.
- López Medina, D. E. (1999). *Presentación. Dunkan Kennedy, Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Universidad Javeriana.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina*. Bogotá: Legis-Universidad Nacional de Colombia-Universidad de los Andes.
- Medicci, A. (2012). *Constitución Horizontal. Teoría Constitucional y Giro Decolonial*. Chiapas: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Mejía Quintana, O. (2006). Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. *Humanitas*, (33).
- Mejía Quintana, O. (2006). La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación. En N. Gil (Comp) *Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Memorias del Tercer Congreso*. Bogotá: Grupo Ibañez.
- Mejía Quintana, O. (2005). *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis.
- Mejía Turizo, J. y Pérez Caballero, R. (2015). Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. *Justicia*, (27), 30-41. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n27/n27a03.pdf>

- Mejía Turizo, J., Medina Solano, S. y Carmona Vergara, H. (2014). Arbitrariedad en las decisiones judiciales y administrativas. *Erg@omnes*. 6(1), 150-164. Disponible en <https://doi.org/https://doi.org/10.22519/22157379.460>
- Restrepo, E. y Rojas, A. (2010). *Inflexión decolonial: fuentes, conceptos y cuestionamientos*. Bogotá: Universidad del Cauca-Instituto Pensar.
- Santos, Boaventura De Sousa (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz-Bolivia: Plural Editores- IIDS.
- Upegui Mejía, J. C. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado Social de Derecho. Discurso jurisprudencia. Elementos. Usos*. Bogotá: Centro de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita-Universidad Externado de Colombia.
- Vigo, R. (2005). Directivas de la interpretación constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.). *Interpretación constitucional*. Tomo II. México: Porrúa.
- Vitale, H. (2012). *La resistencia constitucional. Defenderse del poder*. Madrid: Trotta.
- Walsh, C. (2008). Interculturalidad, Plurinacionalidad y Decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*, (9), 131-152.
- Walsh, C. (2007). ¿Son posibles unas ciencias sociales/ culturales otras? Reflexiones en torno a las epistemologías decoloniales. *Revista Nómadas*, (26), 102-113.
- Yrigoyen Fajardo, R. (1999). *Criterios y Pautas para la Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.
- Žižek, S. (2001). *El espinoso sujeto. El centro ausente de la ontología política*. Buenos Aires: Paidós.

Julieta Lobato 

Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso “Sisnero”⁽¹⁾

Equality Clause in the Workplace and Gender Perspective. Contributions from the Argentinean Labour Law from the Case “Sisnero”

Cláusula de igualdade no local de trabalho e perspectiva de gênero. Contribuições do Direito Trabalhista argentino do caso “Sisnero”

Resumen: *En los últimos años la cláusula constitucional de igualdad, originalmente analizada a la luz del paradigma de la igualdad formal, ha sido reinterpretada por parte de la literatura jurídica. Esta revisión, que se llevó a cabo principalmente desde el derecho constitucional y los derechos humanos, reconoce una ausencia: el derecho del trabajo. Proponemos avanzar en este ámbito normativo, atendiendo en particular al caso de la desigualdad de género. Al desarrollar un análisis documental de la principal producción sobre la cláusula de igualdad, demostraremos cuál ha sido la recepción formulada por la Ley de Contrato de Trabajo y expuesta por la Corte Suprema de Justicia al resolver casos laborales. La preponderancia de una noción de principio antidiscriminatorio, nos conduce a examinar la trama argumentativa en materia de discriminación de género, desarrollada por la Corte Suprema en el caso “Sisnero”. Este recorrido construye el argumento central de este trabajo, que sostiene la necesidad de robustecer la interpretación de la cláusula igualitaria mediante la incorporación de la igualdad como no sometimiento, que activa la posibilidad de atender a situaciones de injusticia estructurales.*

 Abogada. Maestranda en Derecho del Trabajo (UBA). Becaria de investigación UBA-CyT en “Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja”. Docente de Derecho del Trabajo en Facultad de Derecho, UBA.

 julieta.lobato.11@gmail.com

Palabras clave: igualdad, derecho antidiscriminatorio, igualdad como no-sometimiento, derecho del trabajo, desigualdad de género, derechos de las mujeres.

Abstract: *In recent years, the constitutional equality clause, originally analyzed as formal equality, has been reinterpreted by certain legal literature. This revision, which was carried out mainly from constitutional law and human rights, recognizes an absence: the labour law. We propose to advance in this normative field, taking into account gender inequality. When developing a documentary analysis of the main production on the equality clause, we will demonstrate how was accepted by the Labour Contract Law and exposed by the Supreme Court of Justice when resolving labour cases. The preponderance of a notion of anti-discriminatory principle leads us to examine the argumentative plot on gender discrimination developed by the Supreme Court in the “Sisnero” case. This route builds up the central argument of this article that sustains a strengthening of the equality conception, by incorporating equality as non-subjection, which activates the possibility of addressing situations of structural injustice.*

Keywords: *Equality, Anti-Discrimination Law, Equality as Non-Subjection, Labour Law, Gender Inequality, Women’s Rights.*

Resumo: *Nos últimos anos, a cláusula de igualdade constitucional, originalmente analisada à luz do paradigma da igualdade formal, foi reinterpretada pela literatura jurídica. Esta revisão, que foi realizada principalmente a partir do direito constitucional e dos direitos humanos, reconhece uma ausência: o direito ao trabalho. Propomos avançar nesse campo normativo, dando atenção especial ao caso da desigualdade de gênero. Ao desenvolver uma análise documental da produção principal sobre a cláusula de igualdade, demonstraremos que a recepção foi feita pela Lei de Contrato de Trabalho e exposta pelo Supremo Tribunal de Justiça na resolução de casos trabalhistas. A preponderância de uma noção de princípio antidiscriminatório leva-nos a examinar o enredo argumentativo sobre discriminação de gênero, desenvolvido pela Suprema Corte no caso “Sisnero”. Esta jornada constrói o argumento central deste trabalho, que apóia a necessidade de fortalecer a interpretação da cláusula igualitária, incorporando a igualdade como não-submissão, que ativa a possibilidade de abordar situações de injustiça estrutural.*

Palavras-chave: *igualdade, lei antidiscriminatória, igualdade como não-submissão, direito trabalhista, desigualdade de gênero, direitos das mulheres.*

Recibido: 20181031

Aceptado: 20181220

Introducción

Las sociedades democráticas se desarrollan en el centro de una delicada dicotomía: por una parte, la afirmación jurídica de la igualdad y, por otra, las inequidades sociales que estructuran la vida de las personas (Dubet, 2011). Específicamente las latitudes latinoamericanas poseen los índices de desigualdad más altos del mundo. Esta *cultura del privilegio* (CEPAL, 2018), en la que sólo ciertos grupos acceden al ejercicio efectivo de derechos, opera mediante la reproducción institucional de la jerarquización de la diferencia como desigualdad material.

En este contexto, el Derecho del Trabajo representa un escenario especial para disputar los sentidos de la igualdad. Como toda normativa jurídica, el derecho laboral constituye un espacio privilegiado donde se modulan las formas posibles de vida. Sin embargo, su especificidad reside en el especial campo de fuerzas sobre el que opera: al regular la relación jurídica entre empleadores y trabajadores con una clara vocación protectoria hacia éstos, reconoce una desigualdad originaria entre las personas, en términos de distribución económica y social. En consecuencia, se aleja de los presupuestos liberales básicos que estructuran los ordenamientos jurídicos modernos, en tres movimientos: (a) el Derecho del Trabajo se construye a partir de la noción de asimetría entre las partes; (b) reconoce sujetos colectivos de los vínculos laborales y les otorga poder normativo; (c) postula la intervención activa del Estado dentro de los contratos particulares (Sanguineti, 1996).

En Argentina, a partir de la década de 1980 las mujeres ingresan masivamente al mercado laboral⁽²⁾. Pero este aumento en la participación laboral femenina contrasta con la aparición de múltiples formas de segregación de género, dado que los empleos se encuentran moldeados bajo lógicas masculinas⁽³⁾. Más aún, la persistente división sexual del trabajo como matriz que estructura la separación entre trabajo productivo y reproductivo, posiciona a las mujeres en actividades informales, precarizadas y vinculadas a tareas de cuidado (OIT, 2018). Así, el mercado laboral constituye un espacio de gran in-

equidad hacia las mujeres⁽⁴⁾. Ante este escenario, cabe preguntarnos cuáles son las herramientas que el ordenamiento jurídico laboral proporciona para garantizar sus derechos. Más aún, estas herramientas: ¿son sensibles a la situación de desigualdad en que se encuentran las mujeres? ¿O se requiere re-interpretarlas para que sean porosas a estas desigualdades que antes estaban invisibilizadas?

En este contexto se sitúa el presente estudio. Desarrollaremos dos argumentos: (1) en el Derecho del Trabajo argentino impera un *principio antidiscriminatorio* insuficiente para abordar situaciones de discriminación estructural (Saba, 2007); (2) estos casos, en particular el de las mujeres trabajadoras, requieren adoptar una noción de *igualdad como no sometimiento*. Así pues, nuestro recorrido comenzará por un análisis descriptivo de las diferentes fórmulas de igualdad para establecer su recepción por parte de la Ley de Contrato de Trabajo⁽⁵⁾ (I); el predominio de una noción clásica de igualdad, concebida como principio antidiscriminatorio, nos conduce a analizar cómo lo aplicó la Corte Suprema de Justicia al resolver casos de la materia (II); por último, pondremos a prueba nuestra tesis acerca de la necesidad de incorporar la noción de *igualdad como no sometimiento* a casos de discriminación laboral hacia las mujeres, mediante la reconstrucción de las herramientas argumentativas elaboradas por la Corte Suprema en el caso “Sisnero” (III) sobre acceso de las mujeres al trabajo del servicio de transporte público de personas, suministrado por empresas privadas.

Localizar los márgenes: la igualdad en clave laboral

A partir de la cláusula de igualdad contenida en el artículo 16 de la Constitución Nacional⁽⁶⁾, la teoría constitucional ha desarrollado diversas interpretaciones. La primera de ellas expone una visión *estrictamente formal* de la igualdad, según la cual se satisface el imperativo constitucional cuando proporcionamos un trato igualitario a todas las personas que se encuentran dentro de una categoría previamente determinada por ley. La limitación fundamental de esta interpretación radica en el énfasis sobre la aplicación del derecho, sin cuestionar la categoría estipulada por el legislador (Alexy, 1993). Así, surgen diversos interrogantes: ¿Qué naturaleza tiene la categorización? ¿Cómo determinamos su legitimidad? ¿Qué criterio debe aplicarse para la distinción? Esta interpretación ceñida ha sido la base de la lógica de “igualdad entre iguales”, que enervó la legislación racista desplegada en Estados Unidos hasta mediados del siglo pasado⁽⁷⁾.

Con el objetivo de atender a estos interrogantes, se desarrolló una noción *jurídico-material* de la igualdad o *principio antidiscriminatorio*. Éste postula, para el respeto del mandato de igualdad, igual trato a todas las personas que se encuentren en “igualdad de circunstancias relevantes” (Clérico y Aldao, 2011, p. 162). Así, esta fórmula de igualdad establece que la legitimidad de la distinción se determinará en base al vínculo entre el criterio y la finalidad perseguida, lo que precisará la “relevancia” de las circunstancias para efectuar la distinción. Entonces, un trato diferenciado respetará el mandato constitucional de igualdad, cuando entre el fin de la norma y el criterio utilizado exista una relación de *funcionalidad* (Saba, 2007, p.173).

Así pues, en vistas a establecer la razonabilidad de una distinción, se deben desarrollar tres exámenes: *idoneidad, medios alternativos menos lesivos y proporcionalidad* (Clérico, 2009). El primero se pregunta acerca de la aptitud de la distinción a fin de lograr el objetivo. Por su parte, el segundo examen busca indagar acerca de la existencia de otras posibilidades que no impliquen un tratamiento diferencial, pero logren el objetivo deseado. Por último, a través del examen de proporcionalidad en sentido estricto, se determina la medida de afectación del principio de igualdad y se la contrasta con las razones de la distinción. En caso que la afectación supere las razones, se reputará arbitraria.

Estos exámenes de igualdad se desarrollan en tres niveles: el *escrutinio leve* o “examen de mera razonabilidad”, parte de la presunción de constitucionalidad de la distinción. Por ende, quien alega la arbitrariedad de un acto deberá demostrar su falta de idoneidad, de proporcionalidad o la existencia de medios alternativos menos lesivos; a partir de la legitimidad de la distinción, el *escrutinio intermedio* requiere la demostración del vínculo entre el criterio adoptado y la medida implementada. Para ello se debe comprobar la existencia de un fin trascendental que justifique la medida; por último, el *escrutinio intenso, estricto o exigente* (Clérico, 2009), se basa en la presunción de inconstitucionalidad de la distinción, por lo que el demandado deberá derribarla. Ello implica que deberá demostrar la existencia de una finalidad primordial, de medios que promuevan la distinción y la inexistencia de otras medidas menos lesivas de alcanzar la misma finalidad (Clérico, 2009; Treacy, 2011). La presunción de inconstitucionalidad se funda en que la distinción opera en base a criterios prohibidos o *categorías sospechosas* (Gullco, 2007; Clérico, 2009; Treacy, 2011).

De este modo, la noción de igualdad como principio antidiscriminatorio constituye un insumo conceptual hábil para desactivar prácticas discriminatorias particulares: planteada la cuestión ante un tribunal, éste deberá evaluar las constancias de la causa, de modo de efectuar el test de razonabilidad en alguno de los tres escrutinios, lo que permitirá establecer la inconstitucionalidad del trato diferenciado; ello concluirá en la determinación de una reparación concreta en favor del accionante.

Ahora bien, la noción de igualdad implica, en menor o mayor medida, una comparación entre personas o grupos de personas (Clérico y Aldao, 2011; Añón Roig, 2013). Si bien la fórmula de igualdad material se cuestiona acerca del criterio y las causas del tratamiento diferenciado, persiste una matriz de comparación liberal-burguesa, determinada a semejanza del hombre blanco, de clase media y heterosexual. El postulado de “igualdad de trato ante igualdad de circunstancias relevantes”, carece de la amplitud necesaria para abordar situaciones en las que las diferencias entre las personas sí son relevantes (Ronconi y Vita, 2012). Es decir, es poco probable que mediante el uso de esta fórmula podamos dar cuenta de situaciones de exclusión social, producidas a través de dinámicas de subordinación que afectan a ciertos grupos sociales⁽⁸⁾ (como las mujeres), que no se adecúan al parámetro universal del “sujeto de derecho”⁽⁹⁾; matriz del examen de igualdad jurídico-material. De ahí que el principio antidiscriminatorio difícilmente pueda desactivar relaciones sociales de dominación, que moldean a algunos grupos de personas como oprimidos y otros como privilegiados.

Las razones de la exclusión de los grupos oprimidos se basan en prejuicios o patrones culturales insertos en los procesos de estructuración social (Clérico, Ronconi, Aldao, 2013), cuyos sentidos son significados en contextos temporales situados. Por ende, al basarse en un modelo individual (Saba, 2007), la noción de *igualdad jurídico-material* no logra dar cuenta de las prácticas culturales, los procesos económicos-sociales, los discursos e instituciones a través de las que se construyen tales relaciones de opresión. Estos grupos requieren de mecanismos tutelares que logren repeler esas prácticas excluyentes.

De este modo, se torna imperioso avanzar hacia concepciones de igualdad que ofrezcan la densidad analítica necesaria para abordar situaciones de injusticia sistemática, determinadas a través de relaciones de dominación que estructuran la sociedad. Con esto me refiero a una noción de igualdad que

permita dar cuenta de las condiciones de posibilidad que facultan la participación pública mediante el ejercicio pleno de derechos, a ciertas personas y no a otras. Este horizonte de sentido persigue la noción de *igualdad como no sometimiento*⁽¹⁰⁾ (Saba, 2007, p.185). Tal interpretación introduce al análisis jurídico, el pulso de las condiciones económicas, sociales e históricas que determinan el acceso al ejercicio de derechos.

En el caso de las mujeres trabajadoras, la adopción de un enfoque de *igualdad como no sometimiento* implica indagar sobre los patrones culturales y económicos-sociales que informan la construcción genérica de las personas, mediante la afirmación de comportamientos diferenciados de acuerdo con el sexo y el impacto diferencial que producen en las oportunidades laborales de mujeres y varones. Estos patrones cimientan relaciones de poder asimétricas entre los sexos, en cuyo extremo más débil se encuentran las mujeres (Pautassi, 2011). Por lo tanto, el principio de *no sometimiento*, permite comprender que las situaciones de discriminación experimentadas por las mujeres no responden a hechos aislados o desarticulados entre sí, sino que constituyen manifestaciones de la opresión que modula los vínculos sociales sexo-genéricos, en contextos históricos determinados.

Desde esta perspectiva, el examen funcional de razonabilidad se complementa con el análisis de las tramas históricas y sociales articuladas de modo de reproducir estructuras asimétricas de poder entre las personas, que redundan en la sistemática exclusión de algunos grupos (Añón Roig, 2013). Así, los niveles de escrutinio se integran con un examen sobre los presupuestos fácticos del contexto situado donde se produce el trato discriminatorio.

En este punto se podría objetar que esta noción de igualdad excede la manda constitucional del artículo 16 de la Constitución argentina. Sin embargo, la noción de igualdad se vio enriquecida en dos momentos constitucionales diferentes.

El primero se inscribió en el proceso más amplio conocido como *constitucionalismo social* de mediados del siglo XX. Inaugurado a partir de las Constituciones de Querétaro (1917), Bolchevique (1918) y Weimar (1919), este movimiento se caracterizó por una mutación en las concepciones de Estado y ciudadanía, a partir de la incorporación al texto constitucional de derechos sociales (Vita, 2018a). Esta recepción por parte de los ordenamientos

jurídicos (que hasta el momento tenían un fuerte apoyo en las libertades individuales y la propiedad privada), fue fruto de las crecientes luchas obreras que se desarrollaron desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. En este marco, la reforma constitucional argentina de 1949 constituye la primera oportunidad en la que se integraron al texto constitucional, diversos derechos vinculados al trabajo (Vita, 2018b). Si bien dicha reforma fue derogada por el gobierno de facto de 1955, en el siguiente proceso reformista de 1957 se incluyó el artículo 14 bis, que retomó varios derechos de la experiencia previa y continúa vigente hasta la actualidad. Sin lugar a dudas, la introducción de esta cláusula constitucional implica una ampliación en la mirada de la igualdad, que hasta ese momento se traducían en una fórmula meramente formal. Es decir, otorgar protección constitucional a los derechos vinculados al trabajo implica reconocer una situación de desigualdad social y económica de base, que estructura la vida de las personas en una sociedad⁽¹¹⁾.

Luego, en el año 1994 se produce un segundo proceso de robustecimiento de las expresiones de igualdad, a través del reconocimiento de jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos, que en forma general o específica se refieren a la igualdad (art. 75 inc. 22)⁽¹²⁾, de la posibilidad de recabar amparo colectivo contra cualquier forma de discriminación (art. 43) y de diagnosticar que determinados colectivos se encuentran en una situación desigual de hecho, de partida para el ejercicio de los derechos (art. 75 inc. 23). El reconocimiento que este último artículo efectúa respecto de la situación fáctica de desigualdad social en la que se encuentran ciertos grupos (entre ellos, las mujeres) implica, en suma, reconocer que el “modelo individual” de la igualdad (consagrado en el art. 16), no ha dado respuestas satisfactorias a la exclusión sistemática de ciertas personas que pertenecen a grupos sociales determinados (Zayat, 2014a).

Más aún, la inscripción de las “medidas de acción positiva” en los artículos 37, 75 inc. 19 y 75 inc. 23, tensionan el principio antidiscriminatorio, dado que constituyen tratos diferenciales proporcionados a ciertos grupos estructuralmente segregados (Saba, 2007). Al reconocer las diferencias de grupo, las medidas de acción positiva permiten aplacar situaciones de opresión. Por consiguiente, no se condicen con el test de razonabilidad pero, ciertamente, resultan armónicas bajo el espectro de la *igualdad como no sometimiento*.

En el marco del Derecho Internacional del Trabajo, la Organización Inter-

nacional del Trabajo (OIT) adoptó, desde sus comienzos, el principio de igualdad como un pilar fundamental. Así, Convenio núm. 100⁽¹³⁾ de la OIT⁽¹⁴⁾ (*Convenio sobre igualdad de remuneración*), establece la obligación de los Estados Partes de garantizar igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.

Por su parte, el Convenio nro. 111⁽¹⁵⁾ de la OIT (*Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*), establece en el primer artículo que entiende por discriminación: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Con el objeto de resaltar el carácter no exhaustivo del listado de categorías, el inciso b) del mismo artículo determina que también se considerará discriminación a cualquier otra diferenciación que a consideración de los Estados, vulnere la igualdad de oportunidades o trato en el marco de los vínculos laborales.

A su vez, en 1998 la OIT acogió la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*. En ella se determina la necesidad de proteger más intensamente ciertos derechos que son reconocidos como fundamentales. Entre ellos se encuentra la “eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”. En este sentido, la Declaración impone la obligatoriedad de respetar los Convenios que tutelan estos derechos, incluso cuando no hubieren sido ratificados por los Estados Parte. En el caso de la protección contra la discriminación, se incluyen tanto el Convenio núm. 100 como el Convenio núm. 111.

A partir de la adopción de la *Declaración*, la OIT ha venido desarrollando programas vinculados a la igualdad de género en el trabajo en forma sistemática, principalmente a través de la *Oficina para la Igualdad de Género*. Así, en el año 2005 el Consejo de Administración decidió incorporar el análisis de género como estrategia para la igualdad, a las actividades de cooperación técnica con los Estados Parte⁽¹⁶⁾. En esta línea, la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2009 adoptó a la igualdad de género como un eje fundamental del trabajo decente, desde un enfoque de derechos y eficacia económica:

la igualdad de género en el mundo del trabajo no es sólo una cuestión de derechos humanos y de justicia para los trabajadores, sino que también reviste interés desde el punto de vista empresarial para los em-

pleadores, y es fundamental para el logro del crecimiento económico y la reducción de la pobreza a nivel nacional (OIT, 2009a, VII).

Como vemos, en el ámbito del Derecho Internacional del Trabajo la igualdad de género se constituye en un pilar fundamental de protección. Sin embargo, resta analizar las disposiciones del derecho doméstico.

En Argentina, las pautas igualitarias de la *Ley de Contrato de Trabajo* (en adelante, LCT), se encuentran contenidas en los artículos 17 y 81. En ellos se determina que el empleador deberá otorgar un trato igualitario a todos los trabajadores en idénticas situaciones. Asimismo, la LCT establece la prohibición de dispensar tratos discriminatorios fundados en raza, nacionalidad, edad y sexo. No obstante, la norma estipula que no se considerará tratamiento discriminatorio a aquél que el empleador funde en razones objetivas de bien común. Por su parte, el artículo 172 de la LCT reproduce la prohibición de discriminación, pero en relación a las mujeres trabajadoras específicamente.

Ahora bien, en materia de protección a la maternidad⁽¹⁷⁾, la LCT construye un mecanismo diferenciado, a través del juego de tres disposiciones: en primer lugar, determina que toda mujer en período de gestación que hubiera notificado a su empleador de dicha situación, gozará de estabilidad en el empleo (art. 177, 3er párrafo); luego, establece una *presunción* según la cual el despido tendrá como causa la maternidad, si se produjera siete meses y medio antes o después de la fecha presunta de parto (art. 178); lo que impone una obligación de pago de una indemnización agravada, a cargo del empleador (art. 182). El mismo sistema de protección rige para los casos de matrimonio, de acuerdo a los artículos 180 a 182 LCT. Estas normas establecen un *examen de igualdad de escrutinio intenso* en virtud del cual, producido el despido, la trabajadora deberá acreditar únicamente que el empleador se encontraba notificado del estado de gravidez. La presunción de arbitrariedad que pesa sobre ese acto extintivo, sólo podrá desvirtuarse si el empleador prueba la existencia de una causa sustancial y la inexistencia de medios alternativos al despido. En caso que el empleador no pueda derribar la presunción, la LCT le impone el pago de una indemnización agravada.

Así pues, la fórmula de igualdad presente en los principales instrumentos jurídicos laborales responde al *principio antidiscriminatorio*. Esta noción impone al empleador la obligación de dispensar un trato igualitario a todos los

trabajadores que se encuentren en igualdad de circunstancias, con expresa prohibición de discriminar en base a ciertas categorías. En materia de protección de la maternidad, la LCT propugna un examen de igualdad en sentido estricto, mediante la imposición de una presunción que invierte la carga probatoria hacia el empleador.

Asimismo, un debate álgido en la doctrina laboralista fue el relativo a la aplicabilidad de la Ley Antidiscriminatoria Nro. 23.592 a los vínculos laborales. Este debate se centró en torno al efecto sustancial que deriva de la aplicación de la ley 23.592⁽¹⁸⁾. Dado que el art. 1 de la ley estipula la cesantía del acto discriminatorio⁽¹⁹⁾, ello implica que ante un despido discriminatorio, el mismo debe ser dejado sin efecto y, por ende, la persona afectada debe ser reinstalada en su puesto laboral. Esta discusión fue zanjada por la Corte Suprema argentina en ocasión de resolver la causa “Álvarez”, que analizaremos en lo que sigue.

La igualdad en la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina

Hasta aquí hemos revisado la literatura constitucional y de derechos humanos existente que informa las diferentes interpretaciones de la cláusula constitucional de igualdad. Hemos visto que las insuficiencias de una noción meramente formal de la igualdad, motivaron la consolidación del principio jurídico-material o antidiscriminatorio. A su vez, comprobamos que este principio fue receptado por los principales instrumentos jurídicos en materia laboral en Argentina.

Ahora bien, nuestro argumento principal sostiene que para hacer frente a casos de discriminación hacia las mujeres (que representan formas estructurales de desigualdad), es necesario avanzar hacia nociones de *igualdad como no-sometimiento* que permitan dar cuenta de las relaciones de opresión a las que se ven sometidas. Por consiguiente, para advertir las insuficiencias que detenta el principio antidiscriminatorio, es preciso detenernos en la forma en que ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia argentina, al resolver casos de discriminación referidos, en forma directa o indirecta, a los derechos de trabajadoras en los ámbitos laborales. Al respecto sostenemos que el primer caso donde la Corte aplica un enfoque de género explícito (*gender mainstreaming*⁽²⁰⁾), en materia de derecho de las trabajadoras es el fallo “Sisnero”, que analizaremos en profundidad (apartado 4). A los efectos de mostrar el contraste

jurisprudencial con anterioridad a Sisnero, reconstruiremos la línea jurisprudencial en materia de discriminación laboral en casos que exponen la cláusula de igualdad (apartado 3.1). Esto nos permitirá sostener que el contraste está dado por el enfoque aplicado. Para ello, adelantamos que por *enfoque o perspectiva de género*⁽²¹⁾ entendemos el método que permite develar las formas en que se presenta la dominación sexista, tanto en el texto legal como en la argumentación jurídica, identificando las concepciones sexo-genéricas que sustentan al fallo y los efectos que dicha dominación irradia hacia la decisión y la protección de los derechos de las mujeres (Facio, 1992).

De tal forma, el *enfoque de género* se erige en una herramienta metodológica potente para revelar las estructuras e ideologías sexistas presentes en el discurso jurídico laboral. En ese sentido, contribuye al paradigma de la *igualdad como no-dominación* al evidenciar los mecanismos económicos, sociales, históricos y culturales a través de los cuales se construyen estructuras de opresión que determinan a las mujeres (e identidades de la diversidad sexual), como grupos oprimidos respecto de los varones como grupo privilegiado.

a. Jurisprudencia anterior a “Sisnero”: ¿atando cabos?⁽²²⁾

Un fallo precursor en materia de discriminación por razón de sexo en el empleo es el caso “Carballo” de 1973. La demanda fue interpuesta por cuarenta y dos trabajadoras de la Prefectura Nacional Marítima en búsqueda de la declaración de inconstitucionalidad del decreto 7673/55. Este decreto excluía a las mujeres del estado policial, incorporándolas al régimen del personal civil de las Fuerzas Armadas. Las reclamantes consideraron que dicho decreto violaba su derecho a la igualdad (art. 16 CN), dado que la exclusión fue impuesta sólo a las mujeres.

Tanto primera como segunda instancia habían rechazado la pretensión en el entendimiento que, a la luz de la garantía de igualdad, resultaba “razonable pensar que motivos de conveniencia administrativa hayan movido a otorgar sólo a los varones -y no a las mujeres- una opción de permanecer en la Prefectura Nacional Marítima con estado policial”⁽²³⁾. Para resolver la cuestión, la Corte Suprema argentina sostuvo que:

la discriminación que efectuó el decreto 7673/55, al negar al personal femenino la opción que sí acordó al masculino para mantener el estado

policial, carece de base que la sustente; pues, si algo evidencian las constancias reseñadas, es que no existía razón valedera alguna que autorizara a suponer que el personal femenino, sólo por ser tal, se encontraba impedido para desempeñar sus funciones conservando aquel estado policial (Considerando 7°).

Como podemos ver, el máximo Tribunal se aleja del decisorio de las instancias anteriores y determina la violación al principio de igualdad contenido en el art. 16 CN. Para así decidir, se basa en una noción de principio antidiscriminatorio (en contraste con la noción formal enarbolada por las instancias previas) y desarrolla un examen de mera razonabilidad (Treacy, 2011), ya que determina la falta de justificación de la exclusión dispuesta por la norma.

Luego, la Corte analizó los alcances de la cláusula de igualdad en el ámbito laboral en el caso “Dardanelli de Cowper” Allí la trabajadora, que se desempeñaba como auxiliar a bordo en aeronaves, sufrió un accidente de trabajo. En virtud del siniestro, cuestionó la validez constitucional del régimen indemnizatorio previsto en el Estatuto Profesional para el Personal Navegante de la Aviación Civil. Éste resultaba significativamente menor al régimen general en materia de accidentes de trabajo. La Corte declaró la inconstitucionalidad del régimen indemnizatorio especial, por violentar el derecho a la igualdad de la trabajadora. El estándar aplicado por la Corte se extrae de los siguientes argumentos:

La validez constitucional de las distinciones y clasificaciones establecidas por las leyes laborales se encuentra subordinada a que deriven de causas objetivas o de razones sustanciales, de manera que resulte excluida toda diferencia injusta o que responda a criterios arbitrarios (Considerando 3°).

En este orden de ideas, se impone aceptar que una diferencia económica tan significativa entre la indemnización dada a la actora y la que le correspondería por el mismo infortunio a todo trabajador dependiente de cualquier otra actividad aun dentro de un sistema reparador de alcances limitados, exige para su validez en los términos del art. 16 de la Ley Fundamental, una causa objetiva o razón sustancial de inequívoca existencia (Considerando 7°).

Nuevamente la Corte desarrolla un examen de mera razonabilidad, pero contrasta los niveles de afectación por aplicación del régimen normativo especial y general; ello conduce a sostener una violación al derecho de igualdad de la trabajadora alcanzada por el régimen especial.

Si bien el estándar expuesto no hace referencia a cuestiones de diferencia de sexos, este caso es tomado en su fórmula de igualdad en el *leading case* “Férrandez Estrella”⁽²⁴⁾ del año 1988. Allí se discutió acerca de los alcances de la cláusula de “igual remuneración por igual tarea” del art. 14 bis CN. La trabajadora se desempeñaba como jefa de departamento de terapia intensiva de un sanatorio privado. En esa calidad percibía una remuneración menor a la de sus pares e, incluso, de las personas que trabajaban bajo su supervisión. En ese sentido, interpuso la acción en búsqueda del cobro de las diferencias salariales e indemnizatorias producto del despido, sobre la base de que la remuneración percibida era discriminatoria⁽²⁵⁾.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había desestimado la pretensión de la actora en base a dos criterios: 1) la trabajadora no había logrado probar que, en virtud de las tareas que desarrollaba, la remuneración percibida “fuera torpemente injusta”; 2) al revestir la calidad de “personal fuera de convenio”, no acreditó encontrarse en igualdad de circunstancias, lo que determinaría la arbitrariedad del trato excluyente⁽²⁶⁾. Es decir, la Cámara había efectuado un examen débil de mera razonabilidad, que partía de una fuerte presunción de legitimidad de la distinción, lo que condujo a depositar en la trabajadora la totalidad de la carga probatoria.

En cambio, el máximo Tribunal federal sostuvo que la sentencia era arbitraria, en tanto omitió “una apreciación crítica de los elementos relevantes de la litis”⁽²⁷⁾. En efecto, la Corte sostiene la existencia de pruebas en el expediente que demostraban el carácter discriminatorio del trato, tales como: la comparación de las remuneraciones en base a la pericia contable; la importancia del área donde se desempeñaba la actora; los testimonios agregados a la causa, en especial el del gerente de personal; la persecución que la empresa venía sosteniendo contra la trabajadora; la eficiencia y laboriosidad de la trabajadora⁽²⁸⁾. Frente a esta plataforma, la Corte sostiene que la mera alegación por parte de la empleadora de la facultad otorgada por el art. 81 de la LCT, “no aparece provista de fundamento fáctico suficiente que la sustente”⁽²⁹⁾.

Ahora bien, especial atención merece el voto concurrente de los jueces Petracchi y Bacqué. En primer lugar, los magistrados analizan los alcances de la garantía de igual remuneración por igual tarea, como una expresión de la cláusula genérica de igualdad⁽³⁰⁾. Asimismo, sostienen que el art. 81 de la LCT expresa la obligación de los empleadores de dispensar “igualdad de trato a sus dependientes en *identidad de situaciones*”; razón por la que un tratamiento diferenciado deberá responder a una justificación objetiva. Caso contrario, resultará lesivo. Ahora bien, en relación a la distribución de la carga probatoria, los jueces sostienen:

Sin establecer presunciones legales, el art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo ha fijado, con el carácter de obligación para el principal, la igualdad de trato a sus dependientes en “*identidad de situaciones*”. Luego, el tratamiento diferenciado, para no resultar lesivo de los derechos de la contraparte, debe justificarse en razones objetivas. Por lo mismo, cada una de las partes deberá probar el presupuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o excepción. El trabajador deberá acreditar sus “*circunstancias*”, y quien se exceptiona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancias de bien común, debe acreditar estas afirmaciones (Considerando 7°).

Los jueces fundan su postura en el Convenio núm. 100 de la OIT (*Convenio sobre igualdad de remuneración*) y diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Entre éstos, es importante destacar la referencia al caso “*Mc. Donnell Douglas Corp. vs. Green*”⁽³¹⁾, en el que se estableció la regla según la cual, acreditado el presupuesto legal por el demandante, la carga probatoria se traslada al empleador quien debe aportar una causa objetiva y legítima del tratamiento diferencial, ajena a toda discriminación.

En virtud de este esquema, los jueces exponen que en el caso particular la actora había probado la precariedad de su nivel salarial en comparación con la de sus pares y subordinados, sus capacidades profesionales y buen desempeño. Por su parte, la empleadora no había aportado ninguna prueba al juicio, de hecho, había desistido de las mismas⁽³²⁾. Así, consideraron que se encontraba acreditado el carácter discriminatorio del nivel salarial percibido por la trabajadora, por lo que ordenaron hacer lugar a la queja y descalificar la sentencia recurrida.

Los fundamentos del voto concurrente de los Dres. Petracchi y Bacqué son trascendentales, ya que se proyectaron en sendos pronunciamientos posteriores, a la hora de dirimir los alcances de la igualdad en los ámbitos laborales (Alvarez, 2015). Tal es así que, en el año 1999, el voto en disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López en el caso "Ursini", continúa el hilo argumental establecido en el precedente anterior. En esta ocasión se debatía el carácter discriminatorio del despido de una trabajadora con diversidad funcional⁽³³⁾.

La mayoría de la Corte⁽³⁴⁾ determinó la inadmisibilidad del recurso, por lo que no se abrió la instancia federal. Empero, los Dres. Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López establecieron su disidencia y se manifestaron por la admisión del recurso, en tanto el fallo de la Cámara había incurrido en arbitrariedad al momento de valorar la prueba recabada. Así, entendieron que los jueces de las instancias anteriores se limitaron a efectuar un examen meramente formal de igualdad, sin atender a los incoherentes argumentos expuestos por las demandadas:

Que de lo expuesto resulta que el *a quo* no se hizo cargo de las contradicciones existentes entre las contestaciones de demanda de la titular de la agencia de modelos, señora Gloria Geddes, y de YPF, precisamente en el punto que se vincula con la posible causal de discriminación, que es el previo conocimiento de las características físicas de la actora. En ese orden de ideas, tampoco valoró adecuadamente la incoherencia que supone que, cuando el representante publicitario de YPF descubrió que la actora carecía de un brazo y, preocupado por su seguridad y de su salud, habló del tema con la agencia que la habría contratado, ésta descubrió, a su vez, el indeseado protagonismo de la modelo y la despidió (considerando 10°).

En este punto, el voto en disidencia recuerda la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, en términos de la distribución de la carga probatoria⁽³⁵⁾. En ese sentido, basándose en la doctrina sentada por el voto de Petracchi y Bacqué en la causa "Fernández Estrella", los jueces sostuvieron que las empleadoras no lograron probar la causa objetiva y sustancial que derriba la presunción discriminatoria del despido. Ello los conduce a establecer que el despido de la trabajadora se presenta, a todas luces, discriminatorio⁽³⁶⁾.

Nuevamente aquí vemos que, si bien el recurso no fue admitido por la mayoría de la Corte, dos de los jueces manifestaron su disidencia y propugnaron la apertura de la instancia federal. En ese entendimiento, la regla que adoptaron en su fundamentación sigue los lineamientos establecidos por los jueces Petracchi y Bacqué en “Fernández Estrella”. Es decir, que para que el tratamiento disímil no resulte lesivo, debe fundarse en justificaciones objetivas. De este modo, cada parte deberá probar el extremo que invoca como razón de su pretensión o excepción: el trabajador o trabajadora deberá acreditar las circunstancias que alegue, mientras que la empresa deberá acreditar que el trato disímil obedeció a circunstancias de bien común o méritos objetivos⁽³⁷⁾.

Como anticipamos previamente, en el año 2010 la Corte Suprema de Justicia zanjó la discusión imperante en la dogmática jurídica laboral, en torno a la aplicabilidad de la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592 a los vínculos laborales privados. Fue en el caso “Álvarez”⁽³⁸⁾, donde la Corte estableció que la igualdad configura un principio del *jus cogens*, a partir de un riguroso análisis del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como tal, la cláusula igualitaria irroga obligaciones *erga omnes* que no sólo son exigibles a los Estados, sino también a los particulares. De ahí que el deber de respetar los derechos humanos “...se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores”⁽³⁹⁾.

La doctrina del caso “Álvarez” resulta fundamental para abordar el marco jurídico aplicable a casos de discriminación laboral. Establecida la aplicación de la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592 a los vínculos del trabajo, los efectos de tal aplicación continúan generando posturas disímiles, ilustradas en el voto en mayoría y el voto minoritario. Por un lado, el voto en mayoría⁽⁴⁰⁾ sostiene que la aplicación de dicha ley a casos de despido discriminatorio produce la nulidad del acto y, por ende, la reincorporación del trabajador o trabajadora a su puesto laboral. Los jueces argumentan que no existe incompatibilidad entre la reinstalación del trabajador como consecuencia de la nulidad del despido discriminatorio y la libertad de contratar del empleador⁽⁴¹⁾. Ello así dado que la reinstalación es un medio idóneo de reparación ante un caso de violación a derechos humanos. En suma, el respeto de la igualdad y prohibición de discriminación prevalece sobre libertades preeminentemente económicas, tales como la libertad de contratar que deriva del derecho de ejercer toda industria lícita del art. 14 Constitución Nacional⁽⁴²⁾. En contraste, el voto en minoría⁽⁴³⁾ sostiene que la reinstalación colisiona con el sistema de

estabilidad impropia consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. En virtud de ello, proponen mantener la eficacia del despido discriminatorio, pero establecer una indemnización agravada a favor del afectado⁽⁴⁴⁾. Sin embargo, esta solución no se condice con la primera parte de la argumentación. Al reconocer la supremacía del principio de igualdad como norma de *ius cogens*, la cuestión se reduce a una contienda jerárquica; mientras la igualdad se posiciona en la máxima jerarquía incluso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las libertades económicas no detentan ese mismo carácter, por lo que su jerarquía normativa es inferior. De ahí que la solución propuesta por el voto minoritario no se ajusta a derecho, ni representa una derivación lógica de la primera parte del fallo (Alvarez, 2015).

Sin perjuicio de la importancia de esta discusión en la materia, al haber llegado firme a la instancia federal el carácter discriminatorio del hecho⁽⁴⁵⁾, las concepciones de igualdad permanecieron fuera del debate. Ahora bien, el mismo día que el máximo Tribunal argentino se expide sobre el caso “Álvarez”, lo hace también en el caso “Pellejero”⁽⁴⁶⁾. En esta causa sí se encontraba controvertido el carácter discriminatorio del despido que alegaba la trabajadora. El Tribunal de la instancia anterior había tenido por acreditado el carácter discriminatorio del despido, por lo que hizo lugar al reclamo y ordenó la reinstalación de la trabajadora, con fundamento en el art. 1 de la Ley Antidiscriminatoria. Empero, la Corte Suprema argentina advierte una “falta de solidez de la imputación de discriminación que se efectuó en la demanda”⁽⁴⁷⁾; extremo que se vio exacerbado en tanto el Tribunal anterior no fundamentó cuáles eran los hechos o circunstancias que acrediten el carácter discriminatorio del despido:

En ningún tramo del fallo se explica de qué modo o mediante qué hechos o circunstancias concretas habría quedado patentizada la alegada conducta discriminatoria de la empleadora. Tampoco se individualizan los elementos de juicio incorporados al expediente cuya ponderación podría conducir a tener por probado ese extremo (Considerando 4°).

Todo ello lleva al máximo Tribunal a descalificar la sentencia, atento no haberse demostrado la discriminación que activaría la tutela del art. 1 de la Ley Antidiscriminatoria.

Por último, la Corte indaga acerca del esquema probatorio en casos de discriminación, en la causa “Pellicori”⁽⁴⁸⁾. Con base en la Ley Antidiscriminatoria, la actora reclamó la nulidad del despido y consecuentemente, la reinstalación en su cargo. La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo desestimó el reclamo de Pellicori, sobre la base que no había probado el carácter discriminatorio del acto. Para así decidir, los jueces del tribunal consideraron que la solución de “nulidad intensa” prevista en la Ley Antidiscriminatoria Nro. 23.592 requiere de “una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos probatorios”; obligación que recaía exclusivamente sobre la trabajadora reclamante.

La Corte Suprema argentina recuerda el carácter arquitectónico que detenta el principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino y efectúa un recorrido a través de pronunciamientos de diversos tribunales, en los que la rigidez probatoria se morigera en favor de la persona que acude al sistema judicial, en búsqueda de un remedio a una situación discriminatoria. Ello lleva al máximo Tribunal federal a determinar:

Resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. (Considerando 11°).

De tal forma, el fallo “Pellicori” marca un punto nodal en la línea jurisprudencial de la Corte argentina, en materia de discriminación en los lugares de trabajo. El estándar probatorio se construye a partir de una distribución dinámica de las cargas. Así, la parte que alegue el hecho discriminatorio deberá aportar hechos que, *prima facie* evaluados conduzcan a configurarlo; mientras que el empleador deberá probar que el tratamiento diferencial obedeció a una causa ajena a toda discriminación, objetiva y razonable.

Tabla 1. Esquema probatorio en jurisprudencia previa a “Sisnero”

	Fórmula de igualdad. ¿Qué se debe probar?	Carga de la prueba y de la argumentación. ¿Quién debe probar?	Esfuerzo probatorio y argumentativo. ¿Cuánto y cómo se debe probar?
Carballo	Antidiscriminación. Escrutinio leve.	Actora.	El presupuesto y la ausencia de adecua- ción entre medios y fines.
Fernández Estrella	Antidiscriminación. Escrutinio intermedio (voto Petracchi y Bacqué).	Actora. Demandada.	El presupuesto que alega. La razón de la exclusión (méritos/ bien común).
Ursini	Antidiscriminación Escrutinio intermedio (disidencia, estándar de “Fernández Estrella”).	Actora. Demandada.	El presupuesto que alega. La razón de la exclusión (méritos/ bien común).
Pellejero	Antidiscriminación. Escrutinio intermedio.	Actora.	Configurar el supuesto discrimina- torio. Aportar hechos, circunstancias y elementos de juicio concretos.
Pellicori	Antidiscriminación. Escrutinio intermedio con prueba dinámica.	Actora. Demandada.	Medios directos o indiciarios que encadren la discriminación. Causa objetiva y razonable, no discriminatoria.

Fuente: Elaboración propia en base a Fallos CSJN.

Esta evolución jurisprudencial del esquema de igualdad se complementa con la faz remedial determinada en “Álvarez”, a partir de la aplicabilidad de la Ley Antidiscriminatoria a los vínculos laborales. Esto es: la nulidad del acto discriminatorio.

b. Conclusiones intermedias

En suma, la argumentación de la Corte Suprema de Justicia en esta línea jurisprudencial que dirimió los alcances de la cláusula igualitaria en los vínculos laborales, se basa en una concepción jurídico-material. Esta concepción marca la antesala de “Sisnero” e implica para los empleadores, la obligación de dispensar un trato igualitario *en igualdad de circunstancias* a todos los trabajadores y trabajadoras que se desempeñen bajo su dependencia. Aún más, cuando se produzca un trato diferenciado, el empleador deberá probar una razón objetiva de bien común que lo justifique. Así, la labor del juez o jueza se circunscribirá a efectuar el examen de igualdad (escrutinio intermedio o estricto), para establecer la inconstitucionalidad de la norma, lo que motivará una acción concreta a favor del accionante que, en los casos que repasamos, versó sobre la imposición de una indemnización agravada y, en algún caso, la reincorporación.

Sin embargo, en estas contiendas persiste una lógica individualista: la discriminación se aborda como un conflicto puntual y descontextualizado entre individuos definidos. Pero, ¿qué pasa cuando requerimos al sistema judicial laboral respuestas a situaciones de discriminación estructural? Ciertamente, la identificación del acto discriminatorio se complejiza, dado que se articula a través de procesos difusos y arraigados en las estructuras básicas de socialización (Añón Roig, 2013). Por lo tanto, para dar cuenta de estas dinámicas de subordinación social, es necesario incorporar al examen de igualdad la determinación del carácter estructural del trato discriminatorio. Esto, indefectiblemente, conduce a una mutación del modelo de igualdad.

Ampliar los márgenes: el caso “Sisnero”⁽⁴⁹⁾ y la *igualdad como no-sometimiento o no-dominación*

La ausencia de una reflexión sistemática acerca de *qué entendemos* por igualdad en el derecho laboral argentino, impide comprender las complejas situaciones de desigualdad social que se proyectan en los ámbitos de trabajo.

Como dijimos al principio, en el caso de las mujeres, un enfoque que dé cuenta de estas complejidades, requiere poner de resalto la existencia de patrones culturales estructurados a través de la construcción genérica de las personas, que informan relaciones jerárquicas entre los sexos en detrimento de las mujeres. Estas relaciones asimétricas y generizadas, determinan las posibilidades que tienen las personas de ingresar y permanecer en trabajos de calidad. En efecto, las mujeres son excluidas de ciertos sectores de actividad económica, debido a la preponderancia de representaciones que las asocian a trabajos de cuidado y tareas reproductivas (Puga y Otero, 2010). Este fenómeno, conocido como *segregación horizontal*, da cuenta de cómo operan las estructuras sociales a través de las cuales se produce una adjudicación diferenciada de determinados trabajos; de modo que existe una gran concentración de mujeres en ciertas actividades (como enseñanza, salud y trabajo doméstico remunerado) y con poca representación en otras (actividades primarias, industria, construcción y comercio), (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2017).

De acuerdo al recorrido que efectuamos al comienzo de este estudio, sabemos que para dar cuenta de los entramados históricos, económicos y sociales que consolidan situaciones de *desigualdad estructural* (Saba, 2007), es fundamental adoptar un enfoque de igualdad *como no-sometimiento*. Sin embargo, vimos que en el marco del Derecho del Trabajo prepondera el modelo antidiscriminatorio. Éste resulta atinado para responder a situaciones de discriminación laboral puntuales; acreditado el carácter discriminatorio del acto (a través de un examen de igualdad intermedio o estricto), el mismo es dejado sin efecto por aplicación de la Ley Antidiscriminatoria. Pero ello no es suficiente para abordar situaciones producto de tratos sistemáticamente excluyentes, como los que sufren las mujeres en los mercados de trabajo. Estas situaciones requieren mecanismos jurídicos potentes, que logren desarticular patrones estructurales de subordinación. Para responder a esta problemática, centraremos nuestra atención en las herramientas argumentativas desplegadas por la Corte Suprema en ocasión de resolver el caso “Sisnero”⁽⁵⁰⁾. Este precedente representa el primer caso de litigio estratégico⁽⁵¹⁾ en materia de derechos de las mujeres, que arriba a la Corte Suprema argentina (Ruibal, 2017).

Mirtha G. Sisnero y la Fundación Entre Mujeres (FEM) iniciaron una acción de amparo con dos pretensiones (una de carácter individual y otra de carácter colectivo), contra la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT), la

Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA) y todas las empresas que operan el transporte público urbano de personas en la ciudad de Salta. Ambas pretensiones se enderezaron a determinar si las empresas habían vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso al trabajo de las mujeres en general y de Sisnero en particular. En primera instancia, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial dio acogida al reclamo, por encontrarse probada la situación de discriminación alegada por las accionantes. Pero esta decisión fue revocada por la Corte de Justicia de Salta, lo que motivó que las actuaciones arriben a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El máximo Tribunal federal ratificó la doctrina sentada en el caso “Álvarez” en torno al carácter imperativo del principio de igualdad, especialmente a la luz de las obligaciones emanadas de la CEDAW y el Convenio OIT núm. 111. A su vez, reiteró que la obligación de respetar la cláusula de igualdad no recae en los Estados únicamente, sino que se extiende a los vínculos privados, incluidos los laborales. De tal forma, reafirmó el carácter preeminente del derecho de igualdad y no discriminación, en su calidad de norma imperativa del derecho internacional y, por lo tanto, con efectos *erga omnes*. De ello decanta la configuración del problema de derechos suscitado en el caso; en efecto, no se trata de derechos fundamentales de igual jerarquía, ya que el derecho de igualdad prima por su pertenencia al *ius cogens* (Álvarez, 2015). Así, la Corte identifica el núcleo de la controversia en determinar si las demandadas violaron el derecho de las mujeres, en general, y de Sisnero, en particular, a “elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminadas en el proceso de selección”⁽⁵²⁾.

Ahora bien, para determinar esa vulneración, es preciso desarrollar el *examen de proporcionalidad* (Clérico, 2009) y es aquí donde la estrategia que asume la CSJN se distancia del dictamen de la Procuración (Pou, 2015; Clérico, 2017). En efecto, la Procuradora reconoció que la diferencia del trato a dirimir se fundaba en una *categoría sospechosa*, por lo que correspondía aplicar un examen bien riguroso de igualdad⁽⁵³⁾. De ahí que las empresas demandadas no sólo debían acreditar la existencia de una razón objetiva y ajena a la discriminación, sino que debían probar que tal diferenciación se erigía en el medio menos lesivo para el cumplimiento de un fin legítimo⁽⁵⁴⁾. Esta interpretación llevó a la Procuradora a determinar la necesidad de adoptar *medidas de acción positiva*⁽⁵⁵⁾, para eliminar los estereotipos de discriminación que informan las categorías sospechosas.

Por su parte, la Corte desarrolla un escrutinio intermedio, a través de la remisión al estándar probatorio sentado en la causa “Pellicori”. Así, en “Sisnero” el esquema probatorio se configuró de la siguiente forma:

- 1) Las accionantes debían aportar hechos que permitan inducir el carácter discriminatorio del acto;
- 2) Los demandados debían probar que el trato disímil “tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”⁽⁵⁶⁾.

Partiendo de esa estructura, la Corte comprobó que:

- 1) Las demandantes habían acreditado la existencia de hechos que permitían encuadrar el reclamo en una situación discriminatoria;
- 2) Las empresas demandadas no cumplieron su carga, dado que desarrollaron “dogmáticas explicaciones”⁽⁵⁷⁾ que “no pueden ser calificados como un motivo objetivo y razonable”⁽⁵⁸⁾.

Como advierte Zayat (2014b), lo importante acerca de la valoración de la prueba aportada por las empresas es que no resulta suficiente la mera expresión acerca de que no hubo intención discriminatoria, sino que para anular un caso en el que se encuentra acreditada *prima facie* la discriminación, el demandado debe probar un motivo objetivo y solvente (suficiente), que justifique el trato diferenciado. En base a lo expuesto, el máximo Tribunal argentino concluyó que las empresas no lograron conmovir la presunción de arbitrariedad que pesaba sobre la causa del tratamiento diferenciado.

Ahora bien, de una lectura más detallada del fallo, vemos que, para dilucidar la pretensión individual, el punto IV del dictamen de Procuración al que la Corte adhiere, desarrolló dos argumentos principales: Sisnero acreditó que poseía el carnet habilitante requerido para desempeñarse en esa función. Es decir, cumplía los requisitos de idoneidad que el puesto laboral exigía⁽⁵⁹⁾; se constató que, pese a sus reiteradas postulaciones, nunca se la tuvo en cuenta y, de hecho, se continuó contratando varones.

Pero respecto a la pretensión colectiva, la Corte Suprema de Justicia no se limitó a aplicar el estándar probatorio “Pellicori”, sino que avanzó en un

análisis de las nóminas de empleados obrantes en la causa, en las que se evidenciaba la ausencia total de mujeres trabajadoras en las empresas demandadas. En este sentido, la utilización de dichas nóminas se inscribe en lo que Zayat (2014a, p.913), denomina *discriminación estadística*, que fue desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso “Teamsters”, citado por la Corte argentina en “Sisnero”. En tal ocasión, la Corte norteamericana sostuvo que para probar la discriminación de un grupo (en el caso: de afroamericanos e hispanos) en el acceso, promoción y transferencia en el empleo, constituyen prueba suficiente para encuadrar *prima facie* el caso discriminatorio, los datos estadísticos que demuestren la ausencia de personas pertenecientes a esos grupos en los espacios indicados⁽⁶⁰⁾.

Además de la utilización de las nóminas para probar la discriminación estructural, la Corte argentina advierte que la Corte de Salta reconoció la presencia de “síntomas discriminatorios en la sociedad”⁽⁶¹⁾, lo que impedía a las mujeres desarrollarse como conductoras de colectivos. Más aún, obraba en la causa el testimonio del titular de una de las empresas demandadas quien, habiendo sido consultado por el juicio en trámite, expresó:

esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias (...) Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos (...) Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y (...) no es tiempo de que una mujer maneje colectivos (...) (Cons. 6°).

Inclusive, en el escrito de contestación de demanda, las empresas “Transporte San Ignacio SRL, Transporte Lagos SRL, Transal SRL y ALE Hnos. SRL” sostuvieron que:

La Sra. Sisnero no puede pretender ser chofer de colectivos cuando su única experiencia laboral anterior lo fue como peluquera y guardia de seguridad (...) es indiscutible que el hombre y la mujer no son iguales, y por más que a la mujer se le otorguen los mismos derechos como ser humano, físicamente son distintos lo que conlleva a una diferencia de tratamiento (sentencia de Cámara).

Si bien la Corte no avanza en un análisis riguroso de estereotipos⁽⁶²⁾, reconoce que son la causa de la segregación de género del mercado de transporte en Salta (Clérico, 2017; Clérico, 2018). Los estereotipos de género

refuerzan relaciones de dominación que sitúan a ciertos grupos en posiciones de subordinación y a otros en posiciones de privilegio. En el caso en examen, tales pre-concepciones acerca de lo que las mujeres *deberían ser* (en el testimonio: cocineras y cuidadoras), las sitúa en inferioridad de condiciones y las excluye del ejercicio del derecho humano fundamental al trabajo⁽⁶³⁾.

Es aquí donde yace el punto nodal de la sentencia: la Corte argentina avanza en una concepción de *igualdad como no sometimiento*. Es decir, toma en cuenta los datos aportados en torno a la situación fáctica de segregación de género en ese mercado laboral. A partir de ahí, la Corte determina la existencia de patrones estereotipados que vulneran los derechos de las mujeres. En rigor, el trato discriminatorio proporcionado por las empresas operadoras del transporte público en Salta genera exclusión social, en la medida que, si el status desigualitario se mantiene, las mujeres nunca podrían acceder a estos empleos.

Entonces, si la Corte hubiese ceñido su fundamentación a una noción de la igualdad como principio antidiscriminatorio, probablemente el reclamo individual de Sisnero hubiese tenido acogida; pero no hubiese corrido la misma suerte el reclamo colectivo. A esos fines, fue necesario complementar el examen de igualdad con un análisis de la situación de segregación que sufren las mujeres en el mercado de transporte de la ciudad de Salta. Este análisis tuvo dos vertientes:

- (1) Una *dimensión contextual*, mediante la evaluación de las nóminas de empleados de las empresas;
- (2) Un *análisis de estereotipos* (Clérico, 2017), a partir de los testimonios de los titulares de las empresas obrantes en la causa.

De tal forma, quedó cristalizado el *carácter estructural* de la desigualdad de género, a partir de la determinación de un mercado laboral segregado, en el que operan estereotipos culturales disvaliosos hacia las mujeres⁽⁶⁴⁾.

Tabla 2. *Esquema probatorio en “Sisnero”*

	Fórmula de igualdad. ¿Qué se debe probar?	Carga de la prueba y de la argumentación. ¿Quién debe probar?	Esfuerzo probatorio y argumentativo. ¿Cuánto y cómo se debe probar?
Sisnero	No-sometimiento. Trato sistemáticamente excluyente. Escrutinio intenso. Prueba dinámica con fuerte presunción de desigualdad (art. 75 inc. 23).	Actora.	Encastrar la discriminación estructural. Estadísticas, testimonios, informes empíricos, estudios globales, etc. Aportar indicios sobre la existencia de estereo- tipos disvaliosos. Preeminencia de prueba infor- mativa y testimonial.
	Dimensión contextual. Existencia de estereotipos.	Demandada.	Existencia de motivos objeti- vos <i>fuertemente</i> fundados.

Fuente: Elaboración propia en base a Fallos CSJN.

En definitiva, la estrategia argumentativa desplegada por la CSJN se basa en:

- 1) Aplicación del estándar determinado en Pellicori;
- 2) Análisis contextual y análisis de estereotipos.

En el primer sentido, la aplicación de la doctrina sobre igualdad desarrollada en el precedente “Álvarez” junto al estándar probatorio de “Pellicori”, proyectan la densidad tutelar del principio de igualdad y no discriminación a otras causas diferentes de despidos discriminatorios por causas sindicales (Zayat, 2014b). De ello se sigue la anulación de toda duda acerca de la preponderancia de este derecho fundamental por sobre los demás derechos consagrados constitucionalmente, especialmente aquellos vinculados a libertades económicas.

En el segundo sentido, el diálogo entre el examen de igualdad y los análisis contextuales y de estereotipos, resultó fundamental para determinar la existencia de una situación de discriminación sistemática hacia las mujeres, en clara concordancia con lo dispuesto en el art. 75 inc. 23. Así, ampliar el modelo de igualdad a una noción *como no sometimiento* permitió abordar, desde la interpretación judicial, el carácter estructural de la discriminación que sufren las mujeres como grupo oprimido en un contexto situado particular.

Con todo, el prisma de la *igualdad como no sometimiento* impone a los jueces la obligación de abdicar de miradas individualistas que centren el núcleo del debate en la situación particular, para asumir el deber de ampliar la mirada a la existencia de una situación de exclusión sistemática y, consecuentemente, desbaratarla. Como sostuvimos a lo largo del presente trabajo, esta perspectiva es una obligación que emana tanto de la Constitución Nacional como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En “Sisnero” la CSJN avanzó en el reconocimiento del carácter *estructural* de la discriminación contra las mujeres en los ámbitos laborales privados. Ello permite abrir nuevos caminos en la argumentación judicial. El estándar consolidado en la tríada “Álvarez”, “Pellicori” y “Sisnero”, posibilita incorporar nuevas herramientas de fundamentación, que desmantelen situaciones de discriminación fáctica que se presentan tan opacas como disvaliosas. Confiamos en que esta línea, que se erige en el estadio actual de la tutela judicial contra la discriminación laboral en Argentina, seguirá profundizándose de modo de avanzar en el desmantelamiento de situaciones estructurales de discriminación, que excluyen del ejercicio efectivo de derechos a diversos grupos de la sociedad⁽⁶⁵⁾. En particular, a las mujeres y todas las personas que se encuentran en los márgenes de la heteronormatividad.

Conclusiones

En este estudio nos propusimos analizar los rumbos que asumió el debate acerca de la igualdad en el marco del Derecho del Trabajo argentino, en la línea jurisprudencial que va de “Carballo” a “Sisnero”. Advirtiendo los márgenes en los que discurre esta disputa, nuestro cometido fue problematizar la noción de igualdad, con especial énfasis en la desigualdad de género. Así, demostramos que a través de la trama argumental desplegada por la Corte Suprema en el caso “Sisnero”, se incorporó a este ámbito jurídico la noción de *igualdad como no sometimiento*.

A través de la constitucionalización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, Argentina asumió un compromiso serio con la igualdad. Este compromiso implica que la protección jurídica no puede, bajo ningún punto de vista, agotarse en la mera exposición de la prohibición de discriminación. El debate exige mayor profundidad en vistas a lograr la igualdad material, especialmente en el caso de grupos históricamente subordinados como las mujeres. La ausencia de este debate en el marco del derecho laboral argentino se traduce en la reproducción de un estatus altamente desigualitario, donde las dinámicas sociales que perpetúan patrones de discriminación no son cuestionadas. Avanzar hacia nociones vigorosas de igualdad como las aquí planteadas, implica incluir en la argumentación jurídica cuestiones relativas a los contextos donde se producen los tratos discriminatorios, los estereotipos que asisten a configurarlos y, sobre todo, el impacto diferencial que las normas laborales proyectan sobre los grupos oprimidos.

Robustecer las categorías jurídicas que contribuyen a desarticular procesos de discriminación estructural en los ámbitos del trabajo, es un imperativo impostergable de la democracia. Una visión estática de la igualdad como lo supone el principio antidiscriminatorio, no cuestiona las dinámicas sociales de opresión y dominación, ya que el parámetro de comparación permanece fuera de discusión. Así, las demandas de igualdad siempre se resolverán en base a la asimilación a ese parámetro de individuo masculino y liberal. El enfoque de la *igualdad como no sometimiento* propone abandonar la matriz de comparación, mediante el reconocimiento de las relaciones de dominación que estructuran el orden social. Este cuestionamiento implica, necesariamente, tensionar los roles de género que constituyen esas relaciones de dominación. Por añadidura, lo *igualitario* será construido atendiendo a cada caso particular. Aquí yace la potencia política de la *igualdad como no sometimiento*, en su carácter de insumo teórico: actuar como agente de reenvíos entre demandas de grupos sociales históricamente subordinados y la posibilidad de ensayar respuestas transformadoras desde ordenamientos jurídicos de raigambre liberal.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Añón Roig, M. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (39), 127-157.
- Álvarez, M. (2015). El principio de igualdad y la prohibición de discriminar. Proyección sobre las relaciones privadas. En S. Ribotti y A. Rossetti (eds.), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y de miseria*, (pp. 215-242). Madrid: Dikinson S.L.
- CEPAL (2018). *La ineficiencia de la desigualdad*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Clérico, L. (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. *Revista Derecho del Estado*, (41), 67-96.
- Clérico, L. (2017). Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos. *Derechos en Acción*, (5), 206-241.
- Clérico, L., Ronconi, L. y Aldao, M. (2013). Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento. *Revista Direito GV. Sao Paulo*, (9), 115-170.
- Clérico, L. y Aldao, M. (2011). La Igualdad como Redistribución y como Reconocimiento: Derechos de los Pueblos Indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, 9(1), 157-198.
- Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Dubet, F. (2011). *Repensar la justicia social*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

- Facio, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: Ilanud.
- Gullco, H. (2007). El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino. En M. Alegre y R. Gargarella (comp.) *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*, (pp. 173-188). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (2017) *Las mujeres en el mundo del trabajo*. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_ctio_documentodetrabajo.pdf.
- OIT (2018). *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Avance global sobre las tendencias del empleo femenino 2018*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (2009a). *La igualdad de género como eje del trabajo decente*. 98° Conferencia Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo: Ginebra. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—gender/documents/meetingdocument/wcms_115406.pdf.
- Pautassi, L. (2011). La igualdad en espera: el enfoque de género. *Lecciones y Ensayos*, (89), 279-298.
- Pou, F. (2015). Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral. *Discusiones*, (16)1, 147-188.
- Puga, M. y Otero, R. (2010). La Justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral: el caso Sisnero. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ed.). *Derechos de las mujeres y discurso jurídico*. Buenos Aires: ELA, pp. 73-92.
- Ronconi, L. y Vita, L. (2012). El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, (19), 31-62.

- Ruibal, A. (2017). Movilización Legal a Nivel Subnacional en la Argentina: el caso Sisnero por la igualdad de género en el trabajo en salta. *Desarrollo Económico*, (57), 277-297. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=3176125>.
- Saba, R. (2007). (Des)igualdad estructural. En M. Alegre y R. Gargarella (comp.), *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario* (pp. 163-196). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Sanguineti, W. (1996). El Derecho del Trabajo como categoría histórica. *Revista Ius Et Veritas*, (12), 143-157.
- Treacy, G. (2011). Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. *Lecciones y Ensayos*, (89), 181-216.
- Vita, L. (2018a). Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer. *Historia Constitucional*, (19), 565-591.
- Vita, L. (2018b). Entre Weimar y Buenos Aires: Ernesto Katz y la recepción de Hugo Sinzheimer en el Derecho Laboral Argentino. *Revista de Historia del Derecho*, (56).
- Zayat, D. (2014a). El principio de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado. En J. Rivera, *Tratado de los Derechos Constitucionales* (pp. 895-919). Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.
- Zayat, D. (2014b). Nota a fallo CSJN “Sisnero”. Hacia un definido derecho antidiscriminatorio. *La Ley*, (66), 362-

Normas

Argentina. *Constitución Nacional*.

Argentina. Ley N.º 20.744. *Ley de Contrato de Trabajo*. Boletín Oficial: 13/05/1976.

Argentina. Ley N.º 23.592. *Actos Discriminatorios*. Boletín Oficial 05/09/1988.

Jurisprudencia

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 26/08/1966. “Sixto Ratto y otro c. Productos Stani”. *Fallos* 265:242.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). “Carballo, María Isabel y otros c. Nación Argentina (Prefectura Nacional Marítima) s/ cont. adm.”, 08/10/1973 (Fallos 287:42).

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 18/10/1984. “Dardanelli de Cowper, Ana Inés María c. Aerolíneas Argentinas S.A”. *Fallos* 306:1560.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 23/08/1988. “Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes S.A”. *Fallos* 311:1602.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 05/10/1999. “Ursini, Paola Cassia c. Geddes, Gloria y otros”. *Fallos* 322:2383.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 14/09/2004. “Vizoti, Carlos c/ AMSA S.A s/despido”. *Fallos* 327:3677.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 26/10/2004. “Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A s/ accidente-ley 9688”. *Fallos* 327:4607.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 11/11/2008. “Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. *Fallos* 331:2499.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 07/12/2010. “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A s/acción de amparo”. *Fallos* 333:2306.

- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 23/06/2011. “Arecco, STC Maximiliano c. Praxair Argentina S.A”. A.530. XLIII.
- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 23/11/2011. “Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A s/acción de amparo”. P. 1508. XLII.
- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 26/06/2012. “Camusso, Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina s/juicio sumarísimo”. C.1050.XLV.
- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 26/03/2013. “Cejas, Adrián Enrique c. FATE S.A s/juicio sumarísimo”. C.823. XLVI.
- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 09/09/2014. “Ledesma, Florencio c/ Citrus Batalla S.A s/ sumarísimo”. L. 263. XLV. REX.
- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 28/10/2014. “Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c. Banco Central de la República Argentina s/reincorporación”. *Fallos* 337:1142.
- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 07/12/2010. “Pellejero, María Mabel s/amparo s/apelación”. *Fallos* 333:2296.
- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 15/11/2011. “Pelllori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”. *Fallos* 334:1387.
- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 20.05.2014. “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”. *Fallos* 337:611.
- Argentina. Corte de Justicia de Salta. 08/06/2010. “Sisnero, Mirtha Graciela; Caliva, Lía Verónica; Bustamante, Sandra; Fundación Entre Mujeres vs. Taldelva S.R.L; Ahynarca S.A; Alto Molino S.R.L y otros - amparo-recurso de apelación”. Expte. N° CJS 33.102/09.

- Argentina. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta. 18/11/2009. “Sisnero, Mirta Graciela, Caliva Lia Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. Tadelva SRL y otros s. amparo”. Expte.: 261.463/2009.
- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 04/09/2018. “Varela, José Gilberto c. Disco S.A s. amparo sindical”. V.528.XLVII.RHE.
- Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala II. SD: 113.078. 11/10/2018. “Borda, Erica c. Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y otros s/acción de amparo”.
- Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala X. 31/12/1997. “Monsalvo Jorge O. c. Cafés Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos. SA”.
- Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala X. 16/08/2005. “Stafforini Marcelo R. c. Estado Nacional y otro s/amparo”.
- Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala VI. 2004. “Balaguer Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L s/ juicio sumarísimo”.
- Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala IX. 31/05/2005. “Greppi Laura Karina c. Telefónica de Argentina SA s/despido”.
- Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala II. 25/06/2007. “Álvarez Maximiliano y otros c. Cencosud SA s/acción de amparo”.
- Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala III. 29/07/2009. “Camusso Marcelo Alberto c. Banco de la Nación Argentina s. juicio sumarísimo”.
- Estados Unidos. Plessy v. Ferguson, 163 U.S 537 (1896).
- Estados Unidos. Brown v. Board of Education, 347 U.S 483 (1954).

Estados Unidos. *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S 792 (1973).

Estados Unidos. *Teamsters v. United States*, 431 U.S 324 (1977).

Bibliografía

Álvarez, E. (2008). Reflexiones acerca del despido por discriminación. *Revista de Derecho Laboral*, (2), pp. 27-34.

Butler, J. (1999) *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*. New York: Routledge.

Clérico, L. y Novelli, C. (2016). La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir el caso “Campo Algodonero” sobre violencia de género”. *Revista de Ciencias Sociales*, 453-487.

Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes.

ONU (2013). *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation*. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>.

Osborne, R. y Molina Petit, C. (2008). Evolución del concepto de género (Selección de textos de Beauvoir, Millet, Rubin y Butler). *Empiria. Revista de Metodología de las Ciencias Sociales*, (15), 147-182

Pateman, C. (1988). *The Sexual Contract*. Stanford: Stanford University Press.

Rodríguez Mancini, J. (2007). *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Buenos Aires: Astrea.

Ruibal, A. (2009). Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina. *Política y Gobierno*, (22)1, 175-198.

Saba, R. (2011). Igualdad de trato entre particulares. *Lecciones y Ensayos*, (89), 217-276.

Smart, C. (2000). La teoría feminista y el discurso jurídico. En H. Birgin (comp.) *El derecho en el género y el género en el derecho* (pp.31-72). Buenos Aires: Biblos.

Wainerman, C. y Recchini de Lattes, Z. (1981). *El trabajo femenino en el banquillo de los acusados. La medición censal en América Latina*. México: Terra Nova.

Young, I. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Ediciones Cátedra.

Notas

¹ Este trabajo se nutrió de las observaciones críticas de Leticia Vita y Laura Clérico. Agradezco sus agudas lecturas y las exoneró de cualquier error, que corre por mi cuenta.

² La variable “Población Económicamente Activa Femenina” (PEA) experimentó crecimientos incipientes a partir de la década de 1970, acentuándose en las décadas siguientes (Wainerman y Recchini de Lattes, 1981). En el año 1990 la tasa de participación de mujeres en el mercado laboral de Argentina era del 36,8%, ascendiendo al 48,1% en el primer trimestre del 2017. Sin perjuicio de ello, se mantiene una brecha en relación al empleo masculino de más de 20 puntos (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2017).

³ Con esta aseveración concebimos al género como lo que Fraser (1997) denomina *colectividades bivalentes*, dentro del paradigma redistribución-reconocimiento. Según la autora: “Las colectividades bivalentes, en suma, pueden padecer tanto la mala distribución socioeconómica como el erróneo reconocimiento cultural, sin que pueda entenderse que alguna de estas injusticias es un efecto indirecto de la otra; por el contrario, ambas son primarias y co-originales. En ese caso, ni las soluciones redistributivas ni las soluciones de reconocimiento son suficientes por sí mismas. Las colectividades bivalentes necesitan de ambas” (Fraser, 1997, p.31). Agradezco a Laura Clérico que me indica la importancia de retomar la teoría de Nancy Fraser, en tanto atender a la situación de las mujeres trabajadoras en los mercados de trabajo desde una perspectiva jurídica implica, justamente, plantear la cuestión en el epicentro

donde demandas por reconocimiento y redistribución intersectan.

⁴ En el presente trabajo haremos alusión a “mujeres” y “mujeres trabajadoras”, bajo el riesgo de fijar una diferenciación totalizadora, a través del uso de categorías homogeneizantes que no dan cuenta de la diversidad de experiencias de identidades no hegemónicas en diferentes lugares de trabajo. Hacemos este matiz por la relevancia de las producciones feministas en este sentido (v. Smart, 2000; Butler, 1999). Sin embargo, a los efectos de este trabajo exploratorio, dichas categorías nos brindan la potencia analítica necesaria para abordar la temática y, especialmente, los pronunciamientos jurisprudenciales sobre los que nos detendremos en adelante.

⁵ Nos concentramos en la Ley de Contrato de Trabajo debido a que constituye el instrumento jurídico por excelencia que estructura los vínculos laborales en Argentina en su faz individual. Empero, cabe resaltar que esta rama jurídica presenta un sistema de fuentes particular, debido al reconocimiento de la autonomía privada colectiva y del carácter normativo de sus expresiones.

⁶ “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”

⁷ Interpretación que trazó la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el precedente *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S 537 (1896), hasta el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S 483 (1954), donde modifica su postura.

⁸ Utilizamos las nociones de grupo social y grupo oprimido desarrolladas por Young (2000). Así la categoría *grupo social* refiere a un colectivo de personas que se diferencian de otros por un sentido de identidad común, forjado a través de prácticas culturales. Por su parte, los *grupos oprimidos* son aquellos que se ven impedidos de interactuar en la vida social, de modo de comunicar su perspectiva y participar en la determinación de sus acciones. Ambos conceptos aluden a grupos que no constituyen universos homogéneos o cerrados, ya que se definen constantemente en relación con otros grupos.

⁹ Acerca de las críticas feministas a la construcción del sujeto moderno v. Pateman, 1988.

¹⁰ Esta interpretación de la igualdad también ha sido expuesta por la Corte IDH en diversos pronunciamientos sobre cuestiones vinculadas al género, tales como: “Atala Riffo y niñas vs. Chile” del 24.02.2012 y “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México” del 16.11.2009. Más aún, cierta literatura académica profundizó la noción de *igualdad como no sometimiento*, mediante la incorporación del enfoque de redistribución, reconocimiento y paridad participativa desarrollada por Fraser (1997). Este análisis arriba a una noción de *igualdad integral* (Clérico y Aldao, 2011; Clérico, Ronconi y Aldao, 2013; Clérico y Novelli, 2016; Ronconi y Vita, 2012).

¹¹ Esa ampliación de la concepción de igualdad se materializó en el art. 19 del Régimen de Contrato de Trabajo (Ley 20.744 de 1974), en los siguientes términos: “Las desigualdades que creara esta ley en favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”. Esta cláusula fue eliminada por la dictadura cívico-militar, mediante ley de facto 21.297 (1976), para ser reincorporada en el año 2010, por ley 26.592 en el art. 17bis de la LCT. En efecto, la CSJN ha interpretado el art. 14bis en el sentido de concebir a los trabajadores como sujetos de *preferente tutela constitucional*, en el entendimiento que: “(...) el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad”, (CSJN, “Vizzoti”).

¹² A los fines del presente estudio, la incorporación más importante es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Este tratado rompe con la neutralidad en términos de género de los anteriores instrumentos internacionales, de modo que en el artículo primero establece: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o

restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Mediante la elevación a jerarquía constitucional de la CEDAW, Argentina se obligó a eliminar la discriminación contra las mujeres, a través de la adopción de medidas adecuadas que prohíban y condenen los tratos discriminatorios, por parte de “cualesquiera personas, organizaciones o empresas” (art. 2.e CEDAW). Esto implica que los órganos jurisdiccionales deben garantizar a las mujeres protección jurídica contra todo acto que vulnere sus derechos (art. 2.c CEDAW). Particularmente, en referencia a los ámbitos laborales, el artículo 11 estipula una serie de derechos que los Estados están obligados a garantizar a todas las mujeres trabajadoras. Además, la Recomendación General N° 28 del Comité CEDAW determina enfáticamente que los Estados Partes se encuentran obligados a reaccionar cuando la discriminación se produzca, independientemente que provenga del Estado o de los particulares. Las obligaciones jurídicas que emanan de la CEDAW, imponen a toda la estatalidad pública el deber de atacar las causas que subyacen a las situaciones de discriminación, mediante la adopción de acciones que transformen los paradigmas de poder masculinos construidos históricamente.

¹³ Ratificado por Argentina el día 24 de septiembre de 1956. Este Convenio debe ser interpretado a la luz de los parámetros establecidos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en el *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 100) y a la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración* (1986) y *Dar un rostro humano a la globalización; Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* (2012).

¹⁴ Los convenios de la OIT son tratados internacionales que generan obligaciones jurídicas a los Estados Parte que los ratifican, (arts. 19 y 20 de la Constitución de la OIT). Como tales, poseen jerarquía supralegal (CSJN, “Milone”). La única excepción la constituye el Convenio núm. 87 que posee jerarquía constitucional, de acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “ATE” en base a la remisión que efectúan

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22.3) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.3), a aquélla norma internacional.

¹⁵ Ratificado por Argentina el 18 de junio de 1968. Este Convenio debe ser interpretado a la luz de los parámetros establecidos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en el *Estudio general sobre igualdad en el empleo y la ocupación* (1988), el *Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111* (1996) y *Dar un rostro humano a la globalización; Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* (2012).

¹⁶ Consejo de Administración de la OIT, 292^o reunión, 2005. GB.292/TC/1. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb292/index.htm>.

¹⁷ La protección a la maternidad es una obligación fundamental de los Estados, conforme art 4.2 y 11.2 de la CEDAW y Convenio OIT núm. 003 (ratificado por Argentina en 1933).

¹⁸ Las posturas que propiciaban la aplicabilidad de la Ley Antidiscriminatoria al ámbito laboral, entendían que no existe en la letra de la ley indicio alguno que conduzca a excluir este ámbito de su aplicación. Incluso en los supuestos que contempla, expresamente menciona a la discriminación sindical, que se materializa en los ámbitos del trabajo. Además, una interpretación restrictiva de esta ley implicaría violentar su propia finalidad, en virtud que se estaría discriminando a las personas que trabajan y privándolas de una tutela intensa contemplada en una ley general (Álvarez, 2008). Desde el extremo opuesto, las posturas que esgrimieron la incompatibilidad de la Ley Antidiscriminatoria con el régimen previsto por la LCT se basan en la caracterización del derecho de igualdad como un *derecho fundamental inespecífico laboralizado*. Rodríguez Mancini, principal expositor de esta postura, recepta la clasificación efectuada por la dogmática laboralista española, en torno a la diferenciación entre *derechos fundamentales específicos e inespecíficos*: los primeros son aquellos derechos que le asisten a los trabajadores en su calidad

de tales y que están expresamente enunciados en los ordenamientos jurídicos laborales; a su turno, los derechos inespecíficos se encuentran receptados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales, pero atañen a todas las personas y no solamente a los trabajadores. A su vez, dentro de esta categoría, existen dos subdivisiones que responden a los *derechos inespecíficos laborizados* y los *derechos inespecíficos no laborizados*. La diferenciación circula en torno a si han sido incorporados en forma expresa a la legislación laboral, en cuyo caso pertenecerán a la primera categoría. De tal modo, el autor funda su negativa a aplicar la Ley Antidiscriminatoria en el entendimiento que al ser la igualdad un derecho fundamental receptado por el ordenamiento jurídico laboral, es éste el que debe proporcionar la solución ante un conflicto de derechos y no una norma genérica (Rodríguez Mancini, 2007). Este debate doctrinario se cristalizó en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en los fallos: “Monsalvo”, “Stafforini”, “Balaguer”, “Greppi”, “Álvarez” y “Camusso”.

¹⁹ Artículo 1° ley 23.592: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

²⁰ La transversalidad de la perspectiva de género es una obligación que los Estados asumieron en la Plataforma de Acción de Beijing 1995 e integra uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de ONU. En el año 1999, la OIT adoptó la transversalidad de género mediante su incorporación a todos los programas de la Organización, (Circular N° 564, Director General).

²¹ Los alcances y potencialidades de la noción de “género” representan uno de los debates más álgidos de la teoría feminista a partir de la década de 1970. Para un rastreo de la multiplicidad de sentidos de esta categoría, v. Osborne, R. y Molina Petit, C., 2008.

²² Agradezco a Laura Clérico, cuyas observaciones fueron fundamentales para enriquecer esta sección.

²³ Cons. 3º) “Carballo”.

²⁴ Este decisorio viene a superar la doctrina establecida en el fallo “Sixto Ratto”. Allí, los actores habían reclamado en base a la inferioridad de sus salarios en relación con los de otros trabajadores que efectuaban las mismas tareas. En ese sentido, sostuvieron que la actitud de la empleadora violaba la cláusula del art. 14bis CN en tanto establece “igual remuneración por igual tarea”. Tanto primera como segunda instancia hicieron lugar a la demanda, en el entendimiento que la empresa no había probado que la distinción salarial estuviera fundada en una menor eficiencia o laboriosidad de los trabajadores reclamantes. Sin embargo, la Corte Suprema argentina descalificó la sentencia con los siguientes fundamentos: a) La regla del art. 14bis CN implica que la remuneración debe ser justa. Por tanto, se vedan las discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza; pero no “aquellas que se sustentan en motivos de bien común” (cons. 2º); b) El empleador cumple el mandato constitucional cuando abona a cada trabajador lo que para dicha categoría estipula el convenio colectivo aplicable (cons. 4º); c) La regla del art. 14bis CN no se contraría cuando el otorgamiento de diferentes niveles salariales se funda en “la mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo del obrero” (cons. 3º); d) Por ende, “no puede privarse al empleador de su derecho de premiar, por encima de aquellas remuneraciones, a quienes revelen méritos suficientes” (cons. 5º); e) El empleador no tiene la obligación de probar aquellos méritos mayores de algunos trabajadores, en virtud que dicha prueba es muy “sutil y difícil”, por lo que “debe quedar librada a su prudente discrecionalidad, pues de lo contrario se desvirtuaría su ejercicio” (cons. 6º).

²⁵ “Que con fundamento en lo dispuesto por los arts. 14 nuevo de la Constitución Nacional y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o 1976) la actora reclamó diferencias de salarios y de indemnización sustitutiva de preaviso, por entender que, durante los últimos meses de la relación laboral habida con su empleadora, recibió tratamiento salarial arbitrariamente discriminatorio. Sostuvo que, dada su capacitación técnica, categoría y desempeño eficiente, sus retribuciones, a la sazón muy por debajo de la de sus pares y subordinados, implicaron una violación de los derechos consagrados por la Norma Funda-

mental y reglamentados en el régimen general del contrato de trabajo” (Cons. 1º, voto concurrente Dres. Petracchi y Bacqué, “Fernández Estrella”).

²⁶ Cons. 3º) voto en mayoría y cons. 1º) voto concurrente Dres. Petracchi y Bacqué, “Fernández Estrella”.

²⁷ Cons. 6º) voto en mayoría, “Fernández Estrella”.

²⁸ “Que para adoptar tal conclusión la Cámara ha omitido —sin razón plausible para ello y con el solo fundamento de una afirmación dogmática como lo es la ausencia de prueba sobre el punto— que en el *sub lite* habría quedado demostrado que el área donde se desempeñó la actora era el ámbito más crítico y complejo de todo el sanatorio que la hacía merecedora de una mayor remuneración, calificación efectuada —entre otros testigos (fs. 188 Dr. Borruec médico de terapia intensiva)— por quien revistió la condición de gerente de personal y relaciones laborales en el sanatorio demandado y tuvo a su cargo la organización de la estructura salarial de todo el personal no comprendido en el convenio (fs.164 vta./165); que la nombrada había sido objeto de una persecución exteriorizada por medio de las remuneraciones percibidas (fs. 188, fs. 189 y fs. 206/207), hecho objetivado en los datos del peritaje contable que exterioriza el desarrollo de un nivel de remuneraciones —en todos los casos— inferior al correspondiente a personal a su cargo y de inferior jerarquía de otras áreas (fs. 176 vta./178) así como que todos los testigos coincidían acerca de la eficiencia y laboriosidad de la actora en la dependencia a su cargo y su aptitud profesional” (cons. 4º voto en mayoría).

²⁹ Cons. 5º) voto en mayoría, “Fernández Estrella”.

³⁰ “La garantía de igualdad radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, doctrina que la Corte ha aplicado reiteradamente al decidir que frente a circunstancias disímiles nada impide un trato también diverso, de manera que resulte excluida toda diferencia injusta o que responda a criterios arbitrarios” (Cons. 4º voto Dres. Petracchi y Bacqué, “Fernández Estrella”).

³¹ En tal ocasión, el reclamo fue interpuesto por un trabajador afroamericano, que había sido despedido de su trabajo en la empresa aeronáutica, alegando

que tal despido estuvo motivado en causas raciales y en su activa militancia en el movimiento por los derechos civiles. La Corte de Estados Unidos estableció: “The complainant in a Title VII trial must carry the initial burden under the statute of establishing a *prima facie* case of racial discrimination. This may be done by showing (I) that he belongs to a racial minority; (II) that he applied and was qualified for a job for which the employer was seeking applicants; (III) that, despite his qualifications, he was rejected; and (IV) that, after his rejection, the position remained open and the employer continued to seek applicants from persons of complainant’s qualifications (...) The burden then must shift to the employer to articulate some legitimate, nondiscriminatory reason for the employee’s rejection” (Page 411 U.S 803). Aunque la Corte Suprema no lo cita, Zayat (2014a) y Alvarez (2015) sostienen que este estándar probatorio es retomado por la Corte Suprema argentina en el fallo “Pellicori”.

³² Cons. 8º) voto concurrente de Dres. Petracchi y Bacqué, “Fernández Estrella”.

³³ La actora poseía una prótesis a raíz de la falta de un brazo. Se desempeñaba como modelo publicitaria. El distracto se produjo luego de que, en el marco de una carrera motonáutica, la actora fuera saludada por el entonces presidente de la Nación (Carlos S. Menem) y por Daniel Scioli. Inmediatamente después de ese suceso, la empleadora le comunicó que debía abandonar su trabajo en seguida (Cons. 3º del voto en disidencia).

³⁴ Compuesta por los jueces Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert.

³⁵ V. nota 31.

³⁶ Cons. 11º), disidencia “Ursini”.

³⁷ Cons. 7º), disidencia “Ursini”.

³⁸ La Corte reproduce esta doctrina en sendos pronunciamientos, tales como: “Arecco”; “Parra Vera”; “Camusso”; “Cejas”; “Ledesma”; “Monteagudo”; “Varela”.

³⁹ Cons. 4º), voto en mayoría “Álvarez”.

⁴⁰ Compuesto por Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi, Juan C. Maqueda y Raúl E. Zaffaroni.

⁴¹ Sobre relación entre principio de igualdad y libertad de contratar, v. Saba, 2011.

⁴² Cons. 7º) y 10º) CSJN, voto en mayoría. En “Ledesma”, la Corte Suprema agudiza su postura: “El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquéllos” (Cons. 6º).

⁴³ Compuesto por Ricardo L. Lorenzetti, Carmen M. Argibay y Elena I. Highton de Nolasco.

⁴⁴ Cons. 8º) y 16º), voto en minoría, “Álvarez”.

⁴⁵ El despido de un grupo de trabajadores en virtud de su actividad sindical.

⁴⁶ Previo a resolver la causa, la CSJN llamó a una audiencia pública de carácter informativo, v.: <https://www.youtube.com/watch?v=6fpJ4cEzWzs>.

⁴⁷ Cons. 4º), “Pellejero”.

⁴⁸ El fallo de Corte Suprema no aporta datos acerca de la plataforma fáctica del reclamo. A su turno, el Dictamen de la Procuración lo único que menciona es que la reclamante habría sido despedida “por su participación en actividades sindicales o por su vinculación con cierto delegado gremial” (Pto. I).

⁴⁹ Ruibal (2017) sostiene que el caso Sisnero “es una de las estrategias jurídicas por la igualdad de género más significativas llevadas adelante hasta ahora ante el sistema judicial argentino”.

⁵⁰ Para un análisis contextual desde un registro periodístico, ver: Carbajal, M. (22 de mayo de 2014). El derecho de Mirtha a ser colectivera. Página 12. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-246780-2014-05-22.html>.

⁵¹ Por litigio estratégico entendemos: “(...) el litigio que, a través de un caso emblemático de violación de derechos, se propone lograr un impacto social amplio a través de la judicialización” (Ruibal, 2017). Según la autora, la creciente utilización del litigio estratégico en Argentina es parte de un proceso más amplio desarrollado en América Latina, que consiste en la recurrencia al Poder Judicial para acentuar el avance en la protección de los derechos humanos. Este proceso es impulsado principalmente por parte de movimientos sociales, mediante una redefinición de la acción colectiva, a través de la movilización legal (Ruibal 2017 y 2009).

⁵² Cons. 4º, “Sisnero”.

⁵³ Dictamen, punto V, “Sisnero”.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Cabe destacar que, en materia de protección de derechos de las mujeres, las medidas de acción positiva no sólo encuentran asidero en el art. 75 inc. 19 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, sino también en los arts. 2.b, 2.c y 4 de la CEDAW (art. 75 inc. 22), como obligaciones jurídicas que recaen sobre todos los poderes del Estado.

⁵⁶ Cons. 5º, “Sisnero”.

⁵⁷ Cons. 6º, “Sisnero”.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ Conforme lo establece el art. 16 CN: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

⁶⁰ En palabras de la Corte de Estados Unidos: “In any event, our cases make it unmistakably clear that “(s)tatistical analyses have served and will continue to serve an important role” in cases in which the existence of discrimination is a disputed issue (...) We have repeatedly approved the use of statistical proof, where it reached proportions comparable to those in this case, to establish a prima facie case of racial discrimination (...) Statistics are equally

competent in proving employment discrimination” (cons. A, Justice Stewart).

⁶¹ Cons. 6° “Sisnero” y Dictamen de la Procuradora General, punto I.

⁶² Para la ONU (2014), los estereotipos de género son: “visiones generalizadas o preconcebidas acerca de los atributos, características que poseen varones y mujeres y de los roles que deben realizar cada uno” (trad. propia). Asimismo, los concibe como violaciones a los derechos humanos (ONU, 2013). Los Estados están obligados a eliminar los estereotipos de género, de acuerdo al art. 5.a CEDAW; art. 6 y 8 Convención Belem do Pará.

⁶³ Consagrado en el art. 11.1.a CEDAW; art. 6.1 PIDESC; Declaración de Filadelfia OIT; art. 23.1 Declaración Universal de Derechos Humanos. Así también lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de Argentina en los precedentes “Álvarez” y “Vizzoti”.

⁶⁴ Así lo expresan también Puga y Otero (2010, p.5) cuando sostienen que el argumento expuesto en el fallo Sisnero de la Cámara, circula en base a una relación entre grupos: “No piensa tanto en lo que “A” le causó en concreto a “B”, sino en la violencia que significa para “B” y para su grupo sexual la situación de la que es responsable “A” (...) Tiende a desplazar la responsabilidad subjetiva por una objetiva frente al resultado, abandonando la obsesión por inculpar por una “conducta prejuiciosa”. El juez tiene una mirada remedial prospectiva, antes que una retrospectiva-retributiva”.

⁶⁵ Un buen indicio de ello es el reciente fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la causa “Borda, Erica c. Estado Nacional”.

Gino Ríos Patio 

La negación de la finalidad del proceso penal por acción del neo punitivismo. El caso peruano. El caso de la prohibición del beneficio de la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de la libertad

The Denial of the Punishment of the Criminal Procedure for the action of Neo Punitivism. The Peruvian Case. The Case of the Prohibition of the Benefit of the Suspension of the Execution of the Punishment of Deprivation of Liberty

A negação da penalização do processo penal para a ação do neo punitivismo. O caso peruano. O caso da proibição do benefício da suspensão da execução da pena de privação de liberdade

Resumen: *En el artículo se expone el problema que entraña para la finalidad de un proceso judicial y del sistema de garantías, principios y valores correspondientes a un Estado democrático, social y de derecho, la dación de la Ley N° 30710(i), vigente desde el 30 de diciembre de 2017, que modifica el último párrafo del artículo 57° del Código Penal peruano, estableciendo la prohibición de otorgar el beneficio de la suspensión de la pena en el caso del delito de lesiones leves contra la mujer. El objetivo es fundamentar la caracterización de dicha medida como populismo punitivo y poner de manifiesto que, al prohibirse al juez decidir sobre la efectividad de la pena, se prefiere el neo punitivismo. El autor concluye principalmente en que se está gobernando a través del crimen, mediante normas penales meramente simbólicas e ineficaces, con lo cual se debilita la independencia judicial.*

Palabras clave: *Proceso penal, populismo punitivo, finalidad del proceso, eficientismo penal de emergencia, suspensión de la pena.*

 Doctor en Derecho, Doctor en Educación, Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales, Bachiller en Derecho y Abogado. Director del Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad de San Martín de Porres. Presidente del Centro de Estudios en Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Lima, Perú.

 0000-0002-0209-2645

 griosp@usmp.pe

Abstract: *In the article we examine the negative effects on the purpose of the process, the punitive populism that prohibits the judge from granting the benefit of the suspension of the sentence in the case of the crime of minor injuries against women; assuming the position that in these times the criminal normativity is purely symbolic, ineffective and lacking interest in the system of guarantees, principles and values of the social State and of law.*

Keywords: *Criminal Process, Punitive Populism, Purpose of the Process, Emergency Criminal Efficiency, Suspension of the Sentence.*

Resumo: *O artigo examina os efeitos negativos sobre o propósito do processo, o populismo punitivo que proíbe o juiz de conceder o benefício da suspensão da sentença no caso do crime de ferimentos leves contra as mulheres; assumindo a posição de que, nestes tempos, a normatividade penal é puramente simbólica, ineficaz e sem interesse no sistema de garantias, princípios e valores do Estado social e do direito.*

Palavras-chave: *Processo criminal, populismo punitivo, propósito do processo, eficiência criminal emergencial, suspensão da sentença.*

Recibido: 20181107

Aceptado: 20190118

Introducción

En el siglo XXI el proceso penal es, en Occidente, garantista y acusatorio, en virtud del cual el juez ya no investiga como en el modelo inquisitivo, solo juzga, esto es, decide con base en las pruebas aportadas la responsabilidad de la persona por la comisión de hechos ilícitos y fija la pena individualizada que le corresponde al infractor, sin contaminación ni interferencia alguna.

Sin embargo, en este siglo también, se presenta un fenómeno relativo a una tendencia muy marcada de neo punitivismo y de populismo punitivo, que pone de manifiesto una invasión legislativa en el fuero del juzgador, esterilizando la finalidad del proceso penal, conducido por el juez, cual es, componer un conflicto pacíficamente, para coadyuvar al mantenimiento de la paz social.

¿Cuán necesario es que un Estado democrático, social y de derecho adopte reueltamente una política de neo punitivismo y de populismo punitivo, como radical amplificación inmoderada de leyes penales? ¿Es razonable que, en un Estado democrático, social y de derecho persista el dogma mesiánico de que el *ius puniendi* debe inundar toda la vida social, intensificando las sanciones? ¿Es posible cumplir con el fin del proceso penal de resolver conflictos, empleando intensivamente el *ius puniendi*?

El análisis que se desarrollará permitirá apreciar que en el centro de un Estado caracterizado por la separación de las funciones del poder político, en el cual —en materia penal— los roles de legislador, que define las conductas criminales y establece las penas abstractas; de juzgador, que asigna la responsabilidad penal e impone la pena individualizada; y de administrador, que ejecuta la pena y resocializa al infractor; presentan un interés pragmático que no atiende a la ciencia o la filosofía políticas para conducir la organización social, sino a un pragmatismo profano que pone en marcha un avasallamiento irrefrenable de positivismo jurídico que atenta contra las garantías procesales y libertades fundamentales.

Entonces, el sistema democrático que incuba el proceso penal garantista, como espacio dialéctico acusatorio y contradictorio, presidido por el juez que decide en aras de resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, resulta menos democrático en la medida que el juzgador resuelve menos, por estar encorsetado por la ley en el último tramo del proceso, en el que impone la pena pero no puede decidir si ella será ejecutada o suspendida, porque la ley ya decidió adelantadamente por él, impidiendo el cumplimiento de la finalidad del proceso y, por ende, su negación teleológica.

La finalidad del proceso penal

Históricamente, el proceso penal nace como un medio para dar solución a los conflictos violentos que configuran los crímenes, utilizando un camino racional y pacífico, que reemplaza precisamente al uso de la fuerza que dio lugar al conflicto de intereses que debe resolver.

Esa vía razonada es legítima porque la sociedad se ha constituido y organizado en un sistema político y jurídico que recusa la violencia y adopta el diálogo como forma de vida, teniendo en cuenta que el respeto de la dignidad de la persona humana son el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que el proceso judicial en general y el proceso penal en particular tienen base constitucional.

Para cumplir con la finalidad del proceso, el agente del Estado designado para dirigirlo, esto es, el juez, busca la verdad legal de los hechos, pues la verdad real es inabordable, de ahí que resulte imparcial y objetivo reconstruir los hechos a partir de las pruebas aportadas. La búsqueda de la verdad es necesaria porque es la única manera de garantizar una decisión justa que cumpla con la finalidad procesal de resolver el conflicto. El proceso sirve, así, para materializar la justicia y acercarla a la población.

La base democrática del proceso, su fundamento constitucional, es el de ser un instrumento de pacificación social, de convicción y seguridad en las relaciones armoniosas de las personas en una sociedad. Ergo, cualquier intromisión o interferencia que impida el logro de la finalidad democrática del proceso, es una negación del mismo.

Como a través del proceso —espacio compuesto por actos encaminados a la realización de una decisión estatal justa en Derecho— se realiza la actividad jurisdiccional del Estado, es de esperar que se llegue a una conclusión congruente con lo que ha sido materia de juzgamiento, con lo que ha sido su objeto.

El proceso judicial, en consecuencia, se justifica en la división de funciones del poder político —esto es la función jurisdiccional independiente e imparcial— para la composición de los conflictos intersubjetivos de intereses, razón por la cual es imprescindible que sea cumplido y llevado a cabo con plena autonomía, independencia e imparcialidad, para que no pierda eficacia. No debe ser debilitado con injerencias ajenas que menoscaben la labor jurisdiccional.

En este orden de ideas, el proceso penal es una manifestación legítima del poder del Estado y crea una obligación inexcusable para cualquier autoridad, en el sentido de que deben respetar el rol jurisdiccional —exclusivo y excluyente— de conducir el proceso de manera tal que se alcance la justicia material como fin primordial, conforme con los principios constitucionales que se desarrollan por medio del derecho sustancial y el derecho procesal.

Parafraseando a Bordalí, A. (2004) no es dable, desde ninguna posición y menos desde el propio Estado, interferir con el órgano jurisdiccional estatal en la resolución de un conflicto concreto, sin romper con uno de los pilares básicos de la construcción moderna del Estado constitucional, democrático, social y de derecho. De ahí que las leyes cuyo contenido resiente el sistema de garantías procesales sea un acto de intromisión del órgano legislativo en el órgano jurisdiccional, pues el rol del juez no está limitado a declarar el derecho o decidir quién tiene la razón, sino a motivar y fundar sus decisiones en derecho con una perspectiva que pueda determinar la justicia material del caso concreto.

Así, el juzgador no es un mero autómatas ni un aplicador mecánico de la norma, sino que debe interpretar ésta para determinar su aplicación o no al caso concreto, dentro del marco constitucional, específicamente respecto a los derechos y libertades fundamentales, como apunta el maestro Antonio Lorca Navarrete, encontrando de esta manera su encuadre con la norma constitucional, que es el único referente con el que se debe comprobar la validez de las demás normas jurídicas.

En ese sentido, siguiendo al ilustre procesalista español, la punibilidad del culpable no es la finalidad del proceso penal, pues el Estado democrático, social y de derecho consagra como garantía la efectiva tutela judicial de los derechos. En efecto, nada debe imponer al Estado, titular del *ius puniendi*, la promoción de una justicia penal represiva en todos sus sentidos y momentos, por el contrario, los derechos humanos se sintetizan en el proceso penal y la norma penal debe realizarse jurisdiccionalmente.

El neo punitivismo

Sin embargo, viene ocurriendo algo muy diferente que atenta contra la concepción misma del proceso como mecanismo legítimo y garantista de solución de conflictos intersubjetivos de intereses en un Estado constitucional, democrático, social y de Derecho, convirtiéndolo en un dispositivo cuasi inquisitivo.

El derecho penal es una garantía contra el poder. Es un freno intra institucional del *ius puniendi* estatal. Debe hacer frente a cualquier abuso, exceso y desviación de poder. Por ello está inspirado en los principios penales liberales, como el de proporcionalidad y el de humanidad, entre otros, según el cual, respectivamente, la pena a imponerse debe ser proporcional al crimen cometido y debe imponerse teniendo en cuenta los principios humanitarios. De esta manera, el castigo que impondrá el Estado debe estar ajustado racionalmente al daño infligido por la conducta del infractor, teniendo en cuenta que el Estado no debe devolver daño por daño, como reminiscencia de la Ley del Talión (“ojo por ojo y diente por diente”).

Sin embargo, en tiempos actuales, el derecho penal viene mostrando una faz hiper punitivista, lo cual revela una vocación penal más que una disposición garantista en el acto de sancionar, es decir, una inclinación a punir excesivamente en la creencia mesiánica que así se afronta exitosamente la lucha contra la criminalidad.

Este fenómeno contemporáneo que se ha venido en llamar neo punitivismo, revela que el ejercicio del *ius puniendi* se ha convertido en una praxis cotidiana que intenta dar solución a los más diversos conflictos sociales de manera enérgica y severa, en muchos casos cruel e irracional. Como apunta Pastor D. (2005) el derecho penal ha sido elevado —ilusamente añadimos— a la categoría de octava maravilla del mundo, pero lamentablemente el efecto de esta política criminológica neo punitivista es que el derecho penal ha dejado de ser liberal, para convertirse en un “derecho” penal no vinculado a los límites y controles garantistas. En realidad, de derecho ya no le queda nada, pues las garantías procesales han sido pulverizadas por una legislación penal inflacionaria y draconiana. Ha quedado reducido a penal, nada más.

En un Estado democrático y de derecho, esto es, en un Estado liberal, el derecho penal debe regirse por los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, para que solo pueda ser aplicado allí donde otros medios de control social han fracasado, solo como *última ratio* en las infracciones más graves. Lamentablemente, en la ac-

tualidad, por efecto de la globalización, la tecnología y el neo liberalismo, la influencia de los *mass media* es tal que el colectivo social cree que los principios penales liberales no protegen a la sociedad, sino por el contrario, la debilitan, por lo que vemos cómo los legisladores se avocan a producir una inflación de normas penales y los jueces penales a aplicar dicha normatividad con inusitada severidad.

Es inocultable la ilegitimidad del sistema penal todo, desde la definición de las conductas como criminales, a partir de representantes al Congreso Nacional que no representan los intereses de sus electores o de los altos funcionarios del Poder Administrador del Estado que no han sido elegidos por el pueblo y pese a ello legislan en materia penal; pasando por la asignación de la condición de criminal por agencias penales (policía, fiscalía y judicatura) que reproducen las condiciones de violencia de la sociedad y actúan arbitrariamente, hasta la ejecución inhumana de la pena en establecimientos hacinados, tukurizados y, en el caso del Perú, situados a más de 4,000 metros sobre el nivel del mar.

Específicamente, el proceso penal se ha convertido en un instrumento útil para la ejecución de una política social que impone la ideología del control a cualquier precio, por lo que se ha vuelto meramente simbólico y ha perdido la importancia que tenía como espacio garantista de acusación y defensa, así como sistema de desarrollo de valores humanos fundamentales. Peor aún, se le viene dando al proceso penal un uso político con efectos teatrales, que es consumido por la población a través de los medios de comunicación, convirtiéndolo en persecución penal más que en proceso penal. Toda esta situación configura la gobernanza a través del crimen, que crea pánico moral a la sociedad, que se debate entre el miedo a la delincuencia y el miedo a las sanciones penales, para clamar más dureza en el castigo penal, la cual sin embargo no reduce la criminalidad, que se incrementa incesantemente porque no se trabaja en neutralizar sus causas.

Pese a que la historia del derecho penal y del derecho procesal penal demuestra la preeminencia, en épocas pasadas, que creíamos superadas, de penas muy rigurosas y la ausencia de garantías mínimas, de un proceso sumario e inquisitivo, producto del absolutismo monárquico, explicado por la pretensión de la justicia como un escarmiento divino, que terminó gracias al Iluminismo y la Reforma en los siglos XVII y XVIII; las pseudo razones actuales de la política penal siguen en el camino que parecía concluido, retornándose de la desaceleración a la expansión del derecho penal, expresada en el aumento de los tipos penales, entre ellos los de peligro abstracto, el agravamiento de las condenas penales, la relajación de principios y

garantías procesales, entre otros, no obstante encontrarnos en un Estado democrático, constitucional, social y de derecho, al extremo que podemos decir que actualmente el derecho penal se ha acelerado y se encuentra en una posición intermedia entre la tercera y la cuarta velocidad, como prefiere llamarlas Silva, J. (2001), pues ha superado la primera velocidad de un derecho penal clásico liberal, que se basa en las garantías individuales inamovibles; a la segunda velocidad que flexibiliza ciertas garantías penales y procesales pero adopta alternativas a la privación de libertad como penas restrictivas de derechos, multas, entre otras; y a la tercera velocidad que introduce el derecho penal de expansión, emergencia y urgencia, denominado por Jakobs, G. (2003) como derecho penal del enemigo para eliminar a los criminales mayores, tales como terroristas, narcotraficantes, entre otros.

Es, precisamente, en este ordenamiento sustantivo y adjetivo penal de la tercera velocidad que se considera radicalmente al enemigo como no persona, excluyéndolo de las garantías penales y procesales, calificándolo de un no sujeto procesal, sometiéndolo a un proceso de guerra y no judicial, para su abatimiento.

Es en este contexto que el enemigo, aquel al que el Estado señala como tal, no tiene un espacio para defenderse conforme a Derecho, pues el proceso penal no existe para él, existe un procedimiento arbitrario e inicuo.

En la cuarta velocidad o panpenalismo o expansión del derecho penal, el sujeto es aquel que teniendo el poder del Estado violó la ley pese a que debía cumplirla y proteger a los ciudadanos.

La posición intermedia viene dada por los enemigos fabricados por el Estado con motivo de ideologías de moda, como la de género, que lejos de pretender una igualdad, busca hacer prevalecer un género sobre otro. De esto da cuenta la legislación penal y procesal penal que se ha dictado para criminalizar y sancionar gravemente al varón, cuyos derechos humanos parecen no existir, atropellando toda forma de razonabilidad y proporcionalidad. ¿Por qué se utiliza de una manera ajena a su finalidad ontológica y teleológica al sistema penal, haciendo del proceso un aspecto meramente simbólico?

La violencia contra de la mujer es una penosa realidad, pero ello no nos debe llevar a creer que se solucionará alimentando una lucha en la que los varones sean los malos y las mujeres las buenas, solo por el hecho de ser varón o mujer. Comprendamos que como sociedad somos afectados, pues el derecho y la libertad de to-

dos afirman el derecho y la libertad de cada uno.

Contreras, J. (2017) citando a Graciela B. Ferreira, nos recuerda que para tratar el tema de la violencia contra la mujer hay que tener honestidad intelectual y afectiva, ya que ello no se inscribe en la “guerra entre sexos” sino en la lucha por un mundo más justo para todos.

De la igualdad ante la ley, principio liberal máximo, deriva la igualdad ante el procedimiento. Luhmann (1969:159) sostiene que “todos son iguales ante el procedimiento”, agregamos que ello es así por el vínculo entre el Derecho y la Moral, de tal manera que la exigencia moral de la igual consideración y respeto de sus miembros debe manifestarse en los derechos asignados a los individuos. Aquella debe concretarse positivamente en las decisiones políticas y jurídicas, como exige Faralli, C. (2007).

El populismo punitivo⁽¹⁾

El término del epígrafe expresa un concepto que se encuentra íntimamente relacionado con las políticas globales de índole económica y social instauradas desde 1980, las cuales se caracterizan por la invariable mengua del Estado social y el creciente incremento del Estado penal, mostrando el consenso de la clase política sobre la visión de la criminalidad y la función de los mass media en una sociedad de consumo, con relación a la construcción de un clamor social de punición en la errónea idea de lograr la seguridad a cualquier costo.

Hasta fines del siglo XX, el modelo de la justicia penal —desde el final del siglo XVIII— fue la idea del progreso, evidenciado con el tránsito de las penas corporales hacia la pena privativa de libertad, de la cual se decía que podía lograr resocializar a los infractores. A medida que se aplicaba este modelo la experiencia demostraba la ineficacia de la cárcel para la resocialización de los internos, sencillamente porque la inclusión a través de la exclusión es materialmente imposible. No es razonable extraer a alguien de la sociedad, ingresándolo a un establecimiento penitenciario, para resocializarlo. Dicha experiencia permitió postular otras penas alternativas a la prisión con la finalidad de cumplir los objetivos sociales del castigo. Lamentablemente, en los países periféricos la pena privativa de la libertad sigue siendo la reina de las penas.

En el cambio de siglo, sin embargo, el sistema penal comenzó a ser utilizado por políticos para obtener beneficios políticos, esgrimiendo ideas trasnochadas, como las del efecto inhibitor que tendría el incremento de las penas en la tasa de criminalidad y en el reforzamiento de consensos sociales, como apunta Larrauri, E. (2005). En este nuevo enfoque hay, como se puede apreciar, una mención expresa o una insinuación indirecta a la opinión pública para explicar la mayor criminalización, mayor penalización y menores beneficios procesales y penitenciarios. En buena cuenta, se trata de la materialización política de los efectos del neo liberalismo, como son la criminalidad y la inseguridad, en la cual el castigo, la sanción penal viene a cumplir un nuevo rol, de instrumento de dominación de parte del grupo que dicta las políticas de dirección del Estado hacia la población, la que se sume en dos miedos, de un lado el miedo al castigo y de otro lado el miedo al crimen, para así mantener el statu quo y que nada cambie en la sociedad.

La política penal del populismo punitivo hace prevalecer el simbolismo sobre la racionalidad, convirtiendo el derecho penal en un instrumento de primera mano para hacer frente a cualquier tipo de conflicto social y afectando las bases de la sociedad.

Para Harvey, D. (2014) el populismo punitivo tiene su origen en el neoliberalismo, al que define como la política económica que se cree el medio más adecuado para promover el bienestar, el cual está basado en la no limitación del libre desarrollo de las capacidades y libertades empresariales, la entronización de la propiedad privada, el libre mercado y la libertad de comercio. Esta política tiene graves efectos no solo económicos, sino también políticos y sociales, porque en nombre del delirio y la exacerbación por la libertad económica, se eluden los intereses generales o colectivos. Por ello, las decisiones democráticas de bien común quedan sometidas a la supremacía del mercado, relegando cualquier idea de redistribución para asegurar menor desigualdad. En otras palabras, se pasa a consentir las desigualdades sociales antes que las prohibiciones que afectan la libertad económica.

El neoliberalismo, en suma, derriba las garantías sociales y fortalece el paradigma de que los seres humanos son desiguales y que solo puede existir igualdad en el mercado.

¿Cuál es la influencia que tiene el modelo neo liberal en el proceso y la justicia penal, como políticas criminológicas? La forma de responder al delito con el castigo ha cambiado. Todo el sistema punitivo neoliberal invisibiliza los problemas sociales que el Estado no quiere resolver desde sus causas. En este contexto, el

proceso judicial no persigue componer o resolver los conflictos. En materia penal, que es el objeto de este trabajo, la cárcel se presenta como siempre en el bote de basura de la sociedad donde se colocan los trastos humanos de la sociedad de mercado que no son funcionales al sistema neoliberal de consumo.

Aquí subyace la idea criminológica positivista, según la cual el delincuente es el enemigo de la sociedad por haber decidido infringir la ley, razón por la cual son un peligro social. Y claro, frente a los conflictos de intereses por subsistir, que los tienen en mayor medida los que menos poseen, el Estado criminaliza más conductas e intensifica el castigo haciendo caso omiso a la crítica del orden económico neo liberal. Por eso los índices de criminalidad se incrementan; la cantidad de procesos judiciales crece desmesuradamente, dando lugar a la conocida sobrecarga procesal que contribuye a hacer inalcanzable la justicia; y la población penitenciaria aumenta. Tal situación pone de manifiesto la relación que existe entre el castigo penal y la desigualdad económica y social, Basta observar que las cárceles latinoamericanas están hacinadas de personas de escasos recursos económicos. Son los excluidos del sistema neoliberal.

Gargarella, R. (2008) recuerda que existe siempre un problema de imparcialidad cuando la ley es creada sólo por unos pocos y no es producto de un diálogo colectivo equitativo. Ello permite deducir, como lo hace Von Hirsch, citado por Gargarella, que cuando un sector importante de la población ve negadas las oportunidades de subsistencia, cualquier castigo resulta moralmente imperfecto, de ahí que la justicia neo liberal de un Estado neoliberal proteja un orden de cosas intrínsecamente injusto, consecuentemente el castigo penal que impone mediante un proceso penal resulta inmoral. Entonces, el mismo proceso no cumple su finalidad de componer los conflictos, sino los agudiza.

Pavarini, M. (2012) apunta que a medida que el Estado de bienestar se va reduciendo, se le ve al pobre como un elemento más peligroso, porque la única manera que tiene de sobrevivir es involucrarse en un mercado ilegal y criminal.

El populismo punitivo, entonces, se origina en el neo liberalismo, que es un fenómeno hegemónico a nivel global, en el que se privilegia la libertad económica y de mercado por encima de las demás libertades, afectando la igualdad, y se refuerza por la acción conjunta de la clase política, los medios de comunicación y la opinión pública, esta última manipulada por aquellos, de ahí que la legislación, el proceso y la ejecución penal, pongan de manifiesto un sesgo selectivo y discrimi-

nador en perjuicio de los ciudadanos menos favorecidos y más vulnerables.

En esa línea, es manifiesta la interferencia del legislador penal (en principio el Poder Legislativo, pero desde hace algunos años lo es generalmente el Poder Ejecutivo, por delegación de facultades, afectando el principio de reserva de ley penal) en el ámbito funcional del juzgador, estableciendo o aumentando penas privativas de la libertad bastante altas, cumpliendo un rol de reproducción de las desigualdades sociales y la función de proyectar la sensación de disminución de la ansiedad ciudadana por la inseguridad, lo que pretende direccionar el problema hacia los crímenes callejeros contribuyendo a reforzar la invisibilidad de la criminalidad de cuello blanco.

La sociedad debe informarse sobre las verdaderas causas de la criminalidad, que se encuentran en las estructuras económicas y sociales y no en el individuo; a fin de detener —para después reemplazar— el castigo carcelario y la exclusión que conlleva la cárcel, con su perniciosa cuota de etiquetamiento y estigmatización, que dañan la cohesión social, la cual no se logra con este tipo de castigos.

La prohibición del beneficio de la suspensión de la pena

Para iniciar el abordaje de esta sección es conveniente hacer referencia a que se trata de una institución procesal antigua. En efecto, Maqueda, M. (1985) da cuenta que en el Derecho de Asilo hebreo; en la *Severa interlocutio* del Derecho romano; en la *Cautio de pace tuenda* del Derecho germánico; en las prácticas anglosajonas de la *Recognizance for the perce good behaviour*; en la Partida N° 7 al final de la Ley 8° del título 31; y en el Derecho Canónico, como la *Absolutium ad reincidentiam*; la suspensión de la pena existía como medida de indulgencia y clemencia, junto a la amnistía y el indulto.

En todos esos antecedentes históricos se aprecia, asimismo, que el fundamento era la subordinación del castigo al comportamiento, como acostumbraba el añejo derecho sancionador familiar. En otras palabras, se debe preferir la prevención a la represión, lo que no hace el Estado neo liberal.

Foucault, M. (2002) señala que la cárcel tiene un fin económico y reparador a la sociedad, que también resulta lesionada por el delito, por lo que resulta ser, para sus partidarios, la pena ideal. Pero fracasó porque reproduce de manera agravada el sistema de exclusión y violencia social, consecuentemente incrementa la delincuencia

al ser estructuralmente improductiva, ya que no disuade ni contra motiva, mucho menos intimida a su huésped.

Ante ello, como afirma Maqueda, M. (op. cit.) hubo de conocerse antes la criminología positivista con sus conceptos de peligrosidad e infalibilidad de la pena, para que surgiera el concepto de la suspensión de la ejecución de la pena, la cual se hizo necesaria al perderse el temor a renunciar a la ejecución de la pena ante la afirmación científica positivista de la relativa moralidad del delincuente, a la cual se le oponían las orientaciones sociológicas de Franz Von Liszt, entre otros.

No obstante este desarrollo histórico que ha tenido el instituto procesal materia de análisis, el Estado peruano lo ha eliminado para determinados delitos, olvidando los fundamentos éticos que supone la suspensión de la pena privativa de la libertad en delitos penados con una corta duración de privación de la libertad y las condiciones personales del infractor.

Una de las manifestaciones en el proceso penal, del populismo punitivo, producto del neo punitivismo, consecuencia nefasta del neo liberalismo, se ha dado con el asunto de la prohibición del beneficio de la suspensión de la pena.

En efecto, en el Perú, el Código Penal⁽²⁾ establece en el artículo 57° los requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena, señalando los siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.
3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

(...) De acuerdo con el artículo 58° del Código Penal, al suspender la ejecución de la pena, el juez impone las siguientes reglas de conducta que sean aplicables al caso:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares.
2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez.

3. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades.
4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo.
5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito.
6. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol.
7. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente.
8. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

Asimismo, el artículo 59° del mismo Código dispone que si durante el período de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el Juez podrá, según los casos:

1. Amonestar al infractor.
2. Prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de tres años.
3. Revocar la suspensión de la pena.

La suspensión será revocada, conforme lo dispone el artículo 60° del acotado Código, si dentro del plazo de prueba el agente es condenado por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de libertad sea superior a tres años; en cuyo caso se ejecutará la pena suspendida condicionalmente y la que corresponda por el segundo hecho punible.

Todas estas prescripciones son, más o menos, idénticas en todos los países; sin embargo, la Ley N° 30710⁽³⁾, vigente desde el 30 de diciembre de 2017, modifica el último párrafo del pre citado artículo 57° del Código Penal como sigue:

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 (Colusión simple y agravada), 387 (Peculado doloso y culposo), segundo párrafo del artículo 389 (Malversación), 395 (Cohecho pasivo específico), 396 (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 399 (Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo), y 401 (En-

riquecimiento ilícito) del Código, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122 (Lesiones leves).

La ley ha ampliado la prohibición de la suspensión de la pena para los funcionarios y servidores públicos en cinco delitos; y se ha considerado en la prohibición del beneficio a los condenados por violencia de género y violencia familiar, hasta el nivel de lesiones leves.

En este último caso, para que sea lesión leve en violencia familiar y violencia contra la mujer, la Ley N° 30364⁽⁴⁾ dispone que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, o nivel moderado de daño psíquico, según prescripción facultativa, en cuyo caso será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, lo cual significa que por este tipo de conductas de mínima lesividad se puede originar una pena privativa de libertad efectiva.

Igualmente, no perdamos de vista que el uso de un automóvil del Estado para asuntos particulares por única vez; el soborno por un monto nimio; el desbalance patrimonial por una cantidad insignificante; entre otros casos de bagatela que pueden darse en la realidad cotidiana y que seguramente se dan, son pasibles de originar una pena privativa de libertad efectiva.

El hecho de tratarse de conductas poco dañosas que han sido seleccionadas por el legislador penal para merecer pena efectiva de cárcel, contrasta con otras conductas que pudiendo merecer también una pena privativa de libertad menor a los cuatro años, sin embargo, continúan con la posibilidad de que los responsables puedan ser beneficiados con una pena suspendida.

Pero más allá de esta selectividad penal que no tiene criterios de razonabilidad en los cuales se sustente, por lo que termina violando el principio de igualdad ante la ley, que toda política criminal debe cumplir, más aún si se trata de introducir normas sancionadoras, restrictivas o prohibitivas; es insólito y preocupante que desde el Estado constitucional, democrático y de derecho siga manifestándose una clara tendencia al uso intensivo de la cárcel, a sabiendas de la sobrepopulación penitenciaria existente, el hacinamiento y la turgurización, como lo señala el Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario al mes de febrero de 2018⁽⁵⁾.

Esta prisionización exacerbada que llega en nuestros tiempos a límites insospechados, revela de hecho que en materia de punición la civilización occidental no ha progresado, pues la existencia de la cárcel y el estado en que permanecen los internos en ella, es de raigambre medieval y no resocializa al penado, por el contrario, un padre de familia o un cónyuge que sea sancionado por haber cometido una lesión leve mínima, con quince días de pena privativa de libertad, tendrá ahora que cumplir prisión efectiva, sin considerarse además si lo hizo por primera vez.

La cárcel continúa siendo así el emblema del punitivismo, que lejos de readaptar al penado lo inicia o mantiene en la carrera criminal, debido a que reproduce las condiciones de violencia y exclusión de la sociedad, además de que es irrazonable, en principio, excluir para incluir, esto es, quitar a una persona de la sociedad para resocializarlo.

Esta modalidad de prisionización del neo punitivismo, prohijada por el neo liberalismo, afecta sensiblemente el proceso, en cuya última etapa, la de imposición de la pena, el juzgador debía fundamentar y determinar la pena individual, partiendo de los límites mínimos y máximos de la pena abstracta correspondiente al delito, a los efectos de decidir luego la suspensión de la pena con arreglo a los requisitos antes señalados, así como los presupuestos del artículo 45° del Código Penal peruano, que son las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad; su cultura y sus costumbres; los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y especialmente su situación de vulnerabilidad.

Además de la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de la responsabilidad, para lo cual, conforme con lo establecido en el artículo 45-A del Código acotado, cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior y, por debajo de éste, cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas.

La carencia de antecedentes penales; el obrar por móviles nobles o altruistas; el obrar en estado de emoción o de temor excusables; la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias

derivadas del peligro generado; presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad; y la edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible; son las circunstancias atenuantes que señala el artículo 46° del Código Penal.

Sin embargo, nada de lo anterior, que está basado en el importante principio de la co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito, cuando las normas citadas prescriben, por ejemplo, que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente; sirve ahora para que la imposición de una pena mínima sea efectiva y evite que el condenado ingrese a la cárcel.

De esta forma, el proceso ya no cumple su finalidad, que es la de componer un conflicto en términos de justicia, porque ya no reconoce que no brinda iguales posibilidades a todas las personas para que su conducta se adecúe a los intereses generales, basados en el respeto al otro, lo que implica no aceptar una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, lo cual tendría el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre del pueblo.

El análisis crítico que hacemos de la excesiva prisionización que nos trae el neo punitivismo no está encaminado a cuestionar la odiosidad y el reproche social que deben merecer las conductas que afectan el correcto funcionamiento de la administración pública ni, por cierto, las que atentan contra los derechos de la mujer o de la familia; sino a poner de manifiesto cómo el legislador invade el ámbito funcional del juzgador, que es el proceso, para obligarlo a que, en la última etapa de éste, la pena que imponga sea necesariamente efectiva o, dicho de otro modo, eliminando las posibilidades que tiene de hacer justicia como corolario de un proceso justo o debido proceso, con criterio de conciencia y en nombre del pueblo.

La judicatura, entonces, se encuentra encorsetada al no poder decidir por sí misma, en el proceso, conforme a los presupuestos para fundamentar y determinar la pena que debe imponer. Ocurre, lamentablemente, que, en el momento culminante y final del proceso, el juez deja de dirigirlo y debe cumplir con lo que le dice el legislador en algo tan sensible y delicado como es castigar a una persona en nombre del pueblo.

Todo Estado constitucional, democrático y de derecho, tiene un ordenamiento jurídico conformado por normas, principios y valores, de tal modo que aquellas de-

ben estar integradas a éstos cuya consagración se encuentra en el orden constitucional. Así, una norma resultará válida siempre que sea conforma con el sistema de principios y valores democráticos contenido en la Constitución. En el caso sub examen, la norma legislativa afecta el principio constitucional de separación de funciones del poder político y los valores democráticos en los que dicho principio se asienta, como son los de control y balance del poder, a fin de impedir el abuso, la desviación y la arbitrariedad. Recuérdese que todo lo que es irrazonable es inconstitucional, pues el constitucionalismo representa la lucha por controlar el poder.

El legislador no debe disponer, desde afuera del proceso, que la condena a una pena privativa de libertad en determinados delitos sea indefectiblemente efectiva y que la persona condenada no goce del beneficio de la suspensión de la pena si cumple con los requisitos establecidos por el Código Penal, como ocurre con otros delitos. Y no debe hacerlo, en principio, porque la imposición de una pena, su fundamentación y determinación en el tiempo corresponde al juzgador, quien desde adentro del proceso es el único encargado por la Constitución para llevar adelante un proceso penal y decidir todo lo concerniente a dicho proceso con base en lo actuado, esto es, las pruebas aportadas por las partes, que el legislador ignora por no estar vinculado al proceso. Tampoco debe hacerlo porque no es una sana política criminológica, ya que hacer efectiva la pena privativa de libertad significa enviar a personas a la cárcel, cuando éstas se encuentran sobre pobladas, hacinadas y tugurizadas, y ello además no readapta ni resocializa al infractor, sino por el contrario, al reproducir las condiciones de violencia y exclusión de la sociedad, lo inicia o refuerza en la carrera criminal, etiquetándolo y estigmatizándolo.

En materia criminal, corresponde al legislador definir cuáles son o dejan de ser conductas criminales; al juzgador le concierne declarar el derecho determinando la responsabilidad —en este caso— penal, imponer una pena y asignar, por ende, la condición de criminal a una persona; y al órgano de ejecución penal le compete hacer cumplir la condena impuesta por el juez. Para esto existe el debido procedimiento en sede parlamentaria o congresal, esto es, para la formación y promulgación de las leyes, así como en sede administrativa para hacer cumplir la pena judicial siguiendo el trámite reglamentario; de igual manera el proceso justo o debido proceso en sede jurisdiccional, plena de independencia, imparcialidad y garantías. Así como no es posible que el juez intervenga en la dación de una ley, tampoco lo es que el legislador se entrometa en la imposición de una pena decidiendo *ex ante* si debe ser suspendida o efectiva, obligándole al juez a someterse a ello.

La exposición de motivos de la Ley N° 30710⁽⁶⁾

De la revisión de la Exposición de Motivos aparece como ideas rectoras que han dado lugar a la sanción de la ley, (I) “la sensación de impunidad que despiertan los diferentes hechos de violencia contra las mujeres”; (II) “en la mayor parte de casos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, es posible inferir que los hechos volverán a repetirse por la dinámica propia del círculo de la violencia”; (III) “según estadísticas oficiales, los condenados por delitos no graves a penas limitativas de derechos no cumplen con la sentencia impuesta”; (IV) “esta reforma penal retoma una antigua demanda de las organizaciones de mujeres”; (V) “la Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra las mujeres, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de julio de 2017, concretamente en el plano legislativo señala como obligación de los Estados adoptar legislación que prohíba todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer y que todas las leyes que constituyan discriminación contra la mujer, en particular aquellas que causen, promuevan o justifiquen la violencia de género o perpetúen la impunidad por esos actos deben ser derogadas”; (VI) “que existen supuestos penales que causan grave alarma social, la lógica comisiva es su reiteración y el nivel de progresión en la agresión contra la mujer es una constante, si es que no se trata psicológica y psiquiátricamente al agresor y a la agredida”; y (VII) “que por razones de prevención general y especial no es adecuado suspender la ejecución de la pena, por lo que la respuesta punitiva debe ser más intensa”.

Analícemos uno por uno los motivos expuestos para sancionar la ley:

(I) La sensación de impunidad que despiertan los diferentes hechos de violencia contra las mujeres.

Es tan baja la confianza en los órganos del sistema de justicia (Poder Judicial), como lo da a conocer el Informe 2018 de la Corporación Latinobarómetro⁽⁷⁾ (p.50) que su punto más alto fue apenas de 36% entre 1997 y 2006 y el punto más bajo fue de 19% en 2003. En 2014 alcanzó 30% y descendió a 24% en 2018. Hay quince países de la región donde no alcanza a tener la confianza ni de un tercio de la población, tal el caso de El Salvador 14%, Nicaragua 15% y Perú 16%, en el extremo que más confían se encuentran Costa Rica 49%, Uruguay 39% y Brasil 33%.

Al mismo tiempo, la violencia es una de las enfermedades más profundas que tiene América Latina. Entre 2016 y 2018, la violencia intrafamiliar hacia las mujeres fue en promedio del 64%, en el último año fue del 26% (Informe Latinobarómetro, p. 57).

Teniendo en cuenta estos índices es evidente que la sensación de impunidad no es privativa del tema en cuestión sino de todo hecho violento que es criminalizado y procesado judicialmente. El sistema penal es ilegítimo, ilegal, falso, perverso y alucinante, según Zaffaroni, R. (1998), agrego selectivo y discriminador, de tal manera que la respuesta penal no depende del género sino del poder.

(II) En la mayor parte de casos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, es posible inferir que los hechos volverán a repetirse por la dinámica propia del círculo de la violencia.

Criminológicamente, las causas de la violencia contra la mujer son la desigualdad de género y la segregación, derivadas de las estructuras sociales patriarcales, que han configurado en el transcurso de la historia usos, costumbres, hábitos, acciones, reacciones, comportamientos, paradigmas y demás actitudes odiosas que preceptúan los roles masculinos y femeninos en relaciones de mando obediencia a favor de los varones, de tal modo que tanto al menor atisbo de resistencia cuanto a la modificación impuesta normativamente, el varón se opone y adopta actitudes defensivas enfatizando esa carga cultural de siglos. Entonces, las preguntas que describen el círculo o dinámica de la violencia, tales como ¿por qué la mujer no denuncia ni deja a su agresor? ¿Por qué si denuncia luego la retira? Para quebrar ese ciclo perverso de violencia y dependencia emocional es necesario que la víctima sea consciente de su situación para que reciba ayuda moral y profesional. La dinámica de la violencia no se rompe con más criminalización ni peor punición. El Derecho Penal no está diseñado para solucionar conflictos. El ejercicio del ius puniendi estatal es un instrumento de castigo. La repetición de los hechos violentos no cesará internando al varón agresor en la prisión. Otras parejas varones reproducirán el mismo patrón conductual. La cárcel no es solución.

(III) Según estadísticas oficiales, los condenados por delitos no graves a penas limitativas de derechos no cumplen con la sentencia impuesta.

Nuevamente se incurre en el error de la prisionización como panacea de todos los males, pese a reconocer expresamente que se trataría de delitos no graves, es decir, de escasa lesividad. Como no cumplen, entonces hay que afectar su libertad ambulatoria. Lo que demuestra el nulo valor que el Estado democrático, social y de derecho concede al derecho fundamental de la libertad. En lugar de diseñar otro tipo de controles y mecanismos para garantizar el cumplimiento de las medidas limitativas de derechos, se prefiere atentar contra un derecho fundamental, sin necesidad, proporcionalidad ni idoneidad.

(IV) Esta reforma penal retoma una antigua demanda de las organizaciones de mujeres.

El activismo en ningún caso debe constituir el único fundamento para sancionar una ley, pues en la formación de ésta intervienen otros factores y componentes de diverso tipo.

(V) La Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra las mujeres, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de julio de 2017, concretamente en el plano legislativo señala como obligación de los Estados adoptar legislación que prohíba todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer y que todas las leyes que constituyan discriminación contra la mujer, en particular aquellas que causen, promuevan o justifiquen la violencia de género o perpetúen la impunidad por esos actos deben ser derogadas.

La ley sub análisis es una norma procesal. La normatividad penal prohíbe y castiga la violencia contra la mujer. El hecho de que no existiese antes pena de prisión efectiva para los casos de violencia leve, no significa que se haya estado causando, promoviendo, justificando o perpetuando la impunidad, porque las causas ya sabemos que son culturales, antropológicas; las normas penales castigan y no promueven, salvo las premiales que promueven la delación; desde que penalizaban la violencia no la justificaban; y desde que castigaban los actos no quedaban impunes sino registrados como antecedentes. Entonces, este motivo expuesto no resulta pertinente.

(VI) Que existen supuestos penales que causan grave alarma social, la lógica comisiva es su reiteración y el nivel de progresión en la agresión contra la mujer es una constante, si es que no se trata psicológica y psiquiátricamente al

agresor y a la agredida.

Este motivo expuesto más bien pone al descubierto que el Estado no cumple, como es público y notorio, y está corroborado con el índice de reingresos al penal, que el agresor no recibe tratamiento rehabilitador o reeducador. Pero imaginemos por un instante que un condenado por violencia contra la mujer luego de purgar su condena sale y enfrenta nuevamente la realidad. ¿Se cree que la realidad ha cambiado? No. Los patrones machistas estarán ahí esperándolo, pues el Estado no hace nada efectivo desde el ámbito extra penal.

(VII) Que por razones de prevención general y especial no es adecuado suspender la ejecución de la pena, por lo que la respuesta punitiva debe ser más intensa.

Una de las finalidades de la pena es la prevención. Si se cumpliera, la criminalidad descendería (prevención general), sin embargo va en aumento; y la tasa de reingresos al penal (prevención especial) se reduciría, sin embargo se incrementa. De ambas situaciones da cuenta el Informe Estadístico 2018 del Instituto Nacional Penitenciario del Perú⁽⁸⁾

El garantismo constitucional del proceso penal

El proceso penal es —debe ser— una garantía fundamental que el Estado debe respetar, como único medio que asegura el descubrimiento de la verdad y una decisión equitativa, razonable y proporcional. Por ello, además de servir a la persona humana como barrera infranqueable del exceso de poder, sirve también como un dispositivo de autocontrol del Estado, a fin de no incurrir en acciones o decisiones opuestas a los valores democráticos. El proceso penal resulta siendo una especie de registro del cumplimiento o incumplimiento de los preceptos constitucionales, porque en él debe discurrir la tensión entre el poder del Estado y la libertad de la persona.

La técnica cognoscitiva del proceso penal apunta a descubrir y declarar la verdad legal basada en la acreditación de lo fáctico, para imponer al responsable la pena correspondiente, para lo cual no es válido cualquier tipo de realización ni que el Estado proceda sin sujeción a límites, pues ello sería, por irrazonable, inconstitucional.

Así como una norma que permita al Estado investigar a cualquier costo, sería inconstitucional; así también una norma que establezca que para ciertos delitos la

pena privativa de la libertad no podrá ser suspendida, resultaría irrazonable por interferir en la función que le corresponde al juzgador y por atentar contra la dignidad humana. En efecto, la actuación estatal en el proceso penal está sujeta a los límites y condiciones impuestos por las normas constitucionales establecidas en pro de su eficacia, como es en el caso materia de análisis la separación y división de las funciones del poder. El Estado debe mantener su interés exclusivamente en componer un conflicto, no así en enviar a la cárcel a los condenados. De ahí que si normas como la criticada en este análisis evidencian esto último, están negando su verdadera finalidad al proceso penal.

Reiteramos que el proceso penal debido y justo debe ser cuidadoso con los derechos fundamentales, en cambio un proceso penal que atropella las garantías, no es idóneo para solucionar los conflictos que erosionan la seguridad integral que el Estado debe cumplir con dar a la población. Por ello, la norma legislativa que prohíbe al juez otorgar el beneficio de la suspensión de la pena privativa de la libertad para ciertos delitos y lo obliga a hacerla efectiva, no procura una seguridad integral sino tan solo una falsa sensación de seguridad para fines propagandísticos.

En este sentido, de acuerdo con Fernández, F. (1994) el proceso judicial en general y el proceso penal en particular se han constitucionalizado, lo que quiere decir que el orden axiológico de la Constitución, conformado por el sistema de valores que vincula directamente a los tres poderes del Estado, debe encontrar su manifestación en la vigencia real de los derechos fundamentales, los cuales ante una violación hallan la posibilidad de ser tutelados y amparados por medio del proceso.

A partir de esta premisa, si el Perú —y todos los países de la región— se han constituido como un Estado democrático y de derecho, como lo establecen las respectivas constituciones políticas, deben protegerse la libertad, la justicia, la igualdad, entre otros valores superiores del ordenamiento jurídico, razón por la cual la ley que prohíbe (al juez penal) otorgar el beneficio de la suspensión de la condena a los responsables de ciertos delitos, que es materia de análisis crítico en este artículo, no solo perturba el proceso al negar su finalidad de que el juzgador llegue finalmente a un resultado de composición del conflicto con equidad, sino también está afectando el cumplimiento de la misión a cargo del Estado y apartando al ordenamiento jurídico de su relación con esos valores.

Dicha ley, por ende, no está legitimada por sí misma, esto es, por provenir del órgano legislativo del Estado con arreglo al procedimiento establecido al efecto, si-

no que debe realizar su legitimación si y solo si resulta ser un medio para cumplir con los fines que la Constitución expresa como valores. Si así fuere, entonces, la ley manifestará la categoría axiológica del Derecho.

A este respecto, el artículo 1° de la Constitución Política del Estado peruano consagra el fin supremo de la sociedad y del Estado en el respeto a la dignidad de la persona humana. Como en cualquier otra constitución demo liberal.

La significación de este enunciado es grandiosa, quiere decir que la dignidad de la persona humana es un valor supremo que preside toda la pirámide jurídica y política, exigiendo garantía para el mejor desarrollo del hombre. Por tanto, la acción política de dar leyes, aplicarlas al caso concreto y hacerlas cumplir, no serán actos legitimados si es que no se fundamentan en la Constitución material.

De ahí que todos los derechos humanos proclamados constitucionalmente se deben a la misión estatal de facilitar el desarrollo integral de la persona humana, que su dignidad exige, como ha quedado dicho líneas arriba, deponiendo cualquier impedimento que problematice o niegue su logro.

La impronta de lo expuesto anteriormente no es que los derechos fundamentales, como el de la igualdad ante la ley, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, que en el caso de la ley que prohíbe (al juez penal) otorgar el beneficio de la suspensión de la condena a los responsables de ciertos delitos, que es materia de análisis crítico en este artículo, son solamente derechos frente al Estado, sino fundamentalmente un medio de integración objetiva entre el Estado y el pueblo, no una muralla, antes bien, un vínculo intenso que expresa un sentido cultural de la vida en una nación, como recuerda Rudolf Smend citado por Segado, F. (op. cit.)

Conclusiones

El *ius puniendi* es una praxis de ejercicio del poder de castigar que busca mantener el *statu quo*. Lo hace a través del proceso de criminalización, esto es, definiendo conductas (proceso de definición); asignando responsabilidad penal e imponiendo penas (proceso de asignación o rotulación); y ejecutando las penas impuestas (proceso de ejecución). Formalmente se trata de una clásica separación y división de las funciones del poder político en un Estado democrático y de derecho, encargadas al órgano legislativo, judicial y ejecutivo; sin embargo, en el fondo, es un mecanismo de control y dominación del grupo dominante que tiene el poder del

Estado, que lo ejerce contra las clases marginales, vulnerables y desfavorecidas económicamente, situación que acusa la criminología crítica.

El ejercicio del poder en cada una de esas fases está sometido al debido proceso en el caso del ámbito jurisdiccional; y al debido procedimiento parlamentario y administrativo en el caso de los ámbitos congresal y ejecutivo, respectivamente.

La criminología, que postula la prevención de la criminalidad una vez que ha establecido sus causas, por considerarla mejor que la mera represión, peor si es con la aplicación de la pena privativa de la libertad, es de prevención primaria cuando se aplica a la generación de conductas criminales debido a las injustas estructuras económicas, a la desigualdad y exclusión sociales, así como a la definición penal de dichas conductas; es de prevención secundaria cuando vela por un debido proceso o un proceso justo, a fin de que la persona humana no sea objeto de persecución penal arbitraria por las agencias policial, fiscal y judicial del sistema de control formal; y es de prevención terciaria cuando está encaminada a su readaptación y resocialización durante el cumplimiento de la pena.

En el caso de la prevención primaria, se ve que al órgano legislativo le compete decidir, en nombre del pueblo, cuáles conductas son criminales y perseguibles por el sistema de control penal. Ergo, le concierne también decidir cuáles conductas dejan de ser criminales y perseguibles. Igualmente le incumbe decidir la pena abstracta (mínimo y máximo).

En la prevención secundaria, le atañe al juzgador decidir en el marco del debido proceso, quién es responsable e imponerle la pena individualizada, dentro de los parámetros normativos establecidos por el órgano legislativo. De igual manera tiene la facultad de suspender la ejecución de la pena, por ser este instituto un mecanismo criminológico alternativo de prevención, pues en determinados casos, por la condición personal del agente infractor y la corta duración de la pena, entre otros factores, es previsible que el efecto resultará mejor que el resultado carcelario en la persona condenada.

Lamentablemente, el *ius puniendi*, que debe ser ejercido sólo en los casos más graves —*última ratio*— es ejercido cotidianamente, en cualquier caso, debido al neo punitivismo, en virtud del cual se afectan los derechos y libertades fundamentales que el sistema axiológico de la Constitución Política consagra.

Estamos afrontando en la actualidad, una legislación penal intervencionista, que restringe el rol del juez en el proceso, la cual nos ha hecho transitar de un derecho penal liberal o garantista, a un derecho penal liberado de los límites y garantías, que han dado lugar a términos nunca antes conocidos y que ahora son *lugar común* de la legislación penal, tales como, inflación penal, expansionismo penal, hipertrofia del derecho penal, derecho penal simbólico, panpenalismo, populismo punitivo, entre otros.

Asimismo, proceden del neopunitivismo las expresiones más restringidas de los derechos fundamentales en el proceso penal, originándose un quiebre de los fundamentos axiológicos de la jurisdicción penal, sin justificación razonable alguna. Este talante metastásico, exaltado y eufórico del derecho penal ha afectado a la judicatura y al proceso, porque encorseta al juez en su misión neoliberal de aplicar el derecho penal omnímodamente, afectando también los cánones penales clásicos para aplicarlos a las políticas de prisionización a más situaciones que no justifican una pena privativa de la libertad efectiva.

Este neo punitivismo, del que deriva el populismo punitivo cuando hay utilización de la opinión pública en materia penal con fines político electorales, es hijo del neoliberalismo, que entroniza la libertad económica por encima de las demás libertades humanas, originando más desigualdad entre los hombres, que son excluidos hacia los márgenes del clientelismo penal. Por ello, cuando la forma de castigar cambia, como aquí ocurre con el uso intensivo y extendido de la cárcel efectiva a que se ve obligado a aplicar el juez por imperio de una ley irrazonable, es porque la estructura misma de la sociedad ha cambiado. Esto confirma la premisa acerca de la fuerza centrífuga que el neo liberalismo ejerce sobre las personas carenciadas en una suerte de separación punitiva.

En épocas de neoliberalismo el Estado tiene pocos espacios para arrogarse el bienestar de sus ciudadanos, por eso recurre al alegato punitivo para legitimarse. Así, la limitación de las medidas de individualización de la pena, en lo que consiste la ley materia de análisis en el presente artículo, se logra a través de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. El escenario que traen consigo estas modificaciones normativas es que lo estándar es que los condenados cumplan la pena impuesta en la sentencia, y, por el contrario, que la suspensión de la ejecución de la pena es un absurdo.

En consecuencia, estas medidas normativas de orden limitativo al impedir los sanos efectos prácticos de la individualización de las penas, principalmente la sus-

pensión del cumplimiento efectivo de las mismas; están negando la finalidad del proceso penal, que es la de componer un conflicto intersubjetivo de intereses en equidad y propender a la resocialización del infractor, el que de ingresar a un centro penitenciario a cumplir su pena, quedaría etiquetado y estigmatizado *ad perpetuam* e iniciaría su carrera criminal debido al carácter criminógeno que tiene la cárcel.

El análisis efectuado nos revela un entusiasmo infundado en el objetivo de luchar contra la violencia de género endureciendo las penas, que en criminología contemporánea se conoce como fervor punitivo. Empero, esta pasión por punir conductas —cada vez más duramente— para desterrarlas, tiene un efecto contrario, cual es el de estimular más conductas violentas contra la mujer. La situación problemática se mantiene, sin mejoras. Contreras, J. (2019) afirma que no se debe errar en creer que criminalizando al hombre por razón de su sexo, se puede resolver un problema que reside en la estructura social; y pretender corregir la violencia de género solo a través del aumento de las penas y del endurecimiento de las normas procesales, estableciendo tratos privilegiados es absurdo y lo único que origina es una esperanza vana sobre un resultado imposible de alcanzar por esa vía.

La violencia contra la mujer se origina y proyecta durante toda la vida, a través de los *mass media*, la publicidad, las películas, la escuela y las costumbres en el comportamiento. Nada de esto le interesa modificar al Estado.

Se mantienen las estructuras sociales merced a la mala educación de la población. Contrariamente, con una buena educación, el ser humano se empodera, aprende, puede estar en desacuerdo, indaga y cambia. En suma, es libre e independiente.

Las políticas criminales no deben ser únicamente penales. El Derecho Penal es última ratio. Lo que no conozca la conciencia a través de la educación, no penetrará nunca mediante el mayor castigo. La realidad es diáfana, no hay motivo para continuar aplicando pseudo soluciones penales, salvo que se desee perpetuar los problemas sociales.

Referencias

- Bordalí Salamanca, A. (2004). Justicia Privada. *Revista de Derecho*, (16).
- Contreras Ugarte, J. V. (2019). Criminalización, feminismo, presión popular y derechos humanos. El caso español. *Revista Vox Juri*. 37(1), 133-156.
- Faralli, C. (2007). *La filosofía del derecho contemporánea*. Madrid: Facultad de Derecho. Universidad Complutense.
- Fernández Segado, F. (199). *La dogmática de los derechos humanos. (A propósito de la Constitución española de 1978)*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Bs. As.: Siglo XXI.
- Gargarella, R. (2008). *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre editores.
- Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. La Paz: Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico de la Asamblea Legislativa.
- Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003). *El derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
- Larrauri, E. (2005). Populismo punitivo y como resistirlo. *Revista Jueces para la democracia*, (55).
- Lorca Navarrete, A. *El proceso penal como sistema de garantías constitucionales*. Disponible en <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/4203/3455/>
- Luhmann, N. (1969). *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied: Luchterhand.
- Maqueda, M. L. (1985). Suspensión condicional de la pena y probation, (2). Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.
- Pastor, D. (2005). La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. Disponible en <http://www.>

juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm

Pavarini, M. (2012). Penalidad, crítica y cuestión criminal. *Revista Nova Criminis, Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*, (3).

Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas.

Notas

¹ Disponible en <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-el-ultimo-parrafo-del-articulo-57-del-codig-ley-n-30710-1602018-1/>.

² Expresión utilizada por primera vez en 1995 por Anthony Bottoms en “The politics and philosophy of sentencing” en *The politics of sentencing* (1995). Editado por Chris Clarkson y Roo Morgan, Oxford, Clarendon Press.

³ Disponible en http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf.

⁴ Disponible en <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-el-ultimo-parrafo-del-articulo-57-del-codig-ley-n-30710-1602018-1/>.

⁵ Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-contra-ley-n-30364-1314999-1/>.

⁶ Disponible en https://www.inpe.gob.pe/documentos/estad%C3%ADstica/2018_/657-febrero2018/file.html.

⁷ Disponible en http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0200920171016.pdf.

⁸ Disponible en <https://www.google.com/search?q=latinobarometro+2018&oq=la&aqs=chrome.0.69i59j69i61j69i60l2j69i57j69i60.2066j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

⁹ Disponible en <https://www.inpe.gob.pe/component/k2/item/1583-informe-estad%C3%AADstico.html>

Jesús Sánchez Lorenzo✉

El derecho a la cláusula de conciencia en la formación de la opinión pública: debate sobre la necesidad o irrelevancia de su regulación legal en la comunicación del siglo XXI

The Right to the Clause of Conscience in the Formation of Public Opinion: Debate on the Necessity or Irrelevance of its Legal Regulation in 21st Century Communication

O direito à cláusula de consciência na formação da opinião pública: debate sobre a necessidade ou irrelevância de sua regulamentação legal na comunicação do século XXI

Resumen: La cláusula de conciencia garantiza la independencia del periodismo frente al mercantilismo de los medios de comunicación. Se trata de un derecho que la Constitución española recoge como fundamental por lo que su ejercicio queda directamente bajo el amparo de la Norma Suprema. Los derechos fundamentales, dice la propia Constitución, pueden ser desarrollados legalmente pero eso no significa que (1) sea obligatorio y (2) que no tengan efecto jurídico hasta que lo diga una ley. Los derechos fundamentales poseen efecto por propio mandato constitucional al prever su defensa ante los Tribunales directamente. El derecho a la cláusula de conciencia se legaliza casi veinte años después de la entrada en vigor de la Constitución. La cuestión es si la legalización del derecho a la cláusula de conciencia tiene relevancia. Para los afectados directos, los periodistas, se puede concluir que ninguna pues en la comunicación del siglo XXI parece que la relevancia de la libertad de prensa para la formación de la opinión pública libre se ve constreñida por los medios de comunicación en cuanto empresas, en donde los periodistas son meros trabajadores. Por

✉ 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 Unión Europea, en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Máster en Derechos Fundamentales, especialidad Libertades Informativas, y Licenciado en Derecho, en la especialidad de Derecho Constitucional, por la UNED. ORCID: 0000-0002-4769-5001

✉ jesus.sanchez.lorenzo.pro@gmail.com

tanto, aceptan que el ejercicio de la cláusula es un problema para su desarrollo profesional y social en vez de ser un medio para defender su independencia.

Palabras clave: *cláusula de conciencia, democracia, derecho a la información, libertad de expresión, opinión pública libre, medios de comunicación, periodismo.*

Abstract: *The conscience clause guarantees the independence of journalism from the mercantilism of the media. It is a right that the Spanish Constitution collects as fundamental, so that its exercise is directly under the protection of the Supreme Rule. Fundamental rights, says the Constitution, can be developed legally but that does not mean that (1) it is mandatory and (2) they do not have juridical effect until a law says it. Fundamental rights have effect by constitutional mandate in anticipating their defence directly by the Courts. The right to the conscience clause is legalized almost twenty years after the entry into force of the Constitution. The question is whether the legalization of the right to the coincidence clause has relevancy. For those who are directly affected, journalists, it can be concluded that none because in the communication of the twenty-first century it seems that the relevancy of freedom of press for the formation of free public opinion is restricted by the media as companies, where journalists are mere workers. Therefore, they accept that the exercise of the clause is a problem for their professional and social development instead of being a means to defend their independence.*

Keywords: *Conscience clause, Democracy. Right to Information, Freedom of Expression, Free Public Opinion, Media, Journalism.*

Resumo: *A cláusula de consciência garante a independência do jornalismo contra o mercantilismo da mídia. É um direito que a Constituição espanhola contém como fundamental para o que o seu exercício está diretamente sob a égide da Norma Supremo. Os direitos fundamentais, a própria Constituição diz, podem ser legalmente desenvolvidos, mas isso não significa que (1) é de cumprimento obrigatório e (2) que eles não têm efeito jurídico até que conta isto uma lei. Os direitos fundamentais têm efeito por mandato constitucional prevendo a entidade de defesa deles diretamente os Tribunais. O direito à cláusula de consciência é legalizado quase vinte anos após a entrada em vigor da Constituição. A questão é se a legalização do direito à cláusula de consciência é relevante. Para aqueles diretamente afetados, jornalistas, pode-se concluir que nenhuma relevância já que na comunicação do século XXI parece que a relevância da liberdade de imprensa para a formação de uma opinião pública livre é limitado pela mídia assim que companhias, onde os jornalistas são meros trabalhadores. Portanto, aceitam que o exercício da cláusula é um problema para o seu desenvolvimento profissional e social, em vez de um meio de defender sua independência.*

Palavras-chave: *cláusula de consciência, democracia, direito à informação, liberdade de expressão, opinião pública livre, meios de comunicação, jornalismo.*

Recibido: 20180326

Aceptado: 20180628

**A modo de introducción:
De la libertad de pensamiento al derecho a la información
en cuanto fundamentos y sustentos del sistema democrático**

Dado el papel relevante que ostentan los periodistas⁽¹⁾ en cuanto intermediarios en el proceso de la libre comunicación social, debe justificarse que se dote especialmente a estos de los derechos al secreto profesional y a la cláusula de conciencia⁽²⁾, otorgándoles carácter prerrogativo, y diferenciándose así del resto de trabajadores. Esta es la interpretación que de la Constitución española hace el Tribunal Constitucional, es decir, yendo más allá de las declaraciones de la libertad de expresión y del derecho a la información, dota a los periodistas de los derechos al secreto profesional y a la cláusula de conciencia para garantizar su independencia, bien sea frente a las presiones de los poderes públicos, bien sea frente a las presiones internas de la empresa en la y para la que trabajan. Explica Molas que dentro del “tradicional y general derecho a la libertad de expresión” se desarrollan y configuran de manera autónoma otros derechos también reconocidos por el artículo 20 de la Constitución:

(...) d) Para asegurar el derecho a la libertad de información no solo frente a injerencias de los poderes públicos, sino también frente a los particulares (singularmente frente a la dirección o propiedad de los medios de comunicación de masas) la Constitución otorga a los informadores el derecho a la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional (Molas, 2009).

La jurisprudencia constitucional estima que la aplicación efectiva de los derechos reconocidos directamente por la Constitución no está supeditada a la aprobación de una ley que los desarrolle⁽³⁾(Linde y Vidal, 2007). De acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución española estos derechos pueden ser exigidos ante los Tribunales mediante procedimientos basados en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

Tanto el derecho al secreto profesional como el de la cláusula de conciencia son enunciados en el texto constitucional como un mandato —“irrelevante, redundante e incompleto”, en palabras de Pérez Royo (Escobar Roca, 1995)— que el legislador ha de afrontar para el libre ejercicio de las funciones propias de los informadores⁽⁴⁾ (Linde y Vidal, 2007). No obstante, únicamente la cláusula de conciencia ha sido desarrollada legislativamente mediante la correspondiente ley orgánica, que aquí se va a tratar: La Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información.

Llegados a este punto, antes de continuar, no se pueden obviar ciertos puntos negativos de la libertad de información, advertidos por Martínez Morán cuando dice que “en esta era de la globalización, el papel de los medios de comunicación es fundamental” de modo que para muchas personas no existe realidad más que la que se le muestra a través de ellos (Martínez Morán, 2008). Siendo conocedores de esta circunstancia, los medios de comunicación, convertidos en grandes empresas, que pertenecen a su vez a otras estructuras empresariales de otros sectores económicos diferentes de la propia comunicación, problema este “conexo al de la cláusula de conciencia” (Torres del Moral, 2009), y mejorados por la innovación y el desarrollo tecnológico, además de (o más bien en lugar de) informar a la sociedad, se han apropiado de la información para acceder al poder económico y político-social, dedicándose a venderla⁽⁵⁾ (Vidal Beneyto, 2008) de tal modo que con ella son capaces de influir en la opinión pública *libre*. Es por eso que en las sociedades democráticas liberales se suele denominar a este sector como el Cuarto Poder, poder sin ningún tipo de control democrático. La prensa no se limita ya a reflejar la opinión pública, según Pausewang “solamente es imaginable en cuanto gran empresa económica” que puede crear esa misma opinión pública, proporcionando la casi totalidad de la información con la que esta cuenta en cualquier momento dado, siendo generador de la “corriente generalizada” (*mainstream*)⁽⁶⁾.

La Resolución 1003 (1993) sobre Ética del Periodismo⁽⁷⁾, se aprobó por unanimidad el 1º de julio de ese año, 1993. En esta Resolución, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, en un intento por aunar la vertiente social y la empresarial de los medios de comunicación, refleja en el artículo 11 su entender de que las empresas informativas han de ser consideradas como empresas socioeconómicas especiales cuyos objetivos patronales se deben li-

mitar por la condición de hacer posible un derecho fundamental. La información no es propiedad de periodistas ni de medios de comunicación con la que negociar sino un derecho fundamental de los ciudadanos, inherente a la persona, lo que convierte a los medios de comunicación en prestadores de un servicio público legitimado con el que hacer efectivo y real el derecho fundamental a la información de todos, que ha de llevarse sin injerencias de poderes públicos, políticos o económicos (Linde y Vidal, 2007). La información es indispensable para la vida social-democrática de un Estado de Derecho siendo el mecanismo que hace posible la participación ciudadana en los asuntos públicos y dando lugar a una opinión pública libre, resultado del pluralismo de todo Estado democrático, que, a su vez, sirve de control y contrapeso del sistema y sus poderes (Rodríguez-Zapata, 1996).

Dice Molas de la libertad de expresión (en sentido amplio, lo que incluye al concreto derecho a informar y recibir información que concibe la Constitución española):

Se configura como un derecho central en el sistema político democrático, no solo por la posición que ocupó en la génesis de los Derechos Humanos y en la aparición del constitucionalismo, sino sobre porque constituye un presupuesto indispensable para el ejercicio de otros derechos y, en especial, para hacer posible un sistema democrático representativo. Sin libertad de expresión la esfera pública dejaría de ser el espacio donde las personas individuales concurren como ciudadanos a la determinación de los temas comunes, dejaría de ser un espacio expresivo del debate público de la Sociedad y, por consiguiente, no existiría una opinión pública libremente formada (Molas, 2009).

Así, para que la actividad periodística cumpla con la función social que a la opinión pública le debe, ha de desarrollarse bajo unos *principios*, los mismos que *atenúan* el derecho a la cláusula de conciencia, como a continuación se explica.

Muy bien define Carrillo (Carrillo, 1997) el propósito de la Ley sobre la cláusula de conciencia cuando el mismo año de la aprobación de esta (1997) escribe un artículo al que titula *La Ley Orgánica de la cláusula de conciencia: una garantía atenuada del Derecho a la información*. Esa atenuación en la garantía viene facilitada por la autorregulación de los medios (Desantes

Guanter, 1973), bien a través de las normas deontológicas suscritas por los medios de comunicación bien por las propias normas de redacción internas de los medios de comunicación a las que queda sometido el ejercicio del derecho a la cláusula de conciencia según establece la propia ley cuando habla de los *principios éticos de la comunicación*, principios que no recoge, no los juridifica, por tanto, se reduce así, *se atenúa*, el efecto jurídico preeminente que se debe a la propia Constitución.

Nos refieren Navas Castillo y Torres del Moral a la reivindicación de la libertad de prensa que Milton recoge en su *Areopagítica* cuando en 1644 opinaba que “la libertad de conocer, de expresar y de discutir libremente de acuerdo con mi conciencia” debía encontrarse por encima del resto de las libertades (Navas Castillo y Torres del Moral, 2009).

La libertad de pensamiento se encuentra “carente de significado si no deriva en la libre manifestación de esa opinión a través de la palabra, la escritura y la prensa” (Fernández-Miranda Campoamor, 1994). Por eso, en el primer constitucionalismo, la libertad de expresión surge como resultado inevitable por la reivindicación de dicha libertad de pensamiento. Se define así la libertad de expresión, en las Constituciones del siglo XIX y hasta la Segunda Guerra Mundial, como libertad-autonomía, que defiende al hombre en el libre desarrollo de su personalidad frente a injerencias que ilegítimamente el Estado creyera poder acometer, por ejemplo, mediante la censura previa de toda opinión. Es en esa época (concretamente en 1859) cuando expresa Stuart Mill su idea de que “la peor ofensa de esta especie que puede ser cometida consiste en estigmatizar a los que sostienen la opinión contraria” (Stuart Mill, 1984). De este modo, solo se legitimaba al Parlamento para establecer límites a dicha libertad. Es decir, la persona, en cuanto individuo, se establece como una figura preeminente frente a la sociedad y su representación estatal.

Después de la Segunda Guerra Mundial se abre otro período en el constitucionalismo histórico y se plantea la libertad de expresión como un elemento muy influyente en la sociedad, de tal modo que se establece un vínculo directo entre la información emitida y la recibida, su repercusión en la masa social, muy movilizada políticamente, y en la formación de la opinión pública. Con la nueva situación surgida tras la guerra, con una sociedad más concienciada política y socialmente, el Estado deja su postura abstencionista y pasa a garantizar, por la existencia misma del Estado democrático, el plu-

ralismo informativo, considerado esencial e imprescindible en la formación de la opinión pública libre, que sea espejo del pluralismo político y social innegablemente existente.

El concepto de derecho a la información se plantea, de un lado, como derecho a informar (de expresar) de todos los ciudadanos y, en particular, de los periodistas, y, de otro, como derecho a ser informado (a acceder a una información veraz) de todos.

De este modo, el derecho a la información alcanza el papel relevante que posee dado que es mediante la transmisión de mensajes de hechos u opiniones como se posibilita la información de todos los ciudadanos. Ello genera debate sobre los asuntos públicos desde distintos puntos de vista, permitiendo el nacimiento libre de la opinión pública, la cual, a su vez, hace efectiva la participación política manifestada esencialmente en la crítica y fiscalización social de los gobernantes, y además, y en última instancia, su aval o rechazo en las urnas. Por consiguiente, la actividad informativa no puede (ni debe) entenderse como una mercancía, al comunicar información veraz se desarrolla ese interés público que impregna dicha actividad.

Voltaire defendía el papel de periodismo en el avance de la sociedad y sus miembros al afirmar que la prensa ha dado “ocasión de examinar los hechos para que luego fueran discutidos por los contemporáneos”, concluyendo que hasta entonces “no ha habido autenticidad” (Voltaire, 1992).

La primera vez que se formula la libertad de expresión como derecho a la información se hace en la Declaración Universal de Derechos Humanos al reconocer que aquella incluye el derecho “de investigar y recibir información y opiniones y de difundirlas sin limitación ni fronteras, por cualquier medio de expresión” (Artículo 19).

El artículo 10 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales se hace eco de la libertad de expresión al establecer que esta “comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”.

Por su parte, a nivel interno, la Constitución española de 1978 reconoce la libertad de comunicación en un sentido amplio (García Guerrero, 2007). El Tribunal Constitucional español ha señalado que el artículo 20 de la Norma Fundamental garantiza no solo la existencia de derechos subjetivos sino también la existencia misma de una comunicación pública libre (Sentencias del Tribunal Constitucional español (SSTC) 74/1982, de 7 de diciembre; 6/1988, de 21 de enero; 104/1986, de 17 de julio). No obstante, esta libertad de comunicación en sentido amplio (García Guerrero, 2007) que el artículo 20 del texto constitucional contempla, se materializa en una serie de derechos concretos como consecuencia de diversos órdenes de circunstancias y se ha extendido a todo tipo de actividades, no solo por el poder constituyente sino también por la jurisprudencia constitucional.

Entre esos derechos concretos, el derecho a la cláusula de conciencia de los informadores⁽⁸⁾ (López y Barroso, 2009). Recogido (junto al derecho al secreto profesional) en el artículo 20.1 d) de la Constitución (primera en Europa en constitucionalizarlo, tiene como objetivo primordial garantizar el ejercicio del derecho a una comunicación pública libre por parte de los profesionales de la información, bien sea del derecho a la información en su vertiente activa como en la libertad de expresión.

Diferenciándose de las Constituciones del entorno democrático, de los Textos Internacionales e igualmente del pasado constitucional español, donde el derecho a la información es contemplado como un aspecto concreto de la libertad de expresión, la Constitución vigente recoge una concepción dual respecto del derecho genérico de expresión. En el apartado a) del artículo 20.1, la Norma Fundamental reconoce el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”, y en el apartado d), el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Es por ello que Navas Castillo afirma que se trata de “dos derechos autónomos con contenido propio e identificable”(Navas Castillo, 2009). Aunque pronto matizaría su jurisprudencia, en el fundamento 4 de la Sentencia de 6 de marzo de 1981, en una de sus primeras respuestas, el Tribunal Constitucional argüía que el derecho a la información únicamente podía ser considerado “como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión”. Dos años más tarde, a raíz de la Sentencia 105/1983, en un pronunciamiento aislado, establecería la autonomía de ambos derechos, sentido que se consolida

en la Sentencia de 21 de enero de 1988, donde asienta la doctrina actual de que “la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones (...) las creencias y los juicios de valor” mientras que el derecho a la información versa “sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables”⁽⁹⁾ (Castillo, 2006).

Aun esta divergencia de conceptos, destacar que existe una estrecha conexión entre ambos derechos. Así lo refleja en sus deliberaciones el Tribunal Constitucional cuando en el fundamento 15 de la mencionada Sentencia pone de relieve la dificultad existente a la hora de distinguirlos por la propia “vocación a la formación de una opinión” ya que “en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa”. Y eso porque la expresión de aquellos precisa de un modo frecuente “en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estrado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo”⁽¹⁰⁾ (Álvarez García, 1999). En los supuestos en que puedan aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, y con el fin de calificar tales supuestos y encajarlos en el apartado correspondiente del artículo 20, aconseja el Tribunal atender “al elemento que en ello aparezca preponderante”.

Queda claro, pues, que entre la libertad de expresión y el derecho a la información se constata una “directa e íntima conexión” lo que no impide que “cada una de ellas tenga matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo el confundirlas indiscriminadamente” (STC 165/1987, de 27 de octubre, fundamento jurídico 10).

Metodología

Resultado de una investigación de carácter teórico, principalmente, este trabajo es un artículo de reflexión. Para ello, se ha usado el método teórico de análisis, síntesis, inducción y deducción dado que es el más idóneo y adecuado para conducirnos a los conocimientos requeridos y a las respuestas necesarias si consideramos el objeto de la investigación.

Con un diseño bibliográfico, normativo y jurisprudencial, nacional e internacional, se analizan recursos disponibles en medios físicos y virtuales, innegablemente imprescindibles hoy en día.

Se revisan los elementos subjetivos, objetivos y procedimentales que identifican el derecho fundamental a la cláusula de conciencia en el ámbito de la libertad a la información a fin de reconocerlo destacando que hay que excluir la injerencia, la tendencia cada vez más intervencionista, de los estados democráticos en el ejercicio de las libertades públicas y los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones, especialmente en lo referente a las libertades de expresión y de información, y constatando, con ello, la eficacia jurídica que las Normas Fundamentales despliegan *per se*.

La Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, sobre la cláusula de conciencia

El *corpus iuris lege* es bien breve (ver Anexo). Consta de tres artículos, una Disposición Derogatoria Única y una Final Única.

En términos generales, se puede decir que la cláusula de conciencia es una figura jurídica que faculta al periodista para rescindir el contrato de trabajo con la empresa editora, devengando la indemnización correspondiente por despido improcedente, en determinados momentos en los que considere vulnerada su libertad ideológica por aquella. A esta conclusión llegaron Pérez Royo (Escobar Roca, 1995) y Carrillo, quien lo considera “un autodespido remunerado”, (Carrillo, 1997) antes de la promulgación de la Ley. Está, por consiguiente, íntimamente unida al ámbito del derecho del trabajo, como se verá, aunque no es este el ámbito a tratar en este análisis sino el constitucional.

Lo que aquí interesa es que la cláusula de conciencia se fundamenta en la trascendencia social del derecho a la información en cuanto base elemental de la opinión pública libre y que en última instancia deviene del juego democrático.

Se piensa en la cláusula de conciencia desde el punto de vista que considera al periodista como la parte más débil en la relación empresa-profesional, como un contrapeso al poder editorial, dado que si este puede despedir al periodista por vulnerar los principios editoriales, este ha de poseer una facultad capaz de compensar a aquél en beneficio de sus propios principios en el caso de que estos sean menospreciados.

De todas formas, hoy en día, cuando un periodista es contratado por un medio ya sabe de antemano cuales son los principios editoriales a defender,

asumiéndolos como propios en la firma del contrato correspondiente, quedando *a priori* cercenado ese derecho a la cláusula de conciencia. Es decir, parece ser que solo cabría en el caso de un cambio de orientación editorial, no en sí para la conciencia propia del periodista. El cambio de conciencia de este es valorado como un ataque a los principios editoriales, entonces ¿es realmente efectiva y eficaz la cláusula de conciencia teniendo en cuenta que si son los valores de la empresa editora los que mudan, el periodista se ve abocado a asumirlos o irse *voluntariamente* a la calle? ¿O acaso cabe la posibilidad de mantenerse en ese puesto sin asumir dichos cambios? Entonces sí sería anteponer la conciencia del periodista en torno a la libertad de información sobre el medio de comunicación en cuanto al derecho empresarial de obtención de beneficios, e incluso, al derecho a la propiedad que creen tener los medios sobre la información, en contra de lo estipulado por los propios códigos deontológicos de la profesión periodística.

La necesidad de definir la cláusula de conciencia como derecho-garantía del proceso informativo

La cláusula de conciencia no es solo un derecho subjetivo sino una garantía para la formación de una opinión pública libre. Así queda reflejado en la primera Sentencia que interpreta la Ley Orgánica sobre la cláusula de conciencia de 1997. (STC 225/2002, de 9 de diciembre, fundamento jurídico 4).

De este modo define el Tribunal Constitucional el derecho a la cláusula de conciencia de los informadores reconocido constitucionalmente y desarrollado en la Ley, poniendo especial énfasis en garantizar la independencia profesional del informador en el ejercicio de su derecho a informar que el artículo 20.1 d) de la Constitución reconoce (eso sí, a todos) con el fin último de garantizar la formación de una opinión pública libre, que, en palabras de Torres del Moral, “es un resultado o un precipitado de muy diferentes elementos, entre los cuales debemos incorporar el libre ejercicio de otras libertades que posibilitan, a su vez, el ejercicio de las libertades informativas” (Torres del Moral, 2009).

Pretende con esa identificación el Tribunal Constitucional alejar la idea de un derecho-privilegio otorgado por la Ley exclusivamente a los trabajadores de la información. A lo largo de la Sentencia, la más Alta Instancia recuerda que no se trata de un derecho fundamental reforzado, o, como se ha

dicho, de un derecho-privilegio:

Si bien la jurisprudencia constitucional ha reconocido como titulares de la libertad de información tanto a los medios de comunicación, a los periodistas, así como a cualquier otra persona que facilite la noticia veraz de un hecho y a la colectividad en cuanto receptora de aquella (por todas, SSTC 6/1981, 105/1983, 168/1986, 165/1987, 6/1988, 176/1995, 4/1996), ha declarado igualmente que la protección constitucional del derecho “alcanza su máximo nivel cuando la libertad ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa entendida en su más amplia acepción” (STC165/1987, reiterada en SSTC 105/1990 y 176/1995, entre otras). *Afirmación con la que en modo alguno se quiso decir que los profesionales de la información tuvieran un derecho fundamental reforzado respecto a los demás ciudadanos* (cursiva del autor); sino solo que, al hallarse sometidos a mayores riesgos en el ejercicio de sus libertades de expresión e información, precisaban y gozaban de una protección específica. Protección que enlaza directamente con el reconocimiento a aquellos profesionales del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional para asegurar el modo de ejercicio de su fundamental libertad de información (STC 6/1981)(STC 225/2002, de 9 de diciembre, fundamento jurídico 2. D).

Sin embargo, no lo ha conseguido, visto desde el punto de vista laboral, en contraposición a los trabajadores de otras ramas, y desde el punto constitucional. Por ejemplo, ¿un enlace sindical de cualquier empresa puede acogerse a la cláusula de conciencia cuando ejerciendo su derecho a informar a otros compañeros suyos, no necesariamente dentro de su centro de trabajo, la empresa le cambia de puesto o incluso de empresa, aunque sea dentro del mismo grupo? (Lillo, 2005) O al contrario, un trabajador que informa a su representante sindical es objeto de *mobbing*⁽¹¹⁾, ¿puede ejercitar la cláusula de conciencia? Parece ser que solo le cabría la vía judicial y por la jurisdicción de lo social, no la constitucional en amparo. Y un funcionario que es obligado a informar al público en general sobre una cuestión que menoscaba su propia moral, religión o ideología, ¿puede reclamar para sí la cláusula? Todas estas situaciones se circunscriben en la tarea informativa-comunicativa, pero no son profesionales de la información, son puntualmente informadores ejerciendo el derecho que a todos otorga la Constitución a informar. Por esto, por otorgar universalmente

la Constitución española el derecho a informar, no se puede considerar que el derecho a la cláusula de conciencia (y al secreto profesional, que se recoge en el mismo renglón del artículo 20.1.d) de la Norma Fundamental) sea exclusivo de los profesionales de la información.

Pero ciertamente la Ley está hecha de ese modo, y por eso la necesidad por parte del Tribunal Constitucional de definirlo no solo como derecho subjetivo.

No obstante el hincapié que hace el Alto Tribunal sobre el no-privilegio, sí considera que los periodistas deben ser protegidos específicamente porque asumen más riesgo en el desempeño de su función profesional, justificándose en la necesidad de un equilibrio de interés entre la independencia de este y el ánimo lucrativo de las empresas de comunicación (ver el mismo fundamento 2.D) arriba transcrito).

Titulares del derecho a la cláusula de conciencia

Titular activo del derecho a la cláusula de conciencia

El artículo 1 de la Ley determina el sujeto activo del derecho, el periodista individual, si bien no lo define así dada la falta de consenso para establecer un concepto único, como se verá en el siguiente epígrafe, sino tomando el ambiguo ofrecido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 16 de marzo de 1981 (fundamento 4) que los define como “aquellos que hacen profesión de la expresión de noticias y opiniones y son actores destacados en el proceso de la libre comunicación social”. De este modo se excluyen aquellos trabajadores del mismo medio que no prestan un servicio con carácter meramente informativo, lo que no obsta a que se tengan en cuenta otros:

En la transmisión de noticias no juegan un papel esencial solo las palabras sino tanto o más las imágenes, fotografías, presentaciones gráficas o de composición que contribuyen igualmente a la descripción del hecho, a destacar ciertos aspectos de él, a lograr un enfoque ideológico determinado o a dotarle de una mayor o menor relevancia informativa según los intereses del medio, tareas todas ellas en las que además habrá de considerarse la autonomía y creatividad propias con las que opere el profesional para poder concluir que se encuentra ejerciendo su derecho a transmitir información (STC 199/1999, de 8 de noviembre, fundamento jurídico 4).

La Ley considera constitucionalmente otorgado este derecho a “los profesionales de la información”, sin excepción, sin embargo, en el artículo 2.1 a), ilógicamente, lo restringe a aquellos que tienen una “vinculación laboral”. Dada la irracional limitación, parte de la doctrina cree que hay que considerar la interpretación coherente de la norma en la que el derecho se dirija a todos los que tengan una vinculación de trabajo, debiendo ser únicamente esta vinculación el motivo limitador del ejercicio de la cláusula de conciencia (Fernández-Miranda Campoamor, 1994).

No se entiende, sin embargo, que el sujeto activo del derecho a la cláusula de conciencia sea exclusivamente el profesional de la información pues la Constitución no hace tal distinción. Recordar que la Norma Fundamental manda al legislativo regular ambos derechos mediante ley (que de acuerdo con el artículo 81.1 ha de ser de rango orgánico, como la que aquí se trata) pero esto no obsta para que la ley cercene derechos, u otorgue privilegios. Cierto que es difícil encontrar casos en el que se pueda hacer uso de tales derechos fuera de la profesión periodística, pero la falta de casuística no es motivo, ni necesario ni suficiente, para tal limitación. ¿O acaso el resto de profesionales, sin ser de la información, pueden ejercer estos derechos directamente sin necesidad de desarrollo legislativo? De este modo hay que hacer extensible la estimación de Pérez Royo (Fernández-Miranda Campoamor, 1994), y la de aquellos que desconfían de una ley específica, de que con el reconocimiento constitucional es suficiente por lo que su destino son los Tribunales, que habrán de ponderar si realmente dichos derechos han sido alegados de una forma adecuada.

Debería ser esta la respuesta para no entrar en una situación de discriminación por razones profesionales, lo que ya no solo violaría el derecho a la igualdad del artículo 14, sino que se vulneraría la igualdad en cuanto uno de los pilares fundamentales de España en cuanto Estado democrático y social (y también de Derecho), uno de los valores superiores en los que se inspira el ordenamiento jurídico del Estado español.

El concepto de periodista

Periodista es un concepto ampliamente reconocido en todos los ámbitos, excepto en el jurídico. No existe una concepción jurídica. Por eso, antes de analizar el titular activo del derecho a la cláusula de conciencia al que hace referencia la Ley conviene encuadrar el debate jurídico entorno a este concepto.

Si el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define periodista en dos acepciones, respectivamente, como aquella “persona legalmente autorizada para ejercer el periodismo” y como aquella “persona profesionalmente dedicada en un periódico o en un medio audiovisual a tareas literarias o graficas de información o de creación de opinión”, como se acaba de señalar, hay que comenzar por poner sobre la mesa que no existe en el ordenamiento español vigente definición jurídica alguna de periodista. Tal circunstancia lleva a tener que dilucidar necesariamente quién puede ejercer tal actividad, en qué condiciones y cuáles son las consecuencias que se derivan de la actividad periodística. Se hace necesaria para ello una referencia a la legislación preconstitucional, que sí definía al periodista en sintonía con la primera de las acepciones, y a la jurisprudencia constitucional, más acorde con la segunda acepción.

La Constitución española configura la libertad de información como libertad pública reconocida y protegida de manera universal, es decir, a todos los ciudadanos, no obstante a quienes ejercitan la precitada libertad especialmente se les reconocen y garantizan los derechos a la cláusula de conciencia y al secreto profesional, sin delimitar un colectivo en función de las condiciones concurrentes en él, sino por el ejercicio mismo de dicha libertad.

Como se ha visto en el apartado anterior, la Ley Orgánica reguladora de la cláusula de conciencia, en su artículo 1 establece que “la cláusula de conciencia es un derecho constitucional de los profesionales de la información”, por tanto, legislativamente tampoco se encuentra una definición de periodista.

Como se advierte más arriba, la legislación preconstitucional, tácitamente derogada por la Constitución, sí definía la figura del periodista. El Decreto 744/1967, de 13 de abril, regulador del Estatuto de la Profesión Periodística, que desarrollaba la Ley de Prensa de 1966, disponía en su artículo primero que:

Son periodistas:

- a) Quienes figuren inscritos en el Registro Oficial de Periodistas en la fecha de la promulgación del presente Decreto.

- b) Los licenciados en Ciencias de la Información —Sección de Periodismo— una vez colegiados en el Federación Nacional de Asociaciones de la Prensa o inscritos en el Registro Oficial de Periodistas.

Como se observa, “el Estado franquista establecía un control directo y preciso sobre los profesionales que ejercían las labores informativas, tan peligrosas para un régimen autocrático” (Fernández-Miranda Campoamor, 2009), (al exigirse el título académico concreto de las Escuelas de Periodismo legalmente reconocidas y la inscripción en el Registro correspondiente).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional no ha tratado el asunto directamente. Aunque en 1985 el *Parlament* aprobó la Ley 22/1985, de 8 de noviembre, que creaba el *Col·legi de Periodistes de Catalunya*, y se interpuso recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo, finalmente el mismo Parlamento catalán reformó la norma mediante la Ley 1/1988, de 26 de febrero, por lo que el mencionado recurso fue retirado.

Si bien fueron varios los preceptos objeto de impugnación, el que aquí interesa (por el acercamiento a una definición de periodista) es la Disposición Transitoria Primera, que establecía:

Los periodistas titulados e inscritos en el Registro Profesional de la Federación de Asociaciones de la Prensa Española que sean socios de las Asociaciones de la prensa existentes en Cataluña se convertirán en miembros del Colegio Profesional de Periodistas de Cataluña, aun cuando no cumplan los requisitos de titulación establecidos por el artículo 2 (Precepto que imponía la exigencia de titulación).

La imposición de titulación y colegiación, que finalmente se estableció como voluntaria en la referida posterior reforma, era, sin lugar a dudas, anti-constitucional, sobre todo tras la interpretación universalista del Tribunal Constitucional, que sostiene que no se debe concluir “que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características del que los ejerce” aunque se reconozca una cierta preferencia respecto a los profesionales de la información (STC 165/1987, de 27 de octubre, fundamento 10).

El Tribunal Constitucional ha definido a los periodistas mediante tres *criterios identificativos* (más bien aproximativos, eso sí, y que no han de concurrir necesariamente a un mismo tiempo⁽¹²⁾) (Torres del Moral, 2009) (Fernández-Miranda Campoamor, 1990) para distinguirlos de otros sujetos

también titulares de estas libertades, bien las ejerzan en un momento dado, bien, incluso, a través de un medio de comunicación (colaboradores de opinión o autores de cartas al Director, por ejemplo): respecto a la profesionalidad, a la realización de tareas informativas y la existencia de una relación de dependencia.

El criterio de la profesionalidad es utilizado por el Alto Tribunal en numerosas ocasiones (SSTC 30/1982, de 1 de junio; 168/1986, de 22 de diciembre; la ya citada 165/1987, de 27 de octubre; 6/1988, de 21 de enero) sin embargo, no ofrece una definición descriptiva de la profesión con un cierto grado de seguridad hasta que define a los periodistas como aquellos que “prestán un trabajo habitual retribuido, profesional por tanto, en los medios de comunicación”, en 1995 (STC 175/1995, de 5 de diciembre, fundamento 2).

El Tribunal Constitucional, en la primera Sentencia que aborda directamente la cláusula de conciencia de los informadores, hace mención al criterio identificativo de la realización de tareas informativas (STC 199/1999, de 8 de noviembre, fundamento 4). En esta Sentencia se separan a los trabajadores de un medio en función de la tarea que realizan⁽¹³⁾ (Bamba Chavarría, 2011), denegando el amparo a uno de la Sección de Diseño por no tener nada que ver con la labor informativa, quedando, entonces, al margen de la cláusula de conciencia alegada para la liquidación unilateral de la relación contractual con el medio de comunicación. Según la resolución, la naturaleza jurídica y finalidad de la cláusula únicamente protege a los trabajadores de un medio de comunicación que realizan tareas informativas, es decir, quienes ejerzan la libertad de información y con ello realicen “una labor que forme e influya en la creación de opinión en las sociedad”, como dice Bamba (Bamba Chavarría, 2011), que incluyen también a los fotógrafos o camarógrafos y a todos aquellos que su labor comprenda un contenido informativo, porque los demás difícilmente pueden ver su deontología o independencia laboral afectada como consecuencia de un cambio en la línea editorial del medio.

El último de los criterios señalados destaca el ejercicio de la cláusula de conciencia ya que la consecuencia principal que conlleva es la capacitación del trabajador para desligarse unilateralmente de la relación preexistente que le une al medio de comunicación. Por tanto, parecería lógico que solamente aquellos que mantienen una relación contractual de tipo laboral pueden ejercer el derecho a dicha cláusula, sin incluir a los profesionales de la informa-

ción liberales. Sin embargo, la relación de dependencia también puede ser justificada en una relación mercantil, teniendo en cuenta la figura del TRADE (*Trabajador Autónomo Dependiente*) (Capodiferro, 2015).

De esta indefinición de periodista surgen dos corrientes doctrinales que lo que en el fondo tratan es la universalización del ejercicio de la libertad de información, en contra y a favor, lo que incluye el reconocimiento y garantía de los derechos derivados del ejercicio periodístico de carácter informativo, la cláusula de conciencia y el secreto profesional.

La primera corriente, defensora de un (in)cierto control, entiende que para reconocer al periodista las prerrogativas constitucionales relativas al derecho a la información del resto (“informadores”) se deben exigir la titulación académica específica, la colegiación y, además, consecuentemente ha de tipificarse el delito de intrusismo para castigar a aquellos que ejerzan la profesión sin la titulación requerida. Se trataría de una medida con la que se volvería a las estipulaciones *ante*-constitucionales para el ejercicio de la profesión periodística, como se ha visto, sin olvidar que ya hubo un intento (vano, dada la dudosa constitucionalidad de la exigencia del requisito de colegiación) de poner esta doctrina en práctica por parte del Parlamento catalán.

Las razones alegadas son, en primer lugar, que la complejidad técnica de la información y de los medios de comunicación hace necesaria una especialización procedente de una Facultad creada a tal efecto y, en segundo lugar, como consecuencia, en parte, de la ausencia de esta especificidad, la posibilidad de que sean los propios medios de comunicación los que decidan quienes son periodistas y quienes no a la hora de *permitírseles* ejercer los derechos fundamentales específicos de la cláusula de conciencia (y el secreto profesional) en cuanto garantía del ejercicio, a su vez, de la libertad de información. Es decir, que es menos malo un cierto control administrativo previo que un control económico-empresarial.

Sin embargo, este control previo choca frontalmente con la universalidad del derecho a la libertad de información, además, de con la censura previa prohibida explícitamente por el artículo 20.2 de la Constitución española ante el ejercicio de todos los derechos, todos, recogidos en el artículo 20.1.

La segunda tesis doctrinal, a favor de la universalización del ejercicio de la libertad de información, viene defendida desde sectores académicos de otras Facultades (de Derecho, por ejemplo) y por los propios medios de comunicación (como bien aventuran los partidarios de la titularización y colegiación). Esta corriente entiende que el derecho a informar es un derecho de los ciudadanos que no ha de exigir ningún tipo de requisito previo, dejando al autorregulado mercado la selección de los profesionales, ya que son estos modelos liberales, dicen, los que mejor funcionan, como en el Reino Unido⁽¹⁴⁾.

Visto todo esto, no queda claro si se debe seguir sin exigir requisitos previos o sí algunos⁽¹⁵⁾, pero sí cabe repensar cuál es el mejor escenario pues no se debe dejar todo daño a la concreción de las responsabilidades *a posteriori*, bien sea civil, penal o de cualquier otro tipo, ya que el daño puede llegar a ser irreparable. Hay que tomar en consideración que conforme al artículo 81.1 de la Constitución cabe la posibilidad de desarrollar el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, respetando, eso sí, su contenido esencial, lo que debería servir como estímulo para una correcta autorregulación de los medios de comunicación.

Como se dice, no existe norma alguna en España que regule el acceso a la profesión, siendo lo más aproximado a una definición de profesional de la información la referencia del Tribunal Constitucional sobre “aquellos que hacen profesión de la difusión de noticias y opiniones” vinculados a una empresa informativa por cualquier medio de contratación, laboral, mercantil o civil (STC 6/1981, de 6 de marzo, fundamento 4).

Titular pasivo del derecho a la cláusula de conciencia

Por otro lado, se encuentra el que se puede llamar titular pasivo, el sujeto pasivo, la empresa con la que periodista mantiene esta relación jurídica, que exige la Ley, pero que no detalla su naturaleza, pudiendo ser esta tanto laboral como mercantil o civil, salvada la interpretación restrictiva e ilógica de la mencionada expresión “vinculación laboral”. Sencillamente, es quien se injiere en las condiciones laborales de los informadores y que posibilita que estos puedan activar el derecho a la cláusula de conciencia, y que no sean de interés para este trabajo.

Objeto del derecho a la cláusula de conciencia

El bien jurídico protegido por el derecho, fundamentalmente, es la independencia del profesional en el desempeño de su función comunicativa-informativa, esencial en y para el Estado democrático. La pretensión del derecho a la cláusula de conciencia es básicamente garantizar esa independencia. El modo de informar es un criterio única y exclusivamente circunscrito a los principios deontológicos profesionales y las reglas editoriales del medio de comunicación a los que queda sometido el periodista cuando ejerce su trabajo. Con ello se evita la apropiación de la información, que es un bien común de todos los ciudadanos. Esto deviene de la configuración de la cláusula de conciencia, no solo como un derecho subjetivo del profesional, sino como “una garantía para la formación de una opinión pública libre” (STC 225/2202, de 9 de diciembre), como se ha advertido en el epígrafe 4.

Define Rodríguez la cláusula de conciencia como “la facultad que asiste al profesional de la información de no realizar trabajos que se opongan a su código deontológico”, lo que supone garantizar su “independencia profesional frente a la empresa donde trabaja”. Pero además, añade, el ordenamiento debe tutelar este derecho impidiendo “que del ejercicio de la cláusula de conciencia pueda derivarse perjuicio o sanción alguna” (Rodríguez, 2014).

Por consiguiente, no se está ante un mero derecho de índole individual, sino que, al ponerlo en relación con la libertad informativa, como base de una opinión pública libre, su ejercicio y garantía va más allá del propio periodista, se encauza hacia la protección misma del Estado en cuanto sistema democrático.

Por su parte, el objeto de la cláusula de conciencia recae sobre el cambio que provoca el ataque a la ética profesional, y personal, del periodista, a su independencia. La Ley se refiere a esta mudanza de dos maneras, una en el artículo 2.1 a), y otra en el apartado b) del mismo.

El apartado a), de un lado, distingue dos tipos de cambios que son causa justificada para ejercitar tal derecho. En primer lugar, la modificación en la orientación informativa, es decir, la materia a la que hasta ese momento se dedicaba el medio de comunicación, y, segundo, la modificación en la línea ideológica o principios editoriales de la empresa, los cuales fueron aceptados por el trabajador al vincularse a la misma y desde los que elaboraba la infor-

mación. Estos cambios han de ser sustanciales, refiriéndose con ello a que la variación de la línea mantenida se haya percibido, no solo por el periodista, sino además por la redacción y el público.

La causa de tales modificaciones es independiente del derecho a la cláusula, es igual que haya habido un cambio accionarial, dicho derecho está sujeto a la deontología y principios propios del periodista. Por consiguiente, si habiendo cambio de titular en el medio de comunicación no se modifica la línea editorial, la cláusula no sería exigible en concepto de libertad de conciencia.

Por otro lado, el apartado b) permite igualmente ejercer el derecho a la cláusula de conciencia cuando por el traslado a otro medio del mismo grupo se produce una “ruptura patente con la orientación profesional del informador”, salvando la lógica movilidad de trabajadores dentro del plan empresarial. Este traslado se relaciona estrechamente con las circunstancias prescritas en su apartado predecesor (a) pues la ruptura supone una variación en la materia informativa o en la línea ideológica respecto del medio anterior en el que trabajaba. Igualmente, las consecuencias de las modificaciones han de ser patentes por la redacción y el público.

Lo que pretende este segundo apartado es “defender al periodista de posibles sanciones encubiertas y arbitrarias que le aparten de su trabajo habitual, de forma que suponga un atentado a su dignidad profesional en el sentido de coartar su legítima aspiración a consolidar una línea profesional” (Fernández-Miranda Campoamor, 1994), lo que más arriba advertíamos sobre el *mobbing*.

El ejercicio de la cláusula de conciencia por parte del profesional de la información provoca un resarcimiento del daño causado en forma de indemnización, bien pactada contractualmente, bien la establecida por la Ley como si de un caso de despido improcedente por parte de la empresa de comunicación se tratara (art. 2.2), además, por supuesto, de la extinción del contrato, ora laboral, ora mercantil, ora otra naturaleza jurídica.

Pero existe otro tipo de objeto, doctrinalmente muy discutido, la elaboración misma de informaciones, contrarias estas a los principios deontológicos. En este caso, el profesional de la información puede negarse a participar en ella acogiéndose a la cláusula de conciencia, de tal modo que no pueda, o no deba, ser sancionado por esa negativa. Así lo recoge el artículo 3 de la Ley.

La mayoría doctrinal cree que este supuesto se mantiene al margen del derecho constitucional a la cláusula, como un nuevo derecho de configuración legal y, por tanto, con una “garantía atenuada y no más intensa para el informador y para el derecho a la información”(Carrillo, 1997)

En el lado contrario, los que opinan que está recogido en una Ley que lleva por título “de la cláusula de conciencia” por lo que todos los supuestos recogidos en ella forman parte de ella. Sin embargo, aun siendo minoritaria la posición doctrinal respecto a esta interpretación, el Tribunal Constitucional es la que estableció en la Sentencia 199/1999, de 8 de noviembre:

No es ocioso reseñar que la Ley Orgánica 2/1997, tras configurar la cláusula de conciencia, en desarrollo de la Constitución Española (CE), como un derecho de los profesionales de la información que tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de su función (art. 1) les reconoce la posibilidad de negarse a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación (art. 3), así como, en virtud de dicha cláusula, el derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa de comunicación en que trabajen cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial⁽¹⁶⁾ de orientación informativa o línea ideológica.(Fundamento 3).

Y en la Sentencia 225/2002, de 9 de diciembre:

En ese doble sentido, el derecho a la cláusula de conciencia viene a “asegurar el modo de ejercicio de su fundamental libertad de información”, respecto de la cual aquél tiene un carácter instrumental: a) en cuanto derecho subjetivo del profesional de la información, el derecho a la cláusula de conciencia protege la libertad ideológica, el derecho de opinión y la ética profesional del periodista (...). (Fundamento 4).

Procedimiento para el ejercicio de la cláusula de conciencia

Nada dice la Ley sobre el procedimiento a seguir para el ejercicio del derecho a la cláusula de conciencia. Ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha ido configurándolo a lo largo del tiempo.

La doctrina que actualmente sigue el Alto Tribunal recayó en la, ya varias veces mencionada, Sentencia 225/2002, de 9 de diciembre, en la que se consideraba que ante la duda interpretativa respecto del procedimiento de ejercicio del derecho, esta “no puede desembocar en limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección” dejando abiertas dos vías de reclamación del ejercicio del derecho a la cláusula de conciencia, la que hasta entonces se preveía conforme al Estatuto de los Trabajadores –y que se expone más adelante–, y el *autodespido* (que decía Carrillo), previo a la decisión judicial:

Excluir la posibilidad del cese anticipado en la prestación laboral, es decir, obligar al profesional, supuesto el cambio sustancial en la línea ideológica del medio de comunicación, a permanecer en este hasta que se produzca la resolución judicial extintiva, implica ya aceptar la vulneración del derecho fundamental, siquiera sea con carácter transitorio durante el desarrollo del proceso, lo que resulta constitucionalmente inadmisibile (...) la cláusula de conciencia no es solo un derecho subjetivo sino una garantía para la formación de una opinión pública libre (...) la permanencia en el medio del profesional durante la sustanciación del proceso, puede provocar una apariencia engañosa para las personas que reciben la información. De todo ello deriva que los intereses constitucionalmente protegidos reclaman la viabilidad, aún no estando expresamente prevista en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 2/1997, de una decisión unilateral del profesional de la información que extinga la relación jurídica con posibilidad de reclamación posterior de la indemnización, posibilidad esta que, obviamente, ofrece el riesgo de que la resolución judicial entienda inexistente la causa invocada, con las consecuencias desfavorables que de ello derivan.(Fundamento 4).

La vía existente previamente a la establecida por la Sentencia de 2002, incluso estando ya en vigor la Ley reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, se basaba en el derecho común de los trabajadores. Los Tribunales aplicaban el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, el cual contempla la rescisión del contrato de trabajo por parte del trabajador de forma voluntaria y con derecho a indemnización como si de un despido improcedente se tratara cuando “las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo (...) redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador”. Lógico. Esta línea jurisprudencial exigía, como al

resto de los trabajadores, la permanencia en el puesto de trabajo hasta la resolución judicial pertinente.

En resumen, la interpretación que de la Ley hace el Tribunal Constitucional cabe destacar la doble posibilidad de rescindir el contrato (laboral, mercantil o de cualquier otra naturaleza jurídica) del profesional de la información en el ejercicio del derecho a la cláusula de conciencia, bien siguiendo el procedimiento judicial habitual, lo que da seguridad⁽¹⁷⁾ ante una estimación denegatoria, bien unilateralmente solicitando la correspondiente indemnización *a posteriori*.

Debate sobre la práctica del derecho a la cláusula de conciencia

Existe una gran distancia entre el punto de vista dogmático de la cláusula de conciencia y su praxis. Si bien los dos coinciden en que el ejercicio de este derecho preserva la independencia de los profesionales en el ejercicio de sus labores, estos no han hecho prácticamente uso de él.

El sometimiento a los valores deontológicos establecidos por los medios de comunicación, escudándose en el *autocontrol*, es lo habitual en el mundo periodístico⁽¹⁸⁾. El periodista quiere a toda costa mantener su puesto de trabajo, “hoy en día hace falta mucho valor para invocar la cláusula de conciencia” (López y Barroso, 2009), olvidándose, incluso, de sus derechos más fundamentales. Esto es lo que se puede entender en la actualidad como *pérdida de valores*, no ya sociales, que también pues van ligados muy estrechamente, sino personales, de la esfera más íntima del ser humano en cuanto tal. La personalidad y demás valores que de la dignidad humana nacen se ven así constreñidos.

Además no hay que olvidar que los medios, ilegítimamente, crean especies de *listas negras* sobre aquellos profesionales que pudieran crear problemas a las empresas de comunicación por la defensa de sus valores y derechos, lo que constituye *de facto* un límite extrajurídico y antinatural y anticonstitucional establecido de manera unilateral por las empresas periodísticas.

Ante todas estas y más circunstancias que podrían ser piedras en el camino profesional (personal y social) del periodista, este decide renegar de sus derechos. Como bien resume Fernández-Miranda:

Las dificultades en lograr la estabilidad y la promoción profesional no favorecen la independencia y puede convertir en papel mojado reivindicaciones largamente acariciadas por los profesionales y que, a la postre, se convierten en derechos solo ejercidos por los mejor situados y mimados por el público y, en consecuencia, por los medios (Fernández-Miranda Campoamor, 1994).

Queda de este modo a larga distancia la posición doctrinal de la práctica de los informadores. De la práctica, sí, pues teóricamente las posiciones son similares, si no iguales. Ambos comparten la defensa de la independencia, pero los últimos ven los postulados irrealizables.

Siguiendo las reflexiones kantianas, los medios de comunicación no deben sobreponerse al fin al que han de servir, ni, por supuesto, en un alarde de considerarse el Cuarto Poder, como decíamos al principio, sustituir a los órganos políticos legitimados constitucional o legalmente. Pero teniendo en cuenta, principalmente, la concentración de los medios de comunicación en grandes conglomerados empresariales (cercenando así el pluralismo existente en una democracia, y, por ende, la diversidad de opiniones) y el predominio de la rentabilidad económicas de estos sobre el servicio público hace que se hable, no ya de opinión pública (relegada a tertulias o, lo más, manifestaciones, aunque actualmente podrían incluirse, si bien dentro de un medio de comunicación social institucionalizado como es internet, las llamadas redes sociales como hemos comprobado en la “primavera árabe”⁽¹⁹⁾) sino, de *opinión publicada* (Torres del Moral, 2009), que es la que diariamente aparece en los medios de comunicación institucionalizados, clásicos (radio, prensa y televisión) y modernos (internet, si bien este tiene sus variantes internas), y que depende de los mercados. De este modo, la opinión publicada ofrece poca fiabilidad como fuente de información, haciendo al público ser más escéptico en torno al proceso de la comunicación, donde entra en juego el papel de los profesionales, que, como se ha advertido, se encuentra encorsetado por su propio bienestar, faltando así a los propios códigos deontológicos que rigen la profesión en cuanto a ser vehículo independiente de transmisión de la información.

Es interesante como desde su propia tribuna en el decano de la prensa española, el diario ABC, su director, el periodista José Antonio Zarzalejos, *mira el ombligo* del periodismo más actual (si bien lo hizo no con el beneplácito de los medios dado que tuvo que abandonar poco después dicho medio sino por su situación profesional, estimado referente de la profesionalidad periodística) poniéndolo en entredicho por las influencias que el mercado, y el de los medios concretamente, tiene en lo que debería ser independencia y objetividad informativa, la propiedad de la noticia, al fin y al cabo:

El destinatario de la obra intelectual —así puede definirse un diario de calidad— no es el mercado, sino la sociedad. El mercado se está sobreponiendo a la sociedad. Somos los periodistas —con editores profesionales y no con “*businessmen* a los que nos les importa que la noticia sea verdadera, importante o valiosa sino que sea atractiva”, según el ya citado Kapuscinski— los que debemos negarnos a transformar la naturaleza de nuestra función. El mercado reclama audiencias altas y rentabilidad (...); la sociedad, referencias solventes y debates de principios, criterios y valores. El mercado desea divertimento, morbo, escabrosidades —eso que se llama *atractividad* informativa—, pero la sociedad exige el respeto a los procesos de reflexión, la preservación de las libertades colectivas e individuales y la reivindicación de un sistema de convivencia con derecho, si el caso fuere, al aburrimiento, a la rutina democrática, tan saludable, por otra parte, para la estabilidad general. La *espectacularización* de la noticia —que es lo que requiere el mercado, pero no la sociedad— sugiere machaconamente una materia con el propósito de convertirla en una verdad: que los periodistas formamos parte de una farándula de la que se esperan emociones y sensaciones fuertes y un permanente servicio a las visceralidades ciudadanas, pero no rigor, ni ecuanimidad, ni responsabilidad.

(...) Lo denuncia —vuelvo a él— Kapuscinski al sostener que “el peligro consiste en que los medios —convertidos en un auténtico poder— han dejado de dedicarse exclusivamente a la información para fijarse un objetivo mucho más ambicioso: crear la realidad⁽²⁰⁾.”

Se puede, por tanto, finalizar afirmando que se impone en el periodismo, al igual que en otros tantos ámbitos profesionales, la ley del mercado, impulsada no por el mercado en sí, sino por los grandes medios de comunicación, grandes empresas cuya última finalidad no es tanto servir a la sociedad

como medio para la formación de una opinión pública libre que vea representada el arcoíris pluralista de la democracia como el lucro económico que le va a permitir crear la opinión pública con el fin de controlar los poderes para su propio beneficio. Es lo que Torres del Moral define como *mediocracia* (Torres del Moral, 2009).

Conclusiones

Pese al intento constitucional de garantizar la independencia profesional de los informadores, no se puede olvidar que el actual periodismo se halla sometido a un proceso contradictorio tal en el que cada extremo pretende imponerse, y en el que el término medio se convierte en un ideal utópico, difícilmente alcanzable, todo ello en un marco de universalización de la necesidad de información y de urgencia porque esta llegue a sus destinatarios cuanto antes. El periodismo, como empresa informativa, obedece a una lógica comercial y competitiva que busca vender el producto informativo al mayor número de personas por lo que se priman los grandes titulares y lo espectacular; como función social de informar a la opinión pública debe perseguir la objetividad y la independencia para lo cual existe una corriente deontológica que pretende una información rigurosa y de calidad, basada en la honestidad profesional y la responsabilidad.

La Ley como tal es un instrumento cuya finalidad resulta un tanto dudosa. El texto constitucional es de vinculación obligatoria para todos en cuanto norma superior del ordenamiento jurídico. Esto debería ser suficiente, y general para todos. Asimismo, existe un reconocimiento, por parte del Estado democrático, de la sociedad y de los propios profesionales involucrados en el ámbito de la comunicación, de los códigos deontológicos periodísticos, de dominio interno y supranacional. Entonces, ¿por qué no es suficiente con esto? ¿O es que la aceptación de tales códigos, así como la creación propia por los medios de sus normas éticas de autorregulación, son una mera máscara de cara a la galería democrática detrás de la cual se esconden prácticas nada *saludables*, no ya en tanto a la debida relación jerárquica trabajador-empleador, sino en cuanto a la persona en su condición de tal, vaciando de contenido, por consiguiente, cualquier institución derivada de la misma, como pudieran ser la libertad, ante todo, la igualdad, la justicia, y el pluralismo, valores fundamentales del Estado democrático, si este no es capaz de garantizar las libertades y derechos de sus ciudadanos? Y lo que es más impor-

tante, ¿estaría desamparado el derecho a la cláusula de conciencia sin un desarrollo legal? ¿No sería ejercitable por sus titulares?

Es así que, dada la indefinición del sujeto activo del derecho por parte de la doctrina, de los propios implicados y de la jurisprudencia y la falta de casos prácticos en el ejercicio del mismo, se hace hartamente difícil terminar con algo más que creer en la profesionalidad del informador.

De un lado, esa concreción subjetiva, o, más bien, de la generalización y extensión que del derecho a la cláusula hace el Tribunal Constitucional a “todos los trabajadores de la información” determina que exista, y no poco, intrusismo profesional. De otro, la especificidad de la Ley, que desarrolla la garantía de un derecho atribuido constitucionalmente a todos sin excepción, y, si bien se ha intentado eliminar todo tipo de dudas respecto a su legitimidad insistiendo en la necesidad de “protección especial del periodista” en pro de la formación de una auténtica opinión pública libre, resulta evidente que se trata de encubrir un privilegio de ciertos profesionales por el hecho de serlo, desdibujando los pilares del propio Estado democrático y social de Derecho.

Sin embargo, los intentos han resultado vanos debido a que el temor a represalias, bien sean profesionales, bien personales, e incluso sociales, por parte del mercado de la información deja más huella en la profesionalidad de los periodistas que el saberse un buen informador.

Anexo

LEY ORGÁNICA 2/1997, DE 19 DE JUNIO, SOBRE LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA

Artículo 1

La cláusula de conciencia es un derecho constitucional de los profesionales de la información que tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de su función profesional.

Artículo 2

1. En virtud de la cláusula de conciencia los profesionales de la información tienen derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa de comunicación en que trabajen:

a) Cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica.

b) Cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador.

2.2. El ejercicio de este derecho dará lugar a una indemnización, que no será inferior a la pactada contractualmente o, en su defecto, a la establecida por la Ley para el despido improcedente.

Artículo 3

Los profesionales de la información podrán negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio.

Disposición derogatoria única

Quedan derogadas todas aquellas disposiciones que se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Disposición final única

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Referencias

- Álvarez García, F. J. (1999). *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bamba Chavarría, J. C. (2011). El derecho profesional a la cláusula de conciencia periodística: Apuntes de regulación en Europa y América Latina, *Derecom*, (7). Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3734505.pdf>
- Capodiferro, D. (2015). Problemas y contradicciones de la regulación de la cláusula de conciencia periodística. *Revista de Derecho Político*, (94), 219-252. Disponible en <https://ddd.uab.cat/record/170621>
- Carrillo, M. (1997). *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*. Madrid: Civitas.
- Castillo, L. (2006). *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Desantes Guanter, J. M. (1973). *El autocontrol de la actividad informativa*. Madrid: Edicusa.
- Escobar Roca, G. (1995). La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (22), 227-234.
- Fernández-Miranda Campoamor, A. (1990). *El secreto profesional de los informadores*. Madrid: Tecnos.
- Fernández-Miranda Campoamor, C. (2009). El derecho a la cláusula de conciencia de los informadores. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (7).
- Fuente-Cobo, C. y García-Avilés, J. A. (2014). La aplicación de la cláusula de conciencia de los periodistas en España. Problemas y limitaciones de un modelo incompleto. *Cuadernos. info*, (35), 189-207. Disponible en <http://www.cuadernos.info/index.php/CDI/article/view/cdi.35.548>

- García García, J. (2016). La cláusula de conciencia en el nuevo ecosistema de los medios de información y la comunicación”, *Derecom*, (20), 133-151. Disponible en <http://www.derecom.com/secciones/articulos-de-fondo/item/96-la-clausula-de-conciencia-en-el-nuevo-ecosistema-de-los-medios-de-informacion-y-la-comunicacion>
- García Guerrero, J. L. (2007). Una visión de la libertad de comunicación desde la perspectiva de las diferencias entre la libertad de expresión, en sentido estricto, y la libertad de información”, *Teoría y Realidad Constitucional*, (20).
- Lillo, E. (2005). Algunas cuestiones actuales sobre los derechos constitucionales en la relación laboral. En F. Salinas y R. G. Moline (Dir.). *La protección de derechos fundamentales en el orden social*. Madrid: CGPJ.
- Linde, E y Vidal, J. M. (2007). *Derecho Audiovisual*. Madrid: Colex.
- López, M^a. M. y Barroso, P. (2009). La cláusula de conciencia en los códigos de ética periodística: análisis comparativo. *Signo y Pensamiento*, (55), 124-135. Disponible en <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/view/4507>
- Martínez Morán, N. (2008). Mundialización y Universalización de los Derechos Humanos. En B. De Castro Cid y N. Martínez Morán (Coord.). *18 lecciones de Filosofía del Derecho*. Madrid: Universitas.
- Molas, I. (2009). *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Navas Castillo, F. (2009). Libertad de expresión y derecho a la información. En A. Torres Del Moral (Dir.) *Libertades informativas*. Madrid: Colex.
- Navas Castillo, F. y Torres del Moral, A. (2009). Encuadramiento terminológico y evolución histórica de las libertades informativas. En A. Torres del Moral (Dir.) *Libertades informativas*. Madrid: Colex.
- Rodríguez, A. (2014). Libertades Públicas, Tomo 1. La libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación. En AA. VV. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.

Rodríguez-Zapata, J. (1996). *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.

Rosado Iglesias, G. (2009). El estatuto jurídico de los profesionales de la información. En A. Torres del Moral (Dir.) *Libertades informativas*. Madrid: Colex.

Stuart Mill, J. (1984). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.

Torres del Moral, A. (2009). El instituto jurídico de la opinión pública libre. En A. Torres del Moral (Dir.) *Libertades informativas*. Madrid: Colex.

Vidal Beneyto, J. (2008). Entre el negocio y los derechos humanos. Diario El País, 9 de junio de 2008.

Voltaire (1992). *Le sottisier*. Aix-en-Provence: Alinea.

Zarzalejos, J. A. (2007). Los periodistas, “bestias salvajes”. Diario ABC, 17 de junio de 2007.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión Constitucional celebrada el miércoles 1 de junio de 1994. Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/DS/CO/CO_226.PDF

Enlaces de interés

Declaración Universal de Derechos humanos. Disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Constitución española. Disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/index/index.htm>

Legislación. Boletín Oficial del Estado. Disponible en <http://www.boe.es/legislacion/>

Noticias Jurídicas. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/

Tribunal Constitucional. Buscador de jurisprudencia. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/>

Federación de Sindicatos de Periodistas. Disponible en <http://www.fesp.org/>

Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Disponible en <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

Colegio de Periodistas de Cataluña. Disponible en <http://www.periodistes.org/ca/home/colegi/presentacio/antecedents-i-historia.html>

Notas

¹. Con el vocablo periodista se hace referencia en este trabajo a todo profesional de la información, con independencia del medio físico (lápiz, cámara, micrófono, etc.) que utilice para informar. Remisión a 5.1.1.

². Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) 6/1981, de 16 de marzo.

³. Hay que preguntarse, ¿es imprescindible el desarrollo legislativo de dicho precepto (sobre la cláusula de conciencia y el secreto profesional) para la vigencia plena del nuevo orden constitucional? O, por el contrario, ¿la ausencia de normación es indiferente, o positiva, o incluso estrictamente necesaria?”. Linde, E. y Vidal, J. M. (2007). *Derecho Audiovisual*. Madrid: Colex.

⁴. En efecto, el artículo 20 está reconociendo la existencia de derechos porque así se establece expresamente, derechos que, no obstante, por su difícil articulación ordena sean regulados; lo que no significa que no sean eficaces a partir de la entrada en vigor del texto constitucional”. Linde, E. y Vidal, J. M. (2007). *Derecho Audiovisual, op. cit.*, p. 183.

⁵. “La noticia es esencialmente una mercancía, a la que la digitalización ha dotado de una ubicuidad extraordinaria que la ha convertido en un producto tan circulante y múltiple como el dinero». Vidal Beneyto, J., “Entre el negocio y los derechos humanos”. Diario *El País*, 9 de junio de 2008.

⁶. Pausewang, citado por Torres del Moral, A., “Los medios de comunicación social (introducción)”, *op. cit.*, p. 680.

⁷. PDF descargable en la web de la Federación de Sindicatos de Periodistas (FeSP).

⁸. La cláusula de conciencia, internacionalmente, se reconoce «como un principio ético y fundamental de a practica periodística». López, M^a. M. y Barroso, P. (2009). La cláusula de conciencia en los códigos de ética periodística: análisis comparativo. *Signo y Pensamiento*, (55), 124.

⁹. STC 6/1988, de 21 de enero, fundamento 5.

“El Tribunal Constitucional insistirá en diferenciar una libertad de otra sobre la base del contenido del mensaje, porque entiende que no es lo mismo situarse en un supuesto de libertad de expresión que en uno de libertad de información”. Castillo, L. (2006). *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 57. *Cfr.* Rodríguez, A. (2014). Libertades Públicas (I). La libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación”, en AA.VV. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos. pp. 513 y ss.

¹⁰. Esta diferenciación entre juicios de valor e información sobre hechos, no siempre es fácil de establecer y que, con frecuencia, los unos se confunden con los otros al ser sus límites imprecisos». Álvarez García, F. J. (1999). *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 89.

¹¹. Anglicismo utilizado para definir el acoso moral y emocional en el puesto de trabajo, que ataca directamente a la dignidad humana.

¹². Los reporteros *free lance* (autónomos) vienen definidos por su liberalidad a la hora de trabajar, siendo definidos como periodistas en base a los dos primeros criterios de los que veremos, la profesionalidad, que sólo exige una relación contractual, no necesariamente laboral, para existir remuneración por la realización de funciones enmarcadas en el proceso informativo.

Rosado Iglesias no hace una interpretación rígida para con ello no excluir a estos reporteros autónomos. Encuentra el factor determinante en que el informador realiza la actividad informativa como labor habitual a cambio de una retribución que no ha de identificarse necesariamente con el salario, el cual se recibiría si estuviera incorporado laboralmente al medio de comunicación con el que colabora. Rosado Iglesias, G., “El estatuto jurídico de los profesionales de la información”, en Torres del Moral, A. (Director), *Libertades informativas*, *op. cit.*, p. 360.

En el mismo sentido, Fernández-Miranda y Carrillo ven al periodista como el profesional que se dedica a obtener y elaborar información para difundirla por cualquier medio habitual o periódicamente a cambio de una retribución, haciendo de esta actividad la suya habitual. Fernández-Miranda Campoamor, A., *El secreto profesional de los informadores*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 120; y Carrillo, M., *La cláusula de conciencia y...*, *op. cit.*, 1993, pp. 204-205.

¹³. Al contrario que, por ejemplo, Bolivia cuya Nueva Constitución Política del Estado «reconoce la cláusula de conciencia de los trabajadores de la información (...) con la más amplia protección de su legitimación a favor de cualquier persona física que dedique su actividad laboral en la información, sin limitación por su función». Bamba Chavarria, J. C., “El derecho profesional a la cláusula de conciencia periodística: Apuntes de regulación en Europa y América Latina”, *Derecom*, nº 7, 2011, p.6.

¹⁴. Opinión del Diario *El País* recogida el 23 de octubre de 2005 con motivo de la Proposición de Ley presentada por Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya en 2004 sobre el Estatuto del Periodista Profesional recogida en el editorial titulado “Periodistas”.

¹⁵ Pongamos como ejemplo los abogados. Tienen la obligación de colegiarse para el desarrollo del ejercicio profesional, estando de este modo su conducta, su libertad, al fin y al cabo, sometida a unas reglas, a un código deontológico. Pero no sólo ese código es el que *limita* su libertad, sino que, en el ejercicio de la libertad de expresión, deben actuar con decoro y respeto a las instituciones (Jueces y Tribunales). No todo vale. No se puede dejar de reflexionar sobre la existencia, en algún modo, de censura previa en cuanto al ejercicio de la libertad de información jurisdiccional, que se ve restringido por las consideraciones de secreto sumarial oportunas establecidas, eso sí, por los órganos judiciales.

¹⁶ (...) cosa que matiza el elemento subjetivo en su apreciación. Esto significa, a juicio de la doctrina, que debe tratarse de una modificación objetiva y reiterada, es decir, apreciable como evidente e indubitada por la mayoría de la redacción del medio y por la opinión pública y persistente en el tiempo”. Capodiferro, D., “Problemas y contradicciones”, *op. cit.*, p. 236.

¹⁷ Quizá ya no laboral, pues, como dijo Iñaki Gabilondo el 1 de junio de 1994 en el Congreso durante el debate de la tramitación de la Ley sobre la cláusula de conciencia, la complicidad que entre el medio y los periodistas debe haber se ve rota tras el proceso judicial, quien se acoja a la cláusula de conciencia «podrá no ser sancionado, pero una actividad que está montada sobre la base de la complicidad, sobre la base de la comunión en un determinado tipo de objetivo, nadie podrá evitar que perdida, desengrasada esa comunicación de la complicidad, comience un nuevo tiempo para ese periodista en el que ya, sin la mirada atenta del legislador que le ha protegido, comience seguramente a vivir un tiempo distinto para él». Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (01/06/1994), Comisión constitucional.

¹⁸ Es lo que los periodistas Miguel Ángel Aguilar e Iñaki Gabilondo (antes mencionado), así como el resto de comparecientes en el Congreso con motivo de la elaboración de la Ley, concluyeron al preguntarse si no se estará permitiendo una especie de esclavitud para con el periodista al permitir que sean estas, las propias empresas periodísticas, las que decidan qué es moralmente aceptable en el ejercicio de la libertad de prensa, sin contar con los sujetos titulares de dicha libertad de tal modo que deba ser aceptado sin más por aquél.

Interpelaba el primero si «¿está el patio de los medios informativos, el mercado de trabajo y el pulso moral de los profesionales como para semejantes invocaciones? ¿Puede esperar el invocante encontrar después trabajo en alguna otra empresa informativa? ¿Por ventura sus escrúpulos o sus principios hallarán mejor acomodo en cualquier otro de los palos de un abanico, de las varillas de un abanico de medios de comunicación que adolece de hemiplejía —digo el abanico— y sólo está desplegado hacia la derecha?», y advertía que la cláusula de conciencia suscita un repudio generalizado de las empresas, siendo la sumisión y la docilidad el valor en alza como camino hacia la prosperidad, económica y profesional. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (01/06/1994), Comisión constitucional.

¹⁹. Se ha dado en denominar así a una serie de protestas en varios países del norte de África a favor de la democracia y contra los regímenes corruptos y autoritarios nacidos de los nacionalismos árabes que, facilitados y reconocidos por las democracias occidentales, surgieron entre las décadas de 1950 y 1970, tras las respectivas descolonizaciones, y que impedían la oposición política.

²⁰. Artículo de opinión intitulado «Los periodistas, “bestias salvajes”», en el diario ABC del día 17 de junio de 2007, como director del medio.

Fernando Tadeu Marques y Suzana Caldas Lopes de Faria✉

O tráfico internacional de pessoas para os fins de exploração sexual: uma análise à luz do caso concreto, no Brasil

El tráfico internacional de personas con fines de explotación sexual: un análisis a la luz del caso concreto, en Brasil

International Trafficking in Persons for the Purposes of Sexual Exploitation: Analysis in the Light of the Concrete Case in Brazil

Resumo: *O presente artigo tem como objetivo avaliar as mudanças históricas ocorridas acerca da prática do tráfico de pessoas, por meio da análise dos tipos penais já existentes, bem como dos acordos internacionais dos quais o Brasil seja parte. Este estudo teve como metodologia de pesquisa, além de uma análise bibliográfica da lei 13.344/2016, estudos de casos, em ênfase a Operação Salve Jorge, uma vez que a exposição do caso concreto torna palpável a análise do caráter comum das vítimas e dos aliciadores, tornando possível entender os motivos que levam estas a se submeterem ao tráfico. Teve-se por resultado que*

✉ Fernando Tadeu Marques: Professor, Advogado Criminalista. Doutorando em Filosofia do Direito e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista pela Escola Paulista de Direito em Direito Público. Especialista pela Faculdade Anchieta em Docência no Ensino Superior. Bacharel em Direito pela Universidade Paulista. Exerce atividade docente como professor no Centro de Ciências e Tecnologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie em Campinas na disciplina Direito Penal e Criminologia; leciona na Escola Paulista de Direito (EPD) a disciplina Direito Penal Médico no Curso de Pós-graduação de Direito Médico e Hospitalar; é Membro avaliador de artigos científicos na Universidade Central do Chile e também na Universidade Federal de Santa Maria e no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integra como pesquisador na Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) o Grupo de Pesquisa Conflitos armados, massacres e genocídios na era contemporânea, e na Universidade Presbiteriana Mackenzie, Estudos Socioambientais e a responsabilidade criminal. É coordenador adjunto no IBCCRIM.

✉ fernandotmarques@hotmail.com

✉ Suzana Caldas Lopes de Faria: Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campus Campinas-SP. Estagiária na Procuradoria da Fazenda Nacional.

✉ suzanacaldaslf@gmail.com

a maioria das vítimas, se subordinam ao fato criminoso, acreditando na oportunidade de uma nova forma de emprego, aceitando as propostas oferecidas em busca de melhores condições econômicas, fato que explica, para a ocorrência da maior parte dos fluxos do tráfico de pessoas partirem de países com as piores condições econômicas, com destino a os país de melhores condições econômicas.

Palavras-chave: *Tráfico de Pessoas, Lei 13.344/16, Operação Salve Jorge, Brasil, Análise de caso.*

Resumen: *El presente artículo tiene como objetivo evaluar los cambios históricos ocurridos en las prácticas del tráfico de personas, por medio del análisis de los tipos penales ya existentes, así como de los acuerdos internacionales de los cuales Brasil es parte. Este estudio tuvo como metodología de investigación, además de un análisis bibliográfico de la ley 13.344/2016, estudios de casos, con énfasis en la Operación Salve Jorge, una vez que la exposición del caso concreto hace palpable el análisis del carácter común de las víctimas y de los reclutadores, haciendo posible entender los motivos que las llevan a someterse al tráfico. La mayoría de las víctimas, se subordinan al hecho delictivo, creyendo en la oportunidad de una nueva forma de empleo, aceptando las propuestas ofrecidas en busca de mejores condiciones económicas, hecho que explica, para la ocurrencia de la mayor parte de los flujos de la trata de personas, la partida de países con las peores condiciones económicas con destino a los países de mejores condiciones económicas.*

Palabras clave: *tráfico de personas, Ley 13.344/16, Operación Salve Jorge, Brasil, análisis de caso.*

Abstract: *This article aims to evaluate the historical changes that have occurred in the practice of trafficking in persons, by analyzing the existing criminal types, as well as the international agreements to which Brazil is a party. This study had as a research methodology, in addition to a bibliographical analysis of law 13344/2016, case studies, with emphasis on Operation Salve Jorge, since the exposition of the concrete case makes palpable the analysis of the common character of the victims and of the enticers, making it possible to understand the reasons that lead them to submit to trafficking. As a result, most of the victims are subordinated to the criminal act, believing in the opportunity of a new form of employment, accepting the proposals offered in search of better economic conditions, a fact that explains, for the occurrence of most of the flows of trafficking in persons from countries with the worst economic conditions, destined to countries with better economic conditions.*

Keywords: *Trafficking in Persons, Law 13.344/16, Operation Salve Jorge, Brazil, Case Analysis.*

Recibido: 20180117

Aceptado: 20180818

Introdução

O tráfico de pessoas é uma prática que se remonta desde a Antiguidade, o Brasil, foi destino de uma diversidade de vítimas nos primórdios da descoberta até o século XIX, por meio do tráfico negreiro, que movimentou durante anos, a economia dos colonizadores.

Apesar de ter se iniciado como uma forma de obter mão de obra, com o passar das décadas, o tráfico, passou a ter o intuito da exploração sexual, mudando, conseqüentemente, o perfil das vítimas.

Mediante as mudanças constantes no tipo e no objetivo de tal ato criminoso, os países, inclusive o Brasil, precisaram buscar formas de coibir a empreitada criminosa, através da legislação pátria e de acordos internacionais, como o Protocolo de Palermo. As formas de sanção se iniciaram com o Protocolo de Paris em 1904, primeira manifestação de proteção às vítimas e punição aos aliciadores, todavia era muito desigual, uma vez que pretendia proteger, somente as chamadas escravas brancas, considerando corriqueiro o tráfico negreiro.

Na atualidade, no Brasil, a legislação pertinente ao tráfico de pessoas, é a Lei nº 13.344/16, tal vem dispor sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, e sobre as medidas de atenção às vítimas. A referida Lei procura se basear e se sustentar em 3 pilares: a prevenção; repressão da prática; e proteção da vítima.

Em concordância com tudo que foi estudado, este presente trabalho apresentará o contexto histórico de proteção às vítimas do tráfico, a legislação atual de combate e prevenção, bem como a Operação Salve Jorge, caso demonstrativo da problemática do tráfico internacional no país. Ademais, busca-se elencar neste, as diversas formas que permitem e garantem a aceitação das vítimas aceitem às propostas oferecidas pelos agentes criminosos.

Do contexto histórico á atualidade

O tráfico de pessoas é, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Protocolo de Palermo, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo-se à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre a outra para fins de exploração. Dispõe a (OIT, 2006) em comentário ao tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual:

As raízes problema encontram-se muito mais nas forças que permitem a existência da demanda pela exploração de seres humanos do que nas características das vítimas. Essa demanda vem de três diferentes grupos: os traficantes –que são atraídos pela perspectiva de lucros milionários–, os empregadores inescrupulosos que querem tirar proveito de mão-de-obra aviltada e, por fim, os consumidores do trabalho produzido pelas vítimas. (OIT, 2006).

Em concordância com (Note, 2015):

A verdade é que o que chamamos de tráfico de pessoas não passa de prostituição globalizada. A indústria do sexo explora o transporte de garotas e mulheres por todo o país, lançando-as à prostituição nos locais onde suas vítimas têm menores condições de resistir e onde há maior demanda para elas. De fato, como já explicitado, praticamente inexistente tráfico de pessoas para qualquer outro fim que não seja a prostituição. Por isso, na essência, o denominado tráfico é somente uma face da prostituição, que está tão globalizada quanto qualquer outra atividade econômica na atualidade. (Guilherme de Souza Nucci, 2015).

Como aludido, a prática do tráfico de seres humanos não é um fenômeno recente, de forma que, existe desde a Antiguidade Clássica, tendo início na Grécia e se expandindo até Roma. Nos primórdios, o tráfico de pessoas era uma prática adotada com o intuito de obter mão de obra, através da escravidão.

Durante o período renascentista, entre os séculos XIV e XVII, o tráfico de seres humanos começou a adquirir um caráter de prática comercial, na qual a predominância era o tráfico negreiro. Esta tinha o objetivo de suprir a necessidade de mão de obra nas colônias, de forma que, a população era apartada, mediante o uso de força, do seu país de origem.

As sociedades da época movimentaram o comércio através do tráfico de pessoas, de forma que, com o passar dos anos, a prática permanecia a mesma, possuindo apenas uma mudança no seu objetivo.

O Tráfico de pessoas no século XIX, ganhou uma nova configuração, superando a questão da escravidão, e passando para a finalidade da exploração sexual, de forma que, o termo tráfico, ganhou um novo significado, remetendo à troca de mulheres com o intuito de prostituição. Acerca deste fenômeno Rodrigues disserta:

Apesar do intuito principal do tráfico negreiro não ser a prostituição, muitas negras, ao chegarem no Brasil, foram exploradas sexualmente, tanto por seus senhores, como obrigadas a se prostituírem. De forma que, mesmo após a abolição da escravidão, algumas ex-escravas negras ainda eram encontradas na prostituição. (Tais de Camargo Rodrigues, 2012)

No final do mesmo século, iniciaram-se as campanhas relacionadas com o tráfico das chamadas escravas brancas. Vários países apresentavam discursos relacionados à prostituição que podem ser englobados na mesma discussão, visto que, neste momento, as duas práticas estavam totalmente interligadas.

A partir do século XIX, após a abolição da escravidão negreira, a preocupação passou a ser com o tráfico de escravas brancas, com o fim de exploração sexual. O crime de lenocínio não era previsto no Código Criminal do Império, mas foi inserido no Código Penal de 1890, por conta da intensa migração. (Tais de Camargo Rodrigues, 2012)

As primeiras manifestações internacionais referentes ao tráfico de pessoas, apenas se iniciaram em 1895, em Paris, com uma Conferência Internacional, que foi seguida de várias outras.

Todavia, o primeiro acordo que visou reprimir a prática foi estabelecido apenas em 1904, em decorrência da Conferência de Paris, nomeado de Protocolo de Paris, ressalta-se, que este, visava o tráfico de escravas brancas, de forma discriminatória, uma vez que, considerava habitual o tráfico de negros.

As políticas internacionais relativas ao tráfico de pessoas foram crescendo, de forma que, no ano de 2000 foi concebido, pela Organização das Nações Unidas, o Protocolo de Palermo. Através deste, foi estabelecido um acordo global, no qual os Estados partes desenvolveriam ações para combater e prevenir o tráfico internacional de pessoas.

O Protocolo de Palermo foi ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 5.017/2004, e foi a partir deste que o assunto do tráfico internacional de pessoas passou a ter maior visibilidade e a ser mais discutido no país.

Posteriormente, o tráfico de pessoas deixou de integrar o capítulo de crimes sexuais do Código Penal Brasileiro, o qual apenas abrangia a questão do tráfico para fins de exploração sexual.

Dessa forma, a prática passou a integrar o capítulo de crimes contra a liberdade do indivíduo no Código Penal Brasileiro, se tornando um tipo mais abrangente.

O novo tipo penal trouxe em seu bojo, causas agravantes e causas de aumento de pena, aplicadas caso venha ocorrer a retirada da pessoa do seu país de origem, e quando há a presença de crianças, adolescentes ou idosos.

No ano de 2005, a DAC/MRE, Divisão de Assistência Consular do Ministério das Relações Exteriores, passou a compilar dados referentes ao tráfico de pessoas, sendo registrados, entre 2005 e 2013, cerca de 382 casos de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. (UNODC, 2013).

Ainda no campo quantitativo, o relatório global da ONU aponta 5800 vítimas detectadas na América do Sul entre 2012 e 2014, sendo mais da metade, recrutadas para fins de exploração sexual. (Ministério Público Federal, 2017).

A partir da ratificação do Protocolo de Palermo pelo Brasil, o país passou a promover várias iniciativas, que tiveram como objetivo principal combater a prática do tráfico de pessoas no país.

Desta forma, no ano de 2008, através do Decreto nº 6.347/2008, foi firmado o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP).

Dispõe o artigo 1º, do referido Decreto:

Art. 1º Fica aprovado o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP, com o objetivo de prevenir e reprimir o tráfico de pessoas, responsabilizar os seus autores e garantir atenção às vítimas, nos termos da legislação em vigor e dos instrumentos internacionais de direitos humanos, conforme Anexo a este Decreto.

No ano de 2013, foram implementadas duas campanhas internacionais que buscavam reprimir o tráfico de pessoas, sendo elas a Campanha Coração Azul e uma campanha informacional.

A Organização Mundial do Turismo (OMT), juntamente com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC) anunciaram planos para a campanha de informação pública, a qual foi expedida ainda em 2013. A campanha visou a informação dos turistas para que estes, ajudassem na redução da demanda por tráfico de pessoas, artefatos culturais, fauna e flora.

Já a Campanha Coração Azul, lançada pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, objetivava a visibilidade ao tema do tráfico de pessoas e o oferecimento à sociedade de informações sobre os riscos desse crime e seu impacto nas vidas das pessoas traficadas.

A mobilização para o combate à grave violação, que é o comércio de seres humanos, é marcada pelo Dia Mundial de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, celebrado em 30 de julho e criado pela Assembleia Geral da ONU.

Em homenagem ao dia mundial de enfrentamento do tráfico de pessoas e simbolizando a adesão à Campanha Coração Azul, entre os dias 24 e 30 de julho o prédio da Procuradoria-Geral da República, em Brasília, é iluminado em azul (a ação ocorre também em outras unidades do MPF).

Foi apenas após a lei nº 13.344/16, conhecida como Marco Legal do Tráfico de Pessoas e que define com mais precisão as modalidades de tráfico inovando a proteção e assistência às vítimas, que entrou em vigor em novembro de 2016, que o dia mundial de enfrentamento ao tráfico de pessoas foi oficializado e, então, comemorado pelo Brasil pela primeira vez em 30 de julho de 2017.

Ainda no ano de 2016, o Balanço da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos através do registro das denúncias encaminhadas pelo disque 100, recebeu mais de 133 mil denúncias de violação contra os direitos humanos. Foram, ainda, identificados no módulo “outras violações”, 106 casos de tráfico de pessoas.(Ministério Público Federal, 2017).

Atualmente, encontram-se no Brasil, 78 ações penais em curso na primeira instância da Justiça Federal, 29 processos tramitando nos tribunais regionais federais, por conta de apresentação de recurso, 97 inquéritos policiais e 21 procedimentos investigatórios conduzidos pelo próprio Ministério Público Federal, todos em decorrência do tráfico de pessoas. (Ministério Público Federal, 2017)

No plano econômico o tráfico impulsiona a economia, Segundo o Conselho Nacional de Justiça, tal prática movimentava anualmente 32 bilhões de dólares em todo o Mundo, desse valor, 85% provém da exploração sexual. (Conselho Nacional de Justiça, 2014).

O número de vítimas não diminui e, também, não para de crescer, tendo em vista a pobreza, os desastres naturais e o alto custo de produtos alimentícios, que impõem a essa população uma condição de miséria e vulnerabilidade, buscando melhores condições, geralmente simuladas pelos agentes da conduta.

Explana Srgjan Kerim, ex-presidente da Assembleia Geral da ONU:

Todos temos um papel a desempenhar na luta contra este crime. Não só os Estados-membros, o sistema das Nações Unidas e as outras organizações internacionais, mas também, o setor privado, a sociedade civil, os meios de comunicação social e os órgãos responsáveis pela aplicação das leis. (Centro regional de informações das Nações Unidas, 2017).

Assim, em concordância com Kerim, torna-se notório que apenas os tratados e meios legislativos, são insuficientes no combate do tráfico internacional de pessoas, e para o combate efetivo deste, deve também a sociedade civil se mobilizar, por meio de denúncias que podem ser realizadas de modo anonimato pelo disque 100.

Análise da lei nº 13.344/2016

Tratando-se de regulamentação a respeito do crime de tráfico de seres humanos, o Brasil só passou a ter respaldo jurídico para essa prática e, conseqüentemente, puni-la a partir de 1940 com o artigo 231 do Código Penal.

Dispunha o tipo penal:

Art.231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena – reclusão, de três a oito anos.

Porém, a prática trazida pelo Código Penal tratava apenas da questão do tráfico de mulheres, e não da questão do tráfico de pessoas em geral.

A alteração deste tipo se deu apenas em 2005 com a lei 11.106/2005 que modificou o nome, passando a constar como tráfico internacional de pessoas, englobando não só o sexo feminino, mas também o masculino, além de acrescentar mais um verbo, o “intermediar”. A inserção de mais um verbo proporcionou maior amplitude ao tipo penal, expandindo a possibilidade de adequação de uma conduta à descrita no artigo.

O mesmo artigo sofreu mudança posterior, no ano de 2009, pela Lei nº 12.015 de forma que foi inserido um elemento no tipo, que era a prática para fins de exploração sexual. Ademais, o verbo “intermediar” inserido na modificação anterior, passou a constar no §1º, juntamente com outros verbos que remetem à tal conduta.

Disponha o tipo penal:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Outra alteração sofrida na regulamentação da prática do tráfico de pessoas, e também a última, aconteceu com a promulgação da Lei 13.344, datada em 06 de outubro de 2016, a qual dispõe sobre a prevenção e a repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção à vítima.

Acerca da nova legislação (Bruno Magalhães e Rafaela Alba, 2017) dissertam:

No mesmo sentido da Convenção de Palermo, a Lei nº 13.344/16 foi editada com três eixos de tutela: prevenção, repressão e proteção da vítima, numa estrutura legislativa que apenas tinha sido anteriormente observada na edição da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), que igualmente visou atender um compromisso internacional.

A fim de promover o atendimento às vítimas, a prevenção e repressão à prática, a legislação citada, realizou diversas modificações no Código Penal Brasileiro e no Código de Processo Penal, como exemplo, a revogação do artigo 231, do Código Penal, já antes abordado, que tratava do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual.

A partir da revogação do antigo artigo 231, a lei estabeleceu um novo tipo penal, o artigo 149-A, do Código Penal, que recebeu o nome de Tráfico de Pessoas, não tendo como elemento subjetivo a finalidade de exploração sexual, o que restringia o enquadramento no tipo.

Dispõe o tipo penal:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

O novo tipo penal acabou pois, com as discussões acerca do consentimento da vítima, uma vez que este, engloba em sua redação, a questão da grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, ao retirar a pessoa do seu local de origem, visto que, o consentimento, majoritariamente, parte de uma enganação, uma fraude. Além disso, o novo tipo altera o bem jurídico tutelado, que antes era a liberdade sexual e passa a ser a liberdade individual.

O dispositivo, Lei 13.344/2016, é resultado de um projeto de lei da CPI do Tráfico de Pessoas, que funcionou no Senado entre os anos de 2011 e 2012. Ressalta-se que o objetivo do referido projeto era equiparar a Lei ao Protocolo de Palermo, o qual foi ratificado pelo Brasil.

Também conhecida como Marco Legal do Tráfico de Pessoas, a Lei entrou em vigor em 21 de novembro de 2016, definindo com mais objetividade as modalidades de tráfico e garantindo maior proteção e assistência às vítimas.

Para Vivian Santarém, defensora pública federal e coordenadora do Grupo de Trabalho e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas da Defensoria Pública da União, “a lei criou um artigo único sobre tráfico de pessoas que

prevê diversas finalidades de exploração: sexual, do trabalho escravo, remoção de órgãos e tecidos, adoção ilegal”. (Pozzebom, 2016).

Ao se tratar das condições anteriores à lei diz-se que, para que fosse possível a concretização de uma acusação, eram necessárias diversas interpretações, remissões a tratados internacionais e comparação de tipos penais.

A questão mais benéfica trazida pela lei foi à proteção da vítima, uma vez que, se possibilita uma política completa de assistência a esta.

Afirma Luiza Frischeisen, subprocuradora geral da república e coordenadora da 2ª Câmara Criminal do MPF que “a nova lei traz um conjunto de normas, não só normas penais, tal se preocupa com a proteção da vítima, com as condições de investigação, bem como de conseguir apreender o produto e bloquear o dinheiro usado para o tráfico”.

Emenda-se que após a promulgação da lei, tornou-se possível a acusação pelo crime de forma mais rígida e organizada, através de um sistema, facilitando a atuação do Poder Judiciário e da Justiça em sim, e ampliando o tipo.

A ampliação do tipo se dá, a partir pelo fato do tipo não punir apenas o tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual, mas também, de todos outras modalidades de tráficos.

Pode-se ressaltar, ainda, como questões significativas trazidas pelo novo texto legal, a implementação de medidas socioeducativas e de conscientização a respeito do assunto, bem como a inovação da ideia de uma formação conjunta, envolvendo os Ministérios Públicos de diferentes países em combate ao tráfico de pessoas.

Apresentados os pontos positivos, pode ser levantado e abordado um ponto negativo em relação à lei, uma vez que esta não trata da questão da vulnerabilidade da vítima, e, quando faz referência à tal, não trata da questão do consentimento. Acerca desta defasagem em Pozzebom disserta:

Apesar do avanço considerável, na opinião de Vivian, a nova lei falha na questão da vulnerabilidade. Os vulneráveis social e economicamente

—negros, moradores da periferia, pessoas com baixa escolaridade e baixa renda— são os mais aliciados. Segundo o Protocolo de Palermo, mesmo que a pessoa aceite ser submetida à situação de tráfico, o consentimento é irrelevante por ela ter sido aliciada numa situação vulnerável. Ou seja, pelo protocolo, o caso se enquadra como tráfico (Pozzebom, 2016).

Há de se enfatizar também para as discussões práticas, que tangenciam a nova legislação, no que diz respeito a eficácia desta e os meios implementados para encontrar as possíveis vítimas e, os possíveis suspeitos do crime de tráfico de pessoas.

Análise do Caso Concreto:

O continente sul americano é território propício para a presença da prática do tráfico internacional de pessoas, sendo origem e destino, uma vez que possui uma diversidade de problemas sociais, e um vasto território que dificulta o combate. Acerca da problemática exposta, delimitando a discussão ao Brasil, a Organização Mundial do Trabalho aponta para as possíveis justificativas da ocorrência dos atos criminosos no país:

A participação do Brasil nas redes internacionais do tráfico de pessoas é favorecida pelo baixo custo operacional, pela existência de boas redes de comunicação, de bancos e casas de câmbio e de portos e aeroportos, pelas facilidades de ingresso em vários países sem a formalidade de visto consular, pela tradição hospitaleira com turistas e pela miscigenação racial. (OIT, 2006).

Em ênfase ao Brasil como destino e origem de pessoas traficadas, (Taís Rodrigues de Camargo, 2012) disserta:

O Brasil é fonte e destino de pessoas traficadas. Brasileiras escravas sexuais podem ser encontradas em países de fronteira como Venezuela, Suriname, Guiana Francesa, etc., bem como podem encontrar aqui muitos bolivianos no trabalho escravo, em especial na indústria têxtil, em grandes centros, como São Paulo.

O exemplo de um caso concreto no Brasil, pode se citar a operação Salve Jorge que ocorreu no Amazonas em 29/07/2016, na qual a Polícia Federal impediu que uma organização criminosa, acusada de envolver-se com tráfico internacional de pessoas, levasse um grupo de dançarinos para a Coréia do Sul.

A incitação da referida operação ocorreu um dia antes do Dia Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, de forma que a intermediação feita com os dançarinos era feita em nome de uma agência chamada de *Brasil Amazon Shows & Productions*.

Segundo a Polícia Federal:

Os anúncios dos recrutamentos dos jovens foram veiculados em redes sociais utilizando o nome da Polícia Federal como órgão validador dos contratos de trabalhos e vistos, a fim de ludibriar os dançarinos dando a aparência de legalidade.

No curso das investigações, verificou-se a participação de nacionais coreanos no financiamento do projeto criminoso. Ainda, constatou-se que a maioria dos integrantes do grupo já estiveram no exterior, tanto na Coréia do Sul, como em países do leste europeu, agencian do dançarinos (G1, 2016).

A época foram cumpridos cinco mandados de busca e apreensão e cinco mandados de condução coercitiva, expedidos pela 4º Vara da Seção Judiciária do Estado da Amazonas, as investigações apontaram que o grupo que almejava levar os jovens amazonenses, pagaria pelas passagens aéreas, visto, alimentação, moradia e salário de 3 mil reais, conforme notícia, o Atual Amazonas, veículo de imprensa do local onde ocorreu o ilícito.(O Atual Amazonas, 2016).

Esse caso merece atenção uma vez que, demonstra o combate nacional ao tráfico internacional de pessoas no Brasil, evidenciando para a problemática ora discutida nesse presente estudo, no caso concreto, as vítimas foram iludidas com melhores condições de vida, existindo a cooperação entre a empresa brasileira *Amazon Shows & Productions* e nacionais coreanos e europeus. A Polícia Federal vislumbra os agenciadores como uma organização criminosa. Ademais, essa é a operação mais recente de combate

ao tráfico internacional de pessoas no país. Atualmente, os suspeitos estão sendo ouvidos pelas autoridades competentes.

Como visto no referido caso e na maioria dos inquéritos realizados a respeito de tráfico de pessoas, grande parte dos traficantes, são os próprios donos de casas de shows, bares ou casas de jogos, que se ligam a outros comércios ilícitos. Majoritariamente as vítimas buscam melhores condições de vida, o juiz da 11ª Vara Federal de Fortaleza, Estado do Ceará, Danilo Fontenele Sampaio Cunha, em uma de suas sentenças, assim fundamentou sobre o assunto:

Creemos que o passo inicial é perceber a verdadeira situação das mulheres envolvidas, ou seja, percebê-las como vítimas da miséria, da ganância, de nossa própria cultura, das esperanças desfeitas e dos sonhos nunca realizados, exploradas em suas ilusões de uma vida melhor e vilipendiadas no corpo e no espírito, destroçadas em sua dignidade e auto-estima, no que pese tentarem demonstrar, muitas vezes com uma desfaçatez histriônica, um certo alheamento dos fatos, convencidas que foram estarem realizando atividades conscientes e com vontade livre. (Danilo Fontes Sampaio, 2004)

O mesmo juiz em sua sentença, defendeu a integração social, como meio de combate ao tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual:

Na verdade, cremos que a única prevenção possível seja a prevenção social, qual seja, a ampliação do acesso à educação e saúde, aumento do acesso da mulher ao mercado de trabalho, maior controle e vigilância nas regiões de fronteira, com imediato treinamento das autoridades encarregadas da expedição de passaportes para prestarem esclarecimentos em entrevistas pessoais com mulheres suspeitas de futura prostituição. Disseminação, por meio de todas as formas de mídia, de informações que auxiliem a prevenir o tráfico e permita que as pessoas denunciem sua prática, bem como cartilhas informativas distribuídas por ocasião da expedição de passaportes ou mesmo impressão de como realizar tais denúncias nos próprios documentos de viagem e/ou passaportes são outras medidas simples de prevenção. (Danilo Fontes Sampaio, 2004)

Ainda em âmbito judicial, o Supremo Tribunal Federal (STF) em 2015, por meio da sua Segunda Turma, por unanimidade, deferiu a Extradicação 1377 de relatoria da ministra Cármen Lúcia, atualmente presidente do STF. O cidadão espanhol Enrique Perez Gomez foi condenado em seu país por tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual e ainda responderá a outra ação penal na Espanha por tráfico de pessoas e facilitação à prostituição.

A Justiça Federal do Brasil, em suas Metas do Plano Estratégico de 2018, tem por uma de suas metas identificar e julgar, até 31/12 do ano corrente, 70% das ações penais vinculadas aos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, à exploração sexual e ao trabalho escravo, distribuídas até 31/12/2015. (Justiça Federal, 2018).

No que tange as vítimas brasileiras a Organização Internacional do trabalho, descreve estas:

No Brasil, o tráfico para fins sexuais é, predominantemente, de mulheres e adolescentes, afrodescendentes, com idade entre 15 e 25 anos. As mulheres são oriundas de classes populares, apresentam baixa escolaridade, habitam em espaços urbanos periféricos com carência de saneamento, transporte (dentre outros bens sociais comunitários) moram com algum familiar, têm filhos e exercem atividades laborais de baixa exigência. Muitas já tiveram passagem pela prostituição. (OIT, 2006).

Ainda se tratando das vítimas, são inúmeras as razões pelas quais estas são convencidas a aceitarem as propostas dos aliciadores, como registrado pela OIT. As razões mais comuns são o desejo por renda maior ou status, fuga da opressão ou da estigmatização, desejo de aventuras, busca por estabilidade emocional, turbulência política, falta de recursos econômicos ou oportunidades no exterior. (OIT, 2006)

Uma vez aliciadas, as vítimas podem ter a intenção de voltarem para o seu país ou região de origem, mas, muitas vezes, são submetidas à privação do passaporte, ao desconhecimento da língua local do país em que se encontram, ao monitoramento dos agentes que na maioria das vezes faz uso de violência de várias formas ou receio de prejuízo à familiares. (OIT, 2006).

Considerações finais:

O tráfico de pessoas é uma prática, atualmente prevista no artigo 149-A do Código Penal Brasileiro, que consiste no aliciamento e outras formas de recrutamento de pessoas, mediante violência ou outro meio de coagir a vítima, com a finalidade de exploração sexual, tráfico de órgãos, adoção ilegal, condições análogas à escravidão ou qualquer outro tipo de servidão.

Esta prática, que permeia a maioria dos países desde a Antiguidade vem sendo combatida através de meios legislativos que buscam principalmente um atendimento especial às vítimas dessa ação criminosa.

Além da questão econômica que impulsiona os aliciadores, há uma questão econômica por parte da própria vítima, que ao buscar condições melhores em outros países, acaba por aceitar condições e propostas dos agentes criminosos, revestida majoritariamente de ilusões fraudulentas.

Apesar de ser uma questão que remonta aos tempos antigos, a mais recente forma de combate ao tráfico de pessoas, foi a promulgação da Lei nº 13.344/16, que provavelmente, não será a última com o mesmo objetivo, visto que a problemática do tráfico ainda se faz presente, ademais o direito é um sistema dinâmico, que através de fatos contrários a ordem pública, cria-se normas para coibir tais.

Há de se enfatizar, que a nova legislação, além de buscar combater a causa, tem por finalidade dar maior assistência às vítimas visando a recuperação destas, após o trauma.

Quando se analisa a operação Salve Jorge é perceptível que o problema do tráfico internacional é complexo dada a cooperação entre os países para a prática de tal delito, em tal caso, ficou demonstrado o pacto entre a empresa *Brazil Amazon Shows & Productions* e nacionais da Coreia, bem como dos agenciadores europeus, fato que evidencia para a necessidade de cooperação jurídica internacional entre os países, tendo em vista que trata-se de um crime que transcende as fronteiras do Brasil.

Diante do exposto, pode-se perceber que os fluxos que permeiam o tráfico de pessoas em todo o Mundo geralmente seguem uma regra, como por

exemplo, a maioria que segue de um país com condições financeiras menos favoráveis para um com condições mais favoráveis e, conseqüentemente, mais oportunidades.

Dessa forma, percebe-se que a problemática do tráfico para fins sexuais, não pode ser resolvido apenas com a criação de novos tipos penais, ou ratificação de acordos internacionais, uma vez que há uma diversidade de problemas de cunho social que intensificam a problemática do combate. Ademais a sociedade deve se mobilizar a fim de estabelecer uma conscientização maior dos danos causados, utilizando, sempre que possível, os meios de comunicação e canais de denúncia, e certamente, reconhecer a vítima continua a ser vítima, mesmo quando se tem o consentimento desta.

Referências

- Ary, Thalita Carneiro (2009). *O Tráfico de Pessoas em Três Dimensões: Evolução, Globalização e a Rota Brasil-Europa*. Brasília: Curso de Relações Internacionais, Universidade de Brasília.
- Centro Regional de Informações das Nações Unidas. (2008). *Assembleia Geral: Tráfico de Seres Humanos é uma Epidemia Mundial*. Disponível em <<https://www.unric.org/pt/controlo-de-droga-e-prevencao-do-crime/17610>>.
- Conselho Nacional de Justiça (2014). *Tráfico de Pessoas*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/assuntos-fundirarios-trabalho-esravo-e-trafico-de-pessoas/trafico-de-pessoas>>.
- Cunha, D. F. S. *Tráfico internacional de mulheres*. Disponível em <
- G1. (2016). PF Faz Operação “Salve Jorge” Contra Tráfico de Pessoas no Amazonas. Disponível em <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2016/07/pf-faz-operacao-salve-jorge-contra-trafico-de-pessoas-no-amazonas.html>>.
- Justiça Federal do Brasil. *Metas da Justiça Federal em 2018*. Disponível em <[http://www.trf3.jus.br/adeq/governanca-e-estrategia/planejamento-estrategico/ciclo-2015-2020/metas-da-justica-federal-em-2018/?sword_list\[\]=trafico&sword_list\[\]=internacional&sword_list\[\]=de&sword_list\[\]=pessoas&sword_list\[\]=para&sword_list\[\]=fins&sword_list\[\]=de&sword_list\[\]=explora%C3%A7%C3%A3o&sword_list\[\]=sexual&no_cache=1](http://www.trf3.jus.br/adeq/governanca-e-estrategia/planejamento-estrategico/ciclo-2015-2020/metas-da-justica-federal-em-2018/?sword_list[]=trafico&sword_list[]=internacional&sword_list[]=de&sword_list[]=pessoas&sword_list[]=para&sword_list[]=fins&sword_list[]=de&sword_list[]=explora%C3%A7%C3%A3o&sword_list[]=sexual&no_cache=1)>.
- Lemos, I. Z., Junior, A. B. (2016). *A Tutela Penal do Tráfico Internacional de Pessoas para Fim de Exploração Sexual: Trajetória Legislativa e Comentários à Lei nº 13.344/2016*. *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*, (74), 18-41.

- Magalhães, B., Alban, R. (2017). A Nova Lei de Tráfico Internacional de Pessoas: Direitos Humanos da Vítima vs Direitos Humanos do Criminoso em Cumprimento a um Compromisso Internacional. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*, (1), 94-112.
- Ministério Público Federal. (2017). *Coração Azul: Novo Marco Legal é Celebrado no Dia Mundial de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/dia-nacional-de-enfrentamento-ao-trafico-de-pessoas-e-comemorado-com-novo-marco-legal>>.
- Nucci, G. de S.(2015). *Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas: Aspectos Constitucionais e Penais*. Rio de Janeiro: Forense.
- O atual Amazonas (2016). *Anúncio para contratar dançarinos motiva operação contra tráfico de pessoas em Manaus*. Disponível em <<http://amazonasatual.com.br/anuncio-para-contratacao-de-dancarinos-leva-pf-a-deflagrar-operacao-contra-trafico-de-pessoas-em-manaus/>>
- ONUBR. (2017). *Campanha ONU Permitirá que Turistas Combatam Financiamento de Atividades Ilícitas*. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/campanha-da-onu-permitira-que-turistas-combatam-financiamento-de-atividades-ilicitas/>>.
- Organização Internacional do Trabalho (2006). *Tráfico de Pessoas para Fim de Exploração Sexual*. Brasília: OIT, escritório no Brasil.
- Pozzebom, E. R. (2016). *Nova Lei Contra o Tráfico de Pessoas Facilita Punição e Amplia Proteção à Vítima*. Senado Federal. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/13/novo-marco-legal-contra-o-trafico-de-pessoas-facilita-punicao-e-amplia-protecao-a-vitima>>.
- Rodrigues, T. de C. (2012). *O Tráfico Internacional de Pessoas para Fim de Exploração Sexual e a Questão do Consentimento*. São Paulo: Curso de Direito, Universidade de São Paulo.

Sampaio, D. F. (2004). *Decisão Judicial*. Disponível em <https://www.unodc.org/res/cld/case-law/bra/processo_n_0001979-29_2004_4_05_8100__html/Processo_n_0001979-29.2004.4.05.8100.pdf>.

STF (2015). *2ª Turma autoriza extradições de espanhol e peruano para os países de origem*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300766>>.

UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. (United Nations publication, Sales No.E.14.V.10)

UNODC. (2013). *Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: Dados de 2013*. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf>.

Normas

Brasil. Lei N.13.344, *Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas*. Diário Oficial da União, 06 de outubro de 2016.

Brasil. Decreto-Lei N.2.848, *Código Penal*. Diário Oficial da União, 07 de dezembro de 1940.

Dánice Vázquez D' Alvaré 

Breves referencias al acuerdo de colaboración económica y científico-técnica. Sujeción con el acuerdo de cotitularidad. Especial reseña de la situación en Cuba

Brief references to the agreement of economic and scientific-technical collaboration. Subjection with the co-ownership agreement. Special review of the situation in Cuba

Breves referências ao acordo de colaboração econômica e técnico-científica. Sujeição com o contrato de co-propriedade. Revisão especial da situação em Cuba

Resumen: El trabajo se dirige a destacar la importancia de los acuerdos de colaboración económica y científico-técnica y su vínculo con el acuerdo de cotitularidad en Cuba, en medio de un contexto donde se sigue de cerca la actualización del modelo económico sobre la base de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución y la Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano de Desarrollo Socialista, de ahí la connotación del vínculo de éstos con la inversión extranjera, uno de los pilares de la Política de Propiedad Industrial aprobada en el 2014.

La falta de regulación internacional de estas figuras, la regulación por primera vez en Cuba del Acuerdo de colaboración económica y científico-técnica y el papel de la cotitularidad dentro de éstos, resalta como algo importante pues en el ámbito universitario y empresarial la práctica conduce a su incorporación para la investigación, protección y comercialización de los activos intangibles.

Ello nos obliga a referenciar las cláusulas definidas en el recién promulgado Decreto Ley “De las disposiciones contractuales de propiedad industrial en los negocios jurídicos”, que deben ser incluidas en los acuerdos de colaboración económica y científico-téc-

 Doctora. Profesora Titular de la Universidad de La Habana.

 0000-0002-7182-2672

 danice@lex.uh.cu

nica y referirnos además a la figura de la cotitularidad tal como quedó regulada en la legislación cubana en materia de propiedad industrial.

Se analiza además, cómo opera el Código Civil en su carácter supletorio, en relación con la cotitularidad en modalidades de Propiedad Industrial cuyas relaciones jurídicas se rigen por la legislación especial, las cuales sólo contienen artículos aislados en relación con el régimen de cotitularidad.

La aplicación de la presunción de igualdad y el principio de proporcionalidad, voluntariedad y equidad traídas del derecho civil a los bienes intangibles, se anotan como solución para el cálculo de la cuota en el caso de un bien intangible, cuestión delicada en la determinación de la titularidad en un acuerdo de cotitularidad.

Palabras clave: acuerdos de colaboración, cotitularidad, bienes intangibles, universidad, alianza estratégica.

Abstract: *The work is aimed at highlighting the importance of the economic and scientific-technical collaboration agreements and their link with the co-ownership agreement in Cuba, in the midst of a context where the updating of the economic model is closely followed on the basis of the Guidelines of the Economic and Social Policy of the Cuban Revolution, hence the connotation of their link with foreign investment, one of the pillars of the Industrial Property Policy approved in 2014.*

The lack of international regulation of these figures, the regulation for the first time in Cuba of the contract of economic and scientific-technical collaboration and the role of co-ownership within these, stands out as something important because in the university and business field the practice leads to its incorporation for research, protection and commercialization of intangible assets.

This obliges us to refer to the clauses defined in the new regulation "Of the contractual provisions of industrial property in legal business", which should be included in the agreements of economic and scientific-technical collaboration and refer also to the figure of co-ownership as it was regulated in the Cuban legislation on industrial property.

It also discusses, how the Civil Code operates in its supplementary nature, in relation to co-ownership in Industrial Property modalities whose legal relationships are governed by special legislation, which only contain isolated articles in relation to the co-ownership regime.

The application of the presumption of equality and the principle of proportionality, voluntariness and equity brought from the civil right to intangible assets, are recorded as a solution for the calculation of the quota in the case of an intangible asset, a matter of great importance in determining of ownership in a co-ownership agreement..

Keywords: Collaboration Agreements, Co-ownership, Intangible Assets, University, Strategic Alliance.

Resumo: *O trabalho tem como objetivo destacar a importância dos acordos de colaboração econômica e técnico-científica e sua articulação com o acordo de co-propriedade em Cuba, em meio a um contexto em que a atualização do modelo econômico é acompanhada de perto com base na Diretrizes da Política Econômica e Social do Partido e da Revolução, daí a conotação de sua vinculação com o investimento estrangeiro, um dos pilares da Política de Propriedade Industrial aprovada em 2014.*

A falta de regulamentação internacional destas figuras, o regulamento pela primeira vez em Cuba o contrato de cooperação econômica e técnico-científica e o papel de co-propriedade dentro desses destaques tão importante quanto a prática do mundo acadêmico e empresarial leva a sua incorporação para pesquisa, proteção e comercialização de ativos intangíveis.

Isso nos obriga a fazer referência aos termos definidos no regulamento proposto "dos termos contratuais de propriedade industrial no negócio legal", que devem ser incluídos nos acordos sobre cooperação econômica e técnico-científica e também se referem à figura do co-propriedade como foi regulamentado na legislação cubana sobre propriedade industrial.

Ele também analisa como funciona o Código Civil em sua natureza complementar, sobre a co-propriedade em tipos de propriedade industrial cujas relações legal são regidos por legislação especial, que só contém isolamento em relação ao regime de propriedade conjunta.

A aplicação da presunção da igualdade e do princípio da proporcionalidade, voluntariedade e igualdade trazido direitos civis para os ativos intangíveis, são registradas como uma solução para o cálculo da taxa no caso de um ativo intangível, uma questão de grande importância na determinação de propriedade em um acordo de co-propriedade.

Palavras-chave: *acordos de colaboração, propriedade conjunta, ativos intangíveis, universidade, aliança estratégica.*

Recibido: 20181031

Aceptado: 20181220

Introducción

Cuba, como país en vía de desarrollo con gran inversión en la ciencia y siendo ésta una importante fuente de ingresos económicos para el país, a través de la comercialización de sus resultados científicos, ya sea por la exportación de productos, el licenciamiento de tecnología o por la creación de Empresas Mixtas en el extranjero, requiere reforzar su potencial intelectual y contar con investigaciones, para lo cual, es de vital importancia lograr acuerdos de colaboración mediante los cuales quede claro quién será el titular de dichos resultados, queden preservadas las aportaciones preexistentes y definidos los derechos que ostentará cada parte.

Adquieren entonces los acuerdos de colaboración económica y científico-técnica en Cuba, una connotación especial a partir de la actualización del modelo económico sobre la base de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución.

Entre los Lineamientos que despertaron la preocupación por este tema se destacan el 129 y el 132. El Lineamiento 129 se dirigió a diseñar una política integral de ciencia, tecnología, innovación y medio ambiente que tomara en consideración la aceleración de sus procesos de cambio y creciente interrelación a fin de responder a las necesidades del desarrollo de la economía y la sociedad a corto, mediano y largo plazo orientada a elevar la eficiencia económica, ampliar las exportaciones de alto valor agregado, sustituir importaciones, satisfacer las necesidades de la población e incentivar su participación en la construcción socialista, protegiendo el entorno, el patrimonio y la cultura nacionales.

En el caso del Lineamiento 132, era intención trabajar en el perfeccionamiento de las condiciones organizativas, jurídicas e institucionales para establecer tipos de organización económica que garantizaran la combinación de investigación científica e innovación tecnológica, desarrollo rápido y eficaz de nuevos productos y servicios, su producción eficiente con estándares de calidad apropiados y la gestión comercializadora interna y exportadora, que se revertiera en un aporte a la sociedad y en estimular la reproducción del ciclo. Extender además, estos conceptos a la ac-

tividad científica de las universidades.

Estos Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución fueron aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (PCC) y actualizados en el VII Congreso para el período 2016 al 2021, aprobados por el III Pleno del Comité Central del PCC el 18 de mayo de 2017.

En la conceptualización del modelo económico y social, se promueven la ciencia, la tecnología y la innovación en las diferentes esferas por todos los actores, su gestión integrada con la protección del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales y se otorga al Estado el papel de conducir e incentivar que los resultados científicos y tecnológicos sean aplicados y generalizados en la producción y los servicios, propiciando la interacción de los sectores empresarial, presupuestado, académico, el sistema educativo y formativo, con las entidades de ciencia, tecnología e innovación. Esto incluye parques tecnológicos, encadenamientos productivos y ciclos cerrados de investigación–desarrollo–producción–comercialización, integrados por diferentes formas de propiedad y gestión.

Por su parte, los Lineamientos respaldados por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 1 de junio de 2017, dedican el capítulo V a la Política de ciencia, tecnología, innovación y medio ambiente, situando el Lineamiento 98 en primer plano el papel de la ciencia, la tecnología y la innovación y el 102, recoge la obligatoriedad de sostener y desarrollar los resultados alcanzados en el campo de la biotecnología, la producción médico-farmacéutica, la transferencia tecnológica industrial, la producción de equipos de tecnología avanzada, la nanotecnología y los servicios científicos y tecnológicos de alto valor agregado entre otros servicios.

Bajo el marco de éstos se promueve la inversión extranjera como una de las acciones de mayor relevancia.

Hacemos referencia a la promoción de la inversión extranjera pues en todo proceso de este tipo, uno de los aportes fundamentales es la tecnología de punta que generalmente goza de protección a través de las diferentes modalidades de la propiedad intelectual. Los países en vías de desarrollo buscan además de mercado y capital, tecnología, no obstante también ellos pueden aportar intangibles, pero para eso se requiere un conocimiento acertado de cómo protegerlos y transferirlos adecuadamente, de lo contrario los resultados pueden no ser favorables (Moreno Cruz y Vázquez De Alvaré, 2015). El papel de la tecnología en estos procesos es por demás importante,

cuestión que ya ha sido abordada por la doctrina cubana (Dávalos, 1993).

Así, en el Por Cuanto Primero y en el Artículo 1.3 de la Ley 118 Ley de la Inversión extranjera de 29 de marzo del año 2014 relativo al objeto y contenido de la ley, se reconoce que uno de los fines estratégicos de la inversión extranjera en nuestro país es el acceso a tecnologías de avanzada.

Esto hace que se implanten determinados retos a los agentes económicos que operan en el país, instituciones, funcionarios, universidades y empresarios, en tanto, todos formamos parte e incluso, cooperamos en la conformación de un modelo económico en el cual se requiere de conocimiento no solo en la labor legislativa sino también en el ejercicio práctico de transferir conocimiento y tecnología. Esta última por ser considerada un fenómeno social, está asociada a modos de vida cultural, política y social, sin embargo su transferencia debe realizarse bajo determinados patrones que vienen establecidos por el derecho.

Visto el papel fundamental de la ciencia y la tecnología hoy en Cuba, es de suma importancia la recién promulgación de un paquete legislativo que incluye disposiciones contractuales de la propiedad industrial en los negocios jurídicos, pues como indica la práctica mundial, la investigación no se realiza de forma independiente sino en alianzas estratégicas, encontrándonos en Cuba con el problema de la utilización inadecuada de los acuerdos de colaboración económica y científico-técnica para llevar a cabo las investigaciones y en especial de estas investigaciones realizadas entre instituciones diferentes, que si resultaren patentables, hay que definir si se aplica el régimen de cotitularidad. Otro problema enlazado a éste es que, el Código Civil Cubano está regulado para bienes de naturaleza tangible y este régimen hay que llevarlo a los intangibles, los cuales tienen regulaciones especiales.

Es entonces nuestro objetivo fundamentar los principios y contenidos esenciales de los acuerdos de colaboración económica y científico-técnica en la esfera de la cotitularidad.

A través de los métodos de análisis jurídico se revisa el recién publicado texto legislativo y su importancia en el nuevo contexto económico cubano, y el método jurídico doctrinal nos diversifica las investigaciones realizadas sobre este tema, habiéndose además empleado la técnica de análisis bibliográfico para conocer el tratamiento a estas instituciones en los diferentes materiales consultados.

El contenido se aborda en tres partes, luego de la introducción al tema se estudian los acuerdos de colaboración económica y científico-técnica en Cuba y finalmente, los acuerdos de cotitularidad al amparo de la legislación cubana y especialmente el problema de la cotitularidad de derechos y la explotación de éstos en los acuerdos de licencias, pues es un tema no regulado en materia de Propiedad Industrial en Cuba.

Los acuerdos de colaboración económica y científico-técnica en Cuba

El nuevo “Decreto Ley sobre disposiciones contractuales de la propiedad industrial en los negocios jurídicos”, irradia importante trascendencia en materia de contratos pues es, a través de los contratos, y tal como reza en su fundamentación, que podrá materializarse la adquisición de tecnologías en el proceso de inversión nacional y extranjera.

Entre las cuestiones que encontramos justificaron esta nueva disposición, y se destacaron en la introducción del proyecto están:

- Constituye un complemento a la Ley 118 “De la Inversión Extranjera” de 29 de marzo de 2014 y al Decreto 327 “Del Proceso Inversionista” de 11 de octubre de 2014.

- Atempera la normativa aún vigente del Decreto Ley 68 de 14 de mayo de 1983 (artículos 184 y 185), relativa a las cláusulas restrictivas en las negociaciones para la adquisición de tecnologías, siguiendo a la actualización del modelo económico cubano y las nuevas formas de gestión.

El valor de esta regulación se amplifica en el contexto económico actual cubano, donde obligatoriamente hay que incluir disposiciones sobre propiedad industrial para acceder al desarrollo empresarial y cuando están involucradas tecnologías, invenciones, secretos industriales, ya sea bajo régimen de receptor o emisor de tecnología, cuyo destino debe ser fijado y asegurado, a través del contrato apropiado, según el acto a ejecutar. Nótese que los contratos más utilizados en la transferencia de tecnología son, los contratos de licencia y los contratos de cesión.

Es reconocido también en los fundamentos cuando se elaboró el proyecto, hoy Decreto Ley 336, la ausencia hasta el momento en Cuba de disposiciones en mate-

ria de propiedad industrial en el caso de los acuerdos de colaboración económica y científico-técnica, que aseguraran la preservación de los derechos de las partes sobre los conocimientos, innovaciones y tecnologías preexistentes, y sobre los resultados de la colaboración conjunta. De ahí, que sea nuestra intención en lo adelante, exponer lo allí regulado según la legislación aplicable y explicar el vínculo indisoluble que un acuerdo de colaboración tiene con un acuerdo de cotitularidad.

Estamos de acuerdo con la necesidad existente, que justifica la intención del legislador en esta nueva regulación, tal como se expresó inicialmente en el proyecto, de suplir la insuficiencia o inexistencia de regulaciones respecto a las disposiciones contractuales de propiedad industrial que se requieren incluir en los negocios jurídicos para la adquisición de tecnologías y la colaboración económica y científico-técnica. Esperamos que despeje dudas que hoy mantienen las empresas cubanas en su actuar comercial, al igual que las universidades y centros de investigación, aunque podemos aplicar a Cuba el dicho del profesor Fernando Carbajo (Carbajo, 2016) cuando analiza el tema de la titularidad de derechos en materia de derechos de autor en su artículo denominado La titularidad de derechos de autor sobre obras creadas en el seno de universidades y centros de investigación, de que “nuestras universidades y centros de investigación tengan la capacidad suficiente para gestionar el ingente volumen de creaciones intelectuales -científicas o de otro tipo- que se generan en universidades y centros de investigación”.

No podemos decir ahora que carecemos de una regulación para los acuerdos de colaboración económica y científico-técnica, ni tampoco que no se utilizan este tipo de acuerdos en Cuba, pero faltaría analizar cómo se aplica lo estipulado en el joven texto legal, cuando ya haya transcurrido un tiempo de su vigencia.

El acuerdo de colaboración económica y científico-técnica aunque ha sido un tema poco tratado en Cuba, no ha sido un tema olvidado. La Resolución 21 de 28 de febrero del año 2002 que estableció el Sistema Nacional de Propiedad Industrial, anexó los objetivos y principios generales de este sistema nacional de propiedad industrial, los lineamientos metodológicos para el diseño y la organización de sistemas internos de propiedad industrial. En el caso de la guía para diagnósticos y controles que incluyó las actividades e índices de desempeño, es esta guía para diagnósticos y controles el medio que facilitó a los integrantes del sistema nacional de propiedad industrial realizar el autodiagnóstico para valorar su eficiencia y eficacia en el desempeño de la propiedad industrial.

No obstante, ello no es suficiente, por lo cual su inclusión en el Decreto Ley 336 ha sido atinada, al igual que su profundización en el Decreto No. 343 Del Sistema de Propiedad Industrial.

Quedaron establecidas en el Decreto Ley 336, las disposiciones que deben ser incluidas en los acuerdos de colaboración económica y científico-técnica.

Estas son:

- La identificación de los conocimientos preexistentes protegidos, o no, por alguna modalidad de propiedad industrial, correspondientes a cada parte al inicio del acuerdo expresando los términos y condiciones para su uso;
- Las que identifiquen la información técnica protegida como información no divulgada, asegurando que se pacte la debida confidencialidad durante la ejecución del acuerdo y una vez concluido el término de vigencia;
- Aquellas que regulen las acciones de publicación y divulgación de los resultados que se deriven de la ejecución del acuerdo, que aseguren que no se invalide la protección por cualquier modalidad de la propiedad industrial, hasta tanto se determine la vía de protección de los resultados;
- Las que regulen las acciones para la protección de los resultados, considerando: la titularidad de cada parte sobre los derechos de la propiedad industrial que amparen resultados obtenidos de manera independiente; la cotitularidad de las partes sobre los derechos de la propiedad industrial que amparan resultados obtenidos de manera conjunta; la previsión de los gastos por concepto de protección de los resultados, cobertura geográfica de la protección legal, defensa y mantenimiento de los derechos;
- Que expresen los pactos relativos a la explotación comercial de los resultados conjuntos.

A nuestro juicio, la consignación sobre derechos preexistentes o la existencia de conocimientos no protegidos, en ambos casos, formando parte del acuerdo de colaboración, tiene gran importancia en tanto evita infracciones de derechos y propicia una ejecución amigable de éste, liberando a una de las partes de responsabilidad y dejando claras las obligaciones sobre confidencialidad cuando intervienen secretos

empresariales, y en cuanto a los resultados, la forma en que se divulgarán, protegerán y comercializarán éstos.

Asimismo, quedó establecido que en estos tipos de acuerdos, cuando se involucra transferencia de material biológico, se requiere la concertación adicional, de forma anexa, de un acuerdo de transferencia de material biológico que debe incluir, entre otras, disposiciones que: definen la cantidad y tipo de muestras que serán utilizadas durante la colaboración; determinen las condiciones de transportación, uso y conservación de las muestras antes, durante y después de la colaboración, incluyendo, entre otras: temperatura y tipo de envase/personal encargado del envío, transportación y recepción en el lugar de destino/limitación de acceso al personal ajeno/uso exclusivo para los fines que describe el acuerdo de transferencia de material biológico/destrucción o reenvío de las muestras una vez concluido al acuerdo de transferencia de material biológico; aquellas que regulen las modificaciones que pueden realizarse al material biológico involucrado; las que establecen prohibiciones, a la parte que recibe el material biológico, de protegerlo a través de cualquier modalidad de la propiedad industrial; que expresen el tratamiento que corresponde desde el punto de vista ético para el uso del material biológico.

Por último se regula que en el caso de los acuerdos marco de colaboración económica y científico-técnica que den lugar a la concertación de acuerdos específicos de colaboración, se deben incluir, entre otras, disposiciones que aseguren que en los acuerdos específicos que se concierten para cada una de las actividades de cooperación, se establezcan las disposiciones contractuales dirigidas a normar los derechos y obligaciones relativos a la propiedad industrial, incluyendo, entre otras, las referentes a: los conocimientos preexistentes; la confidencialidad de la información que se transfiere y de los resultados de investigación que tengan carácter confidencial; la titularidad de los derechos de la propiedad industrial que amparen los resultados obtenidos; el uso, conservación y transportación del material biológico, en el caso que proceda; la comercialización de los resultados.

Es nuestro entender que esta regulación, servirá como guía a los centros de investigación, centros generadores de resultados que pueden derivar en resultados protegibles tanto en Cuba como en el extranjero, a través de las modalidades y formas de protección establecidas por la legislación al efecto, sea invención, modelo de utilidad, diseño industrial, marca, otro signo distintivo, o que constituya una información no divulgada. Esta guía servirá a los centros para que incluyan la información indispensable, evitar gastos por litigios y contar en esos acuerdos con lo

que consideramos forma parte imprescindible, y es lo referido a la cantidad de proyectos de investigación que incluirá ese acuerdo, la ficha de cada uno anexado al acuerdo, con la identificación de los posibles resultados con protección por propiedad industrial.

En el caso de las universidades, reviste igual importancia por los resultados generados por profesores e investigadores. De forma general, algunas de estas líneas son seguidas en las Recomendaciones de la Comisión sobre la administración de actividades de transferencia de conocimientos en propiedad intelectual y el Código de prácticas para las universidades y otras organizaciones públicas de investigación (Commission of the European Communities, 2008)

Es significativo dar a conocer que en la Universidad de La Habana, existen acuerdos de colaboración firmados con el Centro de Inmunología Molecular (fechado 3 de abril de 2013), con el Centro de Ingeniería Genética y Biotecnología (fechado 16 de mayo de 2014 y que ampara 13 proyectos de investigación), también con una universidad alemana (fechado diciembre 2015, para desarrollar el proyecto "Síntesis de nanofibras basadas en polímeros vinílicos obtenidas fundamentalmente por la técnica de "electro-spinning" para aplicaciones biomédicas") y está en negociación la firma con el Instituto de Neurociencias según información recibida de la OTRI (Oficina creada por Resolución Rectoral número 318 en junio de 1997, que tiene como fin gestionar, asesorar y facilitar la introducción de los resultados de la investigación científica de la Universidad de La Habana, protegiéndolos convenientemente y asegurando la obtención de los mayores beneficios).

Debemos mencionar, que el también recién promulgado Decreto No. 343 Del sistema de propiedad industrial, el cual entrará en vigor el próximo mes de octubre del presente año 2018, deja sin efectos a la Resolución 21 del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, a la cual hicimos ya referencia, y también la Resolución Conjunta No. 1, de los Ministros de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente y del Comercio Exterior de 15 de junio de 1998, relacionadas con las bases, estructura, objetivos, principios rectores, actores sociales para el diseño e implementación del sistema de propiedad industrial, así como los lineamientos e indicaciones generales a cumplimentar por las entidades constituidas con capital cubano en materia de marcas comerciales.

Este Decreto No. 343 que obliga a diseñar, estructurar y organizar el Sistema de Propiedad Industrial a los órganos, organismos de la Administración Central del Estado, organizaciones superiores de dirección empresarial, entidades nacionales, empresas y entidades, facilita el trabajo a través de una guía para el diagnóstico y supervisión que abarca aspectos como la estructura organizativa del sistema de propiedad industrial, el uso de la información de la propiedad industrial, la evaluación de los resultados de actividades de investigación, desarrollo e innovación, la protección en Cuba y en el extranjero, la información no divulgada, la protección de las creaciones, la comercialización de estos activos, y en lo que respecta a la colaboración económica y científico-técnica, obliga a revisar aspectos tales como las cláusulas que se incluyen, las negociaciones previas sobre conocimientos preexistentes, tecnologías, derechos de propiedad industrial y resultados conjuntos potenciales, así como los acuerdos de confidencialidad involucrados en estas investigaciones.

Estas nuevas regulaciones, contribuyen sin dudas a los pasos que da el país en la gestión de la propiedad industrial y especialmente la adopción de medidas necesarias para salvaguardar el desarrollo científico-tecnológico y socio-económico.

Los acuerdos de cotitularidad como resultado de los acuerdos de colaboración.

a) Introducción

La cotitularidad como pluralidad de titulares sobre un derecho, ha encontrado en la historia, detractores, los cuales argumentan su complejidad en una posible confrontación de intereses a la hora de gestionar los derechos y la obligación de cumplir con lo que sea establecido por cada una de las legislaciones, especialmente sosteniendo la negativa, en temas económicos. Estamos de acuerdo con este grupo en el sentido que reconocemos la situación conflictual que puede generar una cotitularidad, más aún en materia de propiedad industrial en que es tan difícil definir el por ciento o cuota aportado o sobre la cual se tiene derecho.

No obstante, somos defensores del acuerdo de cotitularidad y su uso en la práctica empresarial y universitaria en Cuba prueba su importancia en el actual contexto económico. Han nacido nuevos agentes económicos pero aún falta financiamiento a los proyectos de investigación y es la cotitularidad una solución a este problema.

La Licenciada Yanay Sánchez González en su tesis optando por la Maestría en Propiedad Intelectual afirmó: “El desarrollo actual de las tecnologías, el aumento en el número de patentes, la disponibilidad de financiamiento y la especialización creciente de técnicos y científicos en grandes equipos multidisciplinarios obligan a buscar fórmulas que faciliten la colaboración” (Sánchez González, 2014). Esa es, a nuestro juicio, la base de los acuerdos de cotitularidad.

Haciendo un análisis doctrinal de las ventajas que ofrece la colaboración, podemos citar: se potencian los puntos fuertes de cada una de las empresas vinculadas; permite diluir los riesgos y reducir el margen de incertidumbre; disminuyen los costos; aprovecha las experiencias acumuladas; garantiza la interoperabilidad de nuevos productos y coordina la producción de bienes complementarios. Esta materia también ha sido abordada en la Question Q194 de AIPPI (Asociación Internacional para la protección de la Propiedad Industrial) de la cual Cuba es miembro.

Pero a nuestro juicio, esas ventajas no son las únicas para aplicar en Cuba los acuerdos de cotitularidad, tenemos además un nuevo modelo económico y está definida la Política en materia de propiedad industrial y a partir de ella, están siendo promulgadas nuevas normas que complementarán la legislación vigente, lo cual contribuirá a potenciar la debida gestión de estos derechos por nuestras empresas, centros de investigación, universidades y otras instituciones, pues se otorga libertad y propicia el uso de este tipo de acuerdo y no siempre contamos con el financiamiento requerido para la ejecución de los proyectos.

Luego, es práctica internacional realizar alianzas conjuntas para la investigación y la comercialización de las patentes que se obtienen como resultado de esas investigaciones realizadas en trabajo de colaboración entre el sector público (por ejemplo Universidades) y privado (por ejemplo Empresas).

Las alianzas estratégicas, son ejemplo claro de la materialización de un acuerdo de cotitularidad. Sucede que no siempre un investigador puede encargarse de otros temas como son registros sanitarios, estrategias de comercialización y en esos casos, ambos comparten responsabilidades y disfrutan la titularidad de los derechos.

En la Universidad de La Habana contamos con un acuerdo de cotitularidad firmado en el año 2000, por el cual nuestra Universidad ha recibido ya dividendos. Este acuerdo de cotitularidad es resultado del proyecto de investigación conjunta Universidad de La Habana, Cuba-Universidad de Ottawa, Canadá arrojando un

proceso único de obtención del antígeno empleado en la vacuna contra el *Haemophilus influenzae* tipo b y un producto puro, bien definido químicamente, con capacidad antigénica. Este acuerdo de cotitularidad tiene lugar en el marco de un acuerdo de colaboración económica y científico-técnica entre ambas universidades.

El *Haemophilus influenzae* tipo b constituye un serio problema de salud en el mundo. La bacteria provoca, fundamentalmente en niños menores de 5 años, meningitis, neumonía, epiglotitis, y otras enfermedades del tracto respiratorio con secuelas que van desde sordera hasta retraso mental severo. Estimados de la OMS indican que mueren anualmente 550 000 niños por enfermedades provocadas por el *Haemophilus influenzae* tipo b.

Ahora bien, nuestra Universidad de La Habana, cuenta hoy con varias patentes solicitadas/concedidas bajo régimen de cotitularidad, y a la fecha, según obra en los archivos de la OTRI, tenemos dos patentes concedidas a favor del Instituto de ciencias y tecnologías de los materiales (IMRE) / Universidad de Oriente; una a favor del IMRE / Centro de Investigación para la Industria Minero Metalúrgica; otra a favor del IMRE / Centro de Investigaciones del Níquel en Holguín; una patente concedida a través del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) a favor de la Facultad de Química / Centro de Investigación y Desarrollo de Medicamentos (CIDEM) titulada “Sistemas tricíclicos y tetracíclicos con actividad sobre el Sistema Nervioso Central y Vascular”; otra patente concedida, también a través de PCT a favor del Centro de Investigaciones Marinas (CIM) / Centro de Investigación y Desarrollo de Medicamentos (CIDEM) titulada “Composición a partir de extracto de hemocitos de langosta para la detección de Lipopolisacáridos, peptidoglicanos y 1,3-β-D -glucanos”. Actualmente están solicitadas ante la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial, una patente con tres solicitantes: Centro de Biomateriales / Centro de Neurociencias y el Instituto Superior Politécnico José Antonio Echevarría (ISPJAE) y dos solicitadas para Cuba y una con solicitud vía PCT a favor de la Facultad de Química / Centro de Investigación y Desarrollo de Medicamentos (CIDEM) para “Derivado de Benzodiazepina con actividad sobre el sistema nervioso central y vascular” y para “Compuesto Fenólico y combinación del mismo con una benzodiazepina fusionada A 1,4-Dihidropiridina para el tratamiento de afecciones del sistema nervioso central y vascular”.

El uso, aunque poco, de la cotitularidad de derechos en Cuba demuestra las ventajas que hemos advertido con anterioridad, especialmente cuando estos acuerdos de cotitularidad se derivan de acuerdos de colaboración económica y científico-técnica.

No existe una regulación internacional sobre la protección de derechos bajo régimen de cotitularidad en materia de propiedad industrial, lo que hace que este estudio somero lo dirijamos al ejercicio de la cotitularidad en Cuba según la legislación doméstica de propiedad industrial y la supletoriedad del Código Civil Cubano, Ley 59 de 1987, abordando posteriormente, lo regulado en materia de cotitularidad en el nuevo Decreto Ley 336 sobre disposiciones contractuales de la propiedad industrial en los negocios jurídicos.

b) La cotitularidad y su ejercicio en Cuba

Debemos comenzar distinguiendo, de forma somera, los bienes tangibles de los intangibles, en tanto, en materia de propiedad industrial, la cotitularidad permitirá el ejercicio de los derechos que como titular tiene otorgado por disposición del Órgano de concesión de derechos que corresponda, para bienes intangibles.

Como todos conocemos, el derecho de propiedad tradicional tiene como objeto bienes tangibles, materiales que pueden ser poseídos por sus propietarios, donde quiera que éstos se encuentren, de forma indefinida, contando estos propietarios con un derecho perceptible pues pueden palpar los bienes de los cuales son propietarios.

De forma contraria, el derecho de propiedad industrial tiene como objeto bienes intangibles, inmateriales, que pueden ser poseídos simultáneamente por varias personas, por ejemplo, una marca puede estar registrada a nombre de diferentes personas para diferentes productos; en el caso de una patente puede su titular serlo sólo para los países para los cuales solicitó protección, no así para el resto de los territorios, por tanto la posesión es territorial, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos por la legislación del territorio, durante el tiempo que prevé la ley.

Mucho se ha debatido en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la Propiedad Industrial, existiendo varios grupos que se agrupan de la siguiente forma: Primer grupo: los que niegan la existencia de dicha propiedad; Segundo grupo: los que consideran semejantes la propiedad ordinaria y la industrial; Tercer grupo: los que admiten la existencia de la propiedad industrial pero distinguiéndola de la de tipo corriente.

Así, la cotitularidad regulada por el derecho civil tiene como fin bienes materiales y será necesario estudiar este tema en el caso de los bienes inmateriales.

Hasta el día de hoy, en materia de marcas, según el Decreto Ley 203 vigente en Cuba, no existe regulación alguna para la cotitularidad excepto en el artículo 125.2 del Título X “acciones y medidas por infracción de derechos” que establece: “En caso de cotitularidad de un derecho, cualquiera de los cotitulares podrá entablar la acción sin que sea necesario el consentimiento de los demás, salvo acuerdo en contrario”.

De ello se infiere que aunque el legislador no tuvo en cuenta la cotitularidad originaria al momento de presentación de la solicitud, este régimen no está excluido en materia marcaria y de signos distintivos. Hacemos esta acotación porque el estudio de la titularidad originaria (Lepinette Vázquez, 1996) deja claro que su importancia fue desconocida por el legislador cubano.

En materia de soluciones técnicas, el Decreto Ley 290 que regula en Cuba las invenciones, modelos de utilidad y diseños industriales, prevé en el Capítulo II “Titularidad” la posibilidad de que existan cosolicitantes y cotitulares cuando el objeto de protección ha sido creado por dos o más inventores o autores al establecer en el artículo 7.1 “cuando el objeto de una solicitud de patente o solicitud de registro ha sido creado conjuntamente por dos o más inventores o autores, estos son cosolicitantes o cotitulares de la patente.....”, aunque dicho artículo incluye una excepción en los casos previstos en el apartado 1 del artículo 11 (referido a creaciones durante la vigencia del contrato de trabajo) y el artículo 13 de este Decreto Ley 290.

Especifica en su artículo 13 el texto legal que si esos inventores o autores están vinculados a diferentes entidades, el derecho de protección corresponde a las entidades salvo acuerdo escrito entre las partes, y cuando la protección es reivindicada por dos o más entidades, pues entonces éstas serán cosolicitantes o cotitulares.

De forma expresa, estableció el derecho de adquisición preferente para los cosolicitantes y cotitulares, en caso de transmisión de alguno de éstos, exceptuando la causa de muerte.

Al igual que en materia marcaria, normó el accionar de los cotitulares ante infracciones de derechos al establecer en el artículo 135.2 del Decreto Ley 290: “Salvo pacto en contrario, en caso de cotitularidad de un derecho, cualquiera de los cotitulares puede ejercer la acción contra una infracción”.

Vista la parquedad de la regulación sustantiva de propiedad industrial sobre este tema, nos quedaría entonces, aplicar el Código Civil siguiendo a su carácter supleto-

rio, justificado en su Disposición Final Primera que establece que “Sin perjuicio del carácter supletorio de este Código, se rigen por la legislación especial las relaciones jurídicas relativas a la familia; los descubrimientos, inventos, innovaciones, racionalizaciones, creación de obras científicas, educacionales, literarias y artísticas; ...” en relación con el artículo 8 que establece: “Las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales”.

Estudiando las concordancias de este artículo 8, podemos concluir entonces que para lo no legislado en materia de cotitularidad para las modalidades de propiedad industrial en sus respectivas legislaciones especiales, se aplica el Código Civil. Igual regla se aplica en las relaciones jurídicas relativas a la familia, por tanto una cotitularidad que surge de una comunidad matrimonial de bienes se rige supletoriamente por el Código Civil pues las relaciones de familia se rigen por su ley especial. (Pérez Gallardo, 2014)

No obstante, debemos hacer algunos comentarios.

En relación con la Disposición Final Primera, de su redacción, pareciera indicar que al consignar la sumisión a la legislación especial en el caso de los descubrimientos, inventos, innovaciones, racionalizaciones, restringe a los temas de invenciones y no a los marcarios, sin embargo, en materia de marcas y otros signos distintivos también aplica dicha supletoriedad del Código Civil.

Sobre el tema de los descubrimientos, tenemos que aclarar que los descubrimientos no son una modalidad de propiedad industrial y éstos, no son protegibles en esta materia. No se protege y por tanto no se atribuye derechos a lo que existe en la naturaleza.

En materia de marcas, la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial incluyó en el formulario de modificaciones de derecho la posibilidad de establecer las cuotas de cada titular, lo que nos lleva al régimen de cuotas establecido por el Código Civil.

En cuanto a la cotitularidad, coincidimos con la Dra. Marta Fernández, en que el artículo 46 del Código Civil fue restrictivo al regular solamente los bienes materiales cuando realmente establece artículos aplicables a los bienes inmateriales como por ejemplo la copropiedad por cuotas. (Fernández, 2008)

A juicio de la doctrina cubana, especialmente la Dra. Fernández, si no se puede calcular la cuota en el caso de un bien intangible, se aplica la presunción de igualdad establecida en el artículo 162.1 del Código Civil “las partes o cuotas de los copropietarios sobre el valor del bien indiviso, se presumen iguales”. Sobre dicha presunción, se aplican: el principio de proporcionalidad (en caso de que se pueda determinar quién aportó más), el principio de voluntariedad (las partes voluntariamente deciden cómo van a determinar el aporte, aunque una tenga más que otra pueden decidir que sea igualitariamente) y el conocido principio de equidad.

Claro está, es mucho más complicado valorar la aportación intelectual para establecer una cuota en el caso de los intangibles, que establecer una cuota en un bien tangible.

A nuestro juicio, este tema se nos presenta como una limitación al derecho, pues al ser cotitular de un derecho y requerirse el consentimiento del resto de los titulares para realizar determinados actos se requiere de una solución que no está regulada en materia de Propiedad Industrial. Tendríamos entonces que distinguir cuáles son actos de administración del bien común, y cuáles son actos de disposición en materia de propiedad industrial, para poder aplicar las regulaciones del Código Civil, y definir si el consentimiento debe ser de la mayoría de los propietarios o de todos ellos.

Tenemos entonces que analizar lo establecido en el artículo 164.1. “Para los actos de administración del bien común, se requiere el consentimiento de la mayoría de los copropietarios y, en su defecto, la autoridad competente, a instancia de parte, resuelve lo que corresponda, incluso nombrar un administrador” y el artículo 164.2. establece que “La mayoría de los copropietarios se calcula en proporción al valor de sus respectivas cuotas”.

A nuestro juicio, es aplicable el artículo 164.1 del Código Civil cuando hay ausencia de voluntad de las partes y visto que no hay precepto establecido en la legislación doméstica en materia de propiedad industrial para los casos en que uno de los cotitulares explote su activo intangible protegido y el resto no lo haga, siendo obligatorio entonces el consentimiento de la mayoría de los copropietarios para ejercer acciones tales como conceder una licencia no exclusiva, realizar el pago de tasas, interponer acciones administrativas durante el proceso de concesión y el resto de los actos positivos propios del ejercicio del derecho.

Para aplicar lo establecido en los artículos 164 y 165 del Código Civil que exige en el primer caso el consentimiento de la mayoría de los copropietarios para actos de administración y en el segundo, el de todos los copropietarios para actos de disposición o aquellos que exijan los propios de administración, sería indispensable distinguir entre unos y otros en materia de propiedad industrial (Sánchez González, 2014).

De cualquier forma, esto no es un tema agotado en la doctrina pues las interpretaciones sobre la aportación son disímiles ya que algunos piensan que es suficiente haber contribuido al proyecto ideas de la invención; otros piensan que depende de la dimensión de la aportación.

c) La cotitularidad en el Decreto Ley 336 sobre disposiciones contractuales de propiedad industrial en los negocios jurídicos

Ya conocemos que el joven texto legal “De las disposiciones contractuales de propiedad industrial en los negocios jurídicos” tiene por objeto, entre otros, establecer las normas relativas a las disposiciones contractuales de propiedad industrial que deben ser incluidas en los negocios jurídicos para la adquisición de tecnología y en los acuerdos de colaboración económica y científico-técnica.

Estas disposiciones contractuales, deben a nuestro juicio suplir los vacíos existentes hoy en la legislación especial en materia de propiedad industrial, sin embargo en materia de cotitularidad, a nuestro juicio, no está resuelto el problema arriba planteado.

El texto legal, se refiere a la cotitularidad solamente en el capítulo II, sección segunda, cuando regula los “contratos de licencia basados en información no divulgada” y en el capítulo IV, “de los acuerdos de colaboración económica y científico-técnica”.

Para los contratos de licencia basados en información no divulgada, el Decreto Ley prevé el derecho a pactar cotitularidad sobre los perfeccionamientos y mejoras de la tecnología licenciada resultantes del esfuerzo conjunto de investigación-desarrollo, y prevén un nuevo acuerdo para la explotación productiva y comercial de los resultados bajo régimen de cotitularidad.

En el caso de los contratos de licencia basados en solicitudes o derechos de patente o modelo de utilidad, prevé este nuevo proyecto que los contratos de licencia que comprenden el desarrollo tecnológico conjunto entre licenciante y licenciario deben incluir, además, las disposiciones que aseguren la disposición y el control de ambos sobre la información no divulgada resultante del desarrollo tecnológico conjunto y los derechos y obligaciones de cada parte respecto al desarrollo tecnológico conjunto; entre otros, los referidos a la transferencia a terceros, la modalidad de explotación por cada parte en otros territorios y la distribución de las ganancias, pero en ningún caso establece lo relativo al régimen de autorización entre los cotitulares para el otorgamiento de licencias sobre solicitudes de patentes o de modelos de utilidad presentadas bajo régimen de cotitularidad.

En los Acuerdos de colaboración económica y científico-técnica, también el texto recién promulgado prevé la posibilidad de que se incluyan disposiciones que regulen las acciones para la protección de los resultados que se obtienen de manera conjunta, quedando así pactada la cotitularidad de las partes sobre los derechos de propiedad industrial.

A nuestro juicio, en este caso, el legislador cubano satisfactoriamente no ha omitido las regulaciones respecto a la cotitularidad. Faltaría aplicar en la práctica la guía establecida y enriquecerla con cuestiones que siempre se suscitan en una negociación.

Conclusiones

En el nuevo modelo económico cubano, el acuerdo de colaboración económica y científico-técnica reviste gran importancia, especialmente para potenciar las investigaciones y la debida gestión, protección y comercialización de los derechos de propiedad industrial derivados de las mismas, por nuestras empresas, centros de investigación, universidades y otras instituciones.

No existe una regulación internacional de los acuerdos de colaboración económica y científico-técnica ni tampoco de la cotitularidad, que permita contar con una guía para su aplicación nacional.

La cotitularidad de derechos en materia de propiedad industrial cuenta con numerosas ventajas sin embargo, no ha sido motivo de preocupación del legislador cubano en la materia. Ante la ausencia de su regulación, aplicamos supletoriamente

el Código Civil Cubano, lo cual suscita múltiples interpretaciones en la doctrina cubana por la distinción clara entre bienes tangibles a que se dirige este Código y bienes intangibles protegidos por la Propiedad Industrial.

Referencias

- Brant, J. y Sibanda, M.. (2018). South Africa: IP Management and the Commercialization of Publicly Funded Research Outcomes. WIPO, Geneva. Recuperado de http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_casestudy_ip_com_m_za.pdf
- Carbajo Cascón, F. (2016). La titularidad de derechos de autor sobre obras creadas en el seno de universidades y centros de investigación. Recuperado de <http://www.cedro.org/blog/articulo/blog.cedro.org/2016/02/29/la-titularidad-de-derechos-de-autor-sobre-obras-creadas-en-el-seno-de-universidades-y-centros-de-investigacion>
- Commission of the European Communities (2008). Commission Recommendation on the management of intellectual property in knowledge transfer activities and Code of Practice for universities and other public research organisations". C(2008)1329. Recuperado de http://ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/ip_recommendation_en.pdf
- Dávalos Fernández, R. (1993). Las empresas mixtas. Regulación jurídica. Consultoría Jurídica Internacional. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- Fernández, M. (2008). Aspectos teóricos y prácticos de las situaciones de cotitularidad en los instrumentos públicos notariales. La Habana: Ediciones ONBC, Boletín de la Organización de Bufetes Colectivos, No. 31, abril-junio.
- Intellectual asset management for universities. Intellectual Property Office, DPS/P100/12-13, Recuperado de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/308072/ipasset-management.pdf
- Lepinette Vázquez, T. (1996). La cotitularidad de los bienes inmateriales. Valencia. Tirant Lo Blanch, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas. ISBN 978-84-8002-412-9
- Morán Martínez, L., Odriozola Guitart, J. y Romero Suárez, P. L. (2011). La gestión de la Propiedad Industrial en la Transferencia de Tecnología: análisis en Cuba. *Revista de Derecho, Universidad del Norte* (36), 160-183.

- Pérez Gallardo, Leonardo B. (2014). Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). La Habana: Editorial Félix Varela.
- Resolución del VI Congreso del PCC. (2011). Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución. La Habana: PCC.
- Documentos del 7mo. Congreso del Partido. (2017). Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución. Recuperado de <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/%C3%BAltimo%20PDF%2032.pdf>
- Sánchez González, Y. B. (2014). Cotitularidad de Patente de Invención *Regulación en el ordenamiento jurídico cubano*, Buenos Aires. Tesis de Derecho aplicado para optar al título de Magíster en Propiedad Intelectual en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.
- RedOTRI Universidades y Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE). (2009). La I+D Bajo Contrato. Aspectos Jurídicos y Técnicos..
- Universidad de Granada. (2017). NCG115/1: Normativa sobre los Derechos de Propiedad Industrial e Intelectual derivados de la actividad investigadora de la Universidad de Granada, *Listar BOUGR: Boletín Oficial de la UGR*, ISSN: 2173-1608 <http://hdl.handle.net/10481/45518>. Recuperado de <http://digibug.ugr.es/handle/10481/45518?locale-attribute=es>
- Vázquez De Alvaré, D. y Moreno Cruz, M. (2015). La Inversión Extranjera en Cuba. Una visión desde el derecho”. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- Vázquez De Alvaré, D. y Moreno Cruz, M. (2018). Políticas de ciencia, tecnología e innovación y su vínculo con la Propiedad Industrial. Especial referencia a las Universidades. Recuperado de <http://www.ocpi.cu/eventos>
- Vázquez De Alvaré, D. (2018). La experiencia de la Universidad de La Habana en el uso del PCT en el marco de las estrategias de protección para las invenciones. Recuperado de <http://www.ocpi.cu>

Normas

- Cuba. Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, Código Civil Cubano. Gaceta Oficial Extraordinaria de 15 de octubre de 1987.
- Cuba. Ley 118 de 2014, Ley de la Inversión Extranjera. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 20 de 16 de abril de 2014, página 177.
- Cuba. Decreto Ley 68 de 14/5/1983, Propiedad Industrial. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 10, Año LXXXI. (Artículos 184 y 185)
- Cuba. Decreto Ley 203 de 24/12/99, *De Marcas y OSD*. Gaceta Oficial Extraordinaria 02/05/00 No. 3 Pág 5. Año XCVIII.
- Cuba. Decreto Ley 290 *De las Invenciones y Dibujos y Modelos Industriales*, de 20/11/2011. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 24 de 16/4/2012, año CX, Pág 99.)
- Cuba. Decreto Ley 291 *De protección de las Variedades Vegetales*. Gaceta Oficial Extraordinaria de 1/2/ 2012, No. 2, Año CX, Pág. 27.
- Cuba. Decreto Ley 292 *De los Esquemas de trazado de circuitos integrados*. Gaceta Oficial Extraordinaria de 1/2/ 2012, No. 2, Año CX, Pág. 36.
- Cuba. Decreto Ley 336 *De las disposiciones contractuales de propiedad industrial en los negocios jurídicos*. Gaceta Oficial Extraordinaria de 10/8/2018, No. 40, Año CXVI, Pág. 745.
- Cuba. Decreto No. 325 Reglamento de la Ley de la Inversión Extranjera. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 20 de 16 de abril de 2014, página 189.
- Cuba. Decreto No. 343 *Del Sistema de Propiedad Industrial*. Gaceta Oficial Extraordinaria de 10/8/2018, No. 40, Año CXVI, Pág. 783.
- Cuba. Resolución 21 de 28 de febrero del año 2002. Gaceta Oficial de 7 de enero de 2003 página 19.

Cuba. Resolución 46 del 2014. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 20 de 16 de abril de 2014, página 202.

Cuba. Resolución 47 del 2014. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 20 de 16 de abril de 2014, página 204.

Cuba. Resolución 128 de 2014. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 20 de 16 de abril de 2014, página 204.

Cuba. Resolución 129 de 2014. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 20 de 16 de abril de 2014, página 210.

Raúl José Vega Cardona y Ediltrudis Panadero de la Cruz 

Hacia una caracterización del proceso divisorio de la herencia. Particularidades en el contexto jurídico cubano

Towards a Characterization of the Dividing Process of Inheritance. Particularities in the Cuban Legal Context

Para uma caracterização do processo de divisão da herança. Particularidades no contexto jurídico cubano

Resumen: Sin dudas, el proceso divisorio de la herencia tiene por objetivo dividir el caudal hereditario entre quienes teniendo derecho a ello no logran alcanzar un acuerdo efectivo. Un análisis comparado de la institución objeto de estudio vislumbra la diversidad de tratamiento legislativo al que es sometido este trámite, lo cual viene signado por las particularidades de cada país. No obstante, el presente artículo ofrece una caracterización, desde el prisma cubano del trámite divisorio de la herencia, a partir de una perspectiva teórica y de Derecho Comparado.

Palabras clave: partición, proceso divisorio de la herencia, características.

Abstract: Undoubtedly, the inheritance division process aims to divide the hereditary wealth among those who have the right to reach an effective agreement. A comparative analysis of the institution under study, the general view of the diversity

 Raúl José Vega Cardona: Doctor en Ciencias Jurídicas. Especialista en Derecho Civil y de Familia por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Máster en Derecho Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Profesor Auxiliar de Derecho Civil y de Familia, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente. Ex magistrado de la Sala de lo Civil y lo Adm. del Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba. ORCID: 0000-0003-3210-9265.

 rvega@uo.edu.cu

 Ediltrudis Panadero de la Cruz: Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de Derecho Civil y de Familia. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente. Vice presidenta de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Ex magistrada de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba. ORCID: 0000-0003-2754-4174

 edilpan@uo.edu.cu

Revista de la Facultad de Derecho, (46), ene-jun, 2019, e20194608

DOI: 10.22187/rfd2019n46a8

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665

Creative Commons Reconocimiento 4.0 Internacional License Atribución CC BY

of legislative treatment to which this process is subject, which then follows the particularities of each country. Nonetheless, this article offers a characteristic, from the Cuban prism of the dividing process of inheritance, from a theoretical perspective and comparative law.

Keywords: *partition, division process of inheritance, characteristics.*

Resumo: *Indubitavelmente, o processo de divisão de herança visa dividir a riqueza hereditária entre aqueles que têm o direito de alcançar um acordo efetivo. Uma análise comparativa da instituição em estudo, a visão geral da diversidade de tratamento legislativo a que este processo está sujeito, que segue as particularidades de cada país. No entanto, este artigo oferece uma característica, a partir do prisma cubano do processo de divisão da herança, de uma perspectiva teórica e do direito comparado.*

Palavras-chave: *partição, processo de divisão de herança, características.*

Recibido: 20180903

Aceptado: 20181212

El proceso de división de la herencia

A nuestro juicio, pocos procesos civiles muestran la complejidad procedimental que exhiben aquellos que se encuentran vinculados al fenómeno de la división de la comunidad hereditaria, pues tal como señala Guilarte Gutiérrez (2000, p. 4205) “los procesos de liquidación de la herencia siguen ostentando la cuestionable característica de ser considerados como los de más compleja tramitación estando plagados de posibilidades dilatorias a ejercitar, normalmente, por el heredero que detenta los bienes hereditarios”. A ello debe adicionarse la diversidad con la que cada legislación adjetiva regula cada uno de los trámites y actuaciones, lo que responde a las tradiciones jurídicas de cada ordenamiento, pero también a las influencias que doctrina y legislaciones foráneas ejercen sobre los legisladores de la materia. Esto trae como consecuencia que muchas de las postulaciones teóricas en este campo estén signadas por la exégesis de la norma adjetiva de cada país, más que por la generalización sistemática de la doctrina procesalista en cuanto a la división de la herencia. No obstante, nos aventuramos a sostener que sí existe la posibilidad de ofrecer un análisis sistémico del proceso divisorio (también conocido como particional) como cauce adjetivo para la práctica de las operaciones particionales, aunque siempre acotado por las especificidades de las normas jurídicas, particularmente las examinadas en este artículo (Alemania, Argentina, Chile, Colombia, Bolivia, Ecuador, El Salvador, España, Francia, Honduras, Paraguay, Perú, Uruguay y por supuesto Cuba).

Los estudiosos de este tema han ofrecido diversos criterios conceptualizadores del proceso particional de la herencia; en función de sus características, la finalidad que persigue o su objeto. Dentro de los que lo definen por sus características puede mencionarse a los clásicos españoles Guasp y Aragoneses (2006, p. 367) al sostener que “el proceso de división de la herencia es un *proceso de distribución de un patrimonio* que tiene, con los procesos *concursoales*, la afinidad de recaer sobre la totalidad del patrimonio de una persona y por consiguiente de *índole universal*”. Con análoga postura dogmática, aunque un tanto más amplia, se encuentra Ostos Mota (2006, p. 20)

para quien este proceso contencioso es posee “carácter universal, colectivo y especial, por el que se solicita al órgano judicial competente que decrete un conjunto de actuaciones encaminadas a la conservación, intervención, administración, división y adjudicación de un caudal hereditario cuando no hay acuerdo entre los herederos”.

A su vez Ledesma Narváez en Perú (2008, pp. 132 – 133), concibe al proceso sucesorio como una categoría procesal, cuando la norma adjetiva peruana no contiene trámite especial alguno en esta sede; sosteniendo que en éste concurren elementos de carácter personal, material y formal. Estas posturas si bien resultan relevantes para el estudio de la caracterización de este proceso, contienen el inconveniente de pretender conceptualizar la institución sólo desde sus caracteres más generales; que, como reconocen los propios Guasp y Aragoneses, comparten con otros procesos civiles de similar naturaleza, o incluso con procesos sucesorios distintos al propiamente divisorio, según se colige de la enunciación de Ostos Mota; con lo que no se logra una adecuada individualización y precisión del cauce procesal objeto de escrutinio. Y sin que tampoco resulte atinado concebirlos desde los aspectos que enuncia la autora peruana Ledesma Narváez y que en todo caso no se corresponden con las particularidades propiamente procesales, sino con los elementos configuradores del derecho hereditario en su dimensión subjetiva.

Otro sector doctrinal los define según la finalidad a alcanzar con el despliegue de la actividad jurisdiccional. Herrero de Egaña (2003, p. 2367) afirma que tanto el proceso divisorio concebido en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 como el actual, tiene como rasgos que lo peculiarizan el tener una finalidad de conservación y administración, una finalidad investigadora del contenido del patrimonio, una finalidad conciliatoria de la voluntad de las partes, y además servir como cauce preparatorio para un posible posterior juicio declarativo. Mucho más concreta es la posición de Serna Bosch (2009, p. 17), que siguiendo a Garberí Llobregat sostiene que, el fin pretendido es la obtención del reparto coactivo de los bienes hereditarios después de haberse realizado previamente las operaciones particionales. Ambas posiciones dogmáticas resultan de especial valía pues en cierto sentido comparten el propósito a alcanzar de la impetración particional presentada al órgano juzgador, sin que necesariamente implique que puedan lograrse todas en su totalidad.

Por último, cabe señalar a los exponentes de la definición según el objeto. Así, Flors Maties destaca que éste “consiste en el conjunto de actuaciones judiciales que tienen por objeto llevar a cabo la partición y adjudicación de los bienes que la integran, cuando los herederos, testamentarios o declarados, no han logrado ponerse de acuerdo sobre ello” (2000, p. 152). En similar orden se encuentra Montón Redondo cuando sostiene que “se integra por un conjunto de actuaciones tendentes a obtener judicialmente la división de un patrimonio hereditario cuando haya discrepancias para ello entre quienes tienen derecho, testamentario o declarado, al mismo” (2001, pp. 756 – 757). Y en la doctrina chilena Elberg Grünber (1945, p. 166) que al delimitar el juicio de partición de bienes afirmó que “no tiene más objeto que, distribuir entre los diversos asignatarios los bienes que constituyen el caudal común y en la cuota que corresponda”.

Esta es, a nuestro entender, la posición más acertada para poder encuadrar el proceso divisorio de la herencia dentro de los procesos civiles. Solo delimitando su objeto podrá diferenciarse del resto de los trámites procedimentales previstos para encauzar pretensiones de similar naturaleza. El proceso divisorio se identifica con la partición judicial de la herencia, en tanto determina las cuotas abstractas de los copartícipes en cuotas concretas ante la falta de entendimiento divisorio. A ello debe adicionarse la necesaria referencia a la práctica de las operaciones particionales conducentes a la liquidación de la comunidad hereditaria, pues los actos procesales que lo integran están dirigidos fundamentalmente a obtener el inventario y avalúo, liquidación, división y adjudicación. Por este motivo, consideramos que puede entenderse por proceso divisorio de la herencia a aquel proceso civil que contiene un conjunto de actuaciones objetivo es el de liquidar y partir el patrimonio hereditario entre quienes teniendo derecho a ello no logran alcanzar un acuerdo efectivo.

Caracterización del proceso para la partición del caudal hereditario

Definido entonces este proceso, corresponde adentrarnos en sus características, algunas de las cuales no parecen ofrecer grandes dificultades o disquisiciones doctrinales; a diferencia de otras como su supletoriedad o subsidiariedad, su condición de proceso especial, o la peliaguda definición de su naturaleza jurídica. En todo caso, parece prudente iniciar con el análisis de las características sobre las que existe un consenso mayoritario, si

bien merecen algunas acotaciones:

1. Es un proceso que tiene como finalidad fundamental la división del patrimonio hereditario dejado por el causante, aspecto ya expuesto y que se erige como elemento definidor del proceso divisorio de la herencia, si bien puede tener otros propósitos como el de asegurar los bienes hereditarios o constituir judicialmente un régimen de administración de la herencia; pues tal como señala Prieto Castro citado por Vallet de Goytisolo cuando caracterizaba el proceso divisorio, “ese fin principal es compatible con la asignación «con mayor o menor amplitud y según los casos, de *funciones preliminares* y preparatorias de *aseguramiento* de los bienes y de *administración* de los mismos (...)” (1984, p. 941). En todo caso, queda evidenciado que estos fines serán siempre conexos al propiamente divisorio, sin que pueda este cauce procesal admitir una pretensión diversa a la enunciada.

2. Este proceso se inicia con el ejercicio de la acción de partición hereditaria, que tiene su origen en la antigua *actio familiae erciscundae* romana que enunciara Gayo en su Instituta 4.42 como acción divisoria, de conjunto con la *actio communi dividundo* (acción para dividir la cosa común) y la *actio finium regundorum* (acción de deslindes). El origen de la acción de partición es reconocido de forma expresa en el Digesto 10.2.1 según señalara el jurista romano Gayo en sus comentarios al libro VII del Edicto provincial y según el cual “proviene esta acción de la ley de las Doce Tablas; porque queriendo los coherederos separarse de la comunidad, parecía necesario que se estableciera alguna acción, por la cual se distribuyera entre ellos los bienes de la herencia” (Kriegel, Hermann y Osenbruggen, 1889, p. 610).

En el proceso particional es donde la acción divisoria adquiere la verdadera condición de acción procesal, si bien como se ha señalado la partición no es exclusiva de esta sede. Esta acción deriva del derecho a no permanecer en estado de indivisión, y legitima a los partícipes de la comunidad hereditaria a exigir en cualquier momento su liquidación, pero sin que ello implique identificar el derecho a la división, con la acción en sí misma. El derecho a pedir la partición de la herencia se funda en el principio general que considera desfavorable cualquier estado de comunidad, incluyendo la que surge sobre el patrimonio del causante, y su ejercicio genera la realización del acto partitivo en cualquiera de sus formas, por lo que no siempre derivará en el despliegue de la mencionada acción; *v.gr.*, la partición realizada extrajudicialmente por los

herederos, la partición arbitral y la partición hecha por contador – partidor. De todas maneras algunos autores dotan a ambos de un tratamiento unitario (Martin Briceño, 2008, pp. 188 – 192), siendo expresión a nuestro juicio de la confusión entre derecho subjetivo y acción. En todo caso, queda evidenciada la relación entre ambas categorías por lo que solo podrá ejercitarse la acción de partición hereditaria cuando exista un estado de comunidad y quien intente incoar al órgano juzgador posea o sea titular del derecho subjetivo a exigir la división. Fernando Alessandri (p. 50) enuncia como características de la acción de partición, la de ser un derecho potestativo de cada comunero cuyo ejercicio cambia tanto su situación jurídica como la del resto de los copartícipes; ; implica una declaración unilateral recepticia, pues se dirige al resto de los condóminos, y es además una acción irrenunciable e imprescriptible.

Este último rasgo es el que ha sido positivizado en las legislaciones sustantivas de España, Bolivia, Chile, Uruguay, Colombia, Honduras, Perú, Ecuador, Alemania y El Salvador.¹ Empero, la aparente generalización de la doctrina de la imprescriptibilidad de la acción de partición, encontró en los estudiosos galos algunos de sus principales detractores, a partir de lo dispuesto en el artículo 816 del *Code de Napoleón*. Aubry y Rau (1857, pp. 245 y ss.) estimaron que debía distinguirse entre el cese de hecho de la indivisión del cese de derecho, en tanto habiendo operado el primero, cabía la prescripción de la acción sin importar si había operado el segundo, siempre que el poseedor hubiese actuado como único propietario de la herencia. En similar orden se encontraba Demolombe (1875, p. 474, 483 – 484) cuando expuso que la hipótesis del referido artículo 816 francés se derivaba de la posibilidad de que uno de los herederos hubiese actuado durante el término establecido en ley como exclusivo propietario de los bienes de la herencia bajo su poder, al poseer *pro suo*. Esto implicó que a su juicio, la prescriptibilidad se fundamentaba en la suposición de una causa legítima de adquisición; debiendo presumirse que el goce por separado de uno de los herederos, fuera el resultado de una partición verbal, o de una escrita cuyo título se encontraba traspapelado o perdido. Esta tesis fue completada por Huc (1893, p. 345), para quien en estos casos cuando a la posesión común sucede una posesión privativa habrá entonces una posesión a título de dueño. En todo caso el fundamento básico de esta tesis se encuentra en la utilidad que representa la no realización del acto de partición hereditaria y con ello la presunción de extinción del estado de comunidad, al menos de hecho pues queda claro que tal como reconocieron los propios Aubry y Rau, este no se había extinguido jurídicamente y sólo podía ser entendida la división *de facto*.

La influencia del Código Civil napoleónico se hizo notar en los Códigos Civiles de Uruguay y Argentina, únicos de los que son objeto de comparación en este estudio que no consagran la imprescriptibilidad de la acción de partición.² A nuestra consideración, el carácter prescriptible de la partición no debe basarse sólo en suposiciones del ejercicio a título de dueño, o incluso de particiones privadas no constatadas. Las complejas características de la comunidad hereditaria conllevan a pesar detenidamente sobre este particular al afectar no sólo los derechos de los comuneros sino y sobre todo los de terceros ajenos a ésta, como pueden ser los acreedores del causante, los legitimarios o incluso los legatarios, todos los cuales poseen un derecho cuya satisfacción es previa a la de los coherederos. Y si bien la seguridad jurídica puede ser un argumento favorable hacia la prescripción sobre todo ante terceros adquirentes de buena fe, también lo es a favor de quien posee un derecho expectante sobre el caudal partible.

3. El proceso de partición es un proceso universal, característica sobre la que la totalidad de la doctrina parece coincidir. Así lo afirman, entre otros, Eduardo Pallarés (1989, p. 630), Calaza López (2013, p. 4185), Domínguez Luelmo (2014, p. 1552), Andrés de la Oliva, Díez Picazo Giménez y Vegas Torres (2012, p. 509); para quienes esta nota de universalidad viene dada por recaer la partición en un *universum iuris*, en tanto la individualización que puede producirse con el inventario de los bienes y derechos de la herencia no agota necesariamente la totalidad de las relaciones jurídicas dejadas por el finado, las partes no litigan únicamente sobre el monto de los bienes partibles sino sobre la universalidad de la herencia y la satisfacción de sus cuotas hereditarias. Mucho más amplias resultan las posturas de Flors Maties (2000, p. 153) y Pérez – Cruz (2011, pp. 64 – 65), al fundamentar la universalidad de la partición no sólo por afectar la totalidad del patrimonio dejado por el *de cuius*, sino también por poseer un fuero de atracción para todos los procesos que se promuevan contra el caudal, salvo las excepciones establecidas en la ley, *v.gr.*, en el caso español se exceptúa la ejecución en que sólo se persigan bienes hipotecados o pignorados según el art. 98.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este resulta ser un rasgo importantísimo en la configuración del proceso divisorio de la herencia y ha sido reconocido por varias de las legislaciones que son objeto de comparación en nuestro estudio, que reconocen un cauce procesal específico para resolver la pretensión divisoria de la herencia, ejemplo: Paraguay, Uruguay, España, Argentina y Ecuador.³ La *vis attractiva* del proceso divisorio se sustenta en la necesidad de liquidar con-

juntamente una masa patrimonial y satisfacer de forma organizada las pretensiones de una pluralidad de personas que no necesariamente serán coincidentes en su origen, causa o incluso en los que sea objeto de reclamo; particularmente la de los acreedores del causante que encuentran en la herencia una garantía para la satisfacción de los créditos debidos. Goyena Copello sintetiza las razones que fundamentan el fuero de atracción en: de orden jurídico patrimonial que concibe al patrimonio hereditario como una garantía de los acreedores, de orden jurídico extrapatrimonial por la necesidad de discurrir sobre la calidad del sucesor, el porcentaje y adjudicación de los bienes; de orden práctico en cuanto a la uniformidad en la liquidación y en relación a la facilitación de la economía procesal y la seguridad jurídica. Estimando además como sus caracteres el de ser excepcional, parcial, unilateral, de orden público e irrenunciable (Goyena Copello, pp. 49 – 51).

A su vez, la doctrina ha afirmado que la *vis attractiva* es un elemento natural al proceso sucesorio y una de las principales consecuencias de su carácter universal generando una acumulación – absorción de los procesos singulares que se relacionan con la sucesión, lo que implica que al objeto propio del proceso divisorio se añadan otras pretensiones vinculadas a éste y que pudieran ser tramitadas por otras vías procedimentales. Ahora bien, no cabe la acumulación con otro juicio universal al constituir ambos patrimonios distintas universalidades objeto de liquidación, salvo por supuesto que sobre un mismo causante se hayan promovido dos juicios universales tal como prevé el artículo 696 del Código Procesal Civil de Argentina. A ello debe adicionarse que otra importantísima consecuencia del fuero de atracción repercute en el orden temporal procesal, en tanto enerva la aplicación del principio de prioridad propio de las acumulaciones y según el cual la acumulación procedería ante el tribunal que conociere del proceso más antiguo. Con el fuero de atracción en materia sucesoria la acumulación deberá solicitarse al órgano jurisdiccional que conozca del proceso universal y hacerse siempre a este con independencia de la data de cada trámite; según coinciden Guzmán Fluja y Zafra Espinosa de los Monteros (2009, pp. 27 – 28), Núñez y Bandera (pp. 78 – 79), y Alfaro Guillén (2010, pp. 92 – 93). Por último, otra de las consecuencias del carácter universal del proceso divisorio es la señalada por Ramos Méndez, el que si bien destaca que estamos ante el “oscuro concepto de juicio universal”, agrega a sus rasgos característicos “el afectar a una pluralidad de interesados que son llamados a juicio” (Ramos Méndez, 1997, pp. 806 - 807).

4. Otra característica del proceso divisorio de la herencia, y en la que coinciden la casi totalidad de los autores hasta este momento mencionados, es su accesoriedad. Esto indica que no sólo el inicio sino la continuación de la actividad jurisdiccional vienen influenciados por la voluntad de las partes, quienes pueden apartarse en cualquier momento de los cauces procesales para partir de forma privada la herencia. Este rasgo ya había sido destacado por De la Plaza, mucho antes que la doctrina procesal moderna insistiera en la consagración del principio dispositivo como uno de los rectores del moderno proceso civil. Para este importante autor “el juicio divisorio, (...) por la especialidad del instituto que es su objeto – busca, ante todo, en el acuerdo de los interesados, la base de las decisiones judiciales que en su curso y a su término se adoptan” (De la Plaza, 2011, p. 219). Las razones resultan sobre todo de la complejidad del acto partitivo en sede judicial al conllevar una intromisión en el funcionamiento de la comunidad hereditaria, así como el riesgo siempre latente de provocar una división y adjudicación, no solo contraria a los intereses de los copartícipes, sino también a las reglas del pago *in natura* de la *pars quanta*, o a la funcionalidad económica de los bienes hereditarios.

En consecuencia, el proceso divisorio de la herencia debe construirse desde el juego de voluntades de los sujetos intervinientes que solo debe ser sustituido por la actividad jurisdiccional cuando el acuerdo sea inalcanzable. La nota de accesoriedad trae dos consecuencias fundamentales para el proceso divisorio, la primera que las partes intervinientes puedan apartarse en cualquier momento del procedimiento judicial tal como se había señalado, y la segunda que durante el proceso la actividad procesal estará encaminada a lograr el convenio entre los partícipes. Así se refleja en las normas procesales e incluso sustantivas de Argentina, Uruguay, Paraguay y España,⁴ en las que se pueden apreciar tanto la estipulación expresa de la posibilidad que tienen las partes de abandonar en cualquier momento el proceso, como de la convocatoria a actos procesales (juntas, comparecencias, etc.) en los que la labor del juez potenciará la conciliación o transacción intraprocesal. Esto a su vez conlleva a que estemos ante un proceso graduado en la conflictividad, que puede recaer sobre la totalidad de las operaciones particionales del caudal hereditario o sobre una parte de éstas, ya fuera porque se hubiere logrado acuerdos parciales durante su sustanciación, o porque ése fue el *status* del conflicto con el que se invocó la actividad jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción divisoria. La accesoriedad del proceso divisorio constituye entonces una manifestación de uno de los elementos que la doctrina procesalista esgrime

para la configuración del principio dispositivo: la *res in iudicium deductae*, o lo que es lo mismo la posibilidad que tienen los sujetos de la relación jurídica procesal de culminar el proceso al ostentar la facultad de disposición sobre los derechos subjetivos e intereses que son objeto de debate y controversia al declinar la tutela judicial de sus derechos, poniéndole fin al proceso por cualquier medio anormal de culminación (renuncia, desistimiento, allanamiento o transacción).

5. Como otra de las notas definidoras del proceso divisorio de la herencia la doctrina ha señalado su pretendida supletoriedad o subsidiariedad. Es casi unánime el criterio de los procesalistas en destacar que el proceso particional de la herencia será siempre subsidiario al resto de las formas de división del caudal partible, merced a la autonomía de la voluntad. Por ejemplo, los ya citados Flors Maties (2000, p. 152) y Pérez – Cruz (2002, p. 563) destacan que la aplicación de este proceso y de sus normas reguladoras penden de la ausencia de disposición testamentaria al efecto. Martín – Palacín Gutiérrez (2002, p. 586) afirma que este procedimiento exige como premisa no sólo la falta de acuerdo entre los coherederos o legatarios en parte alícuotas, sino la falta de disposición testamentaria sobre tal particular. Con mayor precisión se pronuncia Calaza López (2013, p. 4183) para quien tan sólo resulta viable acudir a este proceso cuando no ha podido canalizarse por otros cauces voluntarios o consensuados de partición de la herencia, ya fuere la realizada por el propio testador, por acuerdo entre los coherederos o por un contador – partidor designado por uno u otros; a lo que nos atreveríamos añadir que tampoco cabe ante la partición arbitral previamente dispuesta.

Sin embargo, nos permitimos disentir acerca de que este sea un rasgo propio del proceso de división de la herencia. La supletoriedad o subsidiariedad es una cualidad de la partición judicial de la herencia, sin que a nuestra estima deban confundirse esta con el proceso civil que le da cauce. Asumir esta postura sería no distinguir el “continente” del “contenido”, pues queda claro que la división judicial es el mecanismo necesario para finiquitar el estado de comunidad ante la falta de entendimiento sucesorio, y siempre que no se haya efectuado por algunas de las formas previamente señaladas. La partición judicial es el acto de determinación ante el órgano jurisdiccional del derecho hereditario abstracto que posee cada comunero. Por lo que sostener la subsidiariedad del proceso particional en puridad técnica indicaría que sólo se acude a él cuando no ha sido posible incoar la acción de partición en otro

proceso. En todo caso, la constatación de alguno de los tipos de partición distinto a la judicial se erige como presupuesto para incoar el proceso en cuestión, y no como definición de la pretendida supletoriedad, por lo que estimamos que este rasgo es de la partición judicial pero no del proceso que le da cauce. Incluso, en ocasiones, la norma jurídica impone la realización en sede judicial del acto partitivo, con lo que desaparece la supletoriedad del instituto para erigirse entonces en necesidad, véase por ejemplo el Código Civil de Perú en su artículo 855 o el Código Civil de Argentina, artículo 2371.

Así lo parece entender Álvarez García, aunque un tanto confusamente al no distinguir entre proceso y partición propiamente dicha, sostiene con mayor precisión que la nota más sobresaliente de la partición judicial es “su carácter subsidiario o supletorio, pues sólo opera en defecto de las particiones extrajudiciales, supliendo la imprevisión o el fracaso de otras opciones, y en especial la ausencia de acuerdo entre los coherederos” (Álvarez García, 2009, pp. 871 – 872). Ahora bien, muy relacionado con la pretendida supletoriedad se encuentra la nota de necesidad o preceptividad que algunos autores señalan para caracterizar al proceso de partición. De hecho resulta un tanto contradictorio que algunos de los que defienden la subsidiariedad del proceso en cuestión también expongan este atributo, por ejemplo Calaza López (2015, p. 363), porque no es concebible que un mismo cauce procesal sea considerado a la vez de supletorio, necesario o preceptivo. Moreno Catena (2013, p. 202) prefiere afirmar que más que necesario este proceso es contingente, y estructura su fundamento justamente en las causales de exclusión de la partición judicial que limitan su despliegue.

6. Pudiera considerarse además como integrante del elenco de procesos sucesorios. De las legislaciones que han sido objeto de comparación en este artículo debe señalarse que el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina es el único que ofrece una definición legal de la categoría “proceso sucesorio”, destacándose como particularidad que esto se encuentre en la norma sustantiva y no en la procesal.⁵ Nótese que hemos declarado esta característica como una posibilidad pues ello depende en primer orden de la concepción normativa que de este haya hecho cada legislador en su norma ritaria civil, tal como se colige de los países que han sido estudiados en este artículo, y en segundo orden de la configuración del trámite al que sometan las operaciones divisorias. Y es que del estudio de algunas legislaciones comparadas se constata la existencia de cinco modelos o esquemas procesales en

la regulación específica del proceso de división judicial de la herencia: 1. Las normas que regulan los procesos sucesorios y dentro de los cuales se reserva uno específico para las pretensiones particionales, en las que se encuentran las leyes procesales de Paraguay, Colombia, Argentina, España y Francia;⁶ 2. Las leyes que aún concibiendo uno o varios procesos sucesorios, ya fuere como una especialidad procesal o como procesos especiales, no formulan un cauce procesal que prevea la partición judicial de la herencia, que es el ejemplo de Bolivia y Uruguay;⁷ 3. Las normas que regulan otros procesos tipos y en los cuales se dota de tramitación a las pretensiones divisorias, que es la situación de Ecuador sólo en cuanto a la operación de inventario del caudal hereditario y el Código Procesal Modelo para Iberoamérica;⁸ 4. Las legislaciones en las que existen un trámite especial para la partición de bienes en general sin distinguir el tipo de comunidad, que es el esquema consagrado en Chile;⁹ y 5. Las leyes que no consagran cauce procesal alguno para la partición judicial ni para el proceso sucesorio en sentido general, que es el supuesto de Honduras, Perú, El Salvador y Alemania.¹⁰ Nótese que si bien en las legislaciones que han sido comparadas resultan mayoritarios los esquemas legislativos que consagran un proceso (s) sucesorio (s) como proceso tipo, en relación al resto de las opciones legislativas, no resulta la alternativa con mayor acogida. Esto se refleja en el orden dogmático en el hecho de que la doctrina que ha identificado al proceso divisorio de la herencia como parte de los vinculados al fenómeno sucesorio, derive indudablemente de una exégesis de la norma adjetiva. De todas maneras no resulta para nada descabellado encuadrarlo como una especie procesal dentro de la generalidad.

No obstante, debe señalarse que dentro de las legislaciones y la doctrina que consagran y estudian estas categorías procesales, el proceso de partición judicial de la herencia ocupa un lugar relevante, tal como se colige por ejemplo de la definición que ofreciera en el contexto argentino Belluscio, según destaca Graciela Medina, cuando sostuvo que “el verdadero proceso sucesorio no es el procedimiento destinado a la comprobación del carácter de heredero sino el que conduce a la partición de la herencia mediante los pasos previos del inventario y del avalúo (...)” (Graciela Medina, pp. 1 – 2). Por su parte, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil de España dimensionó la división judicial del caudal hereditario en el *nomen iuris* que la norma establece para los trámites sucesorios, a pesar de que abarca otros cauces adjetivos vinculados a la sucesión del causante (medidas de aseguramiento y régimen de administración). A pesar de ello, no creemos prudente identificar exclusivamente los procesos suceso-

rios con el netamente particional. En este punto coincidimos con lo señalado por Alfaro Guillén quien acertadamente expone que en puridad técnica habrá de entenderse la existencia de una pluralidad de procesos sucesorios, atendiendo a la diversidad de sus rasgos o a las manifestaciones de la actuación del juez; lo que la conlleva a advertir que éstos “no pueden ser analizados aisladamente, ni pueden ser determinados sus rasgos o características de manera general – como puede hacerse dentro de los procesos de conocimiento- sin incurrir en desaciertos y tener que acudir a especificaciones constantemente” (Alfaro Guillén, 2010, p. 82).

7. Muy vinculada a la característica anterior se encuentra la de encuadrarlo como un proceso especial o constitutivo de una modalidad o especialidad procesal. Ello por supuesto responde a los esquemas normativos ya señalados anteriormente sobre la configuración del trámite de partición de herencia en sede judicial. Por lo tanto, en las legislaciones que así lo prevean, la división judicial de la herencia será considerada como un proceso netamente especial al dotársele de una regulación jurídica propia, particular e independiente, incluso de otros procesos sucesorios, lo que no obsta para que en ocasiones sean procesos conexos *v.gr.*, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España la relación que se establece entre la intervención judicial del caudal hereditario y la partición propiamente dicha.¹¹ Este rasgo responde a la concepción que hicieron Guasp y Aragoneses de los procesos especiales al definirlos como “aquel que no está pensado para una hipótesis general o indeterminada, sino para una hipótesis particular o concreta” (Guasp y Aragoneses, 2006, p. 121). Andrés de la Oliva, Díez Picazo Giménez y Vegas Torres (2012, p. 508), justifican esta categoría procesal ya sea por los principios que los inspiran y que son distintos a los procesos tipos, o por la finalidad con se que pretenden alcanzar, o en el gran número de especialidades procesales que presentan. Pero en esencia, consideramos que un proceso es especial cuando la controversia recae sobre pretensiones estrictamente delimitadas por el legislador, ante la particularidad o conveniencia de tramitarlo de forma distinta a los procesos ordinarios o tipos. Y es justamente en esta categoría donde se enmarca el proceso divisorio en las normas adjetivas civiles objeto de comparación de Paraguay, Chile, Colombia, Argentina,¹² y España. El fundamento específico para la partición judicial lo señala Banacloche Palao (2001, p. 1322) al destacar que la tutela solicitada en este caso implica la conjugación de actuaciones materiales con las propiamente judiciales en la necesidad de inventariar, dividir y adjudicar el patrimonio dejado por el *de*

cuius; por lo que siguiendo la clasificación realizada por Guasp y Aragoneses (2006, pp. 121 – 128, 373 – 375) son procesos especiales atendiendo a razones jurídico materiales.

A diferencia de ello, la regulación que ofrecen los códigos procesales de Ecuador y el Modelo para Iberoamérica, resultan un reflejo de la doctrina de las especialidades procesales si bien con una característica singular; y es que estas especialidades se encuentran dentro de la jurisdicción voluntaria, adelantando desde ya el debate sobre la postura legislativa en la naturaleza jurídica del trámite estudiado. Las denominadas también modalidades procesales responden a la necesidad de que, en el enjuiciamiento de ciertas cuestiones, se tengan en cuenta algunas particularidades para resolver aspectos concretos que deben ser especificados dentro de la generalidad del proceso tipo, sin que estas variaciones procedimentales conlleven a la configuración de un proceso especial. Así lo señalan Andrés de la Oliva, Díez Picazo Giménez y Vegas Torres (2012, pp. 507 – 508); y más detalladamente Ramos Méndez al decir “es el propio objeto del juicio el que impone en muchas ocasiones un determinado tratamiento, resultando afectadas algunas de las fases del juicio, o los presupuestos para su iniciación o elementos de decisión” (Ramos Méndez, 1997, p. 808).

Quedan entonces fuera de estas consideraciones aquellas legislaciones señaladas en las que el trámite de división de la herencia no encuentra especialidad alguna, ni como proceso ni como modalidad procesal; encauzándose por otros procesos tipos sin particularidad alguna, *v.gr.*, Código Procesal Civil de Perú.¹³

8. Por último, estamos ante un proceso eminentemente contencioso, lo que supone desde ya dejar sentada nuestra postura sobre la discutida naturaleza jurídica del proceso de división de herencia. Esta ha resultado ser una contienda doctrinal que parece no tener fin, y en la que los estudiosos del tema han asumido una u otra postura, incluso por encima de las concepciones legislativas consagradas en las normas riturias civiles de cada país. Este es el caso de España y Argentina, en los que si bien queda claro que la ubicación de estos procesos civiles en la sistemática de la ley delata su falta de correspondencia con la jurisdicción no contenciosa, aún se esgrimen otros argumentos para sostener una tesis contraria.¹⁴ En este sentido se pronunciaba el propio Vallet de Goytisoló (1984, p. 942), quien siguiendo al maes-

tro español Prieto Castro, afirmaba que a pesar de la sistemática de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de España, por su contenido no podía considerarse estrictamente de jurisdicción contenciosa en tanto los temas litigiosos se regulaban en procesos independientes al particional, y el juez asumía funciones propias de la jurisdicción voluntaria, compartidas con actividades administrativas y hasta de beneficencia. Con similares argumentos se pronunció Moreno Catena (1996, p. 413), quien cita en su ayuda las sentencias del Tribunal Supremo español de 9 de diciembre de 1992 y 5 de julio de 1994. En ese orden, Gómez de Liaño cita, además de la sentencia de 1994, la de 31 de octubre de 1996. En igual sentido se encuentra Fernández García (2000, pp. 133 – 134), al afirmar que en este caso la dialéctica procesal no se sustenta en el binomio tesis – antítesis, característico de los procesos contenciosos en los que sí existen pretensiones opuestas; así como Montes Reyes (2000, p. 35), Sánchez Hernández (2012, p. 43), y García – Ripoll Montijano (2004, pp. 2002 – 2003). Por su parte, en la doctrina argentina puede encontrarse el criterio de Graciela Medina (p. 5), quien le atribuye la naturaleza voluntaria aunque afirma que el hecho de que sea de naturaleza voluntaria en él no se dirima conflictos.

En contra de la doctrina de la jurisdicción voluntaria se esgrime la tesis totalmente opuesta. En el caso español el cuestionamiento data desde la vigencia de la anterior legislación. De la Plaza por ejemplo consideraba aventurado sostener que las normas procesales en esta sede tenían la naturaleza de jurisdicción voluntaria “porque si es cierto que muchas de ellas no tienen otra finalidad que la que Carnelutti llamaba preventiva, las más, son características de la jurisdicción contenciosa porque suponen una verdadera litis (...)” (De la Plaza, 2011, p. 214). Por su parte Reyes Gallur (2012, p. 59) afirma que en la derogada norma rituarial se percibía su carácter contencioso.

A estas tesis se adiciona la mixta o ecléctica, según la cual en el proceso de división judicial de la herencia hay una combinación de actos propios de una y otra jurisdicción. Este razonamiento es suscrito entre otros por Serna Bosch (2009, p. 22), quien atendiendo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, afirma que este es un proceso que en su estructura más simple se considera de jurisdicción voluntaria, pero que en determinados momentos se puede convertir en contencioso. En similar orden se encuentra Pous de la Flor (2014, pp. 1268 – 1270), Calaza López (2013, p. 4187) y Eduardo Pallarés (1989, p. 633).

Empero, no creemos prudente la asunción de la tesis ecléctica, particularmente en aquellos ordenamientos jurídicos como el español o el argentino en el que resulta evidente la naturaleza contenciosa. Tal como se ha señalado, en estos procesos la cuestión entre partes no surge en el trámite de oposición, sino es un presupuesto básico para ejercitar la acción correspondiente, y sin que pueda entenderse que el trámite reservado para resolver las desavenencias particionales (juicio verbal, incidentes, etc.), pueda considerarse un proceso independiente del propiamente divisorio. En todo caso, consideramos que la definición de la naturaleza jurídica del proceso de división de la herencia pasa en primer orden por el esquema procesal consagrado en cada ordenamiento jurídico. *Ergo*, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que el trámite se encuentra fuera de la norma reguladora de la jurisdicción voluntaria, no resulta atinado atribuirle este carácter, máxime cuando la falta de entendimiento divisorio es el elemento detonador de la actividad jurisdiccional en esta sede. Ahora bien, en aquellas normas procesales, en las que se consagre este proceso en la jurisdicción voluntaria, deberá obrarse con cautela, pues todo indica que en el Código Orgánico de Procesos de Ecuador, la tramitación del inventario, única operación particional, inicia por la vía no contenciosa y ante la oposición se da cauce al proceso correspondiente.¹⁵ Sin embargo en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica, la partición judicial se tramita por los cauces generales de la jurisdicción no contenciosa, a pesar de la evidente *litis* a resolver y contrariamente a la propia definición que se ofrece de la jurisdicción voluntaria.¹⁶ Tramitaciones ambas que ponen en tela de juicio la tradicional concepción de la jurisdicción voluntaria como cauce procesal para resolver cuestiones en las que no existe contienda entre partes.

2. La división judicial de la herencia en el contexto cubano. Su pretendida dualidad procesal

El primer aspecto que muestra las posibles contradicciones entre las normas sustantivas y adjetivas en Cuba viene marcado por la no consagración expresa por nuestro legislador del derecho de los coherederos a no permanecer en estado de indivisión hereditaria, aspecto que como se ha constatado, incide medularmente en la forma de adjudicación por los jueces de los bienes dejados por el causante en Cuba. Y es que dentro de las muchas carencias que tiene el Libro IV del Código Civil se encuentra la casi nula mención a la comunidad hereditaria, salvo lo dispuesto por el artículo 523,¹⁷ el que en pala-

bras de Pérez Gallardo no tiene otra finalidad que la de ser “directriz a la vez que remisora. Es el precepto que monitorea los hilos conductores del régimen comunitario hereditario en el Derecho cubano, a la vez que fija, por vía de remisión, sus bases reguladoras” (Pérez Gallardo, 2009, p. 384). Este particular trasciende indudablemente al ámbito del proceso, pues el derecho a pedir la división de la comunidad hereditaria resulta el fundamento material que sustenta la legitimación para incoar la acción de partición y para intervenir como parte. De todas maneras esta laguna se suple integrando el régimen general de la copropiedad por cuotas, especialmente el artículo 166 apartado 1 del Código Civil.

No obstante, aún la sistemática del Código Civil pone en tela de juicio la concepción dogmática de la comunidad hereditaria surgida entre los causahabientes, no sólo porque el precepto destacado remita expresamente a las reglas de la comunidad por cuotas, sino porque en la Sección Tercera nombrada Copropiedad en común, del Capítulo III Copropiedad, del Libro II Derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes; el legislador sólo hace mención a la comunidad matrimonial de bienes,¹⁸ con lo que cabría la pregunta de si en el ordenamiento jurídico cubano la comunidad hereditaria es o no de tipo germánico o en mano común, y por lo tanto si la acción a ejercitar en el juicio divisorio es la clásica *actio familiae erciscundae* o la *actio communi dividundo*.

Este aspecto no resulta para nada baladí pues tiene una especial incidencia en el orden procesal. El problema se ubica en que este particular puede trascender al proceso que debe incoarse para pedir la división judicial de la herencia, pues si se asimila totalmente la acción de partición, al régimen de la *actio communi dividundo*, entonces podrá sostenerse que en el caso cubano, la herencia no necesariamente deba liquidarse por la vía que el legislador expresamente ha establecido para ello, a entender, los procesos de Operaciones Divisorias del Caudal Hereditario y la Testamentaria; sino que nada obstaculizaría para que pueda ejercitarse en un proceso declarativo ordinario, tesis que doctrinal y jurisprudencialmente encuentra algunos defensores en el orden foráneo. Esto a su vez implicaría que, según señala Gete – Alonso y Calera (2012, pp. 124 y 125), la partición no será efectiva y no siempre se realizará en el proceso, sino que puede efectuarse en un momento posterior, ya sea en el trámite de ejecución de sentencia o de forma extrajudicial ante la condena del juez a que se haga.

La acción de partición ha sido consagrada como imprescriptible según señala el artículo 124 b del Código Civil,¹⁹ característica heredada de la tradición jurídica española y que obvia la valoración realizada en el *Code de Napoléon*. Nótese que en dicho precepto al parecer el legislador delimita la acción que le corresponde a cada uno de los sujetos señalados según la situación jurídica en la que se encuentra, al separar por comas y en el mismo orden que procede. La redacción pudo ser un tanto más precisa pues nada dice que la enunciación se haga en una enumeración restrictiva, con lo que a nuestro juicio sigue estando abierta la posibilidad en Cuba de, al menos, discutir el proceso en que se ejercita la acción de partición.

Ahora bien, en ocasiones se aprecia que los operadores del Derecho en Cuba parecen desconocer los presupuestos para el ejercicio de la acción de partición de herencia, particularmente la constatación de la existencia del estado de comunidad hereditaria, pues obvio resulta que si no existe éste, la acción incoada carece de fundamento pues nada hay que partir. Y si bien es cierta la parvedad denunciada en la regulación del Código Civil en cuanto al régimen de este tipo de comunidad, el 523 es claro cuando precisa que ésta surge entre los coherederos, terminología que aunque impropia pues otros sujetos como los legatarios en parte alícuota o el legitimario no heredero pueden formar parte de ella; se refiere a una pluralidad de partícipes y no a un único sujeto. Esto implica además que el órgano juzgador carece incluso de jurisdicción para conocer el asunto, pues no existiendo *litis* entre comuneros o apreciándose la presencia de un único adjudicatario, deberá acudirse únicamente a la vía extrajudicial para concretar la adquisición de la herencia del causante.

Otra de las características expuestas es la universalidad del trámite en cuestión, la que si bien no se encuentra expresamente reconocida en la legislación procesal puede colegirse, en primer orden de lo establecido en el ya citado artículo 468 apartado 1 del Código Civil cubano, al disponer que el heredero sucede en el *universum ius* dejado por el causante, por lo que en consecuencia el proceso particional abarcará dicha universalidad. Sin embargo, nuestra Ley Adjetiva Civil no contiene una referencia expresa al denominado fuero de atracción, de la división judicial de la herencia, nota distintiva de este tipo de cauce procedimental. Nada estipula el legislador sobre la posibilidad de acumular excepcionalmente otros procesos vinculados, desencadenados por la muerte del *de cuius*; con lo que se obvia así la importante garantía en

la que se erige la regulación de la *vis attractiva*. A esto debe adicionársele la imposibilidad incluso de suplir tal omisión con la acumulación de pretensiones, regulada de los artículos 78 al 83 de nuestra Ley de Procedimiento Civil, particularmente por lo dispuesto en el precepto 79,²⁰ que impide por completo acumular peticiones que se resuelven en instancias o procesos distintos, con lo que se excluye de por sí lo que excepcionalmente permite la mentada institución procesal, a pesar de que en puridad técnica no puede identificarse dicha acumulación con la *vis attractiva*. De la misma manera también se constata el impedimento de acumular procesos, a tenor de lo preceptuado en el artículo 86 de la norma adjetiva cubana,²¹ ya sea por la propia limitación en materia de competencia o por la exigencia de que aquellos sean de igual clase; con lo que queda desterrada esta probabilidad por la particular especialidad que revisten en Cuba estas actuaciones. La única excepción, es la posible acumulación de procesos sucesorios, según reza el apartado 3 del precepto 85 de la citada norma jurídica,²² pero siempre que su promoción se haya sustentado en un mismo objeto, por lo que recayendo en este caso en la división judicial de la herencia, resulta también imposible acumularle con otro trámite que aunque de igual naturaleza contenga una pretensión totalmente opuesta, como puede ser el proceso de Declaración de Herederos.

Ahora bien, a pesar de la ausencia del fuero de, el Tribunal Supremo cubano sí ha reconocido la imposibilidad de tramitar un único proceso particional para dos causantes, según se dispuso en el Acuerdo 136 del Dictamen 58 de 21 de marzo de 1979, de su Consejo de Gobierno.²³ Y a pesar de la alusión expresa a la acumulación de pretensiones, a nuestra estima también debe extenderse a la acumulación de procesos, independientemente de que sean de igual clase y versen sobre un mismo objeto (la partición de la herencia). Y es que, más allá del fundamento exegético de lo dispuesto en la norma procesal, debe recordarse que no resulta atinado liquidar en un mismo trámite dos universalidades patrimoniales totalmente desiguales, independientemente de que se puedan encontrar conectadas por la coparticipación sobre determinados bienes. Empero, los argumentos expuestos, y hasta el propio dictamen resultan desconocidos en algunas ocasiones por la judicatura cubana; quienes obviando tales particulares y quizás atendiendo al principio de economía procesal, aunque de forma errónea según consideramos, han liquidado en un mismo trámite herencias de diversos causantes.

A su vez, la accesoriedad como nota distintiva de la división judicial de la herencia en Cuba, sólo se muestra en lo señalado en el segundo párrafo del artículo 562 de la LPCALE, al regular la labor conciliadora del juez en el acto de la Junta de Herederos.²⁴ Dicha función ha sido reconocida en el Acuerdo 162 Dictamen 439 de 21 de febrero de 2011.²⁵ Fuera de este caso, la norma procesal cubana carece de precepto alguno que consagre la disponibilidad del proceso por las partes intervinientes en concordancia con el principio de autonomía de la voluntad, tal como sucede en algunos países que fueron objeto de comparación en este estudio. No obstante, la ley adjetiva reconoce la transacción como uno de los modos de terminación del proceso civil en Cuba, según rezan los artículos 651 y 653 de la propia ley;²⁶ por lo que nada obsta para que en cualquier estado de las actuaciones las partes se separen del proceso contencioso por arribar a acuerdo en cuanto a la forma de realización de las operaciones particionales del caudal hereditario, utilizando este particular modo de extinción, del trámite en cuestión.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que con la transacción surge la duda de si existiendo acuerdo sobre la forma de adjudicación de los bienes, particularmente el inmueble, el órgano juzgador deberá dictar auto aprobando el convenio al que se ha arribado entre los contendientes según lo establecido en el 653, o si deberá declarar la falta de jurisdicción; sobre todo porque el citado Acuerdo 162 que contiene del Dictamen 439, solo se pronuncia sobre el procedimiento a seguir en la fase inicial de las actuaciones, es decir, desde la presentación del escrito de propuesta particional hasta la Junta de Herederos, sin que posea pronunciamiento específico sobre cómo actuar si el acuerdo surge con posterioridad que no deriva de actividad conciliadora alguna del juez. A nuestra estima, esta última opción debe desecharse, pues supondría gravar excesivamente a los causahabientes quienes deberán acudir entonces a la vía notarial para finiquitar el estado de comunidad hereditaria sobre la vivienda dejada por el *de cuius*. La accesoriedad del proceso no se limita a la vía escogida y por ende no riñe con el contenido de la jurisdicción, sino alcanza a la posibilidad, de que las partes puedan apartarse de las complejidades propias de la actuación judicial en sede divisoria. Con lo que, constatado el conflicto detonador de la intervención jurisdiccional pero logrado un acuerdo intra o extraprocesal, el juez debería acogerlo y aprobarlo en su totalidad, salvo por supuesto que viole lo establecido en normas imperativas.

Por su parte, en cuanto a la necesidad o preceptividad de los procesos divisorios en Cuba, queda claro que al estipularse de forma expresa un trámite propio para dirimir los conflictos derivados de la división judicial de la herencia, el legislador cubano opta por reconocer esta nota definidora. Y fuera de las especulaciones teóricas esgrimidas sobre las características de la acción de partición en Cuba, no existe referencia jurisprudencial alguna que socave la obligatoriedad de acudir a este trámite sucesorio, como sí ocurre en el Derecho Comparado. Además, la LPCALE consagra la división de la herencia en dos procesos dentro del Libro IV denominado Del proceso sucesorio. Nótese que el legislador incurre en el galimatías de expresar en singular, una categoría procesal que contiene en sí varios procesos diversos según delata la propia estructura que contiene dicha norma jurídica.²⁷ Consecuentemente, queda evidenciado que no existe en Cuba un único trámite sucesorio a pesar del *dictum* de la ley adjetiva civil, ni sólo se limita a encauzar la solución de los conflictos derivados de la falta de entendimiento divisorio. De todas maneras la norma rituarial, cual heredera de su antecesora española de 1881 que rigió en Cuba hasta 1974, forma parte de aquellas legislaciones en las que se regulan los procesos sucesorios y dentro ellos se reserva un cauce específico para las pretensiones particionales.

Muy relacionado con ello se encuentra el considerarlos en nuestro ordenamiento jurídico como procesos especiales. Es cierto que el legislador cubano parece apostar por otro razonamiento, pues la LPCALE dedica el Título IV del Libro II a aquellos trámites que de forma expresa denomina como tales y dentro de los que no se encuentran los sucesorios.²⁸ Sin embargo, la especialidad procesal no encuentra su esencia en una u otra denominación, o en el esquema asumido por la ley, sino en el contenido y tramitación a la que se somete la pretensión que por sus peculiaridades requiere de un tratamiento distinto, que se separa por completo de la tramitación general y que responde por ende a diferencias procedimentales por razones jurídico materiales, según señalamos en el Capítulo II. Somos entonces del criterio que, en todo caso, la forma de estructuración de nuestra ley procesal civil ratifica o reafirma este rasgo de la especialidad procesal, al dedicarle un libro de la ley únicamente a resolver estas pretensiones.

Mucha más compleja resulta ser la dualidad procesal a la que se somete el conflicto divisorio de la herencia en Cuba, que resulta heredera de la LEC española de 1881 a pesar de apartarse en varios aspectos de su regulación,

particularmente en los juicios sucesorios que poseía la norma adjetiva ibérica (abintestato, testamentaria y adjudicación personas sin designar). El legislador cubano se inclina por mantener la división del trámite partitivo según el título en que fundan los comuneros el derecho a exigir la división de la herencia. Por lo que, según el llamado a suceder conste en un acta de declaratoria de herederos o en un testamento, se sustanciará el proceso denominado De las operaciones divisorias del caudal hereditario, o el proceso de Testamentaria, a pesar de que el título atribuido no alude expresamente a la distinción entre la sucesión testada e intestada, máxime cuando en la testamentaria también se practican operaciones divisorias del caudal hereditario sólo que con la única particularidad de la presencia del acto de última voluntad del testador. Sin embargo la concepción que consagra la LPCALE en los artículos 553 al 576, no resulta tan sencilla como parece, al abarcar otros trámites que no están concebidos para resolver eminentemente el conflicto partitivo.

En primer lugar se encuentra el proceso de De las operaciones divisorias del caudal hereditario que en sí encuadra dos trámites totalmente distintos, una primera parte dirigida a regular la aprobación judicial de la partición privada en determinados supuestos, según declaran expresamente los artículo 553 y el primer párrafo del 554;²⁹ y una segunda parte encaminada a efectuar en sede judicial la partición de la herencia ante la ausencia de acuerdo divisorio, tal como estipula el 559.³⁰ El artículo 553 de la Ley de Procedimiento Civil está concebido para aprobar una partición privada, en la que los herederos no están sometidos a forma alguna sino que dividen la herencia de común acuerdo plasmándola en documento privado, a tenor del principio de libertad de formas que caracteriza a este tipo de partición. Esto se confirma incluso por los trámites posteriores que preceptúa la propia ley ritaria, pues el artículo subsiguiente indica como presupuesto legal para la substanciación del proceso en cuestión, la presentación del documento en el que obre la partición privada de la herencia. Nótese que el legislador usa el término “acta original”, que si bien no es el más idóneo, refiere el documento en el que constan las operaciones divisorias del caudal del finado, lo que ratifica de por sí el carácter eminentemente privado del acto que será objeto de enjuiciamiento. *Ergo*, los trámites que consagran los artículos 553 y siguientes de la Ley Adjetiva Civil cubana constituyen los propios de un acto de aprobación, donde los sujetos que declara el mencionado artículo carecen de representación, y no un acto de partición, pues éste ya se ha realizado y sólo pende su plena efi-

cacia, de su aprobación por el órgano juzgador. En consecuencia, sólo a partir del 559 es donde, en estricto sentido técnico, se regula el proceso divisorio de la herencia en la sucesión intestada; el que sí se efectúa con intervención del órgano juzgador y se practican las operaciones divisorias del caudal hereditario, correspondiéndose con el título en el proceso refrendado.

Mucho más polémica resulta ser la regulación que se ofrece sobre el proceso de Testamentaría. En este caso también se opta por encuadrar en una misma tramitación procedimientos totalmente diferentes. La ley procedimental civil regula en los artículos 567 al 569 y del 574 al 577 el proceso de Testamentaría referido a la partición de la herencia, y del 570 al 573 la Adveración de testamento ológrafo. Adviértase la deficiente técnica legislativa utilizada en este caso al interrumpirse sin justificación alguna la regulación de la tramitación particional, para regular un procedimiento con una finalidad totalmente distinta a aquella (la comprobación del cumplimiento de las formalidades para la plena eficacia del testamento ológrafo), para luego retomar nuevamente las reglas propias del conflicto divisorio. Literalmente la adveración se encuentra en el medio del articulado que la ley adjetiva civil dedica al proceso de división de la herencia. A esto se adiciona que nada tienen en común las actuaciones que despliega el órgano juzgador en uno y otro procedimiento, según se colige de la regulación del artículo 570 referido al régimen de la adveración y de lo preceptuado en el resto del articulado para la partición hereditaria.³¹ Por lo que a pesar de lo señalado en el artículo 574 que pareciera dar a entender que la Testamentaría abarca en Cuba ambos procedimientos,³² todo indica que en realidad esta se refiere únicamente al conflicto divisorio de la herencia cuando el derecho a pedir la partición se funda en el testamento dejado por el causante.

Ahora bien, la concepción que consagra la Ley de Procedimiento Civil sobre el proceso de Testamentaría no resulta menos que errática y es muestra de la inconsistencia entre la norma sustantiva civil cubana y su correspondiente ley adjetiva. El artículo 567 que define por sí el contenido del proceso³³ y que ratifica el citado 574, genera incongruencias, con el artículo subsiguiente y con el Código Civil cubano. En primer lugar al disponer la posible discusión ante el órgano juzgador entre sujetos que no tienen igualdad de interés en la liquidación de la comunidad hereditaria, a entender, herederos y legatarios. El precepto no distingue el tipo de legatario con el que puede entablarse el conflicto divisorio con lo que pudiera colegirse de forma erró-

nea que en Cuba, cualquier sucesor a título particular puede adquirir en este proceso la condición de parte y por ende incoar la acción de partición de herencia. Ello resulta un dislate porque legatario no tiene legitimación e incluso ni interés en la partición al no integrar la comunidad hereditaria, en tanto su derecho deriva de un acto de atribución testamentaria que ya ha sido especificado y que por ende no requiere de individualización o determinación, contenido y naturaleza de la institución. El legatario, tal como estipula el artículo 500 del Código Civil cubano, solo tendrá derecho a pedir al heredero la entrega de la cosa legada, sin que pueda ocuparla por sí mismo.³⁴

A su vez, el artículo 567 entra en contradicción con el 568 que regula de forma taxativa e incluso, cual lista sujeta a *numerus clausus*, los sujetos legitimados para promover este trámite.³⁵ Distíngase que la propia ley especifica el único tipo de legatario que puede interponer la Testamentaria, y es lógicamente el legatario en parte alícuota, que sí es partícipe de la comunidad hereditaria al formar parte su legado de la universalidad de relaciones jurídicas dejadas por el causante y requerir en consecuencia del acto de determinación para su concreción. Por ende, la propia ley limita considerablemente a un solo tipo de sucesor a título particular, la intervención en la Testamentaria, excluyendo así a cualquier otro sujeto que no se encuentre dentro de los expresamente denominados en el 568.

Y por último, el precepto 567 genera una contradicción con el Código Civil cubano si se ofrece una interpretación *ad pedem literaem* de su contenido. Nótese que el artículo supone resolver el conflicto que surge sobre la partición de los bienes conforme a las disposiciones testamentarias, con lo que pudiera pensarse que los causahabientes pueden en sede judicial discutir la partición hecha por el propio testador. Sin embargo, debe partirse del hecho que el principio *dicet testator at eri lex voluntas eius*, o lo que es lo mismo, la voluntad del testador es ley suprema de la sucesión, se encuentra consagrado en nuestra norma sustantiva civil, particularmente en el ámbito partitivo. Basta revisar la formulación ofrecida en el artículo 534 contentivo del régimen legal de la partición hecha por el propio testador,³⁶ regulación que nos permite sostener que una de las características de la partición judicial de la herencia en Cuba es justamente su subsidiariedad. Por ende, si el testador ha dividido su herencia no procede promover la Testamentaria, en cuanto no existe comunidad hereditaria y con ello la acción correspondiente carece de contenido y finalidad. Entonces, los artículos 567 y 576 (este último desa-

rolla la parte final del primero),³⁷ ambos de la LPCALE, y que imponen la sujeción en la práctica de las operaciones particionales a la voluntad del testador; deben interpretarse de forma estricta, es decir entendiendo como tales a las directrices que el finado imponga en su testamento para realizar el acto partitivo, y no como partición en sí misma. Ello supone acoger en nuestro ordenamiento jurídico la distinción entre reglas de la partición dictadas por el causante y partición hecha por el propio testador.

De esta forma, queda constatada la confusión procesal presente en nuestro ordenamiento jurídico en materia del trámite para la división judicial de la herencia, al contener cada uno de los procesos señalados actuaciones ajenas al acto partitivo, que es por esencia el objeto de las actuaciones. Ahora bien, el problema en Cuba no sólo estriba en la estructuración de la norma adjetiva civil sino en la pertinencia de la dualidad procesal entre los procesos de las operaciones divisorias del caudal hereditario y la Testamentaria. El legislador cubano, cual heredero de la ley española de 1881, optó por distinguir entre uno y otro trámite según el título sucesorio en el que se fundara la sucesión. No obstante, resulta particularmente llamativo que invirtiera el orden de remisión pues la derogada LEC española de 1881 establecía que el juicio de *abintestato* se acomodaría a los trámites propios de la Testamentaria, regulación concorde con la supremacía de la sucesión testada sobre la intestada.³⁸ En nuestro caso, la regulación es a la inversa tal como disponen los artículos 574 y 577,³⁹ a pesar de que lógico resulta que si el artículo 509 del Código Civil destaca la referida supremacía entre uno y otro tipo de sucesión, también nuestra norma adjetiva civil hubiese asumido, en coherencia con su norma sustantiva, una estructuración similar a la consagrada en la norma procesal española vigente en Cuba hasta 1974. Con todo, esto no resulta ser lo único cuestionable de la propia regulación, sino el mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico de la citada dualidad procesal cuando lo cierto es que la distinción más que adjetiva es propia del ámbito sustantivo. Este razonamiento lo ratifica incluso la propia remisión que hace nuestra LPCALE, con lo que la única distinción procesal está en los sujetos legitimados y en la sujeción a las reglas de la partición dictadas por el testador según ya fue precisado en párrafos precedentes.

Para culminar con la caracterización de la división judicial de la herencia en Cuba sólo queda discurrir si cabe en nuestro contexto discutir la naturaleza jurídica del trámite en cuestión. Aquí habrá de recordarse lo distinguido

por Grillo Longoria, De Vera Sánchez y Grillo González (2004, p. 1) cuando le atribuyeron a este proceso la naturaleza de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, creemos prudente disentir de tan prestigiosos autores que en un intento generalizador de la definición de la naturaleza jurídica de los procesos sucesorios en Cuba parecen olvidar las notables diferencias que existen entre los diversos trámites que se arrojan bajo la categoría general de estos tipos de procesos. Por este motivo Alfaro Guillén al referirse a los procesos sucesorios, en particular a los vinculados a la partición señaló “son los que muestran con mayor nitidez la naturaleza mixta que se les imputa a los de su tipo” (Alfaro Guillén, 2010, p. 88).

Y es justamente en esta última parte donde disentimos de Alfaro Guillén, pero a partir de los razonamientos vertidos sobre la relación entre partición judicial de la herencia y la configuración procesal De las operaciones divisorias y la Testamentaria. En todo caso habría que distinguir, si se pretende ser consecuente con la norma y la institución sustantiva, los procesos vinculados a la aprobación de la partición y a la adveración de testamento ológrafo en los que sí se evidencia la tramitación propia de la jurisdicción no contenciosa, de los vinculados al fenómeno eminentemente particional, que a nuestro juicio son los que verdaderamente se corresponden con la denominación y contenido de estas actuaciones, y en los que sí existe litis y por ende tienen una naturaleza propiamente contenciosa. Nótese los términos utilizados en los ya citados artículos 559 y 567 de la LPCALE: “en defecto de acuerdo extrajudicial” y “en virtud de haber surgido contradicción”; elementos que se erigen en presupuestos base para poder incoar la intervención del órgano juzgador en el acto particional.

Referencias

- Alessandri, F. (s.d). *Partición de bienes*, versión actualizada por Antonio Vodanovic. Santiago de Chile: Ediar.
- Alfaro Guillén, Y. (2010). De los procesos sucesorios en general: Valoraciones de su regulación en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. *Revista Cubana de Derecho*, (36), 72 -95.
- Álvarez García, M. D. (2009). La partición judicial. En: Álvarez García, M. D. y Zubiri de Salinas, F. (directores). *Reflexiones sobre materias de Derecho Sucesorio*, (859 - 905). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.
- Asencio Mellado, J. M. (2013). Título II De la división judicial de patrimonios. Aubry, C. y Rau. C. (1857). *Cours de Droit Civil Français*, V (3ra ed.). París: ed. del autor.
- Banacloche Palao, J. (2001). Título II De la división judicial de patrimonios. En: Oliva Santos, A. et al. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (pp. 1322 - 1351). Madrid: CIVITAS.
- Calaza López, S. (2013). La división judicial de la herencia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 89(740), 4183 – 4214.
- Calaza López, S. (2015). *Procesos de familia y división de patrimonios*. Navarra: Aranzadi.
- De la Plaza, M. (2011). Los problemas de la sucesión desde el punto de vista del Derecho Procesal: naturaleza y características del procedimiento sucesorio. En: Col – legis des Notaris de Catalunya (coordinador). *Confèrencies de Dret civil, mercantil i fiscal. Redició dels cicles 1941 – 1954*, (207 - 230). Madrid: Marcial Pons.
- Demolombe, C. (1875). *Cours de Code Napoléon, XV Traité de Successions*, III. París: ed. del autor.

- Domínguez Luelmo, A. (2014). Artículo 782. Solicitud de división judicial de la herencia. En: F. Toribios Fuentes. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (2da ed., 1551 - 1557). España: Lex Nova, Thomson Reuters.
- Elberg Grünber, S. (1945). *Compendio de derecho Procesal Civil*. Santiago de Chile.
- Fernández García, E. (2000). El procedimiento de división judicial de la herencia. En: Alonso – Cuevillas Sayrol. *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, Volumen IV*, (127 - 156). Barcelona: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.
- Flors Maties, J. (2000). Tema 37: Procedimiento para la división judicial de patrimonios. En: J. Montero Aroca, J. Flor Maties y G. López Ebri, *Contestaciones al Programa de DERECHO PROCESAL CIVIL para acceso a las carreras Judicial y Fiscal, volumen II (temas 32 – 60)* (3ra ed., 146 - 165). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García – Ripoll Montijano, M. (2004). Aspectos procesales y civiles del proceso de división de herencia. En: J. M. González Porras y F. P. Méndez González. *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Tomo I*. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- Gete – Alonso y Calera, M. C. (2012). Modos de practicar la división. En: Gete – Alonso y Calera (directora). *División de la comunidad de bienes*, (109 - 132). Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- Goyena Copello, H. R. (1993). *Procedimiento sucesorio* (6ta ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Guasp, J. y Aragoneses, P. (2006). *Derecho Procesal Civil, Tomo II Parte especial: procesos declarativos y de ejecución* (7ma ed.). Navarra: Aranzadi.

- Guilarte Guitiérrez, V. (2000). Título II de la División judicial de patrimonios. Capítulo I de la división de la herencia. En: A. M. Lorca Navarrete. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil IV* (2da ed., 4205 – 4363). Valladolid: Lex Nova.
- Guzmán Fluja, V. C. y Zafra Espinosa de los Monteros, R. (2009). Comentarios prácticos a la LEC. Acumulación de procesos. Casos especiales de acumulación necesaria: Arts. 74 - 98 LEC. *InDret revista para el análisis del Derecho*, (1/2009), 1 - 32.
- Herrero de Egaña O. F. (2003). Título II de la División judicial de patrimonios. En: J. M. Suárez Robledano, *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Textos legales, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios, Tomo III* (pp. 2636 - 2743). Madrid: DIJUSA.
- Huc, T. (1893). *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, V. París: autor
- Kriegel, Hermann y Osenbruggen (1889). *Cuerpo de Derecho Civil Romano. Parte Segunda del Digesto o Pandectas del Señor Justiniano (de los juicios), Libro 10, Título II, epígrafe 1*, a doble texto traducido al castellano del latino. Barcelona: Jaime Molinas.
- Ledesma Narváez, M. E. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil, Tomo I* (1ra ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Martín Briceño, M. R. (2008). *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código Civil*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos de Madrid Servicio de Publicaciones, Editorial DYKINSON.
- Martín – Palacín Gutiérrez, J. L. (2002). La división judicial de patrimonios. En: Abogacía General del Estado y la Dirección del Servicio Jurídico del Estado (coordinador). *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (1ra ed. 855 - 873). Madrid: Edit – in S-L.

- Medina, G. Libro V. Título Único. Proceso sucesorio. Recuperado de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/codigo/proceso-sucesorio/000001689.pdf>
- Montes Reyes, A. (2000). *División judicial de patrimonios*. Madrid: La Ley.
- Montón Redondo, A. (2001). Capítulo III La división de patrimonios. En: Juan Montero Aroca y otros. *Derecho Jurisdiccional, II Proceso Civil* (10ma ed., 740 - 758). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno Catena, V. (2013). Lección 16. Procedimientos para la división judicial de patrimonios. En: V. Cortés Domínguez y V. Moreno Catena. *Derecho Procesal Civil Parte Especial*, (7ma ed. 201 - 214). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno Catena, V. (1996). Lección 23. Los procedimientos de determinación de los causahabientes, división de herencias y otorgamientos de la posesión. En: V. Cortés Domínguez, V. Gimeno Sendra y V. Moreno Catena. *Procesos Civiles Especiales*, (411 – 428). Madrid: Colex.
- Núñez y Bandera, J. H. Contribución al estudio de las sucesiones: la radicación. *Revista Mexicana de Derecho*, 1(1), 77 – 79.
- Oliva Santos, A., Díez Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (2012). Capítulo décimo quinto. Los procesos especiales y las especialidades procedimentales de los procesos ordinarios. En: A. Oliva Santos, I. Díez Picazo Giménez y J. Vegas Torres. *Curso de Derecho Procesal Civil, II Parte Especial* (507 - 543) Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Ostos Mota, M. J. (2006). Proceso de división judicial de la herencia. En: X. O'Callaghan Muñoz. *La partición de la herencia* (17 - 134). Madrid: Universitaria Ramón Areces.
- Pallarés, E. (1989). *Derecho Procesal Civil*. México D.F.: Porrúa.

- Pérez – Cruz Martín, A. J. (2011). Tema 26. Los procedimientos para la división judicial de patrimonios. En: A. j. Pérez – Cruz Martín y J. L. Seoane Spiegelberg. *Derecho Procesal Civil*, Tomo II (pp. 59 - 75). Santiago de Compostela: Andavira.
- Pérez Gallardo, L. B. (2009). Capítulo XIII. Comunidad hereditaria. En: Pérez Gallardo, L. B. (coordinador). *Derecho de Sucesiones, Tomo II*, (380 - 399). La Habana: Félix Varela.
- Pous de la Flor, M. P. (2014). La acción de división de la herencia y el procedimiento previo de la liquidación del régimen económico de gananciales: Nulidad, rescisión y modificación de la partición. En: Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, M. P., y Torres Lana, J. A. *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista, Tomo II*, (1253 - 1282). Madrid: Dykinson.
- Ramos Méndez, F. (1997). *Enjuiciamiento civil, Tomo II*. Barcelona: José María Bosch.
- Reyes Gallur, J. J. (2012). Algunas consideraciones prácticas sobre los procesos de división judicial de patrimonios: herencias y gananciales. *Revista de Derecho de Familia*, (no. 55), 43 – 60.
- Sánchez Hernández, C. (2012). *La partición judicial de la herencia. Un análisis del régimen legal y su aplicación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Serna Bosch, J. (2009). *División judicial de patrimonios. Aspectos procesales*. Barcelona: Bosch.
- Vallet de Goytisolo, J. B. (1984). *Panorama del Derecho de Sucesiones, II Perspectiva dinámica* (1ra ed.). Madrid: Civitas.

Normas citadas

- Alemania. *Código Civil de Alemania (BGB)* comentado, en vigor desde el 1 de enero de 1900. Edición a cargo de Emilio EIRANOVA ENCINAS, Marcial Pons, Madrid, 1998.

- Alemania. *Código Procesal Civil de Alemania (ZPO)*, traducción de Álvaro J. Pérez Ragone y Juan Carlos Ortiz Pradillo, con estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. KONRAD – ADENAUER – STIFTUNG E.V., Montevideo, Uruguay, 2006.
- Argentina. *Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina*, 1ra edición. Ciudad autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2014.
- Argentina. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina*, texto actualizado de la Ley n° 17.454, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/>.
- Chile. *Código Civil de la República de Chile* de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto N° 1937/1976 de 29 de noviembre del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile.
- Chile. *Código de Procedimiento Civil de Chile*, Ley 1552 publicada el 30 de agosto de 1902 y promulgada el 28 de agosto de 1902, Ministerio de Justicia, última modificación Ley 20217.
- Bolivia. *Código Civil de la República de Bolivia*, Decreto Ley N° 12760/1975 de 6 de agosto, edición de 1998.
- Bolivia. *Código Procesal Civil de Bolivia*, Ley no. 439 de 19 de noviembre de 2013.
- Colombia. *Código Civil de la República de Colombia*, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887, 3ra edición, Legis Editores S.A., 1999.
- Colombia. *Código General del Proceso de Colombia*, Ley 1561 de 2012, publicada en el Diario Oficial No. 48488 de 11 de julio de 2012.
- Cuba. *Código Civil de la República de Cuba*, Ley no. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado), Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

- Cuba. *Ley no. 7 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral*, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, no. 34 Ordinaria, de fecha 20 de agosto de 1977.
- Ecuador. *Código Civil de la República de Ecuador*, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, última modificación de 19 junio de 2015.
- Ecuador. *Código Orgánico de los Procesos de Ecuador*, en Registro Oficial, Órgano del Gobierno del Ecuador, Año II no. 506, de fecha 22 de mayo de 2015.
- El Salvador. *Código Civil de la República de El Salvador*, decretado el 23 de agosto de 1859m ordenada su promulgación por Decreto Ejecutivo de 10 de abril de 1860, publicado en el Diario Oficial el 14 de abril de 1860, actualizado con sus reformas, Ricardo Mendoza Orantes editor, Editorial Jurídicas Salvadoreña, 2006.
- El Salvador. *Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador*, Decreto Legislativo no. 712 de 18 de septiembre de 2008, Diario Oficial 224, Tomo 381, Publicación DO: 27/11/2008.
- España. *Código Civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, en Código Civil y legislación complementaria, selección y ordenación de José María de la Cuesta, edición actualizada a 4 de febrero de 2014, Boletín Oficial del estado Español, disponible en www.boe.es/legislacion/codigos, consultado el 30 de enero de 2014.
- España. *Ley de Enjuiciamiento Civil de España Ley 1/2000*, en Código de Legislación Procesal, edición actualizada a 11 de noviembre de 2013, Boletín Oficial del Estado, disponible www.boe.es/legislacion/codigos, consultado el 30 de enero de 2014.
- Francia. *Código Civil de la República de Francia* de 21 de marzo de 1804, actualizado con la Ley no. 2006 - 728, de 23 de junio de 2006, disponible en: <http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CCIV>, consultado el 12 de junio de 2015.

Francia. *Código de Procedimiento Civil de Francia*, actualizado con el Decreto no. 2006 - 1805 de 23 de diciembre de 2006, sobre el procedimiento de sucesión y modificar determinadas disposiciones del procedimiento civil, en Boletín Oficial francés N° 303 31 de diciembre de 2006, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2006/12/23/JUSC0620984D/jo/texte>, consultado el 10 de febrero de 2016.

Honduras. *Código Civil de la República de Honduras*, sancionado por Decreto no. 76/1906 de 19 de enero, Graficentro Editores, Tegucigalpa.

Honduras. *Código Procesal Civil de Honduras*, disponible en <http://www.poderjudicial.gob.hn/Juris/Leyes/Codigo%20Procesal%20Civil%20%28actualizada-07%29.pdf>, consultado el 24 de marzo de 2015.

Código Procesal Modelo para Iberoamérica, disponible en <https://es.scribd.com/doc/91367617/Codigo-Procesal-Civil-Modelo-Para-Iberoamerica>, consultado el 24 de marzo de 2015.

Paraguay. *Código Civil de la República de Paraguay*, Ley N° 1183, en vigor desde el 1° de enero de 1987, 3ª edición, Intercontinental Editora, Asunción, Agosto de 1993.

Paraguay. *Código Procesal Civil de Paraguay*, Ley no. 1337, disponible en [https://track.unodc.org/LegalLibrary/LegalResources/Paraguay/Laws/C%C3%B3digo%20Procesal%20Civil%20\(1988\).pdf](https://track.unodc.org/LegalLibrary/LegalResources/Paraguay/Laws/C%C3%B3digo%20Procesal%20Civil%20(1988).pdf), consultado el 24 de marzo de 2015.

Perú. *Código Civil de la República de Perú*, promulgado por Decreto Legislativo No. 295/1984 de 24 de junio, Ediciones y Distribuciones “Palma”, Lima, 1994.

Perú. *Código Procesal Civil de Perú*, Resolución Ministerial no. 010-93-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, de fecha 8 de enero de 1993.

Uruguay. *Código Civil de la República Oriental del Uruguay* sancionado en 1914, edición al cuidado de la Dra. Jacqueline Barreiro de Gallo, Barreiro y Ramos S. A. Editores, Montevideo, 1994.

Uruguay. *Código General del Proceso de Uruguay*, Ley 15.982, Montevideo, 18 de octubre de 1988, disponible en www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/uy/uy045es.pdf, consultado el 24 de marzo de 2015.

Notas

¹ *Vid.* Código Civil de España, artículo 1965; Código Civil de Bolivia, artículo 1233; Código Civil de Chile, artículo 1317; Código Civil de Uruguay, artículo 1115; Código Civil de Colombia, artículo 1374; Código Civil de Honduras, artículo 1225; Código Civil de Perú, artículo 985; Código Civil de Ecuador, artículo 1360; Código Civil Alemán (BGB); artículo 2042. 1; Código Civil, artículo. 1196.

² *Vid.* Código Civil de Uruguay, artículo 1150; Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, artículo 2368.

³ *Vid.* Código Procesal Civil de Paraguay, artículo 733; Código General del Proceso de Uruguay, artículo 411; Ley de Enjuiciamiento Civil de España, artículo 98. 1. 2.º; Código Procesal Civil de Argentina, artículo 696; Código Orgánico de Procesos de Ecuador, artículo 11.

⁴ *Vid.* Código Procesal Civil de Argentina, artículo 732; Código Procesal Civil de Uruguay, artículo 420; Código Procesal Civil de Paraguay, artículo 771; Ley de Enjuiciamiento Civil de España, artículo 787.4 y 789; Código Civil de Uruguay, artículo 1132.

⁵ *Vid.* Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, artículo 2335.

⁶ *Vid.* Código Procesal Civil de Paraguay, Libro IV de los juicios y procedimientos especiales, Título XV Del juicio divisorio; Código Procesal Civil de Colombia, Libro Tercero Los procesos, Título XXIX Proceso de sucesión, capítulo IV Trámite de sucesión; Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, Libro V, Título Único Proceso sucesorio; Ley de Enjuiciamiento Civil de

España, Libro IV De los procesos especiales, Título II De la división judicial de patrimonios, Capítulo I De la división de la herencia; Código de Procedimiento Civil de Francia, Libro III Disposiciones especiales para ciertas materias, Título III Los regímenes matrimoniales. Las sucesiones y las donaciones, Capítulo II Las sucesiones y las donaciones.

⁷ *Vid.* Código Procesal Civil de Bolivia, Libro Segundo Desarrollo de los procesos, Título VII Procesos Voluntarios, Capítulo Segundo Proceso Sucesorio; Código General del Proceso de Uruguay, Título IV Proceso voluntario, Capítulo II Proceso sucesorio.

⁸ *Vid.* Código Orgánico General de Procesos de Ecuador, Capítulo IV Procedimientos voluntarios, Sección V Inventario (solo en cuanto a esta operación particional); Código Procesal Modelo para Iberoamérica, Título IV Procesos voluntarios, Capítulo II Proceso sucesorio.

⁹ *Vid.* Código de Procedimiento Civil de Chile, Libro III De los juicios especiales, Título IX De los juicios sobre partición de bienes.

¹⁰ *Vid.* Código Procesal Civil de Honduras; Código Procesal Civil de Perú, Disposición Final Cuarta apartado 1; Código Procesal Civil de El Salvador; Código Procesal Civil de Alemania.

¹¹ *Vid.* Ley de Enjuiciamiento Civil de España, artículo 783.

¹² Resulta interesante que en la sistemática del Código Procesal Civil y Comercial de la nación de Argentina, el legislador haya regulado el Libro V Proceso sucesorio, en una acápite distinto y posterior al Libro IV Procesos especiales, lo que supondría atribuirle en ese contexto jurídico una calificación diferente al proceso divisorio como un *genus* distinto a la tradicional división entre juicios ordinarios tipos y juicios especiales. Empero, el trámite que establece la citada ley delata que esta división interna solo responde a la técnica legislativa utilizada en este caso en particular sin que ello implique negar que acá se está ante un típico proceso especial, que por demás el legislador argentino ha querido resaltar de entre sus iguales, cual *primus inter partes*.

¹³ *Vid.* Código Procesal Civil de Perú, Disposición Final Cuarta apartado 1.

¹⁴ En el caso argentino, el Código Procesal Civil y Comercial dedica el Libro V al Proceso Sucesorio, artículos del 689 a 735; y separadamente el Libro VII a los Procesos voluntarios, artículos del 774 al 784. Por su parte en España es mucho más evidente la exclusión legal del proceso divisorio de la jurisdicción voluntaria, en tanto en la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria si bien regula algunos aspectos vinculados al fenómeno sucesorio (albaceazgo, contador – partidor dativo, aceptación y repudiación de la herencia), omitió por completo cualquier mención a la partición judicial de la herencia y con ello al proceso sucesorio correspondiente; *Cfr*: Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, Libro V, Título Único Proceso sucesorio y Libro VII Procesos Voluntarios; Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria de España, en *BOE* no. 158 de 3 de julio de 2015, Título IV. De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho sucesorio; artículos del 91 al 95.

¹⁵ *Vid.* Código Orgánico de Procesos de Ecuador, artículo 336 (tercer párrafo).

¹⁶ *Vid.* Código Procesal Modelo para Iberoamérica, Título VI PROCESOS VOLUNTARIOS. CAPÍTULO 1 DISPOSICIONES GENERALES, artículo 333. (Procedencia).

¹⁷ *Vid.* Código Civil cubano, artículo 523.

¹⁸ *Vid.* Código Civil cubano, Sección tercera, Copropiedad en común, artículo 169.

¹⁹ *Vid.* Código Civil cubano, artículo 124.

²⁰ *Vid.* Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, artículo 79.

²¹ *Vid.* Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, artículo 86.

²² *Vid.* Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, artículo 85.

²³ *Vid.* Acuerdo 136, Dictamen 58 de 21 de marzo de 1979, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

²⁴ *Vid.* Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, artículo 562 (segundo párrafo).

²⁵ La función conciliadora del juez en el acto de la junta había sido distorsionada por el Acuerdo no. 111 contentivo del Dictamen 406 de 12 de junio de 2001 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, ya derogado, y en el que se indicaba a los Tribunales Municipales declarar la falta de jurisdicción cuando se lograra acuerdo en dicho acto sobre la forma de adjudicación de los bienes inmuebles; aspecto que fuera rectificado por el actual Acuerdo 162. *Vid.* Acuerdo 162, Dictamen 439 de 21 de febrero de 2011, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, apartado SEGUNDO.

²⁶ *Vid.* Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, artículos 651, 653.

²⁷ El libro IV de la LPCALE se divide en: Título I. De las diligencias preventivas, en los artículos 527 al 534; Título II. De la declaración de Herederos en los artículos del 535 al 538; Título III. Del gestor depositario en los artículos del 539 al 552; Título IV. De las Operaciones divisorias del caudal hereditario en los preceptos del 553 al 552; y el Título V. Del proceso de Testamentaría, de los artículos 567 al 577.

²⁸ El Título IV del Libro II de la LPCALE se denomina De los procesos especiales, y según la subdivisión interna se consideran como tales al proceso de divorcio regulado de los preceptos 372 al 392, el de amparo en los artículos del 393 al 424, y el de expropiación forzosa del 425 al 436.

²⁹ *Vid.* Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, artículos 553, 554 (primer párrafo).

³⁰ *Vid.* Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, artículo 559.

³¹ Esta tesis ha sido ratificada por la práctica jurídica cubana, que deslindando uno y otro trámite, encausa la citada adveración por la vía de la jurisdicción voluntaria cuando no existe oposición. Así lo ha manifestado la propia Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular en su sentencia no. 354 de 23 de septiembre de 2011, primer CONSIDERANDO: “(...) que siendo la pretensión del proceso la adveración de testamento ológrafo, que además con forme la estructura de la Ley está situado en el Libro Cuarto de la citada Ley Adjetiva Civil correspondiente al proceso sucesorio, ello determina la naturaleza sucesoria de esos asuntos, lo que acontece desde su promoción por los trámites de la jurisdicción voluntaria, y cuyo tratamiento procesal es similar, cuando se hace remisión al proceso ordinario al existir oposición, conforme se regula en el último párrafo del artículo quinientos setenta de la mencionada Ley de Trámites”.

³² *Vid.* Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, artículo 574.

³³ *Vid.* Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, artículo 567.

³⁴ *Vid.* Código Civil cubano, artículo 500.

³⁵ *Vid.* Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, artículo 568.

³⁶ *Vid.* Código Civil cubano, artículo 534.

³⁷ *Vid.* Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, artículo 576.

³⁸ *Vid.* Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881 (derogada), artículo 1001.

³⁹ *Vid.* Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, artículo 577.

Oswaldo Estrela Viegaz✉

Por Uma (Trans-)Modernidade num “Mundo em Estado de Quantum Critic”, de Willis Santiago Guerra Filho

Por Una (Trans-)Modernidad en un “Mundo en Estado de Quantum Critic”, de Willis Santiago Guerra Filho

For a (Trans-)Modernity in a “World in State of Quantum Critic”, by Willis Santiago Guerra Filho

Resumo: *Analisarmos o mundo atual requer considerarmos diversas nuances próprias do ser humano e que se encontram esquecidas, escondidas diante de uma realidade que se mostra condicionante a uma formação acrítica. Pensarmos num mundo em estado de quantum critic para fomentar a tomada de consciência crítica que possibilitará a superação do pensamento paradigmático cristalizado atual para pensarmos numa outra realidade, uma (trans-)modernidade, uma modernidade em transformação, nos propondo a encarar, debater e criticar nossa condição, permanência e atuação nesse mundo desumanizador. É assim que devemos nos enxergar nesta realidade simulada para tentarmos, então, sair dessa situação e pensarmos em outras práticas possíveis no futuro, práticas essas centradas no ser humano capaz de lidar com sua condição e aceitar que pode ser ele o agente causador, tanto da catástrofe como da mudança, cabendo a ele a escolha, cabendo a ele reconhecer o quantum critic e a partir dele ensejar mudanças profundas na sociedade. É a isto que se propõe este breve esboço investigatório.*

Palavras-chave: *quantum critic, (trans-)modernidade, transmutação, paradigma, estado de exceção.*

✉ Mestre em Filosofia do Direito e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2017). Bacharel em Direito pela Universidade Nove de Julho (2014). Licenciado em História pelas Faculdades Integradas de Guarulhos (2009). Pesquisador do grupo “Epistemologia Política do Direito”.

✉ o-viegaz@uol.com.br

Resumen: *Analizar el mundo actual requiere considerar diversos matices propios del ser humano y que se encuentran olvidados, escondidos ante una realidad que se muestra condicionante a una formación acrítica. Pensar en un mundo en estado de quantum critic para fomentar la toma de conciencia crítica que posibilitará la superación del pensamiento paradigmático cristalizado actual para pensar en otra realidad, una (trans-)modernidad, una modernidad en transformación, proponiéndonos encarar, debatir y criticar nuestra condición, permanencia y actuación en ese mundo deshumanizador. Es así que debemos ver en esta realidad simulada, para intentar entonces salir de esa situación y pensar en otras prácticas posibles en el futuro, prácticas centradas en el ser humano capaz de lidiar con su condición y aceptar que puede ser él el agente causante, tanto de la catástrofe como del cambio, correspondiendo a él la elección, y escoger el quantum critic y a partir de él, dar lugar a los cambios profundos en la sociedad. Es esto lo que se propone este breve esbozo de investigación.*

Palabras clave: *quantum critic, (trans-)modernidad, transmutación, paradigma, estado de excepción.*

Abstract: *Analyzing the current world requires us to consider different nuances proper to the human being and that are forgotten, hidden before a reality that is conditional to an uncritical formation. Think of a world in a quantum critic state to foster critical awareness that will enable us to overcome the present crystallized paradigmatic thinking to think of another reality, a (trans-)modernity, a changing modernity, proposing to face, debate and criticize our condition, permanence and performance in this dehumanizing world. This is how we should see ourselves in this simulated reality so that we try to get out of this situation and think about other possible practices in the future, practices centered on the human being able to deal with his condition and accept that he can be the causal agent of both, catastrophe or change, fitting to him the choice, it is up to him to recognize the quantum critic and from it to bring about profound changes in society. This is the purpose of this brief investigative outline.*

Keywords: *Quantum Critic, (Trans-)Modernity, Transmutation, Paradigm, Exception State.*

Introdução

O mundo moderno encontra-se frente a um grande dilema, outro mais dentro de tantos que já se fizeram e ruíram ao longo do Século XX e também deste jovem Século XXI, que quase tudo carrega do seu antepassado, inclusive as agruras e incapacidades de lidar com as reflexões sobre a essência e a existência —principalmente se considerarmos toda a relação proveniente do que Auschwitz proporcionou ao mundo ocidental—, reflexões essas mais do que preponderantes em dias nos quais a total perda de identidade se transmuta numa perda do próprio ser humano em sua completa desumanização —o que somente é viável pela desumanização realizada pela própria obra humana.

Essa necessária reflexão nos leva a pensar em formas de visão e construção da realidade, ou seja, em como a construção irreparável do mundo é uma condição profana existente no seio sagrado do mundo em que vivemos, com sua necessidade de desativação. O importante neste sentido é então compreendermos que o estado de exceção enquanto regra foi o responsável pela criação dos campos de concentração e que ainda existe um “restar” entre o que foi realizado e o que levamos na atualidade como fundamento constitutivo do moderno —ou para aqui utilizarmos um termo que nos é mais similar, numa “(trans-)modernidade”, numa modernidade que se encontra ainda em transmutação e transformação, mas que não somos capazes de lidar totalmente diante das lacunas que se colocam para compreendermos o verdadeiro papel do ser humano nesta relação.

Temos por certo uma dificuldade por pensarmos sempre em termos evolutivos, isto é, que as sociedades evoluem e praticamente deixam para trás seus fundamentos, sua base fundamental de existência, sua própria história cultural que é suplantada por modelos que buscam um algo diferente e diferenciado sem atentar-se em considerar os próprios problemas que permanecem das partes que não foram analisadas com o todo e que, por isso, permanecerão existindo e influenciando as relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas, como se revela nossa capacidade de afirmação que vi-

vemos em regimes democráticos responsáveis pelo fim e a derrocada do totalitarismo quando estamos diante da incapacidade de lidar justamente com as lacunas existentes que nos levam a dizer que as democracias são igualmente totalitárias, constituídas num estado de exceção que não aprendemos a desconstruir, mesmo após o que Auschwitz significou, sendo esta simulação democrática um arquétipo destrutivo do ser em sociedade e do qual a (trans-)modernidade pode ser um meio para se alcançar outros fins.

Pensarmos, então, numa abertura possível num mundo fechado, simulado numa realidade disforme que precisa ser novamente encontrada, ou melhor dizendo, reencontrada é considerarmos que existe a possibilidade dessa tomada de consciência nos levar a uma (trans)modernidade que realmente transforme, com o mundo em estado de *quantum critic*. Vivemos num período de transformações das mais variadas, principalmente dos instrumentos tecnológicos desumanizadores que se propagam e encarceram o ser humano em realidades distintas, sem as quais, por certo, hoje encontrar-se-ia perdido e sem estruturas para prosseguir numa sociedade que não há espaço para ele quando sua tecnologia é ultrapassada.

Reconhecer o mundo em estado de *quantum critic* —e que aqui deixaremos de esmiuçar para estudarmos em momento oportuno—, como propôs o professor Willis Santiago Guerra Filho, é reconhecer que existe uma parcela da filosofia —e, por isso, da própria humanidade— que possibilita ao entendimento de que existe uma transformação social e que seu momento encontra-se no presente, com as muitas possibilidades que nossa atual condição nos permite pensar. É reconhecermos, portanto, que a filosofia ainda tem um papel a cumprir no auxílio indispensável de se devolver a humanidade ao homem, algo que foi retirado com os campos de concentração e que se constitui ainda na atualidade como uma lacuna entre os acontecimentos e a compreensão que temos deles.

O mundo em estado de *quantum critic*, na pós-modernidade da era dos extremos, é perquirida como forma indelével de pensarmos em termos de reconciliação do homem consigo próprio. Este é o intuito de uma (trans)modernidade na atualidade da exceção contemporânea como regra: incutir um senso distinto de humanidade, em que não se tenha um simples agrupamento de pessoas viventes em sociedade, como igualmente que os ideais e vínculos em comum possam ser restabelecidos em comunidade, através de sua transformação.

Modernidade e Exceção: conflitos do Eu em sua relação com o Eu e o Nós

Refletirmos em termos de “evolução” significa, nas formas modernas, pensarmos sempre voltados ao futuro. É assim com as questões tecnológicas ou mesmo com o desenvolvimento de áreas da ciência. Mas seria o mesmo com relação ao pensamento humano? Seria o caso da filosofia, da história, da sociologia ou da psicologia serem vistas e postas como sobreposições de visões sem se considerar, nestes interstícios, os movimentos que a humanidade realiza? Ou mesmo em que condições se pode considerar essa gama de humanidades como justaposição de pensamentos, ignorando-se o passado e esperando, miraculosamente, aquilo que os “filósofos futuros” têm a oferecer?

Se quanto à tecnologia e em alguns ramos da ciência não é possível se considerar uma involução, focando especificamente na filosofia, não há como desconsiderar essa hipótese, mas não num sentido pejorativo que geralmente se aplica à esta suposição, e sim numa construção de se olhar ao passado para se prescrever uma possibilidade de humanização naquilo que se considera enquanto pós-modernidade, que se encontra, em verdade, ultrapassada em toda sua evolução, mais mística do que real, tornando a imprimir a desumanização do homem pelo próprio homem como seu paradigma dominante e constitutivo, sem se considerar que a (trans-)modernidade, a modernidade em constante transformação, deve ser encarada como uma realidade e não como mera utopia de loucos.

Analisando, por exemplo, o limiar do Século XX, veremos como os regimes totalitários —talvez aqui o ponto mais característico do que seria a pós-modernidade— foram preponderantes para o que se seguiu na segunda metade do século. Veja-se que também os países do chamado Cone Sul, durante a Guerra Fria (1945-1989/1991), sofreram com governos ditatoriais militares e que seu fim levaria, ao menos em teoria, a uma maior profusão de ideários centrados na liberdade e na igualdade. Entretanto, temos que estas construções se fazem num sentido inverso, isto é, a evolução se mostra uma desenvolução, uma involução —naquele sentido pejorativo que não desejamos aqui empregar— que nos leva a períodos novamente sombrios. A humanidade fracassou, mesmo depois dos campos de concentração e do que restou de Auschwitz e se não repetiu seus acontecimentos, não fez nada para entender como os dispositivos jurídicos foram utilizados para que o homem

fosse desumanizado e, linguisticamente, deixasse de ser até mesmo um homem.

Esse fracasso da humanidade foi o que permitiu que os ideários do iluminismo e do contratualismo fossem purgados, fazendo com que o estado de exceção, antes considerado como uma implicação da exclusão-inclusiva preponderante para fomentação da indistinção entre *zoé* e *bíos* se torne a regra no Estado Moderno, permitindo que a suspensão da norma seja apenas uma ponta de algo ainda maior, que configura, sim, a suspensão do próprio ser humano em sua humanidade, que lhe é retirada dentro deste paradoxal estatuto que passa a configurar a exceção como política do contemporâneo e sem a qual não se é possível pensar nem mesmo o que seria um Estado Moderno, já que é sua regra premente de existência.

O sistema político não ordena mais formas de vida e normas jurídicas num espaço determinado, mas contém no seu interior uma *localização deslocadora* que o excede, na qual toda forma de vida e toda norma pode ser virtualmente capturada. O campo como localização deslocadora é a matriz oculta da política em que ainda vivemos, a qual devemos aprender a reconhecer através de todas as suas metamorfoses. (Agamben, 2015, 47).

Existe um considerável problema na atualidade da qual não se pode fechar os olhos, um problema em muito criado pela pretendida derrocada dos regimes totalitários e do discurso democrático envolto dessas características. Diz-se isso em virtude do grande apelo que temos dentro dessas democracias modernas para ideários —muitos dos quais iluministas e contratualistas⁽¹⁾— sobre pontos que os regimes totalitários e, principalmente, o nazismo com os campos de concentração, tornaram inócuos em uma realidade diferente daquela que se apresenta em fundamentos modernos (ou pós-modernos).

A isso que Agamben trata enquanto “metamorfoses” do campo de concentração que devemos nos atentar não nos regimes totalitários, mas dentro do que se tem do discurso democrático, pois é neles que devemos aprender a reconhecer como nossas vidas, como um todo, encontram-se inseridas numa fratura do tempo e do espaço, no qual o estado de exceção se posiciona como fomentador da política, inclusive e sobretudo das democracias que se estabelecem dentro de parâmetros primordiais para todo e qualquer ser humano, ao

mesmo tempo que não é capaz de lidar com a desumanização ocorrida nos campos de concentração e que se fazem presentes mesmo na atualidade, revestidas e outros preceitos que, conforme bem observado por Giorgio Agamben, se tornam metamorfoses da exceção e, propriamente, do próprio campo de concentração em seu modelo mais atual.

As mudanças dentro desta conjuntura premente da modernidade na qual as democracias colocam como ultrapassadas criam a lacuna que separa a real compreensão do ocorrido nos campos de concentração daquilo que se tem através do discurso da derrocada dos regimes totalitários, imprimindo uma importante questão que deveria a todos nós ser levantada como fundamento de entendimento da atual realidade que, como dita, encontra-se na exceção do campo de concentração como matriz deslocadora da realidade. Trata-se, pois, de uma indagação salutar para compreensão de tudo o que passamos: “*o que é um campo, qual é sua estrutura jurídico-política, porque acontecimentos semelhantes puderam ter tido lugar ali?*” (Agamben, 2015, 41). É uma conjuntura complexa e difícil de ser pensada para um regime democrático, mas fundamental para que se tenha a real quantificação e alcance do que foram os campos de concentração e sua aferição mesmo após a queda dos regimes totalitários como parte integrante da formação política ocidental.

É por esta constatação que Giorgio Agamben atesta que a violência soberana fundadora do Estado não se encontra num pacto/contrato —daí a importância de sua filosofia para o que se considera a derrocada do contratualismo— e sim na exclusão-inclusiva da vida nua, do estado de exceção que não mais é mero constitutivo de uma ordem, como é a própria regra dessa existência estatal.

A violência soberana não é, na verdade, fundada sobre um pacto, mas sobre a inclusão exclusiva da vida nua no Estado. E, como o referente primeiro e imediato do poder soberano é, neste sentido, aquela vida matável e insacrificável que tem no *homo sacer* o seu paradigma, assim também, na pessoa do soberano, o lobisomem, o homem lobo do homem, habita estavelmente na cidade. (Agamben, 2010a, 113).

O fundamento da violência é essencial para se compreender como o estado de exceção se fomentou como regra na modernidade e imprimiu mesmo nos ditos regimes democráticos um conceito diferenciado do direito, da po-

lítica e do próprio ser humano, tanto que se tornou necessário um ramo específico do direito chamado de “direitos humanos” para se intencionar e classificar o que é um “ser humano”, dando a entender que, se existem direitos humanos, existem os “direitos inumanos”, algo que para nós se torna claro quando consideramos os acontecimentos dentro do campo de concentração e como estes foram criados através de institutos político-jurídicos, ou seja, a mesma política e o mesmo direito que são capazes de criar os direitos humanos criam também os direitos inumanos.

A esta conjuntura da pós-modernidade não podemos escapar, pois é dentro desse discurso democrático que vemos ruir muitas das considerações inerentes ao próprio homem ou que ao menos assim deveriam ser consideradas. Tem-se, portanto, que embora o campo de concentração tenha sido “apagado” junto com os regimes totalitários, que o discurso democrático dentro do que seria o fim desses regimes não nos permite enxergar as metamorfoses constantes do estado de exceção, que imprimem caracteres outros que deveriam ser considerados para toda e qualquer análise fundada nas relações político-jurídicas, já que as próprias democracias, em verdade, transmutam o estado de exceção —tanto as características do totalitarismo como dos campos de concentração— e criam novos modelos de acepção desta constatação, que encontram-se escondidas dentro de um discurso que não nos permite enxergar a ação da metamorfose da exceção, ou seja, mesmo nas democracias as relações se fundam numa violência tal qual a exclusão do campo de concentração, uma regra estatal.

Não somente isso. Se, doutro lado, prosseguirmos em análise sobre o que as democracias bradam como seu fundamento —o pleno exercício da liberdade— veremos também como a dificuldade de sua real efetivação é um forte indício de que essa evolução não abarca o ser humano, mostrando que ela, a evolução, não somente encontra barreiras fortíssimas, como igualmente se constitui fator preponderante duma total alienação e apreensão do ser linguístico.

Não há mais nada, na linguagem, de Deus, do mundo, do revelado: mas, nesse extremo desvelamento nadificante, a linguagem (a natureza linguística do homem) permanece mais uma vez escondida e separada e atinge assim, pela última vez, o poder, não dito, de se destinar em uma época histórica e em um estado: a era do espetáculo e do niilismo consumado. Por isso, o poder fundado na suposição de um fundamento va-

cila hoje em todo o planeta e os reinos da terra encaminham-se, um depois do outro, para o regime democrático-espetacular que constitui o acabamento da forma Estado. Muito antes das necessidades econômicas e do desenvolvimento tecnológico, o que empurra as nações da terra para um único destino comum é a alienação do ser lingüístico, o desenraizamento de todo povo da sua morada vital da língua. (Agamben, 2013, 74-75).

A permanência e a continuidade dum modelo que prega que estamos em constante evolução e que o retorno a um modelo anterior não seria possível devido ao alto grau de avanços ocorridos desde a Revolução Industrial e, em especial, com o pleno desenvolvimento do Século XX, talvez possa ser verdadeiro quando tratamos das tecnologias e das formas com que sua inserção na sociedade aconteceram, o que nem de perto pode se traduzir numa realidade apreensível, isto é, que o retorno não seria possível no atual grau de abstração da sociedade em termos da tecnologia e da importância dela em nossas vidas cotidianas —mesmo este texto não poderia ter sido escrito, impresso e publicado sem instrumentos tecnológicos para tanto. Esta máxima, contudo, não deve e não pode alcançar e sobrevaler na sociedade em termos humanos, ou seja, não há como se pensar que nós, seres humanos inseridos nos Séculos XX e XXI, somos “mais evoluídos” do que nossos antepassados (e aqui, novamente, os campos de concentração nazistas e todas as continuidades totalitárias que se apresentam nas democracias em pleno estado de exceção estão para provar o contrário).

Aqui é importante ainda mencionar o que Giorgio Agamben, no trecho acima, nos traz como sendo “o poder fundado na suposição de um fundamento”, algo que se revela como ilustração de nossa realidade humana. O fundamento está numa suposição de fundamento, da mesma forma que na sociedade atual encontramos-nos lastreados por suposições das mais variadas vertentes que, ao final, nada dizem e nada trazem, somente a permanência e a constância do pensamento de que os olhos da humanidade devem estar sempre voltados ao futuro, em que o passado, como dado inalterado, não pode contribuir com a construção de um novo velho ser humano, que tenha suas ações voltadas ao bem do ser humano e não a interesses unicamente privados, voltados para a satisfação exclusiva do “Eu” e ignorando o seu plural, “Nós”, transformando-nos em pequenos capitalistas das relações do Eu com os demais em sociedade (ou seja: somente o lucro pessoal é o que importa em detrimento

de todo o envolvimento que afetivo, emocional e social que se poderia ter visando a pluralização). É a polarização dum discurso que não fomenta outra coisa que não seu próprio fundamento da suposição de um fundamento, errático e errôneo, que nos faz caminhar para outros níveis que não encontram respaldo na realidade, mas numa tergiversação do que seria o real.

O ser humano, em sua incompletude, é colocado como um ser completo na modernidade: o homem enquanto centro do universo se transformou num adágio que, ao invés de fazer com que o homem volte seu pensamento ao homem, não a si próprio, resultou no individualismo exacerbado e impulsionado pelo capitalismo, sobretudo pela sua faceta voltada ao consumismo desenfreado, vendo ilusões a milhares —e milhões— de pessoas que não podem por elas pagar. Enquanto esse desastre da obra humana ocorre, permanecemos encarcerados em nossas próprias proposições que nada propõe, em nossa liberdade totalitária e em nossos escudos de defesa voltados à qualquer reação realmente humana que poderíamos experimentar e que, em última análise, nos negando, causando os muitos sofrimentos e apreensões que convivemos nesta pós-modernidade doente e doentia.

O homem depressivo é aquele *animal laborans* que explora a si mesmo e, quiçá deliberadamente, sem qualquer coação estranha. É agressor e vítima ao mesmo tempo. O *si-mesmo* em sentido enfático é ainda uma categoria imunológica. Mas a depressão se esquiva de todo e qualquer esquema imunológico. Ela irrompe no momento em que o sujeito de desempenho não pode mais *poder*. Ela é de princípio um *cansaço de fazer e de poder*. A lamúria do indivíduo depressivo de que *nada é possível* só se torna possível numa sociedade que crê que *nada é impossível*. Não-mais-poder-poder leva a uma autoacusação destrutiva e a uma autoagressão. O sujeito de desempenho encontra-se em guerra consigo mesmo. O depressivo é o inválido dessa guerra internalizada. A depressão é o adoecimento de uma sociedade que sofre sob o excesso de positividade. Reflete aquela humanidade que está em guerra consigo mesma. (Han, 2017a, 28-29).

Vivenciamos uma sociedade performática, cujas aparências e imagens contam mais do que o real que pode ser apreendido e vivenciado em plenitude do ser. O nosso imaginário, assim, está inundado das mais diversas formas de “mundos perfeitos” que não se concretizam na realidade, uma vez que essa

perfeição somente é atingida, quando muito, unicamente na acepção da linguagem, nos ruídos que balbuciamos sobre a vida e que, na verdade, não encontram respaldo no real da sociedade, posto que somos seres imperfeitos e, em nossa imperfeição, construímos sociedades perfeitas, prontas e acabadas, sem qualquer perspectiva de se pensar quanto o melhoramento humano depende do reconhecimento de sua imperfeição, de um sujeito que está preparado para receber e ser recebido quando necessário, imprimindo no seu cotidiano as relações sociais como devem ser estabelecidas, não falseadas por caprichos destoantes do Eu em sociedade, que geram as doenças psicossomáticas que nos deparamos na atualidade e que fomentam percepções distintas do quanto somos atingidos e do quanto nos deixamos atingir por essas questões inerentes dos conflitos emergentes do Eu com o Eu e com o Nós, ou seja, das relações intrapessoais e interpessoais, do privado e do público.

Considerar a alienação do homem na atualidade e a possibilidade de mudanças dentro de sua estrutura epistemológica perpassa o reconhecimento de ao menos duas características: (1) que somos seres incompletos e, portanto, passíveis de mudanças e desenvolvimentos dos mais diversos; e (2) que não necessariamente devemos pensar apenas e tão somente no futuro, ignorando o passado, pelo contrário, podendo ser pensada com vistas ao futuro, mas com fundamentos e ideários dos quais já nos foram passados e repassados e que, em determinado ponto de nossa ignorância evolutiva lacrada em nossos simulacros interpessoais, deixamos para trás como algo ultrapassado e sem fundamento, que pode de maneira muito antagônica ser, em realidade, respostas às nossas angústias. Somente com o reconhecimento de nossa incompletude é que alcançaremos a necessária possibilidade emancipatória para reconhecermos que os ensinamentos passados podem estar voltados para o futuro se os compreendermos no presente, não num sentido messiânico ou utópico, mas enquanto forma possível para se desativar o dispositivo⁽²⁾.

A ilusão da realidade nos faz entrar em espirais sem fim de aflição e angústia e ainda assim continuaremos criando meios de não aceitar os fatos, simulando nossas vidas como coisas reais de criações irreais. Não aceitamos que quando algo não possui solução deixa de ser um problema para se tornar um fato, o que nos atinge fortemente quando consideramos nossas tendências a fugir tanto dos fatos como dos problemas, encarando a tudo com possibilidades de soluções, mas sem pensar uma única solução, aumentando o sofrimento, a aflição e a angústia, que seriam menores caso aceitássemos e

víssemos o mundo de outra maneira, de uma forma mais humana, que quer dizer, mais incompleta, com vistas às possibilidades de emancipação do Eu com o Eu e com o Nós. É assim que poderemos pensar numa abordagem diferente, abandonando o paradigma dominante e pensando em maneiras emergentes de se viver.

Deixou de ser possível conceber estratégias emancipatórias genuínas no âmbito do paradigma dominante já que todas elas estão condenadas a transformar-se em outras tantas estratégias regulatórias. Em face disto o pensamento crítico para ser eficaz tem de assumir uma posição paradigmática: partir de uma crítica radical do paradigma dominante tanto de seus modelos regulatórios como dos seus modelos emancipatórios para com base nela e com recurso à imaginação utópica desenhar os primeiros traços de horizontes emancipatórios novos em que eventualmente se anuncia o paradigma emergente. (Santos, 2000, 16).

A experiência humana em termos de sociedade e de sociabilidade sofreu grande derrocada no Século XX. Se as filosofias iluministas, liberalista e contratualista impulsionaram e ensejaram transformações sociais das mais variadas estirpes, os campos de concentração trataram de apagar qualquer possibilidade de se pensar em termos de “soberania popular”, “cidadania” e “direitos humanos”. Pensar em (trans-)modernidade é pensar em como os institutos jurídicos possibilitaram os horrores tidos nos campos de concentração e, assim, sair desse paradigma dominante que nos cerca sobre uma realidade irreal e então tentarmos enfrentar conscientemente práticas emancipatórias que levem a um novo paradigma, a uma sociedade diferente que possa incutir verdadeiramente essa construção, não como ilusão ou sofrimento, mas como uma realidade constitutiva do ser humano.

Práticas meramente regulatórias são o fundamento de suposição que nos guia na vida cotidiana. Não basta estarmos inseridos num verdadeiro simulacro, precisamos ainda deixar e permitir que a irrealidade seja a condutora de nossas ações, algo que se prenuncia como verdadeiro problema, haja vista que seu resultado será um fato, não havendo solução para ele. Cabe-nos pensar, doutro ângulo, em práticas de emancipação neste sentido, para encontrarmos solução ao que ainda se constitui como um problema ou permaneceremos aguardando um ser humano “completo” quando não reconhecemos nossa “incompletude”, já que todas as bases se encontram numa realidade desumana e

cuja sociabilidade está estruturada em práticas de referência repetitiva, nos tornando quase autômatos em ações automáticas que levam a resultados fáticos que nos induzem a um futuro sombrio, numa sociedade que muito provavelmente já tenhamos vivenciado muitas de suas formas.

A individualidade premente em tempos de extrema ganância pessoal é um dos muitos motivos que nos impede de enxergarmos as inúmeras possibilidades decorrentes dessa emancipação por um paradigma emergente. Enquanto estagnados que estamos, nos tornamos incapazes de reconhecer que a (trans-)modernidade requer movimentos dentro do sistema, tornando-o capaz de lidar com a complexidade do mundo sem pensar ou lidar com novas possibilidades. Nosso estágio atual, entretanto, configura-se num engessamento de nossos individualismos e deixamos de perceber todo o mundo que se abre por meio de novas perspectivas paradigmáticas, que estão embaçadas, suplantadas e escondidas por um modelo neoliberal que prega a inércia do sujeito, fechado em suas doenças psicossomáticas.

O reconhecimento dessa situação é essencial para que possamos afastar essa nefasta realidade de nossas vidas e promover a superação paradigmática necessária para pensarmos em termos de (trans)modernidade, de uma modernidade em transformação constante, que visa novos caminhos a serem trilhados. Embora nosso esgotamento físico e mental, por vezes, nos levem a tentar adiar a aceitação de nossa própria situação, devemos entender que somente por essa prática poderemos sair do comodismo de ideias prontas e acabadas para seres humanos incompletos, algo que, por si só, demonstra-se conflitante em seus termos.

O mundo em *Quantum Critic* (de Willis Santiago Guerra Filho)

Se devemos entender o reconhecimento de uma situação ao qual leva pensarmos uma possibilidade de (trans-)modernidade, uma modernidade que pode ser vista como sempre em transformação, precisamos igualmente identificar como os gatilhos prementes de existência dessa motivação podem ser encarados na realidade. Essa mudança nos é proporcionada pela análise da nossa própria condição, que se apresenta como preponderante para compreensão dessa possibilidade de mudanças com o reconhecimento de nossa situação nadificante num mundo em pleno e completo estado de exceção que enseja, por isso, uma releitura de nossos caminhos e conclusões.

Assim, o mundo que conhecemos, se tomado por ponto de partida o seu estado de *quantum critic*, deve ser visto como o mundo em que as partículas coisificadas acontecem nos extremos, no limiar da mudança entre um e outro fundamento de existência, como a fronteira extrema que separou nos campos de concentração o humano do não-humano. Se tomarmos como indícios dessa vivência o mundo em *quantum critic*, por via de consequência confirmaremos a máxima trazida por Eric Hobsbawm —talvez um e senão o maior dentre os historiadores (OEV)— que vivemos numa “Era dos Extremos”⁽³⁾, já que vivemos um século breve e extremado, todo ele edificado em catástrofes e crises que permeiam a existência humana e que se fundaram nossas experiências políticas, históricas, sociais e jurídicas⁽⁴⁾.

Essa conclusão é muito significativa para nós, já que é nos extremos máximos, como próximo do zero absoluto (WSGF), que surge o *quantum critic*, a mudança e transição de fases que se torna inteligível mesmo encontrando-se na extremidade de tudo o que é conhecido. É no limiar de indistinção entre um estado e outro de transmutação que se encontra o *quantum critic*, manifestado neste infinitésimo de diferenciação entre seu estado atual e o novo que se prenuncia⁽⁵⁾. É nesta fase de transição que veremos a possibilidade de construção do mundo em *quantum critic*.

Da mesma forma que na natureza o *quantum critic* representa o infinitésimo ou velocidade instantânea entre as mudanças de fase, a fundamentação da ciência se encontra no *quantum critic* da transição do pensamento escolástico livre da álgebra para o pensamento moderno, totalmente dominado pela simbologia matemática. É deste ponto, ou mundo obscuro, de onde apostamos poderá surgir a filosofia superadora da dicotomia entre filosofia natural e filosofia humanística, uma dicotomia das dicotomias, quando outras haverão de ser igualmente superadas. (Guerra Filho, 2017, 88-89).

A superação paradigmática que aqui se encontra é uma forma de se conceber novos caminhos à filosofia. É de se considerar, dentro das muitas possibilidades que se apresentam em nossa sociedade, que nos encontramos num “mundo obscuro”, um local extremado que pode significar a justa mudança da dicotomia que nos encontramos, com o reconhecimento do estado de exceção que se fomenta e fundamenta em nossa realidade. Essa terceira via, a filosofia superadora, se apresenta como um caminho viável no *quantum cri-*

tic do mundo atual, principalmente se a analisarmos sob um viés de uma (trans-)modernidade com vistas ao futuro, mas sem esquecer de sua própria história constitutiva e que pode, em suas acepções, mudar seu ângulo de investidura analítica e permear o passado para edificar essa nova filosofia visando antes de tudo o ser humano.

É o que pensamos quando colocamos em premência de fundamento a própria vida, esta muito relevada e ignorada nos Séculos XX e XXI. A completa desumanização do homem pelo próprio homem através de mecanismos e aparatos jurídicos que permitiram sua total eliminação —seja pelos campos de concentração dos regimes totalitários ou pela bomba nuclear dos governos democráticos—, a vida que não vale a pena ser vivida, a segregação e pré-conceitos criados em torno de estrangeiros, refugiados ou minorias sexuais, são alguns dos exemplos mais pungentes que revelam que a vida humana encontra-se implicada em todas as relações que se estabelecem em sociedade, ainda que o lucro e o consumismo desenfreado não foquem nestas formas, ignorando a vida e enaltecendo o consumo do homem. É pela exclusão-inclusiva que essas vidas são vistas e, por isso, mera vidas biológicas, sem qualquer sentido de existência para além dessa constatação.

O moderno —e quando assim colocamos tratamos especificamente das filosofias que construíram suas bases, mais especificamente o contratualismo e o liberalismo— fracassou em seu intento de colocar o homem como um ser que, por definição, é um sujeito consciente, sabedor de seus direitos e deveres, livre dentro da sua condição humana. O moderno foi enterrado quando os campos de concentração surgiram e diversos seres humanos foram descaracterizados de sua condição, subcategorizados em “raça inferior”, sem que se pudesse ter claro o ser e qual definição humana se recairia sobre esse ser. Trazer novamente a vida para ser inserida na filosofia enquanto construção viva juntamente a um ser que não encontra sua definição em tempos de pós-modernidade é reconhecer a importância da (trans-)modernidade nesta formação filosófica.

Nesta última perspectiva, há sentido no universo e esse sentido é a vida, não havendo sentido na vida para além de si mesma —pelo menos, para os seres vivos. A filosofia, então, pode ser posta a serviço da vida, nesse ser vivo que somos nós, conscientes do fim da vida, o que pode nos tornar a vida sem sentido, cabendo à filosofia velar pela continui-

dade da vida nesse ser que a altera e questiona, altera-se questionando-a, tendo desenvolvido um conhecimento tal e uma organização social de tamanha complexidade e poderio que pode destruí-lo, rápida ou lentamente. E na base desse conhecimento está uma epistemologia, havendo ainda uma base biológica, vitalista, para a epistemologia, pois ela, como todo conhecimento, é uma função vital dos seres humanos. (Guerra Filho, 2017a, 26)

A filosofia voltada à vida pode ser vista como uma filosofia com sentido, pontuando aqui que a comunidade que vem pode encontrar-se fundada nos questionamentos que a própria filosofia deve fazer, ou seja, nas formulações voltadas à vida, ao autoconhecimento que o ser humano, em sua finitude, deve lidar diariamente. É um despertar do coma⁽⁶⁾, trazendo novamente a vida como parte da filosofia e suas implicações na vivência em sociedade, no mundo em *quantum critic*.

O *quantum critic*, então, é o momento do momento, o que caracteriza a linha tênue que separa entre um e outro e que se constitui como a massa crítica da transformação, da transmutação de uma realidade para outra. É dizer: o *quantum critic*, nas diversas áreas da ciência e das humanidades, é o ponto de mudança e transmutação de um estado ao outro e o reconhecimento de tal possibilidade dentro da epistemologia, da filosofia, é reconhecer que existe esse momento, esse infinitésimo de segundo que nos separa de uma e outra e que requer não somente nossa percepção aguçada para percebermos as nuances dessa transmutação, como igualmente que estejamos receptivos a ela. Encontrando-se num infinitésimo de momento, ser-nos-ia muito mais cômodo deixá-la passar ou ignorá-la, motivo pelo qual a constante autocrítica da nossa situação é fundamental para o reconhecimento desse *quantum* que nos caracteriza e que, em sentido particular, nos fomenta o verdadeiro avanço.

Se nos falta o conhecimento matemático para entendermos as partes em relacionamento com o todo (WSGF), nos falta também a capacidade de reconhecimento dos temas importantes de redescobrimto da vida e que se inserem nesta mesma realidade. Falta-nos, assim, a sobriedade para enxergarmos nossa incapacidade —e, portanto, que somos seres incompletos numa modernidade que insiste em nos tornar completos— para compreendermos essas situações da vida. São muitas transmutações para pensarmos num *quantum critic* filosófico e possível, sabendo realizar os devidos questionamentos para entender-

mos o mundo, a realidade e reconhecemos a mudança do nosso estado de coma ao mundo em *quantum critic* que se apresenta, aberto a mudanças.

Esta filosofia nova, a que denominaríamos sem restrições como filosofia quântica, do *quantum critic*, necessita entender minuciosamente a ciência moderna para fazer as perguntas apropriadas, a fim de que a ciência atual procure também estas respostas, ou estaremos destinados à estagnação, atolados em informação e sem um quadro referencial que a transforme em comunicação, entendimento e, mesmo, porque não dizer, amor. (Guerra Filho, 2017b, 422).

A receptividade ou não dessa nova filosofia quântica se mostrará fundamental para encontrarmos os parâmetros de respostas necessários. Uma “pureza” filosófica está longe de cogitação quando pensamos nesta acepção dos *quanta*, motivo pelo qual entendemos a proposição do professor Willis Santiago Guerra Filho ao tratar sobre nossa incapacidade de lidar com questões que permearam o pensamento humano desde a Antiguidade, premeditando a nós, pós-modernos, uma incompletude por nos encontrarmos distantes de debates intrínsecos à nossa existência, de temas que nos são muito caros e que relevamos para incutir apenas que o todo está presente em todas as partes, sem considerarmos, doutra vida, as relações que se podem (e devem) estabelecer entre as partes e o todo.

Temos um amontoado de informações que nada dizem, que não nos dizem respeito e, ainda assim, a consideramos mais valorativas do que as questões que realmente poderiam incorporar algum sentido à vida, como a filosofia se colocando a serviço dessa vida, desse sentido que procuramos empregar a ela ao mesmo tempo que fugimos de todas as confrontações necessárias para sua formação, para nossa própria formação. Ignoramos os questionamentos que nos fariam seres humanos melhores, enquanto outros, pautados num discurso que não nos pertence, são colocados como fontes de nossas “mais notáveis” mentes, na tentativa de prever um futuro impossível de previsão, que agem e nos impedem de pensarmos as relações das partes com o todo numa realidade atual, tornando nosso pensamento macro —quando somente o todo nos interessa— ou micro —quando a parte nos traz objetos de interesse— sem considerar como ambos se relacionam e se intermedeiam nas formas de um sistema social em que estamos todos inseridos, numa condição nadificante que perpassa o não-reconhecimento das muitas possibilidades do momento do *quantum critic*.

Vemos então que não podemos ter uma visão de mundo voltada ao determinismo ou, caso contrário, estaríamos encarcerados em doutrinas fechadas, prontas e acabadas, não ocorrendo possibilidades de se repensar o nosso pensar e, mais do que isso, não tendo qualquer como considerar uma nova forma de filosofia que possa surgir com o mundo em estado de *quantum critic*, ou seja, com o pensamento voltado às possibilidades de transmutação, de transformação, de (trans)modernidade, dentro de uma sociedade que não seja determinada, mas incerta⁽⁷⁾, sendo sua única certeza as possibilidades que se abrem, afinal de contas, “simplesmente, não tem mais sentido, no mundo ultracivilizado ocidental, continuar pregando o que não seja a in(ter/trans) disciplinaridade das filosofias, seu emaranhamento quântico” (Guerra Filho, 2017a, 91), reconhecendo-se a necessidade de pensarmos fora dessa realidade que nos é apresentada —e podemos dizer que é criada, simulada, simulacrada (além de simulada é lacrada, fechada), que nos traz dores e sofrimentos— neste estado de transmutação para pensarmos novas maneiras de se ver o mundo e o ser humano.

A análise estrutural, ao revelar o quantum filosófico em diversas formas de pensamento, no campo mais amplo da filosofia e outros mais restritos, em relação ao primeiro, como o da filosofia jurídica ou mais amplo, como o da Teoria da Comunicação, permite não apenas que elas sejam melhor conhecidas, até por meio de uma quantificação, como também traz consigo a possibilidade de se propor rearranjos de maneira mais consciente, tal como até o presente não teria ocorrido, realizando verdadeiros experimentos filosóficos. (Guerra Filho, 2017a, 95).

O *quantum* que a filosofia carrega em suas estruturas pode ser encontrado nas mais diversas áreas do conhecimento e, da mesma forma que a filosofia se encontra receptiva às formas de quantificação que lhe são fomentadas, entendemos também que a filosofia, ao cumprir um papel quantitativo na vida, no seu sentido, nos permite concebermos novos modelos de estruturação de nossas próprias faculdades, que em nossa modernidade foi relevada, ainda que se tenha o colocamento do ser humano como centro e como sujeito da relação de conhecimento com o objeto, o seu deslocamento é fundamental para que possamos entender essa transmutação do mundo, no infinitésimo possível do extremo em que o *quantum critic* cumprirá seu papel de inovar a realidade, de transformá-la, de levar a pós-modernidade marcada pela desumanização à uma (trans-)modernidade que reconhece na

filosofia quântica diferentes formas de concepção dessas mudanças.

Por mais cômoda que nossa realidade possa parecer, as tentativas de abriremos a porta da casa e sairmos às novas perspectivas do mundo é ainda mais difícil de tentar. Temos apego ao que conhecemos, mesmo que nesta realidade a dor e o sofrimento sejam os principais estímulos que recebemos do mundo. Quando reconhecemos a sociedade em estado de *quantum critic*, a possibilidade de sairmos deste “veneno mortal” —ou mesmo do nosso coma existencial— se apresenta como uma possibilidade viável de construção de um novo ser humano, de uma nova filosofia e de uma nova realidade, cujas partes se relacionam com o todo e cuja permanência dessa realidade a qual estamos apegados não se torna viável.

As transmutações decorrentes deste novo estágio, quando reconhecido e aceito, levam a um novo estado, em que o apego às coisas permanentes e certas, como se o futuro pudesse ser determinado e previsível, modificam nossa visão do mundo e da transformação possível. Se estamos apegados à realidade da forma que a vemos, ainda que com todos os sofrimentos dela decorrentes, o futuro será condicionado a este mesmo sofrimento, ao permanente que o apego não permite modificar. Veja-se então que o *quantum critic* nos oferece uma possibilidade de libertação, calcada numa incerteza, numa perspectiva de se pensar o humano com outra visão, voltado a outros interesses e cujo apego não estará em sua concepção da realidade, que somente lhe causa sofrimento, mas na possibilidade de focar em sua vida, dentro de uma comunicação que possa realmente levar ao comunicar-se humano.

A rede global de comunicação, aclamada como porta de uma nova e inaudita liberdade e, sobretudo, como fundamento tecnológico da iminente igualdade, é claramente usada com muita seletividade —trata-se na verdade de uma estreita fenda na parede, não de um portal. (Bauman, 1999, 79).

A decorrência clara de vivermos apegados àquilo que nos traz sofrimento é a impossibilidade de sairmos desse espectro de visão, ou seja, estaremos sempre fadados a enxergar o mundo partindo desse apego sem igual à uma realidade que nos faz sofrer. É neste mundo abalado e de irreconhecimento do *quantum critic*, da partícula quântica que fomenta a transmutação de nossa situação dependente do sofrimento, que deve ocorrer a mudança, ensejado a

(trans-)modernidade de sua característica transformadora, mudando nosso foco do apego à realidade para construção de uma realidade em que a filosofia poderá servir à vida, ao seu sentido mais salutar.

É no infinitésimo do extremo desse mundo em *quantum critic* que essa possibilidade se fará nascer. Aliás, com todos os acontecimentos do Século XX e também deste XXI, a Era dos Extremos nos permite conjecturarmos que este infinitésimo já se encontra em seu estado de *quantum critic*, faltando o nosso reconhecimento de sua evidenciação enquanto fator primordial na mudança e na superação paradigmática que devemos necessariamente passar para encontrarmos novas formas de lidar com a desumanização, com os dilemas e com todas as doenças psicossomáticas e físicas que acometem o homem na atualidade, através de uma filosofia que nos permita enxergar a (trans-)modernidade como um fator real de mudança, que não necessariamente virá do futuro, mas que se realizará nele.

Papel da (Trans-)Modernidade no mundo (em “Estado de *Quantum Critic*”)

Estamos num estágio de inegável transformação. A realidade em que estamos acostumados a vivenciar passa por verdadeira crise identitária que não lhe cega às possibilidades que se apresentam e que ensejam as transmutações necessárias. É dizer, sem margem para erro, que a cegueira coloca em risco enxergamos a manifestação do *quantum critic* no nosso mundo, estigmatizado pela não-aceitação de mudanças estruturais mesmo quando as próprias estruturas encontram-se flutuando, sem bases para permanência numa sociedade pautada pela ingerência do ser humano com relação ao próprio ser humano.

Não lidamos com a vida e com nossa realidade da forma que deveríamos. Não enfrentamos nossos problemas, fugimos deles; tratamos fatos como problemas, procurando soluções para algo consumado, fático; não aprendemos com o sofrimento que o apego à realidade nos causa, pelo contrário, continuamos repetindo nossos erros. Consideramos, até por certos aspectos, fugaz e inútil lidarmos com determinadas situações, lidarmos com nosso próprio Eu, para enxergamos a vida de outra forma, numa forma quântica.

O legado da humanidade à (trans-)modernidade será, desta maneira, descer do pedestal em que o próprio homem se colocou e reconhecer que a trans-

formação é factível e viável dentro de suas próprias formas. Se o homem retirou Deus e se colocou em seu lugar —e aqui nem mesmo fazemos referência ao clássico ato de Napoleão Bonaparte ao arrancar a coroa das mãos do Papa Pio VII e se auto-coroando Imperador de França e mostrar a superioridade do poder terreno e mundano sobre o eterno e sagrado—, mas sim da pretensa autossuficiência humana frente à sua verdadeira forma, incompleta e frágil, reconhecendo-se, desta maneira, não somente a mudança do paradigma dominante atual, como nossas próprias mazelas e patologias, possibilitando o mundo em *quantum critic* de se realizar.

Aliás, este é outro problema que se relaciona com o *quantum critic*, caracterizado pela falta de empatia e de reconhecimento dentro do próprio grupo que existimos, não havendo o mínimo de respeito ao outro, ao diferente, que não é um inimigo, mas simplesmente alguém (uma parte) que está também neste mesmo mundo em transformação (o todo), algo que sem dúvidas recai até mesmo na forma com que a política e o governo se portam atualmente.

Donde antes la pertenencia social se definía em primer lugar por condiciones y status de distinto tipo (nobles y miembros de comunidades de culto, labriegos y mercaderes, padres de familia y parientes, habitantes de la ciudad y del campo, señores y clientes) y, sólo en un segundo momento, por la ciudadanía, con los derechos y deberes que implicaba, ahora es esta la que se convierte como tal en el criterio político de la identidad social. (Agamben, 2017, 26-27).

Por isso, repensar o papel da filosofia na sociedade (trans-)moderna é essencial nesse mundo, nessa crise existencial em que estamos todos inseridos. Devemos pensar a filosofia de forma quântica, como uma partícula genética necessária para se compreender o mundo e enfrentar as discussões sobre ele. É pensar de formas interdisciplinares, pois a própria filosofia ao se permitir a abertura aos *quanta*, está se colocando em possibilidades de enxergamos o todo com relação às partes e de como igualmente nossa vida encontra-se conectada aos fenômenos, dos quais não estão dissociados de nossa vivência e, se assim o considerarmos, estaremos também a afirmar [e reafirmar] nossos sofrimentos, fazendo com que as condições políticas, sociais e jurídicas, longe de se permitirem transformam e superar o paradigma dominante, permaneçam engessadas e conservando sua imutabilidade.

Os fenômenos não estão desconectados da realidade, embora muitas vezes pareça que nós, humanos, sim, estamos totalmente dissociados da realidade e assim não identificamos os fenômenos, suas conexões e a interdependência do ser humano com todas as demais áreas, tornando o conhecimento tão precário e parcial quanto nossa própria existência nesse mundo, sem conseguir reconhecer e discernir nossa atuação e os reflexos causados por ela. Como alertado pelo professor Willis Santiago Guerra Filho, temos uma grande dificuldade —herança de nossa modernidade— de reconhecermos a relação do todo com as partes, o que influi diretamente nas questões que envolvem nossa atuação na sociedade, principalmente por não conseguirmos lidar com essa realidade como ela deve ser enfrentada, aumentando nossos sofrimentos e nossos apegos a fundamentos que nada fundamentam, tornando dificultosa a mudança e a transmutação necessárias.

Este é um papel que, em tempos de total esgotamento físico e mental do homem, bem como dos fracassos liberais e contratualistas, que o reconhecimento do mundo em estado de *quantum critic* pode proporcionar, levando ao necessário autoconhecimento, à autocrítica, ao primordial desprendimento dessa realidade massacrante e sofrida que nos apegamos como se tudo estivesse bem e normal num navio naufragando. Tal parte constante da aceção crítica da realidade deve ser entendida na era dos extremos como a possibilidade de virada e da retomada de um pensar humano, uma vez que estamos vivenciando como a incapacidade de lidar com determinados pontos da história e do pensamento modernos —como o estado de exceção enquanto ou os regimes totalitários encampam também a incapacidade que nos cerca para compreender a dominação de um paradigma que não nos abandona e, pelo contrário, concentra ainda mais sua forma de poder dentro da gerência governamental.

Si hoy en día presenciamos la dominación aplastante del gobierno y la economía sobre una soberanía popular que ha sido progresivamente vaciada de todo sentido, es tal vez porque las democracias occidentales están pagando el precio de una herencia filosófica que habían asumido sin beneficio de inventario. El malentendido que implica concebir el gobierno como simple poder ejecutivo es uno de los errores más cargados de consecuencias en la historia de la política occidental. Se ha discutido sobre el hecho de que la reflexión política de la modernidad se esconda detrás de abstracciones vacías como la ley, la voluntad general y la soberanía popular, dejando el problema del gobierno y su ar-

ticulación de lo soberano. (Agamben, 2010b, 13).

O governo não é apenas o poder executivo, mas engendra outros mecanismos e concepções que recaem sobre toda a forma de governabilidade e formação da vida em sociedade, sem que com isso tenhamos tempo de pensar se a política moderna é, de forma evidenciada, uma política democrática. A filosofia, em sua ânsia modernista de exigir a verdade absoluta, tornou-se em sua essência a não-filosofia, ensejando a desconstrução dessa formação dialética que lhe é própria. Deixou de pontuar a inconclusão para nos fornecer a segurança que todos necessitamos para viver, contribuindo para nossa cegueira da realidade e pela certeza de que somos seres completos, falácias essas vendidas e propagadas como verdades fundamentais de nossa existência e que, com o advento dos regimes totalitários, demonstrou a precariedade da vida humana nestas verdades e certezas que não combinam com nossa condição.

Este é um ponto crucial para se reconhecer o mundo em estado de *quantum critic* e que este reconhecimento nos propicia compreender. Não há a exigência da verdade, mas de que as condições atuais encontram campo de modificação, de transmutação —de (trans-)modernidade— para pensarmos em como a vida humana incide nas relações sociais nas formas que se encontram estabelecidas e como podemos modificá-las, ensejando e construindo no ser humano outras possibilidades de vivência, estas não fundadas na certeza absoluta e perquirição da exigência da verdade e sim no entendimento e na aceitação de nossa condição de seres incompletos, inconclusos, em cuja realidade se vive não pela certeza e pela iminência de que a verdade deve ser encontrada a todo custo. Essa vida deixa de ser vida vivível ao excluir a dialética, própria do ser humano, para incutir a verdade como única forma possível de se viver. Encerrando as possibilidades de dialética num ser que é por essência dialético, a contemporaneidade cria no ser humano diversas doenças que lhe afligem a alma, o corpo e a psique sem lhe permitir quebrar os grilhões, já que apresenta uma única realidade possível e passível de vivência.

Ora, se vivemos tempos sombrios em termos de governo, igualmente não podemos deixar de considerar que a própria vida do homem assim está, como um prolongamento da sua vida social. Pensar que o mundo em *quantum critic* pode significar o resgate de uma essência filosófica que se encontra esquecida, suplantada nas instâncias inferiores enquanto a busca incessante por

uma verdade, por uma certeza absoluta, constituem o fator de “segurança” humana é considerar que existe ainda como sair da caverna de nossa cegueira. A partícula do *quantum critic* se encontra, como colocado pelo professor Willis Santiago Guerra Filho, nos extremos e próximo a essas categorias que se intensificam —como o zero absoluto—, sendo crível dizermos, neste momento, que a modernidade propagou a segurança, a certeza e a verdade de maneira tão contundente que as tornou absolutas, condição essa que, em nossa era dos extremos, permite o reconhecimento da necessária transmutação de um estado ao outro.

É a normalização do inadmissível que se torna prática certa de governo, tornando o estado de exceção a regra por excelência da modernidade, calcado em formas distintas de se considerar a vida inserida em sociedade —como por exemplo eximir militares de investigação e processo em casos de assassinato.

Um dos paradoxos do estado de exceção quer que, nele, seja impossível distinguir a transgressão da lei e a sua execução, de modo que o que está de acordo com a norma e o que a viola coincidem, nele, sem resíduos (quem passeia após o toque de recolher não está transgredindo a lei mais do que o soldado que, eventualmente, o mate a esteja executando). (Agamben, 2010a, 62).

A (trans-)modernidade é o momento de transformação, de transmutação da comunicação, do conhecimento e do ser humano pois é quando o homem se encontra no seu extremo da segurança de “verdades absolutas” que o *quantum critic* aparece. É por ele que o sentido da vida, aquele vínculo esquecido entre os homens na (e em) sociedade pode ser reconstruído, pensando não em termos únicos de uma sociedade, com sujeitos individualizados e individualistas, porém, em termos de comunidade, de humanização dos vínculos há muito esquecidos.

É necessário pensarmos em termos de sociedade e que esse pensamento possa ser, em suas medidas, crítico ao sistema operante na atualidade, criador duma realidade diametralmente oposta ao que se vive —uma espetacular simulação do real— verificando no campo de atuação crítico do pensamento um permitir a novos caminhos para sairmos desse estado de torpor existencial que não nos deixa ir além de nosso apego incessante a esta simulação, ao que não nos traz nada de novo e permanece encampando nosso imaginário.

Tanto é uma necessidade como uma realidade, posto que os regimes totalitários, longe de serem uma parte esquecida e apagada da história com o fim da Segunda Guerra Mundial, retoma com grande força não somente nos países Europeus, como igualmente no continente Americano (caso de Estados Unidos e, mais recentemente, o próprio Brasil).

A dialética, o ser crítico, é característica do humano. A passividade dos tempos pós-modernos ignora sua consciência universal e salutar, em que o pensamento não é voltado para algo crítico, político, fomentando debates e fundamentando sua vida em bases realmente vivas. Sua realidade, doutro modo, é acrítica, pautada na permanência da situação por mero comodismo, por não se permitir ao reconhecimento da mudança iminente que se aproxima e se lastreia através dessa (trans)modernidade, da modernidade que alcançou seu ponto crítico.

Dentro desse prospecto, verificamos como as condições psicossomáticas aumentaram significativamente, sendo que a depressão, hoje, se constitui como um dos principais problemas que nos levam a reconhecer o *quantum critic*, pois as relações sociais estão rompidas, já que não enxergamos como as relações do campo de concentração ainda se encontram presentes e fundamentando inclusive nossas relações políticas, estruturadas sobretudo na segurança jurídica como pressuposto de existência desses Estados.

O sujeito da obediência e o sujeito disciplinar se encontram com o *outro*, que se manifesta como Deus, soberano ou consciência moral. Estão submetidos a uma instância exterior, da qual provêm não apenas repressão e punição, mas também *gratificação*. O sujeito da sociedade de desempenho, ao contrário, é marcado por uma autorrelacionalidade narcisista. Em virtude da falta de gratificação por parte do outro, ele se vê obrigado a produzir sempre mais e cada vez com melhor desempenho. [...] A depressão pode ser qualificada como uma perturbação narcisista, tendo seu ponto de partida em uma relação rompida com o *outro* e também com a falta de relacionamento externo e com o mundo. (Han, 2017b, 100-101).

O modelo instituído de convivência interpessoal abala também as possibilidades de convivência intrapessoal, que novamente, ao tornar para o exterior, estará corrompida e comprometida. Não que todas as formas de relações

sejam nocivas, mas temos que a crescente onda pautada numa obediência extrema —cuja constância de repressão, punição e gratificação se entrelaçam na mesma pessoa— leva à depressão que não somente é vista no sujeito, como em toda a sociedade, que se funda em pressupostos outros, buscando interesses desvencilhados com a real vida em sociedade. O ser humano deixa de ser compreendido em sua dialética de existência para viver tão somente focado em seu individualismo pungente e reinante, um sintoma muito característico dos tempos pós-modernos (desde a abdução e captura pelo celular e seus aplicativos até as redes sociais que possuem papel primordial no dessocializar).

A disfunção social que surge com as doenças psicossomáticas engendram um individualismo preocupante que passa a ser visto em outras áreas da vida, isto é, ganham força em terrenos que, teórica e oficialmente, não deveriam nem ao menos postular uma vaga. Quando o ser humano encontra-se doente, a sociedade igualmente se desvanece e passa a sofrer com seus próprios males, com suas doenças próprias de um corpo febril —aqui não somente fazemos relação à medicina humana, como também à “medicina política”— tornando a relação do *homo sacer* com o poder soberano constitutiva do estado de exceção e ainda mais: do estado de exceção enquanto regra.

É o que se percebe com o surgimento dos regimes totalitários no início do Século XX e que hoje se concentra, quase um século após, no ressurgimento de um viés da extrema-direita em diversas partes do Mundo, imprimindo a relação de exceção como própria e características dessas supostas democracias, que antes de tudo e em verdade, se lastreiam pela exceção e por práticas totalitárias, tornando o discurso a principal forma de apreensão da sociedade e do ser linguístico. Veja-se como, por exemplo, a jurisdição de exceção possui papel fundamental para criar a situação de exceção ou mesmo para convalidar a exceção já existente, algo que fica muito evidenciado nos acontecimentos recentes da República Brasileira, mas especificamente o que ocorre desde o *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff, perpassando pelos desmandos da Lava-Jato e, mais recentemente, pela assunção do juiz responsável por essa operação sendo elevado ao cargo de Ministro da Justiça —confirmando que os julgamentos eram e são políticos e denotando o estado de exceção como regra pelo Poder Judiciário.

A exceção estará presente na jurisdição quando suas decisões se apresentarem como mecanismos de desconstrução do direito, com finali-

dade eminentemente política, seja pela suspensão da própria democracia —como ocorreu, por exemplo, na América Latina, em países como Paraguai e Honduras—, seja pela suspensão de direitos da sociedade ou parcela dela, como de fato ocorreu e ainda ocorre no Brasil. (Serrano, 2016, 104).

As tendências e características totalitárias estão presentes de maneira muito marcante nos eventos mais recentes ocorridos no Mundo Ocidental, seja nos países do Hemisfério Sul ou Norte. A pujança de sua presença se faz sentir tanto nos atos com força-de-lei do Executivo como pela convalidação pelo Poder Judiciário, parte integrante do todo que é o Estado, que ao invés de sopesar juntamente ao Legislativo e Executivo para que um freie o outro, encontra-se na mesma máquina de instauramento do estado de exceção enquanto regra, tornando o homo sacer o fundamento originário da política moderna e que não pode ser ignorado —como os campos de concentração o são— na construção de uma real (trans-)modernidade.

Aceitar a nossa condição de ser inconcluso e inserido no estado de exceção como regra é técnica de governo é o primeiro passo de reconhecimento para que a (trans-)modernidade seja uma realidade, pois este é o infinitésimo de segundo para nós nos inserirmos no já existente *quantum critic*. É de se dizer que o ser humano precisa se encontrar em sua condição nadificante na atualidade e, com práticas emancipatórias, prover uma nova realidade e uma forma de se pensar em possibilidades outras que levem a verdadeiras formas democráticas que não perpassem o totalitarismo que vivenciamos na atualidade, com a crescente desilusão da política e a depressão com a vida.

A contribuição que a filosofia poderia permitir, nestes interstícios, se mostra quando vemos, apesar do nosso apego à realidade conhecida, que existe ainda insatisfação com essa mesma realidade, imprimindo, assim, um caráter de questionamentos das certezas e verdades absolutas impostas na modernidade. O *quantum critic* é, também, o momento de reconhecimento do pensamento crítico ao nosso estado atual, ensejando a mudança, a transmutação que a (trans-)modernidade pressupõe e propõe, possibilitando sair da condição catatônica que leva à cegueira do totalitarismo social e inclusive do privado (com a depressão).

Considerações Finais

O mundo em estado de *quantum critic* é uma realidade se nos permitirmos enxergá-la sem nossos pré-conceitos, pré-juízos e se deixarmos de lado o apego incondicional que empregamos grande força e que, ao final, somente faz crescer as doenças psicossomáticas que nos afligem. Se nosso sofrimento possui como base a inclinação àquilo que nos distancia de nós mesmos e dos demais, vemos que esta constatação foi levada à um limite sem igual com as tecnologias e com o advento da pós-modernidade, que se afasta do ser humano na mesma medida que o exalta.

Se a (trans-)modernidade encontra-se no futuro projetado por esta realidade, mais do que nunca é preciso repensarmos então o que entendemos e o que podemos, teleologicamente, pensar sobre o que seria “um verdadeiro futuro”. É aqui que o reconhecimento do estado de *quantum critic* no mundo atual pode nos auxiliar a fornecer outras bases estruturais para considerarmos a modernidade em transmutação, em constante mudança, não estagnada em seus próprios fundamentos como se fosse a última *ratio* da evolução humana que, formada de seres pretensamente completos, somente faz transparecer sua incompletude e suas patologias mais severas do seu individualismo dominante em detrimento do humano, promovendo de forma muito evidenciada nas últimas décadas o ressurgimento de um pensamento totalitário e antidemocrático, que cresce de forma alarmante e assustadora em todas as partes do globo.

Vivemos uma grande crise existencial e sem precedentes na história, muito em função das tecnologias que nos assolam, como igualmente de nossa própria condição maquinal, transformados em meros espectros de existência que não permitem o reconhecimento de nossa condição de fragilidade, incerteza e incompletude no mundo —que o *quantum critic* permitiria perceber—, incidindo sobre nossas vidas, meras espectadoras de uma realidade inóspita, a impossibilidade de mudança se continuarmos concentrados em certezas e verdades distantes da vida, que se encontra em transmutação, caso consigamos perceber esses seus sinais.

A o mundo em estado de *quantum critic* é aquele que nos permite reconhecer que as transformações que necessitamos podem ter suas bases nas muitas crises da atualidade que, estruturadas nesta ausência de dialética e na passividade acrítica, somente produzirá igualmente um pensamento não vol-

tado ao humano, apenas centrando esforços na “continuidade” da evolução do homem quando, em verdade, as reais evoluções não estarão concentradas no desenvolvimento do ser humano e em suas relações sociais —totalmente mitigadas— e sim somente na concentração de pessoas em grupos, sem que qualquer vínculo essencialmente profundo e existencialmente verdadeiro possa ser estabelecido e mantido.

A (trans-)modernidade, a modernidade em transformação, pressupõe que estejamos cientes de nossa condição e, portanto, que possamos ser autocríticos para fomentar as críticas filosóficas, políticas, sociais ou jurídicas fundamentais que permitirão visualizarmos o mundo em *quantum critic*, bastando para nós sairmos de nossa condição alienante e encontrarmos seus vestígios, como formas de nos entendermos e entendermos o que é o *quantum critic*, em sua condição extrema que enseja as mudanças (até mesmo para se enxergar que as mudanças existem e são plenamente possíveis).

Aliás, é de se destacar que a ideia de algo em transformação não é moderna (pós- ou hipermoderna), já que o mundo, a sociedade e o ser humano encontram-se em constante mutação, ou seja, a única coisa que não muda é que as coisas mudam e se transformam, por isso considerarmos a modernidade como (trans-)modernidade, uma modernidade ainda em transformação e transmutação para alcançarmos, quem sabe, o reconhecimento do nosso estado e desse mundo em *quantum critic* e não como algo pronto e acabado, pensamento este característico da modernidade e que levou ao totalitarismo e aos campos de concentração.

É neste ponto crítico que o despertar do ser humano propicia o entendimento de que a era dos extremos chega a um momento derradeiro e que o *quantum critic* para transmutação dessa realidade é algo novo e possível, um algo humano e que pode servir ao seus sentidos, que se encontra em fase de ebulição, quando não apenas o reconhecimento dessa mudança, como principalmente as ações voltadas para sua realização deverão, por consequência, serem consideradas como partes do todo, relacionando-se entre si na interdependência humana, realizando-se o *quantum critic* do mundo e da filosofia, com a (trans-)modernidade preparada para suas mudanças e aberta a realizá-las: um salto do ser humano para fora de sua depressão (particular e social).

Referências

- Agamben, G. (2017). *Stasis: La Guerra Civil Como Paradigma Político*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- Agamben, G. (2015). *Meios Sem Fim: Notas Sobre a Política*. Belo Horizonte: Autêntica.
- Agamben, G. (2014). *O Amigo & O que é um Dispositivo?* Chapecó: Argos.
- Agamben, G. (2013). *A Comunidade que Vem*. Belo Horizonte: Autêntica.
- Agamben, G. (2010a). *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Belo Horizonte: UFMG.
- Agamben, G. (2010b). Nota Preliminar Sobre El Concepto de la Democracia. En: G. Agamben, et. al. *Democracia, ¿En qué estado?* Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Bauman, Z. (1999). *Globalização: As Consequências Humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- Guerra Filho, W. S. (2017a). *Quantum Critic: Conhecimento e Comunicação em Transmutação Físico-Matemática*. Tese de Doutorado em Comunicação e Semiótica. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
- Guerra Filho, W. S. (2017b). Transmutação Epistemológica: o Jogo entre Ciência, Filosofia e Mundo (em Estado de Quantum Critic). En: H. G. Carnio, N. Carvalho Filho, C. N. M. Rêgo (Orgs.). *Coragem e Racionalidade Jurídica: O Jogo sem Fim do Direito* (pp. 417-438). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Han, B. C. (2017a). *Sociedade do Cansaço*. Petrópolis: Vozes.
- Han, B. C. (2017^a). *Topologia da Violência*. Petrópolis: Vozes.

Hobsbawm, E. (1995). *A Era dos Extremos – O Breve Século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras.

Santos, B. de S. (2000). *A Crítica da Razão Indolente – Contra o Desperdício da Experiência*. São Paulo: Cortez.

Schmitt, C. (2009). *O Conceito do Político – Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey.

Serrano, P. E. A. P. (2016). *Autoritarismo e Golpes na América Latina: Breve Ensaio Sobre Jurisdição e Exceção*. São Paulo: Alameda.

Notas

¹ Sobre o tema, bem exposta Carl Schmitt ao considerar todas as acepções e conceitos que se transformaram com a epopéia criada em torno do Estado e de como a nova configuração partindo de outras formas de constituição estatais modificou as estruturas da vida política na Europa, findando com o iluminismo que tentou se construir: “A parte europeia da humanidade vivia, até pouco tempo, em uma época cujos conceitos jurídicos estavam totalmente cunhados pelo Estado e pressupunham o Estado como modelo de unidade política. A época da estatalidade chega agora a seu fim. Não há que perder mais palavras a respeito. Com ela chega ao fim toda superestrutura de conceitos relacionados ao Estado, erguida em quatro séculos de trabalho intelectual por uma ciência jurídica pública e internacional eurocêntrica”. (Schmitt, C. (2009). *O Conceito do Político – Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, p. 8).

² Acerca do importante processo de desativação do dispositivo que fomenta, igualmente, uma mudança do processo de *dessubjetivação* que a configuração do sagrado sobre o dispositivo acarreta, Agamben bem coloca sobre a necessidade de se profanar o dispositivo (e com isso o sagrado): “No lugar do anunciado fim da história, assiste-se, com efeito, ao incessante girar em vão da máquina, que, numa espécie de desmedida paródia da *oikonomia* teológica, assumiu sobre si a herança de um governo providencial do mundo que, ao invés de salvá-lo, o conduz – fiel, nisso, à originária vocação escatológica da providência – à catástrofe. O problema da profanação dos dispositivos –

isto é, da restituição ao uso comum daquilo que foi capturado e separado nesses – é, por isso, tanto mais urgente. Ele não se deixará colocar corretamente se aqueles que dele se encarregam não estiverem em condições de intervir sobre os processos de subjetivação, assim como sobre os dispositivos, para levar à luz aquele Ingovernável, que é o início e, ao mesmo tempo, o ponto de fuga de toda política”. (Agamben, G. (2014). *O Amigo & O que é um Dispositivo?* Chapecó: Editora Argos, p. 51).

³ Cf. Hobsbawm, E. (1995). *A Era dos Extremos – O Breve Século XX (1914-1991)*. São Paulo: Editora Companhia das Letras.

⁴ Bem explica Giorgio Agamben quando consideramos toda discussão que a própria forma do que é “democracia” nos permite pensar e conjecturar, com duas perguntas centrais para levarmos em consideração sobre qualquer possibilidade de debate democrático: “¿De qué se habla al hablar de democracia? ¿De qué racionalidad depende este término, exactamente? Una observación, por poca que sea, muestra que aquellos que debaten hoy en día sobre la democracia entienden por este término a veces una forma de constitución del cuerpo político y otras veces una técnica de gobierno. Así pues, el término se remite a la vez a la conceptualidad del derecho público y la de la práctica administrativa: designa tanto la forma de legitimación del poder como las modalidades de su ejercicio. Como es evidente para todo el mundo que, en el discurso político contemporáneo, este término se relaciona más frecuentemente con una técnica de gobierno —que, como tal, no es para nada tranquilizador—, se entiende el malestar de aquellos que continúan usando el primer sentido de manera sincera”. (Agamben, G. (2010b). Nota Preliminar Sobre El Concepto de la Democracia. En: Agamben, G. et. al. *Democracia, ¿En qué estado?* Buenos Aires: Prometeo Libros, p. 11).

⁵ Cf. Guerra Filho, W. S. (2017a). *Quantum Critic: Conhecimento e Comunicação em Transmutação Físico-Matemática*. Tese de Doutorado em Comunicação e Semiótica. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), pp. 88-9.

⁶ Cf. Guerra Filho, W. S. (2017b). Transmutação Epistemológica: o Jogo entre Ciência, Filosofia e Mundo (em Estado de Quantum Critic). En: Carnio, H. G., Carvalho Filho, N., Rêgo, C. N. M. (Orgs.). *Coragem e Racionalidade Juri-*

dica: O Jogo sem Fim do Direito (pp. 417-438). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 420.

⁷Sobre o princípio da incerteza num mundo em *quantum critic*, podemos citar outra vez mais o professor Willis Santiago Guerra Filho: “O princípio da incerteza tem implicações profundas sobre como vemos a natureza, simplesmente tornando a mesma em algo muito próximo ao espírito, que experimenta a sensação de liberdade. Próximos já de completarmos um século de sua formulação, o princípio da incerteza parece que não foi ainda devidamente apreciado por filósofos e sendo ainda motivo de muita controvérsia entre cientistas. O elo entre Heisenberg, Planck, Duns Scotus e Guilherme de Ockham não foi devidamente explorado, tendo em vista a ausência de uma filosofia do espírito renovada, como aqui se vislumbra. O princípio da incerteza foi o fim do modelo determinista. Não podemos prever os acontecimentos futuros com exatidão —o pior é que não podemos nem mesmo medir nosso estado atual de forma precisa, mas temos o parâmetro transcendental da incerteza, que é uma propriedade fundamental do universo, pois até Deus respeitaria a incerteza”. (Guerra Filho, W. S. (2017a). *Quantum Critic: Conhecimento e Comunicação em Transmutação Físico-Matemática*. Tese de Doutorado em Comunicação e Semiótica. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), p. 85).

Pablo Guerra ↵

R" "' +\$' !": 2D\$ *\$ \$ a \$') a*a "% " +(a%
" &) % () (* " ! a! &a! - *a3 P(* B" a,*\$ D- *0' P" ' " ! (.
M(' , ". \$ " (: F- ' ! a \$' ! " C- % *a U \$ " *+\$a*\$, 2018.
312) 0#+. ISBN: 978-9974-2-1069-1

L&P6+*736&B*86=D96>2,) * 6*(323(.) &86&*(86&*2 *0127888) *
D*6*(-3) *0" 6& &3 <! *, 96) & ! 3(.80) * 0&F&(9088)) * D*6*(-3 (# 2.: *6
7.) &) * 0& *4C 0(& # 0, 9&), 23746*7*28&*2 92 6*(. *28* 8*; 83 49' 0(& 3
4360&FC# *06*79088) 3) * 0&.2: *78, &.B2 59*) *7&6630B *2 *01 &6(3) * 79
" *7.74&6&0&3' 8*2(.B2) *0" 00B (31 3 M>78*6 *2 D*6*(-3 L& 3680

A B 0&6 3) * 92&7 300 4>, .2&7, 0&&836&) *7&6630&92&8*1 >8(&1 9<
4*682*28* 801 *2374368*7 6&=32*7.

L&461 *6&) * *0&7 8*2* 59* : *6(32 *03' /*88) * *789).3) *7) * *049288
) * : .78&) *1 3, 6+.(3: 23 (& *)9) &59*923) * 0B7 (& ' .37) * 1 >.1 4&88
*2 *01 92) 3 (328*1 436>2*3,) *7) * *78&).7(.402& *7 *06*+6) 3 8046(*73
) * *2: */*(.1 .*288) * 0&43' 0&.B2. E0(368*) * 0&7 4*6732&7 59* 794*6&2 0B7
60 &A37) * *) &, & 80801 *28* *2 *01 92) 3 6*46*7*28&8012%) * 0&43' 0&.B2
(32 92&46<*(.B2 4&6&*02050) *021%. P&6&*2882(*7, 0&43' 0&.B2 *286*
0 < 15 &A37) * *) & 7*6>) * 1 *236(9&28& L&7 (327*(9*2(.&7 732 2386&7:
0&.2: *67.B2) * 0&4.6>1 .) * 43' 0&.32&808*2) 6> 6*4*6(97.32*7 23 730B 4634.&
1 *28*) *1 3, 6+.(&7, 7.23 & *1 >7 73(.30B, .(&7 < *(32B1 .(&7. A 1 &2*6&) *
*/ *1 40B, 7* *74*6&2 (& ' .37) * .1 436&82(.&*2 0&*: 309(.B2) * 0&7 8&7&7) *
&8:.) & < *1 40*3 < *2 *07.78*1 &) * 7*, 96) & 73(.80 ! 3' 6* *787 &79287
<&7* - & 0&6*+6) 3) ?(& &7 8&6>7, (32 , 6&2 : .7.B2) * 46374*(8: & 388 463-
+*736) * *78&(&7&) * *789).37, *0D6 A0) 3 ! 3086.

↵ P6+*736A, 6*, & 3, F&(9088)) * D*6*(-3, C&66*6&) * *0&.32*7 L& 3680*7, # 2.: *67.) &
) * 0& *4C 0(& # 0, 9&. 12: *78, & 36A(8: 3 ! IN.

✉ pablo.guerra@fder.edu.uy

L&7*, 92) &6&=B2 8*2* 59* : *6(32 0&*7(&7&6*+0* ; .B2 *2 # 9, 9&< 73' 6* *787 &79287 *2 6*0&.B2 &01 92) 3) *0&& &3, 0&7 2361 &7 /96@. (&7 < 0&7*- , 96) & 73(. &0 P360B , *2*6&0 - &<' &78&28* 1 >708*6&896&: .2(90& &&0&463- ' 0*1 >8 (&) *0 *1 40*3 /9: *2.0 &28*7 59* &0&463' 0*1 >8 (&) *0 *1 40*3 *2 *) & *7 & &2=& &7. E2 # 9, 9&< *73 49*) * 8*2*6(31 3 *; 40(&.B2 *0- *(- 3 59* *2) *7*1 40*3 /9: *2.08*2*1 37 *08*6(*64*366* , .78&3) * A1 ?6(&L&82& &(20,4% *2 1 *236*7) * 25 &A37) 1 . *2&6&7 59* *2 1 &<36*7) * 60 &A37 0&&8&7& ' &&&2,6%,) * 0&7 1 *236*7 *2 0&6* , .B2.

H&< 92&8*6(*6&6&=B2 59* 1 * 4&6*(* /978 7* A&0&6 *78* *78) .3 432* *0 &*28 *2 92 7*(86) * 0&73(.*) & *74*(. &01 *28* : 90*6& 0* 6*74*(83 &0B7 (&1 ' .3759* *78-2 .1 4& &82) 3 *2 *01 92) 3) *0&& &3. E2 4&0& &67) * 0&&9- 83&6 EP&681 37) * 0&' &7* 4&6& *78* *78) .3) * 59* 92&73(.*) &) * * .2(0.6 &8) &7 0&7 *) & *7 4&6&(32& 9.6 &79 463, 6*73, 4360B (9&0*2*2) *1 37 59* 7*) * * +& 36*(*6&0B7 (30*(8: 37 4*69) .(& 37, (31 3 *0) * *78) .3 (8& & &&) 36 1 & 963 3) * *) & &2=& & 8, (327.) *6&2) 3 46349*7&8&7 (31 3 8& &3 & 8*1 43 4&6(.&03 0B7- 3&6&37+0* ; ' 0*7 < 6*+0* ; .32&673' 6* 0&7 .1 40(&2(. &7) * 0&1 &<36 *74*6&2=&) * : .) & 59* 8&1 ' .?2 *7 : .) &7&2&< 7.2 .2(&4& .) & *7 4&6&*0&& &3F(4. 16).

C31 3 *00*(83643) 6>.1 & .2&67*, 0&7 463' 0*1 >8 (&7 *2 *01 92) 3) *0&& ' &3) * 0&(3- 368* *2 *78) .3, 7* : 9*0 *2 1 >7 (31 40*/&7 &0&- 36&) * &2&0=&6 437.' 0*7730(.32*7. E759* *2 *03&3 *; 8*1 3 (43' 0&.B2 /3: *2) 8*2*1 3792& (3- 368* 8&1 ' .?2 (32 *74*(@(&7 : 90*6& .0) & *7. NB8*7* 59* 7. 4&6&- &*6 +6*28* &0463' 0*1 &) * 0&7&0) &46*1 &896&) *01 *(& 3) * 8& &3 7* &40(&2 1 *). &7 4&6&*0+31 *28) * 0&*1 40*&.0) &) * 0B7 1 &<36*7) * 60 &A37, *2 92 (328* ; 83) * *7(&73) .2&1 .71 3) * 0B7 1 *(& 37) * 8& &3, 7* 43) 6&4*6- /9) .(&6 &0B7 8& & & 36*7/ &7 1 >7/B: *2*7. L&&986&*7 (327(. *28*) * *78*) .- 0*1 &) * 0&+6&=& &(36& EE7) .+@.04*27&6 *2 .2(36436&6, *28*) * 1 >7 *) & *2 *07.78*1 &) * 8& &3 3 6*8&7&6 79 6*863, (9&2) 3 0B7/B: *2*7 8&1 ' .?2 8*- 2*2 .2(32: *2. *28*74&6&3' 8*2*6*1 40*3F(4. 18). P63432* *282(*7, 432*6*0 +3(3 *2 0&7) .+(90&8) *7) * &(*73 &0*1 40*3) * 0&7 4*6732&7 *2 *) & 1 & 96& * : .8&2) 3 79) .7(61 .2&.B2.

%3) .6& 23 730B * : .8&2) 3 0&) .7(61 .2&.B2, 7.23 & *1 >7 (32& 9<*2) 3 &) *66' &6 & 9237 46*/9. (.37. E7 238363 59* & 92&7) * 0&7 ' &66*6&7 4&6&0& (32&8&8&.B2) * 4*6732&7 1 & 96&7 4&7&2 4360& .) * &) * 0&73' 6*(9&0+(&.B2 <*08*1 36) * 0B7 *1 40* & 36*7 *2 8*2*659* 4& &692 7&0&63 & 36) *; 4360&- .-

4B8*7.7) * 59* 087 4*6732&7 1 &-36*7 8*2*2 1 *236*7 (&4&.) & *7 4&6&& &4-
8&67* &049*783) * 8&& &3 ' &3 *07949*783) * 59* 8*2*2 +361 &.B2 3' 730*8&
3 0&(6**2(.&) * 59* 8*2*2 1 *236*7 2.: *0*7) * +0*; .' .0) & - &.) &(9*28&) *
797 6*74327&.0) & *7 +&1 .0&6*7.

E78* (32/9283) * 463' 0*1 >8(&7, (31 3 7*) *746*2) *) * 0&.2: *78, &.B2,
732) * 0&6 &) 8&&*2 0&- .7836&) * 0&).7(.402& E759* *0D*6*(- 3) *0" 6& &3,
) .(* 0& &983& 2& * *2 8&*2(.B2 &0 8*1 &) * 0&7 *) &) *7) * 07 8&& && 36*7,
(&73) *0 8&& &3 436 4&68*) * 2.A37 < & 30*7(*28*7 *2 40*2& * : 309(.B2 12-
) 978& &0 !. ' . *2 0& &983&(.&&0&Moral and Health Act) * P**0 *2 1802, 43-
) 6&1 37 8&& ' .?2) &6(9*28&) * 3837 &28*(*) *28*7 *2 *01 &(3) * 0&461 *6&
0* <) * 07 43' 6*7, 8&& ' .?2 0&& & &L * < 17& *02&(1601). E(- &1 37) * 1 *237
&59 @2&4*674*(8: &1 >7) *7) * 0&*(3231 &< 73(.30B, & &9259* *73 *7 92
&74*(88 59* 23 0* 43) *1 37*; .. 6&0& &983& P3) 6&1 37 6*(9666&M&6 , 436
*/ *1 40B, (32 797 (&8*, 36&7) * 4097: &0&6*088: &< 4097: &0&& & 7309&&4&6&
* ; 40(&6+2B1 *237(31 3 *0&0*/&1 . *283) * 0&7 *) &) *7* ; 8*1 &7 (2.A37 < : .-
/37) * 0&7 => 6(&7 4&6&) &6 4&73 * &) &) *7 E1 >7 463) 9(8: &7F(32+361 * 0&7
1 >59.2&7 : &79789 < *2) 3 1 &237 1 >7 4*59* A&7 3 (9*6437 1 >7) *7, &78&) 37;
3 *04& *059* 0&7 29* : &7 7*27.' .0) &) *7 73(.80*7) *07., 0 \$ 1\$ (91 40*632 *2
*78&7 1 8&*6&7.

! 9 8&& &3 *78>) .: .) .) 3 *2 (9&8&3 4&68*7, 7.*8* (&4 00B7 < 3837 &4&6&) 37
(31 3 0&.283) 9((.B2 3 0&7 (32(07.32*7.

L&461 *6&4&68* *78& 0*(* 0&7) .+(908&) *7 6*74*(83 &0&01 .8&.B2) * 0&
*) &) (31 3 (68*63 4&6&*0&(*73 &0*1 40*3 < *0463' 0*1 &) * 0&).7(61 .2&
(.B2 59* 79+6*2 07 8&& && 36*7 59* *78-2 +9*6&) * *7* 00 .8* .# 23) * 07 &7-
4*(837 .1 436&&28*7 &59 @*7 6*(323(*6 0&& &1 ' ., D*) &)) *0(32(*483 E*) &
1 &) 96&F(: *6 *(.162) * 0&01"). P361 31 *2837*00*(8649*) *7*286) 9) &7
& *(&) * 7. *08*; 83 7*) .6, * &0&463' 0*1 >8(&) * 0&8*(*6&*) & , 3 0&) *
&59*007 8&& && 36*7/ &7 59* : &2 59*) &2) 3 436 *0(&1 .23 (9&2) 3 794*6&2
(.*683 91 ' 68059* 07 &0*/&) * 797 &A37/B: *2*7. E0(368* 4&6*(*7., 2.+(88: 3
4&6&) &6(9*28&) * +*2B1 *237) .-*6*28*7. # 2&(37&*7 436*/ *1 40B, 0&).7(6-
1 .2&.B2) * (.6837 0&& & 37 &49*7837) * 8&& &3 59* 23 &) 1 .8*2 4*6732&7
) * 1 >7) * 40 &A37) * *) &) (& 8&01 *28*, 07(9&6*2832*7 < (.2(9*2832*7 49*-
) *2 (328&6(32 1 9(- &7&0) < 1 */36*; 4*6*2(.&0& 368059* 071 >7/B: *2*7,
7.2 *1 ' &6 3 &0 9237 *1 40* &) 36*7 23 0*7 (328&&&2), 38&&(37&*7 6*(323(*607
463' 0*1 &7 &73(. &) 37 &0&7*, 96) &) 73(. &0 < *) &)) * 6*863 (32 07 1 &-36*7

) * 60 3 65 &A37. L & 886 & 6* (323 (* * 788 < * 78490 & 92 6* (368* 59* * 781 & 1 37 &) * (9 & 3: E* 28* 2) * 1 37 (366* (88 (327.) * 686 59* * 2 0 & *) & 1 & 96 & - & <) 37 4* 6 & 37 3 7* , 1 * 2837) * *) & * 7: * 286* 0 7 40 < 60 & A37, <) * 0 7 60 & 0 7 65 & A37) * *) & , 3 *) & /9' . 0883 6 & " . * 2 * 2 92 & 4 63' 0* 1 > 8 (& (31 C2: 0 &) . 7 (6- 1 . 2 & . B2, 4* 63 (32 4 & 68 (9086) & * 7) . + * 6 * 28 * 7 F (4. 27) . D9 6 > 2 7 * A & 0 & & * - 1 > 7, 59* * 04 6 1 * 6 (368* * 7 1 > 7 46 * 3 (94 & 2 8 * , 49 * 7 & C2 * 78 > 2 & 0 / &) 37) * 0 & *) & /9' . 0883 6 & C. & * 0 (& 73) * (B1 3 0 & 7 E6 * * 78 89 (89 6 & 7 F * 1 46 * 7 & 6 & 0 * 7 & * (- 8 & 2 * 74 * (. 801 * 28 * & * 78 * 7 * (86) * 0 & 43' 0 & . B2. A59 @ * , 978 & 6 & & 388 6 59 * (. * 687 388 7 . 2: * 78, & . 32 * 7 (OCDE, 2013) * 7 & 0 * (* 2 59 * * 2 8 * 1 43) * (6- 7.7, 0 7 / B: * 2 * 7 732 1 > 7 & * (88) 37 59 * 0 7 & 90 87 436 0 & . 27 * , 96) & 0 & 36 80 (463' & . 0) &) * (& * 6 * 2 4 & 63 , 8 * 1 43) *) * 7 * 1 40 * 3 < (3' * 69 6 &) : * 2 0 7 4 & @ 7 * 7) * 0 & OCDE 0 & . 27 * , 96) & * 2 * 0 * 1 40 * 3 & * (8 & &) 37) * (& & 8 * 7 / B: * 2 * 7 , 1 . * 286 7 59 * * 286 * 0 7) * 1 & * 36 *) & & * (8 & & 923) * (& & (. 2 (3. D * 7) * 92 & 4 * 674 * (8: &) * , ? 2 * 63 , 0 7 (368 * 7 7 * A & 0 &) 37 8 * 2 * 2 38 & & 438 * 2 (. 80) & & 2 & 0 @ 8 (& 59 * 59 . => + & 0 *) * 7 & 66 3 0 86 * 2 * 00' 63 : * 7 92) & 88) * 0 & 6 * 80) & 59 * 1 9- (- & 7 1 9 / * 6 * 7 7 * 6 * . 2 (364 36 & 2 (* 2 & 0 9237 (& 737) * ' 1 37) * (. 6 59 * 7 * . 2 (364 36 & 2) & 01 * 6 (& 3) * 0 8 & & & 3 0 * , 3) * 0 7 45 & A37) * *) & , (9 & 2) 3) / & 2) * (6 & 6 & 797 - . / 37 ; 3 & 6 & - & 2 29 * : & 7 * 78 88 * , . & 7) * 73' 6 * : . : * 2 (. & (9 & 2) 3 7 * 7 * - 4 & 6 & 2) * 797 4 & 6 * / & 7 463 : * *) 36 & 7) * . 2, 6 * 737 * 2 * 0 - 3, & 6

L & 7 * , 92) & 4 & 68 * 7 * * 2 + 3 (& * 2 * 0 & 2 > 07.7 (31 4 & 6 & 3) * 0 & 0 * , . 70 & . B2 * 2 0 7 4 & @ * 7 . 28 * , 6 & 2 * 7) * 0 ME CO! # <) * 0 & 6 * , . B2 0 88 23 & 1 * 6 (& 2 & 6 * 7- 4 * (88 & 0 & 23) . 7 (61 . 2 & . B2 * 2 * 0 & (* 73 80 86 & & 3) * 0 7 86 & & & 36 * 7) * *) & & & 2 = &) & N9 * : & 1 * 28 * 0 & : 3 = E) . 7 (61 . 2 & . B2 F < & 4 63 & & B2 . (* 2 0 7 (& 4 @ 0 7 & 2 8 * 6 36 * 7 (73' 6 * 88) 3 0 7 (& 4 @ 0 7 3 < 4) , & 59 . * 6 * (* 286 80) & * 2 * 0 & 2 > 07.7 (31 4 & 6 & 3) .

E2 0 & 8 * 6 (* 6 & 4 & 68 * 7 * & 2 & 0 = & * 0 88 88 1 . * 288) * 0 8 * 1 & 436 4 & 68 *) * 0 & # 2 . B2 E9 63 4 * & E2 88 0 7 * 28) 3 , * 0 C & 4 . 6 46 * 7 * 28 & 0 & 8 * 1 > 8 (&) * 0 & 46 8 * ((. B2 73 (. 80 & 86 & & & 36 * 7) * *) & 1 & 96 & (32 * 74 * (. 80 ? 2 + & 7.7 * 2 * 0 (& 73) * E74 & A & & 59 . * 2) *) . (& & * 1 > 7 88) 3 92 (& 4 @ 0 7 (E E 0 86 & & & 36 1 & 963 * 2 E74 & A & F, C & 4 . 7) .

F. 2 & 801 * 28 * , 0 & (9 & 68 & 4 & 68 * 46 * 7 * 28 & (32 (0 7 . 32 * 7 , 6 * + 0 * ; . 32 * 7 < 463 49 * 7- 887 , & 388 2) 3 0 & 89 86 & 59 * E2 . 2, 92 &) * * 0 0 87 79 + (. * 28 * 4 & 6 & 6 * 730 * 6 0 & 87) . - + (90 88) * 7) * * 78 * (30 * (8: 3 & 0 & - 36 &) * & (*) * 6 & 92 86 & & 3 F. A59 @ 73' 6 * 7 & 0 * 0 & 437 89 6 &) * 0 & 89 86 & 73' 6 *) . 7 (97.32 * 71 9 < 46 * 7 * 28 * 7 * 2 0 & & * 2) &) * 0 & & & - 89 & 80) & 430 8 (& ! 3' 6 * 0 7 6 * 86 7 . 2 (* 28 : &) 37 , 436 * / * 1 40 8 , * 7) * 0 & .) * &

59*) *' *2 7*6*01 .2& 373 6*78&2, .) 37; 73' 6* 0&*) * 6*8& 4&6&0&/9' .-
0&.B2, *7) * 0&.) * &59*) *' * 6*8&7&67* 3).7432*6) *).+*6*28*7*) * 74&6&
(32+, 96&60&(&97&0/9' .0&8&6& 73' 6* 0&7 (32&8&878*1 436&0*77*A&0&59* 732
& 327*/& 0*7 4&6&*78* 843) * 43' 0&.B2; 6*74*(8 & 0&7 430&(&7 & 8: &7) *
*1 40*3, *7 4&6&) &6 &) * 92&79*68*) * EP& A) 90&F.

E2 (32(07.B2, *78& 37*2 46*7*2(.&)* 92&.2: *78, &.B2 .2*0).' 0* 4&6&
59.*2*7*78>2 : .2(90& 37 &0&7 8*1 >8 (&7) * 0&7 430&(&7) * *1 40*3,) * 79/*-
87: 90*6& 0*7*2 *01 *(& 3) * 8&& &3, 3) * &74*(871 >7*74*(@ (37(31 3
0&23).7(61 .2&.B2 3 0&+9, &) * 880*287*2 0&71 *(& 37) * 8&& &3. E7 92
8&& &3 59* *; 432* (32 (0&6) & (B1 3 7* - &2 4&6&) 3) .: *67374&@*7) * 0&6*-
, .B2 <*2 *01 92) 3 4&6&- & *6+6*28*) *7) * 0&7 2361 &7/96@.(&7 &*787 &792-
87, < 59* 43673' 6* 8) &7 0&7 (37&7 (32&8' 9<* &7*27.' .0=&6 &0&7 0*(86*7
& *(&) * 0&: 80&) * *787 (30*(8: 37.

Javier Escobar Veas ↗

El ánimo de lucro en el delito de tráfico de migrantes: análisis crítico de la legislación europea*

*The Profit Motive in the Crime of Migrant Smuggling:
Critical Analysis of European Legislation*

*O lucro do crime de contrabando de migrantes:
análise crítica da legislação europeia*

Resumen: *El presente artículo analiza críticamente la legislación europea sobre tráfico de migrantes. Según la tesis del autor, el legislador europeo, así como la mayoría de los países miembros de la Unión Europea, han confundido este específico delito, regulado a nivel internacional por la Convención de Palermo, con la figura de facilitación de la inmigración irregular. Esta indebida superposición entre los diversos tipos penales genera múltiples y complejos problemas. En la primera parte del artículo se analizan los requisitos del delito de tráfico de migrantes en el derecho internacional, con particular referencia al ánimo de lucro. En la segunda parte se evidencian las razones por las cuales no es posible concebir este tipo penal como equivalente funcional del delito de favorecimiento de la inmigración irregular. Como conclusión, el artículo propone la adopción de un modelo que distinga claramente los elementos constitutivos de las dos figuras delictivas y sus respectivos campos de aplicación.*

Palabras clave: *tráfico de migrantes, facilitación de la inmigración irregular, Convención de Palermo.*

↗ Doctorando en Derecho, Università Luigi Bocconi, Milán. Profesor de Derecho Penal, Universidad Mayor, Chile.

✉ javier.escobar@mail.udp.cl

* El presente trabajo es una traducción ligeramente modificada del artículo: *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: Analisi critica della legislazione europea*, publicado en la *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, año 2018, (1), 111-120.

La Revista de la Facultad de Derecho cuenta con la autorización para su publicación.

Abstract: *The present paper critically analyzes the European legislation on smuggling of migrants. According to the author's opinion, the communitarian legislator and the majority of the European countries have confused this specific crime, regulated by international law in Palermo Convention, with the felony of facilitating of illegal immigration. This undue overlap between different types of crime generates multiple and complex problems. In first place, the article studies the requirements of smuggling of migrants in international law. In second place, it examines the reasons why is not possible to conceive this crime and the felony of facilitating of illegal immigration as functional equivalents. Finally, the paper proposes to distinguish clearly the elements of both crimes and their respective application ambits.*

Keywords: *Smuggling of Migrants, Facilitating of Irregular Immigration, Palermo Convention.*

Resumo: *Este artigo analisa criticamente a legislação europeia sobre o tráfico de migrantes. De acordo com a tese do autor, o legislador europeu, assim como a maioria dos países membros da União Europeia, eles confundiram este crime específico, regulada internacionalmente pela Convenção de Palermo, com a figura de auxílio à imigração ilegal. Essa superposição indevida entre os vários tipos criminosos gera problemas múltiplos e complexos. A primeira parte do artigo analisa as exigências do crime de tráfico de migrantes no direito internacional, com particular referência ao lucro. Na segunda parte, as razões por que não é possível conceber este tipo criminal como um equivalente funcional do crime de favorecer a imigração irregular são mostradas. Em conclusão, o artigo propõe a adoção de um modelo que distinga claramente os elementos constituintes das duas figuras criminais e seus respectivos campos de aplicação.*

Palavras-chave: *tráfico de migrantes, facilitação da imigração irregular, Convenção de Palermo.*

Introducción

En los últimos años la comunidad internacional ha sido testigo de un incremento sin precedentes de los fenómenos de la inmigración irregular y del tráfico de migrantes (Attard, 2016, 220). De acuerdo con los datos de EUROPOL, el año 2015 aproximadamente un millón de migrantes ingresaron de manera irregular a Europa. De ellos, más del 90% utilizó algún sistema de facilitación de la inmigración irregular (EUROPOL, 2016, 5). Por su parte, según las estadísticas de UNODC, el año 2016 al menos dos millones y medio de personas fueron objeto de tráfico de migrantes a nivel mundial (UNODC, 2018, 5).

El tráfico de migrantes, considerando su relación con la criminalidad organizada (EUROPOL, 2016, 2-7)(UNODC, 2010)(Hartati, 2013, 22-23), ha representado una permanente preocupación para la comunidad internacional, la cual, consciente de la gravedad del fenómeno delictivo, a inicios del decenio pasado lo reguló expresamente en el segundo de los tres protocolos de la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Criminalidad Organizada Transnacional (en adelante, Convención de Palermo).

Tanto la Convención de Palermo como sus respectivos protocolos, en vigor desde el año 2004, imponen diversas obligaciones a los Estados. En el caso del Protocolo para combatir el tráfico de migrantes, la obligación más importante es aquella contenida en su artículo 6, consistente en incorporar el específico delito de tráfico de migrantes conforme a las disposiciones y reglas allí contenidas (Hartati, 2013, 28-29).

No obstante, el proceso de criminalización no tuvo el mismo desarrollo ni resultado en los diversos ordenamientos jurídicos. Así, mientras en Sudamérica los Estados introdujeron el delito de tráfico de migrantes en términos casi idénticos a aquellos utilizados en el Protocolo de la Convención de Palermo (por ejemplo, Uruguay, Colombia, Chile, Argentina y Perú), el legislador europeo optó por introducir un delito de “favorecimiento de la inmigración irregular”, figura diversa del tráfico de migrantes.

Según mi opinión, el legislador europeo, así como la mayoría de los países miembros de la Unión Europea, han confundido el específico delito de tráfico de migrantes con el ilícito de favorecimiento de la inmigración irregular, lo cual genera múltiples y complejos problemas. Esta situación de confusión se debe, principalmente, a que el ánimo de lucro no ha sido establecido como elemento del tipo, sino que como mera circunstancia agravante de responsabilidad.

El favorecimiento de la inmigración irregular es un delito criminológicamente distinto del tráfico de migrantes, no siendo siquiera posible considerarlos como equivalentes funcionales. Esta superposición entre ambas figuras permite afirmar que actualmente la legislación europea no contempla en realidad un delito autónomo de tráfico de migrantes.

El objetivo del presente artículo es analizar críticamente la legislación europea sobre tráfico de migrantes. En la primera parte, se analizarán los requisitos del delito de tráfico de migrantes conforme al derecho internacional, con especial referencia al ánimo de lucro. En la segunda parte, se expondrá el desarrollo de la legislación europea sobre la materia, y se desarrollarán los problemas generados por el actual estado de la misma. Finalmente, el artículo propone la adopción de un modelo que distinga claramente entre el delito de tráfico de migrantes y el de favorecimiento de la inmigración irregular.

El delito de tráfico de migrantes en el Protocolo de la Convención de Palermo

El delito de tráfico de migrantes constituye, sin duda alguna, uno de los crímenes más graves a nivel internacional. Sin embargo, ¿qué entendemos por “tráfico de migrantes”?

El artículo 3 del Protocolo define el tráfico de migrantes en los siguientes términos: “el procurar el ingreso ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.

De la definición contenida en el artículo 3 emergen los tres elementos esenciales del delito de tráfico de migrantes (UNODC, 2010, 4) (Hartati, 2013, 30):

1. “Procurar el ingreso ilegal de una persona”: Sobre este primer requisito, parte de la doctrina ha destacado que el comportamiento sancionado no está construido como una forma de complicidad en la conducta del migrante (“procurar el ingreso”), a diferencia de lo que sucede a propósito del delito de favorecimiento de la inmigración irregular, establecido en la Directiva europea 2002/90, la cual utiliza una fórmula marcadamente auxiliar: “ayudar a una persona (...) a entrar o a transitar en el territorio de un Estado” (Spena, 2016, 37).
2. “En un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente”.
3. “Con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”: Como tercer elemento, la definición del artículo 3 del Protocolo exige que el autor del delito haya realizado la conducta a fin de obtener un beneficio de orden material. Lo anterior significa que el delito de tráfico de migrantes se configurará solamente si el autor ha obrado con ánimo de lucro (UNODC, 2017, 8)(Mayordomo, 2011, 328-329)(Aljehani, 2015, 126).

De acuerdo a las notas interpretativas de la Convención de Palermo, la incorporación de este requisito tuvo como objetivo el no sancionar la conducta de familiares, organizaciones no gubernamentales, grupos religiosos u otras personas que, por razones no lucrativas, ayudasen al migrante a entrar al Estado de destinación (UNODC, 2013, 7)(Gallagher, 2001, 996).

El fundamento de esta limitación puede explicarse de la siguiente manera: cuando los migrantes no cuentan con los recursos económicos suficientes para sufragar los costos de una migración regular, se colocan en una situación de riesgo, al menos desde dos perspectivas. Primero, la vulnerabilidad económica del migrante aumenta exponencialmente, desde el momento en que deben pagar grandes sumas de dinero o incluso hipotecar sus bienes (Obokata, 2005, 400). En segundo lugar, esta misma vulnerabilidad genera el peligro de que el migrante, con la finalidad de mejorar sus condiciones

económicas, considere la explotación de su propia persona como la única alternativa disponible, entrando de esta forma en el mercado de trata de personas. El traficante de migrantes se aprovecha de esta situación de vulnerabilidad y ve al migrante como una fuente de riqueza (Spena, 2016, 37).

El disvalor de la conducta del traficante, por tanto, no se agota en la violación de la normativa nacional sobre control de los flujos migratorios (Spena, 2016, 37), sino que se funda, principalmente, en la explotación del migrante y en el aprovechamiento de su vulnerabilidad (Antonopoulos y Winterdyk, 2006, 456).

Las anteriores consideraciones son suficientes para distinguir los delitos de tráfico de migrantes y de favorecimiento de la inmigración irregular, ésta es, la hipótesis en que terceras personas, animadas por razones no lucrativas, ayudan al migrante a entrar al país extranjero (Daunis, 2010, 6). El fenómeno de la migración irregular (y su favorecimiento) comprende un espectro más amplio que el de tráfico de migrantes: no todas las personas en situación de migración irregular serán, al mismo tiempo, objeto de tráfico de migrantes (Blouin, 2017, 218).

Por consiguiente, la figura de favorecimiento de la inmigración irregular, presente en los ordenamientos jurídicos europeos (por ejemplo, artículo 12 inciso primero del *Testo unico sull'immigrazione* italiano, o artículo 318 bis del Código Penal español) es un delito distinto del tráfico de migrantes, no siendo posible considerarlos como equivalentes funcionales. Es más, el favorecimiento de la inmigración irregular no posee regulación a nivel internacional, en sentido estricto, sino que es una creación de matriz europea, en particular de la Directiva 2002/90.

Bien jurídico protegido

Habiendo ya analizado los elementos constitutivos del delito de tráfico de migrantes, conforme al derecho internacional, es menester dilucidar cuál es el bien jurídico protegido por este específico delito.

Al respecto, es posible distinguir tres tesis:

1. Según una primera postura, el bien jurídico protegido por el delito en estudio sería la política migratoria del Estado. En otras palabras, el bien jurídico tutelado coincidiría con el interés estatal sobre el control y la ordenada gestión de los flujos migratorios, a fin de regular el ingreso de los extranjeros en el propio territorio (Daunis, 2010, 16) (Martínez, 2008, 8) (García, 2005, 849-850) (Pelissero, 2013, 171 y ss.)
2. Una segunda postula, en cambio, que el bien jurídico protegido serían los derechos (libertad, seguridad, patrimonio, etc.) de los migrantes objetos del tráfico. Los migrantes serían considerados, desde esta perspectiva, un grupo particularmente vulnerable.
3. Finalmente, una tercera tesis sostiene que la figura en estudio tendría una naturaleza pluriofensiva. El bien jurídico protegido por el delito de tráfico de migrantes sería tanto la política migratoria del Estado como los derechos de los migrantes (Mayordomo, 2011, 329) (Laurenzo, 2003, 74)

¿Cuál de estas tres tesis debe ser considerada como correcta? Teniendo en cuenta la regulación del delito de tráfico de migrantes en el derecho internacional, descrita en el apartado precedente, estimo que la tercera. Considerando la naturaleza transnacional del delito en estudio (Mayordomo, 2011, 328 y ss.), no sería posible descartar como bien jurídico protegido la política migratoria del Estado. Sin embargo, si se considera el fundamento del delito en estudio, en particular su especial elemento subjetivo (ánimo de lucro), tampoco es posible descartar como interés legal tutelado los derechos del migrante. Según mi opinión, el tráfico de migrantes, además de ser un delito de daño en contra de la facultad estatal para controlar y ordenar la gestión de los flujos migratorios, configura un delito de peligro abstracto, destinado a proteger los derechos de los migrantes: su integridad física y patrimonio (Mayordomo, 2011, 329). Tal peligro surge, entre otros, de la particular situación de vulnerabilidad en que se encuentra el migrante, de las condiciones en que comúnmente se llega a cabo el transporte y en su explotación patrimonial (el traficante ve al migrante como una fuente de riqueza). El tráfico de migrantes constituye, entonces, una figura pluriofensiva. Tal conclusión es además coherente con el artículo 2 del Protocolo de la Convención de Palermo, con-

forme al cual la finalidad del mismo es “prevenir y combatir el tráfico de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados parte, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objetos de tráfico clandestino”.

Observaciones críticas sobre el actual estado de la legislación de la Unión Europea y de algunos Estados miembros

En los últimos veinte años la disciplina europea en materia de inmigración, particularmente aquella relativa a la represión de la inmigración irregular, ha sido continuamente modificada. Los países europeos, principalmente aquellos que se han transformado desde países de emigración a países de inmigración, han reformado sus sistemas de delitos migratorios previendo nuevos tipos penales y aumentando las sanciones ya establecidas.

En el presente apartado se describirá brevemente la evolución de la legislación europea sobre el delito de tráfico de migrantes, y se señalarán los principales problemas generados por la actual normativa. Según mi opinión, el proceso legislativo europeo ha conducido a una desnaturalización del delito de tráfico de migrantes. En efecto, el actual estado de la legislación europea ha confundido y sobrepuesto este específico delito con la figura de favorecimiento de la inmigración irregular, alejándose así del modelo delineado a nivel internacional por la Convención de Palermo y su segundo Protocolo.

La normativa europea sobre tráfico de migrantes

En un primer momento, la legislación europea adoptó un modelo similar a aquel contenido en el Protocolo de la Convención de Palermo, En efecto, el artículo 27 inciso primero del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (en adelante, Convenio de Schengen) introdujo una obligación, para los Estados miembros, de incorporar en sus respectivos ordenamientos jurídicos el delito de tráfico de migrantes (Krieg, 2009, 788), señalando: “Las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros”. De esta forma, el Convenio de Schengen describía el delito de tráfico de migrantes previendo los mismos tres elementos requeridos

por el artículo 3 del Protocolo de la Convención de Palermo: a. Procurar el ingreso ilegal; b. En un Estado del cual el migrante no es ciudadano; y c. Ánimo de lucro.

Sin embargo, el legislador europeo prontamente se alejó del modelo descrito. Así, mientras los países no europeos, luego de la ratificación del Protocolo de la Convención de Palermo, comenzaron a introducir en sus respectivos sistemas jurídicos el delito de tráfico de migrantes conforme a las disposiciones del Protocolo (por ejemplo, Uruguay⁽¹⁾, Colombia⁽²⁾, Chile⁽³⁾, Argentina⁽⁴⁾ y Perú⁽⁵⁾), es decir, como delito autónomo distinto a otros ilícitos de auxilio a la inmigración irregular, el Consejo de la Unión Europea promulgó la Directiva 2002/90 y la Decisión Marco 2002/946, las cuales crearon el delito de favorecimiento de la inmigración irregular, y establecieron la obligación para los Estados miembros de introducir este específico tipo penal en los ordenamientos jurídicos internos.

Esta nueva figura penal de favorecimiento de la inmigración irregular no prevé como elemento típico de la figura base el ánimo de lucro. En efecto, el artículo 1, párrafo 1, letra a) de la Directiva dispone que los Estados miembros deberán adoptar sanciones adecuadas en contra de cualquier persona que “intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjero”. El ánimo de lucro, en el modelo establecido por los instrumentos europeos ya citados, aparece solamente como un elemento de la figura agravada de favorecimiento de la inmigración irregular, descrita en el artículo 1, número 3 de la Decisión Marco 2002/946, norma que dispone:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las infracciones definidas en la letra a) del apartado 1 del artículo 1 y, en la medida correspondiente, en la letra a) del artículo 2 de la Directiva 2002/90/CE que hayan sido cometidas con ánimo de lucro, sean punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años, cuando hayan sido cometidas en alguna de las circunstancias siguientes:

— infracción cometida como parte de las actividades de una organización delictiva con arreglo a la definición de la Acción común 98/733/JAI,

— infracción cometida poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción.

Como se puede apreciar, el tipo penal agravado exige que el agente haya obrado con ánimo de lucro y, además de ello, que el delito se haya cometido como parte de las actividades de una organización criminal o que se haya puesto en peligro la vida de las personas objeto de su infracción.

El legislador europeo, consciente de los problemas prácticos que la ausencia del ánimo de lucro como elemento típico de la figura base podría generar, estableció, en el artículo 1, número 2 de la Directiva 2002/90, una causal de exclusión de la responsabilidad penal por razones humanitarias (Muñoz, 2016, 5). En particular, tal norma señala que “los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”. Se debe destacar, no obstante, que la previsión de esta causal de exclusión de la responsabilidad no constituye una obligación para los países europeos, sino que una mera facultad. De hecho, aproximadamente sólo un cuarto de los Estados miembros de la Unión Europea ha incorporado esta causal en sus respectivos ordenamientos jurídicos (Allsopp, 2016, 48).

La solución adoptada por el legislador europeo, en mi opinión, no resuelve adecuadamente el problema. La formulación del artículo 1, número 2 de la Directiva es del todo inadecuada, provocando que el campo de aplicación de la causal de exclusión de responsabilidad sea problemático: primero, falta una definición normativa de “ayuda humanitaria” (Allsopp y Manieri, 2016, 84), pero además, tal concepto se confunde con aquellos propios del derecho internacional humanitario, los cuales se caracterizan por ser de alcance restringido⁽⁶⁾.

Es posible sostener, por tanto, que a este respecto el modelo europeo, construido por la Directiva 2002/90 y la Decisión Marco 2002/946, difiere de aquel diseñado por el Protocolo de la Convención de Palermo en dos aspectos esenciales: 1. El rol que se le asigna al ánimo de lucro (elemento constitutivo de la figura base, en la Convención de Palermo, o elemento de la figura agravada, en el sistema europeo); y 2) La previsión, por parte de la normativa europea, de una eximente de responsabilidad penal para aquellos cuyo objetivo sea prestar ayuda humanitaria.

Sin embargo, el proceso legislativo europeo no terminó aquí. En efecto, cuando los distintos países miembros de la Unión Europea implementaron en sus respectivos sistemas jurídicos la Directiva y la Decisión Marco, varios de ellos modificaron un aspecto de la regulación europea: el ánimo de lucro no fue previsto como elemento típico de una figura agravada autónoma, sino que como una mera circunstancia agravante de responsabilidad penal.

Por ejemplo, el artículo 318 bis, número 1, inciso tercero del Código Penal español dispone que, si el hecho es cometido con ánimo de lucro, la pena se aplicará en su mitad superior. En el caso italiano, el artículo 12, párrafo 3 ter, letra b) del *Testo unico sull'immigrazione* señala que la pena privativa de libertad será aumentada de un tercio a la mitad si los hechos a que se refieren los párrafos 1 y 3 son cometidos con ánimo de lucro. En el caso de Reino Unido⁽⁷⁾ y Francia⁽⁸⁾, el ánimo de lucro tampoco fue previsto como elemento típico de la figura base de favorecimiento de la inmigración irregular.

La legislación de Bélgica representa, sobre este punto, indudablemente una excepción⁽⁹⁾, pues ha incorporado dos tipos penales distintos: uno siguiendo el modelo del Protocolo de la Convención de Palermo y otro conforme al diseño de la Directiva europea 2002/90 y de la Decisión Marco 2002/946. En efecto, mientras el artículo 77 de la ley sobre extranjeros⁽¹⁰⁾ describe el delito de favorecimiento de la inmigración irregular conforme a los elementos descritos en el artículo 1 de la Directiva europea, el artículo 77 bis del mismo cuerpo legal⁽¹¹⁾ establece la figura de tráfico de migrantes, según el modelo descrito en el Protocolo de la Convención de Palermo.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, es posible concluir que la legislación de la Unión Europea, y de la mayoría de sus Estados miembros, no prevé actualmente un delito autónomo de tráfico de migrantes, de conformidad con la regulación del derecho internacional. Los diversos tipos penales de favorecimiento de la inmigración irregular no contemplan el ánimo de lucro como requisito de la figura base, sino que como mera circunstancia agravante de la responsabilidad penal.

Principales cuestiones problemáticas generadas por el actual estado de la legislación europea

La calificación del ánimo de lucro como mera circunstancia agravante de responsabilidad penal, y no como un elemento integrante de un tipo penal autónomo, ha generado las siguientes cuestiones problemáticas.

1. El primer problema está representado por el hecho de que la función comunicativa y estigmatizante que la comunidad internacional asigna a la figura delictiva del tráfico de migrantes se confunde y, finalmente, se dispersa, toda vez que no se logra identificar adecuadamente su contenido. En efecto, si se analizan las normas que contemplan el delito de favorecimiento de la inmigración irregular en los diversos países europeos, no es posible identificar en ellas el disvalor del delito de tráfico de migrantes, al cual se hizo referencia en las páginas precedentes. Resulta evidente, por tanto, que las figuras de favorecimiento de la inmigración irregular están destinadas a proteger primariamente otros intereses.

El modelo adoptado por el legislador europeo, como se ha visto, concibe el delito de tráfico de migrantes, conforme al diseño de la Convención de Palermo, no como un ilícito específico y autónomo, sino que como una hipótesis agravada del delito menos grave de favorecimiento de la inmigración irregular. De este modo, los casos de tráfico de migrantes pierden gran parte del contenido de disvalor que le es propio, y son tratados como si fuesen situaciones comunes, una regulación del todo inadecuada para enfrentar el fenómeno criminológico que la comunidad internacional pretendía combatir.

Bajo esta perspectiva, el delito de favorecimiento de la inmigración irregular aparece como excesivamente amplia, toda vez que puede comprender y sancionar conductas extremadamente diversas: desde la madre que ayuda a su hijo a ingresar irregularmente en el país porque no cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar un viaje regular, al bien intencionado que auxilia a un extranjero para tutelar o mejorar sus condiciones de vida, hasta el traficante de migrantes internacional sin escrúpulos que amontona migrantes en un barco en el Mediterráneo y los abandona a su suerte (Martínez, 2008, 15). Todos estos casos son reconducidos al mismo tipo penal: favorecimiento de la inmigración irregular.

La asimilación indiscriminada de situaciones así heterogéneas se presenta todavía más problemática si se considera que países como Italia incluso han previsto reglas penitenciarias de carácter especial para aquellos condenados por el delito de favorecimiento de la inmigración irregular, mas sin efectuar distinción alguna. En efecto, el artículo 4 bis de la ley sobre el sistema penitenciario italiano dispone que la concesión de algunos beneficios a personas condenadas por tal delito estará subordinada a una colaboración efectiva con la justicia, según lo dispuesto en el artículo 58 ter del mismo cuerpo legal.

2. Un segundo problema dice relación con las consecuencias que la configuración del ánimo de lucro como mera circunstancia agravante de responsabilidad penal, en lugar de elemento constitutivo de un tipo penal autónomo, provoca en materia de concurso de personas. Desde el momento en que el ánimo de lucro atiende a los motivos para delinquir, será considerado como una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal de carácter subjetivo, la cual, por lo tanto, sólo podrá ser considerada respecto a aquellas personas en las cuales efectivamente concurre, no siendo posible comunicarla a los demás participantes⁽¹²⁾.

3. La previsión del ánimo de lucro como circunstancia agravante es además cuestionable si se considera los efectos que ello ocasiona en materia de compensación de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal heterogéneas, es decir, cuando concurren tanto circunstancias agravantes como atenuantes (artículo 69 Código Penal italiano, artículo 66, inciso séptimo Código Penal español, entre otros). En tal hipótesis, el agravamiento de pena que la norma prevé para el caso en que el delito de favorecimiento de la inmigración irregular se haya cometido con ánimo de lucro podría ser compensado por la presencia de una circunstancia atenuante, con la consecuencia de que el disvalor global de la conducta no encontraría un adecuado reconocimiento ni siquiera en el *quantum* de la pena aplicada en concreto.

Hacia un modelo diferenciado entre tráfico de migrantes y favorecimiento de la inmigración irregular

Según mi opinión, los problemas descritos en el acápite precedente justifican la necesidad de modificar el modelo europeo, diseñado por la Directiva 2002/90 y la Decisión Marco 2002/946. La solución que acá se propone, para efectos de superar el actual estado de la legislación europea, es la de construir un modelo diferenciado entre los delitos de tráfico de migrantes y de favorecimiento de la inmigración irregular, el cual distinga claramente los campos de aplicación de cada uno y gradúe adecuadamente la respuesta punitiva en una escala ascendente, siguiendo el ejemplo del legislador belga.

En un primer nivel debiese estar el delito de “favorecimiento de la inmigración irregular”, ilícito cuyo bien jurídico protegido sería solamente el interés del Estado en controlar los flujos migratorios. En consideración a este fundamento material, el ánimo de lucro no debería formar parte del tipo penal.

En cuanto concierne a la entidad de la sanción, el legislador debiese prever una pena poco elevada, y de todas maneras inferior a aquella prevista para otros ilícitos en materia de migración irregular. Así lo ha hecho, por ejemplo, el legislador español, quien ha establecido, para la hipótesis básica de favorecimiento de la inmigración irregular, una pena de reclusión hasta un año o una multa.

Sería además oportuno introducir una cláusula de exclusión de la responsabilidad penal para aquellos casos en que entre el autor del delito y el migrante exista una relación familiar, similar a aquella establecida, por ejemplo, en los artículos 307 y 384 del Código Penal italiano.

Respecto a la causal de exclusión de la responsabilidad por razones humanitarias, se debiese revisar la formulación de la Directiva 2002/90. En efecto, como se indicó en las páginas precedentes, la expresión “ayuda humanitaria” no cuenta con una definición en los instrumentos europeos, y puede confundirse con aquellas expresiones propias del derecho internacional humanitario. Una posible solución sería redactar esta causal de exclusión en términos de un estado de necesidad amplio (por ejemplo, podría eliminarse la exigencia de que no exista otra forma practicable para salvar el bien jurídico amenazado). Ello brindaría mayor claridad al campo aplicativo de la norma, pues se haría uso de categorías e instituciones ya vigentes en derecho penal.

Ahora, en un segundo nivel de gravedad, como figura autónoma y diversa del favorecimiento de la inmigración irregular, debiese ser colocado el delito de tráfico de migrantes, conforme al modelo previsto por el Protocolo de la Convención de Palermo. En este caso, el bien jurídico protegido no es solamente el interés estatal en controlar los flujos migratorios, sino que también los derechos de los migrantes objetos del tráfico, cuya particular posición de vulnerabilidad es objeto de explotación económica por parte del traficante. Por consiguiente, el ánimo de lucro juega un rol central en el diseño del tipo penal, debiendo ser un elemento integrante del mismo.

En relación a la entidad de la sanción, el legislador debiese, en este caso, establecer una pena adecuada al disvalor del hecho, y sin duda alguna superior a aquella reservada para la hipótesis de favorecimiento de la inmigración irregular.

Referencias

- Aljehani, A. (2015). The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol. *Journal of Criminal Law*, 79(2), 122-137.
- Allsopp, J. (2016). The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the impact on the whole community. En S. Carrera, E. Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings*. Policy Dilemmas in the EU (pp. 47-56). Bruselas: Centre for European Policy Studies.
- Allsopp, J. y Manieri, M. G. (2016). The EU Anti-smuggling Framework: Direct and Indirect Effects on the Provision of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants. En S. Carrera, E. Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU* (pp. 81-91). Bruselas: Centre for European Policy Studies.
- Antonopoulos, G. y Winterdyk, J. (2006). The Smuggling of Migrants in Greece: An Examination of its Social Organization. *European Journal of Criminology*, 3(4), 439-461.
- Attard, F. (2016). Is the Smuggling Protocol a Viable Solution to the Contemporary Problem of Human Smuggling on the High Seas? *Journal of Maritime Law & Commerce*, 47(2), 219-248.
- Blouin, C. (2017). La normativa peruana en materia de tráfico de migrantes a la luz del Derecho Internacional: ¿Hacia una protección de los derechos de las personas migrantes? *Revista Espiga*, 16(34), 215-230.
- Daunis, A. (2010). Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas. Indret: *Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 1-44.
- EUROPOL (2016). Migrant Smuggling in the EU.

- Gallagher, A. (2001). Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis. *Human Rights Quarterly*, 23(4), 975-1004.
- García, B. (2005). La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 58(3), 837-886.
- Hartati, A. (2013). Criminalization of the Smuggling of Migrants in Accordance with the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air. *Indonesian Journal of International Law*, 11(1), 19-48.
- Krieg, S. (2009). Trafficking in Human Beings: The EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights. *European Law Journal*, 15(6), 775-790.
- Laurenzo, P. (2003). La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), 63-93.
- Martínez, M. (2008). ¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (10), 1-20.
- Mayordomo, V. (2011). Nueva Regulación de la Trata, el Tráfico Ilegal y la Inmigración Clandestina de Personas. *Estudios Penales y Criminológicos*, (31), 325-390.
- Muñoz, J. (2016). La ayuda humanitaria: ¿Una excusa absolutoria o una causa de justificación? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18), 1-27.
- Obokata, T. (2005). Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law. *International Journal of Refugee Law*, 17(2), 394-415.

Pelissero, M. (2013). Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. En E. Rosi, F. Rocchi, *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare* (pp. 169-184). Nápoles: Jovene editore.

Spena, A. (2016). Human smuggling and irregular immigration in the EU: from complicity to exploitation? En S. Carrera, E. *Guild, Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU* (pp. 33-40). Bruselas: Centre for European Policy Studies.

UNODC (2010). *Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*.

UNODC (2013). *Corruption and the Smuggling of Migrants*.

UNODC (2017). *The Concept of "Financial or Other Material Benefit" in the Smuggling of Migrants Protocol*.

UNODC (2018). *Global Study on Smuggling of Migrants*.

Normas

Convención de las Naciones Unidas en contra de la Criminalidad Organizada Transnacional y sus Protocolos. Acordada en diciembre de 2000.

Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. Acordado en junio de 1990.

Consejo de la Unión Europea. Directiva 2002/90, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 28 noviembre de 2002.

Consejo de la Unión Europea. Decisión Marco 2002/946, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 28 noviembre de 2002.

Argentina. Ley N° 25.871, Ley de Migraciones. Boletín Oficial, 20 enero de 2004.

Bélgica. Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers Moniteur Belge, 15 diciembre de 1980.

Chile. Código Penal. Diario Oficial, 12 noviembre de 1874.

Colombia. Ley N° 599 de 2000, Código Penal. Diario Oficial, 24 julio de 2000.

España. Ley Orgánica 10/1995, Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 23 noviembre de 1995.

Francia. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Journal officiel de la République française, 25 noviembre de 2004.

Italia. Decreto legislativo N° 286, Testo unico sull'immigrazione. Gazzetta Ufficiale, 25 julio de 1998.

Italia. Ley N° 354, Ordinamento penitenziario. Gazzetta Ufficiale, 26 julio de 1975.

Perú. Decreto Legislativo N° 635, Código Penal. Diario Oficial, 08 abril de 1991.

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

Notas

¹ Artículo 77 Ley N° 18.250: "Tráfico de personas. Quien promoviere, gestionare o facilitare de manera ilegal el ingreso o egreso de personas al territorio nacional por los límites fronterizos de la República, con la finalidad de obtener un provecho para sí o para un tercero, será castigado con una pena de seis meses de prisión a tres años de penitenciaría. Con la misma pena será castigada toda persona que en las mismas condiciones favoreciera la perma-

nencia irregular de migrantes dentro del territorio uruguayo”.

² Artículo 188 Código Penal: “Del tráfico de migrantes. El que promueva, induzca, constriña, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí u otra persona, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y una multa de cincuenta (50) a (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sentencia condenatoria”.

³ Artículo 411 bis Código Penal: “Tráfico de migrantes. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado.

Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado”.

⁴ Artículo 116 Ley N° 25.871: “Será reprimido con prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años el que realizare, promoviere o facilitare el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina. Se entenderá por tráfico ilegal de personas, la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio”.

⁵ Artículo 303-A Código Penal: “El que promueve, favorece, financia o facilita la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años”.

⁶ Sobre el concepto de “razones humanitarias” en el derecho internacional, véase Federici, R. (2010). *Guerra o diritto?: il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici* (2°). Nápoles: Editoriale Scientifica.

⁷ Artículo 25 *Immigration Act 1971*: “25 *Assisting unlawful immigration to member State.*

(1) A person commits an offence if he:

(a) does an act which facilitates the commission of a breach of immigration law by an individual who is not a citizen of the European Union,

(b) knows or has reasonable cause for believing that the act facilitates the commission of a breach of immigration law by the individual, and

(c) knows or has reasonable cause for believing that the individual is not a citizen of the European Union”.

⁸ Artículo 622-1 *Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile*: “*Sous réserve des exemptions prévues à l’article L. 622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l’entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d’un étranger en France sera punie d’un emprisonnement de cinq ans et d’une amende de 30 000 euros”.*

⁹ Para un análisis general del fenómeno de tráfico de migrantes en Bélgica, ver Kaizen, J. y Nonneman, W. (2007). Irregular Migration in Belgium and Organized Crime: An Overview. *International Migration*, 45 (2), 121-146.

¹⁰ Artículo 77: “*Quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d’un Etat membre de l’Union européenne à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d’un Etat membre de l’Union européenne ou d’un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique ou à transiter par le territoire d’un tel Etat, en violation de la législation de cet Etat, soit dans les faits qui ont préparé l’entrée, le transit ou le séjour, ou qui les ont facilités, soit dans les faits qui les ont consommés, sera puni d’un emprisonnement de huit jours à un an et d’une amende de mille sept cents euros à six mille euros ou d’une de ces peines seulement.*

L’alinéa 1er ne s’applique pas si l’aide est offerte pour des raisons principalement humanitaires”.

¹¹ Artículo 77 bis: “*Constitue l’infraction de trafic des êtres humains, le fait de contribuer, de quelque manière que ce soit, soit directement, soit par un intermédiaire, à permettre l’entrée, le transit ou le séjour d’une personne non ressortissante d’un Etat membre de l’Union européenne sur ou par le territoire d’un tel Etat ou d’un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique, en violation de la législation de cet Etat, en vue d’obtenir, directement ou indirectement, un avantage patrimonial*”.

¹² Tal tratamiento penológico se encuentra consagrado en el artículo 118 del Código Penal italiano, artículo 65 del Código Penal español, artículo 64 del Código Penal chileno, artículo 52 del Código Penal uruguayo, entre otros.