



UNIVERSIDAD
DE SAN PABLO-T
Tucumán | Argentina

IESPYC

Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura

Revista Académica

Universidad de San Pablo-Tucumán



Tucumán, República Argentina, Julio 2021

IESPYC. Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura. Revista Académica.

N°10 – Año 2021-1

Tucumán, República Argentina.

ISSN 2525-1600

Revista de Investigación Académica

Editorial:

EDUSPT. 24 de Septiembre 476.

4000. San Miguel de Tucumán. Tucumán, Argentina.

Contacto: Informes@uspt.edu.ar

www.uspt.edu.ar

Quedan expresamente prohibidas, sin la autorización correspondiente, la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento. El contenido de los trabajos, como así también los permisos para reproducción de figuras y tablas, es responsabilidad de los autores.

© Universidad de San Pablo-Tucumán

Queda hecho el depósito que previene la ley
Impreso en Argentina – Printed in Argentina

ISSN 2525-1600

Julio de 2021

Autoridades de la Universidad

Presidente de la Fundación para el Desarrollo

Dra. Catalina Lonac

Rector

Dr. Ramiro Albarracín

Vicerrector

Dr. Inés de los Ángeles Yamúss

Director del Instituto de Desarrollo e Innovación Tecnológica para la Competitividad Territorial

Dr. Federico Pérez Zamora

Director del Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura

Mg. Laura Giusti

Director del Instituto de Salud y Calidad de Vida

Dra. Marta Valverde

Director del Instituto de Diseño, Estrategia & Creatividad

Arq. Matías Rohmer-Litzmann

Dirección de evaluación y acreditación

Mag. Silvia Martínez

Dirección Unidad Económico y financiera

CPN María Cristina Peralta

Secretaría de Extensión y Cultura

Abog. Juan Grande

Secretaría de Investigación, Desarrollo y Cultura

Dr. Álvaro Pérez Ragone

AUTORIDADES DE LA REVISTA

DIRECTOR: Prof. Dr. Álvaro Pérez Ragone (Universidad de San Pablo Tucumán)

SECRETARIO DE REDACCIÓN (Editor): Prof. Dr. Javier Habib (Universidad de San Pablo Tucumán)

CONSEJO EDITORIAL CIENTÍFICO

Derecho:

Prof. Dr. Juan Carlos Veiga (Universidad Nacional de Tucumán)

Prof. Dra. Diana Ramirez (Universidad Católica de Oriente) (Antioquia)

Prof. Neil Andrews (Universidad de Cambridge) (Cambridge-UK)

Ciencia Política:

Prof. Dr. Diego J. Gantus (Universidad Nacional de Rosario - Universidad Nacional de Entre Ríos)

Prof. Dr. Luis León Ganatios (Universidad Autónoma de Guanajuato) (Guanajuato)

Prof. Dra. Gabriela Ippolito-O'Donnell (Universidad de San Martín)

COMITÉ EDITORIAL

Prof. Dr. Gonzalo Casas (Universidad Nacional de Tucumán-Universidad San Pablo-Tucumán)

Prof. Dr. Luis Guilherme Marinoni (Universidade Federal do Paraná) (Curitiba)

Prof. Dr. Pablo Neme (Universidad San Pablo)

Prof. Dra. Magaly Saenz San Martín (Universidad Sorbona Nueva - París 3 (Francia) ; Instituto Latinoamericano de Gobierno y Políticas públicas - ILAGOP (Lima))

Prof. Dra. Marina Acosta (CONICET-Universidad de Buenos Aires)

Prof. (Cand. Doctor) Analía Orr, (Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco)

PRESENTACIÓN

La Revista IESPYC es una publicación semestral que recoge los resultados de los trabajos de investigación de profesores e investigadores nacionales y extranjeros, que sean de interés para la comunidad en las áreas de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales. La misión de IESPYC es abordar temas multidisciplinarios de investigación y/o análisis que posean un interés regional, nacional e internacional. Las publicaciones pueden realizarse en español, inglés o portugués. La Revista, está puesta al servicio de la comunidad científica y académica en general (docentes, investigadores y estudiantes), dirigida tanto a la teoría o la práctica, que buscan profundizar en el conocimiento en las respectivas áreas de interés.

***ARTÍCULOS DE
INVESTIGACIÓN INÉDITOS***

**ADULTOS PRIVADOS DE LIBERTAD. NIÑAS Y NIÑOS PRIVADOS DE
DERECHOS****ADULTS DEPRIVED OF LIBERTY. GIRLS AND BOYS DEPRIVED OF
RIGHTS**

Agustina María de Lourdes Duhart¹

Universidad de San Pablo-Tucumán.

Resumen: A partir de la sanción de la Ley N° 8293 (junio de 2010), la Provincia de Tucumán adscribe a la nueva normativa de promoción y protección de derechos de niños, niñas y adolescentes (NNyA) cuyo antecedente nacional se encuentra en la Ley N° 26.061 del año 2005. Ambas legislaciones responden a las regulaciones internacionales de Derechos Humanos articuladas en la *Convención Internacional de los Derechos del Niño* de 1989², instrumento de jerarquía constitucional y complementaria a los derechos y garantías reconocidos en la misma (art.75 inciso 22 de la Constitución Argentina). Se plantea entonces una transformación radical en el abordaje de aquellas situaciones problemáticas donde la niñez y la adolescencia ven vulnerados sus derechos. Evolucionándose hacia una concepción totalmente diferente del sujeto en cuestión y representando esto un desafío político, social e institucional. Si bien se ha avanzado en la implementación de políticas públicas en este sentido, hay todavía incertidumbre en el abordaje de muchos aspectos de importancia que involucran a este colectivo. Tal es el caso de aquellos NNyA que sufren la privación de la libertad de sus padres o adultos de referencia.

Palabras clave Derechos Humanos. Infancia. Política pública. Sistema de Protección Integral de Derechos de NNyA. Acciones positivas.

Abstract As of the enactment of Law No. 8293 (June 2010), the Province of Tucumán ascribes to the new regulations for the promotion and protection of the rights of children

¹ aduhart@uspt.edu.ar

² La Convención Internacional de Derechos del Niño es el instrumento normativo internacional ratificado por todos los países del mundo menos Estados Unidos.

and adolescents (NNyA) whose national antecedent is found in Law No. 26.061 of the year 2005. Both laws respond to the international regulations on Human Rights articulated in the International Convention on the Rights of the Child of 1989, an instrument of constitutional hierarchy and complementary to the rights and guarantees recognized therein (Article 75, paragraph 22 of the Argentine Constitution). A radical transformation is then proposed in the approach to those problematic situations where children and adolescents see their rights violated. Evolving towards a totally different conception of the subject in question and representing this a political, social and institutional challenge. Although progress has been made in the implementation of public policies in this regard, there is still uncertainty in the approach to many important aspects that involve this group. Such is the case of those children and adolescents who suffer the deprivation of liberty of their parents or reference adults.

Key words: Human rights. Childhood. Public politics. Comprehensive Protection System for the Rights of NNyA. Positive actions.

Recibido 7 de mayo 2021

Aceptado 15 de junio 2021

I. La infancia como categoría histórica y social

El historiador francés Phillipe Ariès³ postula en su obra que la infancia es una categoría de carácter socio-histórica. Por lo tanto, al estudiar temas relacionados con ella, no podemos obviar el tratamiento que ha recibido por parte del Estado como aparato legítimo de protección y como eje ordenador de la sociedad. Por ello debemos puntualizar que: la categoría *infancia* asume rasgos particulares dependiendo del contexto, época y comunidad en la que se inserta; ya que se trata de una expresión cultural, sujeta a cambios. Y que las instituciones y las normas que las instituciones producen, no son ajenas al campo social, ni impuestas a él, sino que son inseparables de la configuración social y de

³ Philippe Ariès (Blois 21 de julio de 1914 - 1984).

las acciones que allí son posibles. Entonces, si bien la infancia, es constitutiva y común a todos los niños se la observa como una categoría fragmentada por la diversidad de vidas cotidianas de los niños y niñas y las circunstancias que atraviesan.

Sintetizando la postura de Ariès, vemos como se concibe en la historia universal a la infancia: sostiene el autor que en las sociedades medievales no había interés por la educación y la familia cumplía la función de la transmisión de la vida, los bienes y el apellido. Los niños vivían mezclados con los adultos en una existencia colectiva y se les dispensaba igual trato que a aquellos. A diferencia de la *paideia*⁴ helenista donde existía una transición al mundo adulto con el inicio de la educación.

A principios de la edad moderna reaparece el interés por la educación inspirando a eclesiásticos, legistas, e investigadores y se implanta en la sociedad, transformándola. En los siglos XVI y XVII, las órdenes religiosas como los jesuitas se convierten en órdenes docentes cuya enseñanza se dirige a niños y jóvenes. Se reconoce que el niño no está preparado para afrontar la vida, que es preciso someterlo a un régimen especial antes de que conviva con la vida adulta, y la familia deja de ser únicamente una institución de derecho privado para la transmisión de bienes y el apellido, asumiendo una función moral y espiritual que forma cuerpos y almas. Así, nace el sentimiento moderno de la familia, donde los padres en un mandato moralista deben dar a sus hijos una formación para la vida y la escuela es la institución responsable de esta preparación. Como instrumento de disciplina severa, reemplaza el aprendizaje tradicional y encierra a una infancia antaño libre, en un régimen cada vez más estricto, lo que condujo en los siglos XVIII y XIX a la reclusión total del internado.

Se privó entonces al niño moderno de la libertad que gozaba entre los adultos épocas atrás. Además, las familias burguesas no admitirán la antigua convivencia de sus hijos con los “pobres o necesitados” en las escuelas caritativas creadas en el siglo XVII, sino que los incluirían en los internados y escuelas, monopolios de su propia clase. El antiguo cuerpo social único que comprendía toda la variedad de edades y condiciones

⁴ Así se denomina el proceso de crianza de los niños en las polis, ciudades-estado griegas, donde se transmitían valores y saberes técnicos inherentes a la sociedad.

sociales, aglutinaba ahora a las personas que se identificaban como semejantes por su parecido moral y particular tipo de vida (Ariès Phillipe, 1987).

El fenómeno de la “Revolución Industrial” del siglo XIX, trajo la inclusión de los niños a la fuerza laboral y su consideración como “adultos pequeños”. A mediados de ese siglo, en Francia, tendrán lugar las legislaciones referidas a la protección en el ámbito del trabajo y más adelante las que garantizaban el derecho a la educación; considerándose una correlación entre edad del niño y escolaridad, desatendida en otros tiempos. Luego, se extenderán al área social, jurídica y sanitaria, expandiéndose por toda Europa a principios del siglo XX.

Ya en la segunda mitad del período, muchos países se preocupan por establecer normativas que protejan a la infancia. En este sentido es clara la influencia internacional de Naciones Unidas en la producción de declaraciones y documentos con poder de imposición supranacional. En 1924, su predecesora la Sociedad de las Naciones adopta en su V Asamblea, la Declaración de Ginebra⁵ sobre los derechos del niño que si bien no era vinculante para los Estados, fue el primer instrumento que reconocía derechos específicos a los niños y las niñas y sobre todo hacía hincapié en los deberes y responsabilidad de los adultos sobre su bienestar.

Establece el derecho de los niños y niñas a disponer de medios para su desarrollo material, moral y espiritual; la asistencia especial cuando están hambrientos, enfermos, discapacitados o hayan quedado huérfanos. Sostiene que han de ser los primeros en recibir socorro cuando se encuentren en dificultades; protegidos frente a cualquier explotación y educados en la responsabilidad social.

Es el marco de la modernidad y a partir de la concepción madre de las declaraciones de derechos francesa y norteamericana del siglo XVIII que establece que: *“todos los hombres nacen libres e iguales”* que las regulaciones internacionales de Derechos Humanos (DDHH) donde comienzan a visibilizarse los derechos de la infancia.

⁵ La iniciativa surgió de la organización internacional “Save the Children” fundada en Londres en 1919 por las hermanas Eglantyne Jebb y Dorothy Buxton con el objeto proteger a los niños afectados por la Primera Guerra Mundial.

II. La infancia en la legislación internacional

En el año 1946 la Organización de Naciones Unidas crea el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), dicha entidad tenía por objeto proporcionar ayuda de emergencia a los niños de Europa al finalizar la Segunda Guerra Mundial y luego amplía su intervención en los llamados países en desarrollo. Dos años más tarde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 25 punto 2 establece que:

“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos del matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Así surge, el compromiso por parte de los países firmantes de propiciar los mecanismos necesarios para dar cumplimiento con el instrumento.

La Asamblea General de Naciones Unidas aprueba en el año 1959 la *Declaración de los Derechos del Niño*, siendo un conjunto de principios que se concentra en el derecho a la educación, a la atención de la salud y a la nutrición adecuada. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969 en su artículo 19 expresa:

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Años más tarde, en 1989 Naciones Unidas aprueba la *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN), el tratado de derechos humanos más aceptado de la historia que incita a un compromiso de cambio legal por parte de los estados signatarios, detallando peligros a combatir y condiciones a asegurar.

El niño es considerado como un ser social con derechos y deberes a quien el Estado y la sociedad deben proteger, educar y atender en la satisfacción de sus necesidades básicas para el logro de su bienestar integral. Así lo remarca la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH):

“Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”⁶

A partir de aquí se insta a reconfigurar la dinámica relacional Estado-Sociedad Civil en lo que refiere al rol del poder público para con los niños, niñas y adolescentes. Dados los principios fundamentales de la *Convención* que el Comité de los Derechos del Niño⁷ destaca para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos, a saber:

1. Participación: los niños como personas y sujetos de derecho, pueden y deben expresar sus opiniones en los temas que los afecten. Sus opiniones deben ser escuchadas y tomadas en cuenta para la agenda política, económica o educativa de un país.
2. Supervivencia y desarrollo: las medidas que tomen los Estados Parte para preservar la vida y la calidad de vida de los niños deben garantizar un desarrollo armónico en el aspecto físico, espiritual, psicológico, moral y social de los niños, considerando sus aptitudes y talentos.
3. Interés superior del niño (ISN): cuando las instituciones públicas o privadas, autoridades, tribunales o cualquier otra entidad deba tomar decisiones respecto de los niños y niñas, deben considerar aquellas que les ofrezcan el máximo bienestar. El ISN es el principio interpretativo garantista trascendental en el ámbito del derecho de los niños.
4. No discriminación: ningún niño debe ser perjudicado de modo alguno por motivos de raza, credo, color, género, idioma, casta, situación al nacer o por padecer algún tipo de impedimento físico. Ni por las características personales de sus padres, tutores o responsables.

⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A n°17, párrafo 54.

⁷ El Comité de los Derechos del Niño, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes

5. Este último principio, inherente a la definición de derechos humanos, refiere a la necesidad de diferenciar las distintas situaciones por las que atraviesan los seres humanos, teniendo en cuenta las etapas de la vida en la que se encuentran, su cultura y sus particularidades para que el derecho pueda ser realizado plenamente. Al aplicar la prohibición de discriminación, debe ser posible el control sobre la “*discriminación de impacto o indirecta*”⁸.

La Convención es por excelencia tanto un instrumento jurídico como una herramienta de planificación política que importa una transformación ideológica y conceptual. Compromete a los Estados signatarios a diseñar políticas que contemplen formas de participación comunitaria que reconozcan el protagonismo esencial del niño y su familia y promuevan el respeto y satisfacción de sus derechos.

III. La legislación en América Latina

En América Latina, la legislación de las primeras décadas del siglo XX estuvo orientada principalmente a la protección de mujeres y niños trabajadores. En Argentina en 1916 se conoce una propuesta de un “código de infancia” que establecía la figura de jueces de menores, creaba el consejo de menores y obligaba a la asistencia escolar. Es la primera aproximación normativa sobre derechos de infancia en la región, posteriormente en 1919 se promulga la Ley de Patronato de Menores Nro. 10.903.

En adelante, Brasil, Costa Rica, Uruguay, Ecuador y Venezuela elaboraron sus “códigos de infancia” hasta 1939, en donde se establecían parámetros de intervención del Estado en cuestiones como delincuencia juvenil, “niños de la calle” y trabajo de mujeres y niños, además de la creación de organismos avocados en asuntos como bienestar social, salud, justicia juvenil, adopción y custodia legal; como así también determinadas políticas de protección a la mujer.

⁸ “...Se produce una discriminación indirecta cuando la aplicación de un criterio de diferenciación jurídico en principio neutro (...) o no ‘sospechoso’ (...) produce un resultado significativamente negativo o perjudicial respecto de la minoría racial en desventaja (...) en comparación con el grupo social mayoritario. Por eso se las llama también ‘discriminaciones de impacto’ (frente a las discriminaciones de trato o directas)”. Rey Martínez, Fernando, “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista española de derecho constitucional, Año n°27, n°79, 2007, págs. 279-307.

En el año 1948 se aprueba un Código Panamericano de la Infancia, en el que comienzan a reconocerse algunos derechos a los niños (identidad, alimentación educación, etc.), en línea con los derechos universales (Dávila y Naya 2010).

La movilización fue intensa con respecto a las ratificaciones a la CDN más que con cualquier otro instrumento de derechos humanos en un contexto de transición de las dictaduras militares hacia gobiernos democráticos y sobre todo gracias a la influencia de un actor internacional clave como UNICEF.

El punto de arranque en la adecuación normativa estuvo dado por el Estatuto del Niño y el Adolescente (ECA) que se aprueba en Brasil en julio de 1990. La mayoría de los países no hicieron reservas ni declaraciones al tratado, sólo Argentina⁹ y Colombia hicieron reservas con respecto al artículo 38 sobre la participación de los niños menores de 18 años en conflictos armados y Argentina exclusivamente en lo que refiere a la protección legal de los niños en materia de adopción internacional (artículo 21).

El artículo 44 de la CDN compromete a los Estados a presentar informes periódicos sobre su aplicación ante el Comité. Se contraen obligaciones internacionales que en caso de incumplimiento pueden ser reprochadas internacionalmente aún por los ciudadanos que residen en ellos.

Con la CDN, se produce una transformación clave en la perspectiva de abordaje de la temática, que en América Latina acompaña además del llamado proceso de democratización, el de modernización del Estado.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Niños de la calle – Villagrán Morales vs. Guatemala” es un acto de máxima relevancia, en tanto, el fallo responsabiliza al Estado de Guatemala por la muerte de cinco niños de la calle en manos de la policía al violar lo establecido en el artículo 19 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en lo que refiere a la protección del derecho a la vida y a la dignidad; indemnizando a las familias de las víctimas y obligándolo a investigar los hechos. *“Ya nadie discute en América Latina que la protección de la niñez*

⁹ Ley Nro. 23.849, promulgada el 27/09/90.

debe plantearse a partir de un enfoque de ciudadanía y de protección de los derechos humanos de niños y niñas” (Beloff, 2008).

IV. El Estado Argentino frente a la infancia. La transición de paradigmas.

Desde el plano normativo y tal como se refirió antes, en nuestro país entró en vigencia el 21 de octubre de 1919, la Ley de Patronato de Menores también conocida como Ley Agote o Ley Nacional Nro. 10.903. La cual indica un primer intento por proteger a la infancia en cuestión¹⁰ desde la cultura de la “*compasión – represión*” ya ensayada en Estados Unidos en el Siglo XIX y en Europa a principios del Siglo XX. La misma consideraba a los niños y adolescentes que estuvieran en una “*situación irregular*” o “*pasibles de correr algún riesgo*” como objeto de tutela por parte del Estado, ejercida a través de los jueces.

Tal como lo establecía su artículo 4: “*El patronato del Estado nacional o provincial se ejercerá por medio de los jueces nacionales o provinciales, con la concurrencia del Consejo Nacional del Menor y del Ministerio Público de Menores en jurisdicción nacional y de este último en jurisdicción provincial o de ambos en las provincias que se acojan a los beneficios del decreto-ley. Ese patronato se ejercerá atendiendo a la salud, seguridad, educación moral e intelectual del menor, proveyendo a su tutela sin perjuicio de los artículos 390 y 391 del Código Civil*”.¹¹

Etimológicamente *patronato* procede del latín *patroñatus* y refiere al derecho, poder o facultad que tienen el patrono o los patronos¹². En el tema que nos ocupa, el poder del Estado personificado en los jueces por sobre los “*menores*”. Por lo que, la “*idiosincrasia del patrono*” no escapa a las representaciones que forman parte del sentido social de la época que responden a su vez a procesos de hegemonización cultural. En este contexto, y dado que no puede intervenir sobre la infancia sin intervenir sobre la familia de los niños que presentan una situación de riesgo, debe tenerse en cuenta las regulaciones sobre la vida familiar del momento. Prescripciones sobre la buena crianza, los discursos sobre la moralidad familiar y los valores vigentes en torno al correcto ejercicio de la

¹⁰ Se trata de la infancia que por ciertas particularidades ingresa al circuito institucional estatal y sobre la que el Estado Argentino adopta cierta postura.

¹¹ Ley Nacional N° 10.903. Patronato de Menores

¹² Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, 23° Edición (2014)

maternidad y la paternidad, basados en el ideal liberal conservador. Aquí, el Juez aparece como la autoridad que representa esos valores, “el buen padre de familia” con competencia omnímoda (civil, penal y tutelar).

El sistema judicial destinado a los “menores” apuntaba al sector de la infancia que ingresaba al circuito estatal/judicial, dadas las condiciones de carencia en la que se hallaban; esto es: falta de responsabilidad y cuidado parental, de contención familiar y de recursos materiales básicos para su desarrollo. Hablamos de una infancia abandonada, carente, que no integra los espacios de socialización regular: familia y escuela.

En este andamiaje institucional, el Estado es el tutor judicial del menor de edad desde el rol asistencial, asilar, sin importar si se encuentra involucrado en un delito o si únicamente necesitaba protección con respecto a una situación de vulnerabilidad social. Y es quien a través del financiamiento apoyaba a actores institucionales que desde la sociedad civil colaboraban en esta tarea como la Sociedad de Beneficencia que data del año 1821 y el Patronato de la Infancia de la Capital Federal del año 1892 por ejemplo. Lo ambiguo de la “*Doctrina de la Situación Irregular*”, reside en que a partir del supuesto “peligro material o moral” se identifican en forma discrecional y arbitrariamente categorías que comprenden indistintamente al menor de edad abandonado, delincuente, víctima de maltrato o delitos¹³.

Con la introducción de la perspectiva de derechos humanos en la configuración del Estado de bienestar¹⁴ de mediados del siglo XX se introduce la noción de la intervención social hacia la prevención y promoción, no solo la asistencia, fortaleciendo las dimensiones familiar y comunitaria en los abordajes.

Así, los derechos de la niñez se hallan incluidos en los derechos específicos de grupos vulnerables pertenecientes al grupo de derechos económicos, sociales y

¹³ Cuadernillo N°2. Ministerio de Desarrollo Social. Presidencia de la Nación. 1° Edición, junio de 2011.

¹⁴ El origen del Estado de Bienestar se encuentra en el siglo XIX, cuando se hizo evidente que el libre juego del mercado, lejos de satisfacer las demandas de todos los individuos, producía una polarización creciente de la sociedad sobre la base de una gran desigualdad. En su origen, el EB tuvo como objetivo garantizar ciertos niveles mínimos de ingreso, alimentación, salud, vivienda y educación a los sectores más desprotegidos, no como beneficencia sino como derechos (Regonini, 1991: 551) (Abal Medina, 2010)

culturales (DESC)¹⁵. Y en el transcurso de las últimas décadas (desde mediados de siglo XX hasta nuestros días) se ha ido produciendo una transformación, determinada por el desplazamiento del problema de las condiciones de vida de la infancia, al de las condiciones de “derechos de la infancia”, que encuentra su culminación en la aprobación en 1989 de la convención antes mencionada (Luciani Conde, 2008, pág. 33), y a partir del cual se inicia un proceso de cambio hacia el “*Nuevo Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*”(en adelante NSPIDD).

Cambia el modelo de responsabilidad y como hitos institucionales relevantes podemos citar la creación en 1983 de la Secretaría de Desarrollo Humano y Familiar en la órbita del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación que incluía el área de infancia en camino hacia la protección de derechos impuesto a nivel mundial. La CDN fue ratificada por el Congreso de la Nación en 1990, instituyéndose como Ley Nacional 23.849/90 e incorporándose en 1994 a la nueva Constitución Nacional (Luciani Conde, 2008, pág. 44). De ahí que la provincia de Mendoza con su “Ley del Niño y del Adolescente” es pionera en 1995 en sancionar una ley provincial de protección integral de NNyA, seguida por Chubut¹⁶ en 1997, ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁷ en 1998, Salta¹⁸ en 1999, Neuquén¹⁹ en 1999, Buenos Aires²⁰ en 2000, Tierra del Fuego²¹, Misiones²² y Jujuy²³ en 2001 y San Juan²⁴ en 2002. Y es en el año 2005 con la sanción de la Ley Nacional N°26.061 que se deroga formalmente la Ley de Patronato, incorporando estándares de Derechos Humanos en su espíritu y contenido. Acercándonos una nueva institucionalidad que concentra la mirada en los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA) como sujetos especiales de derecho, reconociendo la desigualdad

¹⁵ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son referidos en el capítulo 3, artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Aprobada por la República Argentina según Ley Nro. 23.054. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁶ Ley Nro. 4347

¹⁷ Ley Nro. 114

¹⁸ Ley Nro.7039

¹⁹ Ley Nro. 2302

²⁰ Ley Nro. 12.607 derogada por Ley Nro. 13.298

²¹ Ley Nro. 521

²² Ley Nro. 3820

²³ Ley Nro. 5288

²⁴ Ley Nro. 7338

legal y jurídica en la cual se encuentran, pero desde la óptica de la protección (Vianna, 2010). Por lo que, ambas miradas - opuestas - la de la Convención de los Derechos del Niño y la Ley Nacional de Patronato convivieron en nuestro país durante más de quince años.

Las provincias de Catamarca, Córdoba, La Rioja y Corrientes se adhieren a la Ley Nacional a diferencia de Río Negro, Entre Ríos, Santiago del Estero, Santa Fe y Tucumán que sancionan sus legislaciones provinciales conforme los principios de la CDN y la Ley Nacional Nro. 26.061.

La nueva legislación reconoce a los niños, niñas y adolescentes sus derechos y garantías como ciudadanos dada su condición específica por ser personas en desarrollo, teniendo en cuenta su dimensión personal y social. Esto es lo que se conoce como *principio de autonomía progresiva*, es decir que, como sujeto de derecho, se lo debe reconocer con las capacidades y atributos que les son propios por lo que el Estado es responsable de otorgar un piso de protección a este grupo vulnerable. Los NNyA, que de acuerdo al artículo 2 de la normativa mencionada son todas las personas de entre 0 y 18 años de edad; ya que cuando más pequeños son, menos pueden ejercer por si mismos sus derechos.

En este sentido y por lo tanto el modelo de protección integral conduce a comprender que en realidad no son los niños o adolescentes los que se encuentran en situación irregular, sino que la “infancia en riesgo” es resultado de la omisión o inexistencia de políticas sociales básicas; lo que reclama un cambio del asistencialismo a las políticas de garantías (Murga & Anzola, 2011). Para ello, es indispensable el trabajo conjunto y coordinado entre las áreas especializadas en infancia y demás del Estado, la corresponsabilidad y participación de actores gubernamentales y no gubernamentales para evitar la superposición de abordajes como la fragmentación en los mismos. Hablamos de un, dado que el nuevo paradigma normativo define este tipo de abordaje: el sistémico. Dice el artículo 32 de la Ley: *“El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y*

restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional. La Política de Protección Integral de Derechos de las niñas, niños y adolescentes debe ser implementada mediante una concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios. Y que, para el logro de sus objetivos, el Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes debe contar con los siguientes medios:

- a) Políticas, planes y programas de protección de derechos;*
- b) Organismos administrativos y judiciales de protección de derechos;*
- c) Recursos económicos;*
- d) Procedimientos;*
- e) Medidas de protección de derechos;*
- f) Medidas de protección excepcional de derechos.*

Este esquema, favorece la descentralización de las políticas públicas, herramientas clave para la recuperación de los derechos sociales, culturales y económicos (DESC). Incorpora una nueva retórica, postula la no judicialización de la pobreza, la protección, restitución y exigibilidad de derechos, y la no institucionalización de NNyA priorizando su familia de origen. Especificando y enfatizando además, que las carencias materiales no configuran motivo suficiente para separar al niño de su entorno sino que el Estado a través de Políticas Públicas focalizadas debe apoyar a las familias para que sean capaces de gozar plenamente de los derechos que les corresponden tal como se expresa en el artículo 4 y 7 de la Ley nacional²⁵. “...*Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones...*”. En tanto y en consideración a los alcances del artículo 7 de la Ley Nro 26.061 y 6 de la Ley Nro.8293 se ha sostenido que:

²⁵ Ley Nacional N°26.061

“... la nueva ley da por tierra con las intervenciones paternalistas, fundadas en el poder de patronato del Estado. En el futuro, los responsables institucionales están vedados para realizar intervenciones que arrebaten la autonomía e intimidad de la familia. Por el contrario, la política de ejecutar debe considerar como variable determinante la capacidad de la familia para garantizar la satisfacción de los derechos de los niños. De esta forma, se deben abandonar aquellas modalidades dirigidas a “reemplazar” a la familia y, en cambio, ofrecer bienes y servicios adecuados que posibiliten las condiciones para que ésta pueda, efectivamente, constituirse como garante. En este punto emerge la responsabilidad primordial del Estado” (García Méndez, 2008).

Cabe agregar que el 01 de agosto de 2015 entró en vigencia en nuestro país el Nuevo Código Civil, Ley Nro. 26.994 que por supuesto recoge los principios del nuevo paradigma antes descriptos y refleja los cambios que ha sufrido la *litigiosidad* con respecto a las familias importando nuevas prerrogativas y obligaciones dentro del derecho de familia.

V. Tucumán y el Sistema de Protección Integral de Derechos

En tanto, en la provincia de Tucumán la Legislatura sanciona en junio de 2010 la Ley Nro. 8293²⁶ de *Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes* en consonancia con la Ley Nacional N° 26.061. Su decreto reglamentario (Nro. 1615) data de junio de 2015. Así, la provincia legisla conforme a los principios de la Ley Nacional y la CDN en virtud del poder no delegado al gobierno nacional propio de nuestro sistema federal.

La normativa tiene por objeto la protección integral de los derechos de los NNyA²⁷ y de sus familias, ya que no puede pensarse en intervenciones y/o acciones sobre la infancia ignorando su entorno familiar. A la vez define un concepto de familia, ámbito o grupo familiar en clave de afinidad y no únicamente de consanguinidad.

²⁶ Ver Anexo

²⁷ Artículo 3° de la Ley N°8293: SUJETO. DENOMINACIÓN. INTERPRETACIÓN: El ámbito de aplicación subjetiva de la presente Ley será toda persona desde la concepción hasta los dieciocho (18) años de edad. En la interpretación de esta Ley se tendrá en cuenta la condición de las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Las niñas, niños y adolescentes cumplen una función activa en la sociedad y no deben ser nunca considerados como meros objetos de socialización o prueba.

Pone en relevancia el compromiso del Estado provincial de generar políticas públicas y acciones positivas en pos de priorizar la realización de derechos. Especifica la estructura del Sistema y la delegación de competencias de cada organismo. Es importante destacar que, al igual que la Ley nacional se hace referencia a la situación de la “mujer privada de libertad”, exponiendo que el Estado, garantiza su asistencia durante el embarazo y el parto, y la provisión de los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario, facilitándose la comunicación con su familia a efectos de propiciar su integración a ella. Lo cual en nuestra provincia hasta el momento es inviable ya que no contamos con establecimientos carcelarios adecuados para albergar madres e hijos.

Consideramos, que la Ley 8293 y su decreto reglamentario son instrumentos necesarios que ponen claridad sobre todo en la delegación de funciones y responsabilidades de las entidades dentro del Sistema provincial, pero en esencia, estos instrumentos no han traído nuevas alternativas con respecto a lo existente. No introducen variables o discusiones con respecto a las áreas de vacancia vigentes en el paradigma, como lo es la situación de NNyA con referentes adultos privados de libertad.

VI. Estudiar la infancia desde la interdisciplinariedad

Numerosas disciplinas en el campo de las ciencias sociales y jurídicas se ocuparon de estudiar a la infancia, sus representaciones, significaciones y los dispositivos jurídico burocráticos diseñados para intervenir en aquel sector de este colectivo pasible de ser tutelado, judicializado, apropiado o adoptado (Villalta, 2010). Es decir, los NNyA que ingresan a la órbita estatal – judicial por encontrarse sumidos en lo que se denominaba una situación irregular, pasibles de correr algún tipo de riesgo. En el antiguo paradigma del patronato, los denominados “menores”, definidos así por las condiciones de carencia en la que se hallaban; esto es: falta de responsabilidad y cuidado parental, de contención familiar y de recursos materiales básicos para su desarrollo. La producción teórica en nuestro país focalizada en el sistema judicial destinado a los mencionados analiza cómo funciona el entramado institucional complejo que busca defender y garantizar derechos. Como se contraponen y conviven las dos miradas mencionadas en la acción cotidiana en dispositivos administrativos y judiciales concretos. Durante los '90 se realizaron estudios críticos respecto de las modalidades de intervención institucional jurídico-administrativa

sobre los niños y jóvenes, García Méndez y Beloff (Beloff M. y., 1998), (Beloff, La protección de los niños y las políticas de la diferencia, 2011) entre otros.

Prácticas y discursos que involucran a múltiples actores y suman a otros a partir de la transformación del marco normativo que supone en situaciones de vulnerabilidad social, intervenciones de tipo mixta. Es decir, el rol del estado como responsable de proteger y restituir derechos desde la política pública y generar alternativas a fin de evitar la amenaza o vulneración de los mismos al grupo de estudio. Y el Poder Judicial como garante de su efectivo cumplimiento y contralor de ciertas medidas adoptadas por el órgano administrativo.

Así, a partir de los lineamientos marco y objetivos del “*Nuevo Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*” como ser la desjudicialización de la pobreza, la protección, restitución y exigibilidad de derechos, y la no institucionalización de NNyA, se trabaja igualmente sobre las prácticas judiciales y la acción estatal con el objeto de evidenciar si se ajustan o no a la nueva normativa desde esquemas conceptuales que en una actitud de denuncia no dan cuenta del por qué y cómo se despliegan ciertos ejercicios de poder arraigados en el paradigma anterior.

Desde una perspectiva antropológica la producción académica busca identificar los supuestos, las racionalizaciones y los esquemas interpretativos sobre los que se asientan las prácticas concretas, orientando su búsqueda hacia las redes de relaciones sociales, rutinas institucionales y las categorías que se han construido para clasificar e intervenir sobre la población en cuestión (Villalta, 2010). Los trabajos de investigación realizados en este sentido sostienen que los modos de intervención estatal no pueden circunscribirse a la acción unilateral del aparato jurídico-estatal en una relación asimétrica de dominación concluyendo simplemente que, si se tratara a los niños como sujetos de derecho las falencias en ciertas prácticas no se darían. Sino que intentan comprender los marcos de significación que estructuran las intervenciones de las instituciones.

En nuestro país, desde el campo del derecho, del derecho de familia más precisamente - dado que es imposible pensar en un abordaje de este sector de la infancia disociado de una intervención sobre la familia del niño tal como lo plantea la Ley N° 26.061 - encontramos artículos donde se citan ciertos casos judiciales a modo de

invocarlos como precedentes jurídicos, atendiendo a si el abordaje del conflicto se hizo desde una u otra perspectiva y la normativa invocada. Se describe por tanto la dinámica jurídica institucional y se analizan resoluciones de casos concretos, identificando fallas, tensiones y resistencias en la relación entre administración y poder judicial. Tal fue la intención de las publicaciones del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en alianza con UNICEF Argentina con miras a capacitar a los operadores del sistema de justicia de esa provincia sobre la actualización normativa y jurisprudencial en los derechos de NNyA. Básicamente se debate y trata el marco normativo e institucional del nuevo paradigma de protección integral. Estos trabajos se abordan desde tres perspectivas de análisis: la doctrina internacional de los Derechos Humanos como base o fundamento último de todo sistema de protección y promoción integral de derechos, los conflictos que se dirimen o involucran al fuero de familia y su innegable interacción con los organismos administrativos de protección y promoción, y los cambios sufridos en el sistema penal juvenil.

Observamos entonces, que existen áreas de vacancia - o no abordadas con la profundidad suficiente aún - como el impacto que produce en los NNyA la privación de la libertad de algún miembro de la familia y las consecuencias que ello genera en la integración social.

1. El Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes

La Argentina de los años sucesivos a la crisis de 2001²⁸, adscribe al modelo político – económico latinoamericano que considera al Estado como el eje ordenador de la sociedad. Que interviene en la esfera económica, genera institucionalidad en pos del beneficio de sectores populares y atraviesa la construcción de una identidad hegemónica a partir de componentes simbólicos sustanciales como lo nacional, lo popular y la ciudadanía. Construir ciudadanía implica ampliar y profundizar derechos sociales, económicos e identitarios sin ignorar la garantía de los derechos liberales clásicos como

²⁸ La llamada crisis del año 2001 pone fin al modelo de Estado Neoliberal iniciado en materia económica por la dictadura militar de 1976 que planteaba la no intervención del estado en la economía en contraposición al modelo del estado benefactor que impulsaba la regulación temporaria del estado en la economía para resolver problemas sociales. La crisis se produce no sólo en términos económicos sino también políticos y sociales.

la seguridad, la libertad, el acceso a la información, etcétera (Cao, Maximiliano, & Laguado duca, 2015).

El Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, tiene lugar dentro de este modelo de Estado que se caracteriza por el protagonismo del mismo en la configuración de políticas de desarrollo e inclusión social a diferencia de su predecesor en los años `90. Su presencia no queda relegada al quehacer burocrático-administrativo sino que, los gobiernos sucesivos a partir del año 2003 se ocupan de construir hegemonía²⁹, a través de su accionar político desde la configuración de identidades populares que responden a un proyecto de sociedad y no a otro. Lo cual pone de manifiesto que existe un “otro”, en términos de confrontación.

Las políticas de protección social en este sentido y como lo son las destinadas al colectivo que estudiamos – niños/as y adolescentes - se caracterizan por conformar “*sujetos de derecho*”, es decir, empoderan a sectores vulnerables que antes fueran “asistidos” o desprotegidos. Por ende, los Derechos Humanos aparecen en el centro de la escena y como rectores en los proyectos públicos atendiendo asimismo cuestiones de identidad que refuerzan este empoderamiento en ciertas minorías desde legislaciones concretas, como por ejemplo y además de la estudiada, la Ley de Matrimonio Igualitario (Nro. 26.618 año 2010) o de Identidad de Género (Nro. 26.743 año 2012).

En este marco las necesidades se transforman en derechos y la dinámica Estado–Sociedad Civil se ve afectada necesariamente para generar políticas estatales exitosas que a diferencia del modelo de Estado neoliberal importa otro espacio a las organizaciones del tercer sector. En palabras de Nuria Cunill Grau el Estado neoliberal “...proponía, con respecto a la participación de las ONG u otros actores de la sociedad civil, como “*clientes*” de un servicio público específico para que intervengan en su dirección y control, bajo un modelo normativo que interpela más a su conocimiento experto bajo un rol gerencial – o sea, como participantes administrativos – en vez de sus intereses sociales y su capacidad para introducir consideraciones de valores y de política en el más amplio sentido” (Cunill, 1999). Son las organizaciones que realizan trabajo

²⁹ Es decir, de construir un sujeto político a partir de la reunión de sectores sociales diferentes alrededor del “significante vacío”, concepto utilizado por Ernesto Laclau (Laclau, 2005). El significante vacío permite que diferentes intereses y lecturas se sientan contenidas en él posibilitando la construcción política hegemónica. En este caso las ideas nacionales populares, neurálgicas a los gobiernos aludidos.

territorial quienes tienen contacto directo con las poblaciones destinatarias de los programas políticos.

El Estado centro -fuerte en sus decisiones y activo en su gestión - sólo es posible gracias a la existencia de un vínculo amigable con el Poder Legislativo y armónico con los entes descentralizados de la administración pública que deben dar bajada territorial a las políticas por él diseñadas. En este sentido los Gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernández se ubican así dentro de un modelo de *Estado nacional-popular* que va a definir su agenda política desde la promoción social, el enfoque de derechos, y el empoderamiento de organizaciones sociales, haciendo hincapié en la educación y el empleo a partir de una economía en clave de desarrollo y protección de las industrias nacionales. Para ello se planifican políticas públicas de carácter universal que promueven los atributos de integralidad y coordinación necesarios para cumplir con su cometido. *La integralidad “implica un trabajo de unificación y articulación de recursos, circuitos administrativos y gestiones compartidas y consistentes por tipo de prestaciones o beneficiarios a atender”, que se tradujo en la reducción y conversión “de pequeños y grandes programas en tres grandes Planes que hacen más eficiente las prestaciones y le imprimen una impronta particular en cuanto a planificación y gestión” (Memoria Detallada del estado de la Nación 2003:138 -140).*

No es una sumatoria de acciones: supone que las prestaciones y servicios están centrados en el conjunto de necesidades de las personas, familias y comunidades. Busca darles una mayor coherencia e impacto a los programas convencionales, a través de la convergencia de las distintas intervenciones, privilegiando la perspectiva del receptor (Martínez Nogueira, 2007).

Una lógica de acción pública diferente a la presentada por el modelo de Estado anterior, que respondía a la instalada por la *Nueva Gestión Pública* que promovía la realización de programas sociales focalizados. Y que por lo tanto requiere un alto nivel de coordinación entre sectores del gobierno de igual jerarquía – *coordinación horizontal* - como así también *coordinación vertical* y, entre distintas jurisdicciones. Entonces, y tal como plantea Reppetto la coordinación no es un fin en sí mismo sino un medio necesario para la “integralidad”, característica fundamental de la política pública social destinada a NNyA.

El objeto de los atributos antes mencionados, es desde luego sortear las estructuras burocráticas fragmentadas en pos de la articulación interinstitucional y administrativa entre y para con el Estado nacional, las provincias y los municipios. Ejemplo de ello es que dentro de este Estado se configura, y a partir de la normativa estudiada, el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia en el 2006, ya existiendo desde 2002 el Consejo Nacional de Políticas Sociales, espacios institucionales federales que bregan por la implementación exitosa de las políticas y programas desarrollados a lo largo de todo el país, atendiendo a que es impensable llevar adelante políticas sociales si no se trabaja en el territorio donde se vincula y desarrolla el grupo objetivo de abordaje. *“El estado ha tomado nota de que los espacios de vinculación posindustriales del sujeto popular han pasado a ser el barrio, el deporte, la música, la asistencia social, la cultura, los espacios de economía solidaria, las instituciones de enseñanza/ aprendizaje, y de ahí se ha revalorizado la política sectorial: las asociaciones que defienden las identidades de género o étnicas, las vecinales, las agrupaciones por temas ad hoc”* (Cao, Laguado Duca y Rey: 2015). Otro elemento fundamental en esta gesta pública es la participación y politización de los sectores populares. El protagonismo de actores descentralizados a nivel federal y la generación de dependencias específicas en las Provincias y Municipios siendo la coordinación el atributo fundamental y necesario en el andar de este modelo.

Las políticas sociales se piensan y diseñan desde un “enfoque de derechos”, lo que significa, siguiendo a Arcidiácono (Arcidiácono, 2008) que los estándares internacionales de Derechos Humanos orientan las decisiones que debe tomar el Estado con respecto a sus políticas públicas. Desde este lugar, los receptores de las mismas no se consideran como “beneficiarios” de una medida “asistencial” si no como titulares de derechos que generan obligaciones al Estado. Asimismo, las cuestiones sociales a resolver no son unívocas y la complejidad de los problemas que atraviesan las poblaciones vulnerables, entre ellas los NNyA, requieren de un abordaje integral que tenga presente la pertenencia del individuo a ciertos grupos sociales que lo determinan. Es decir, y en palabras de Pedernera³⁰: *“no hay niño abandonado sin familia abandonada”*, por lo que la intervención pública debe ser integral, entendiendo que los problemas que enfrentan los sectores más desprotegidos o vulnerables son multicausales

³⁰ Pedernera, Luis: “Convención del Derecho del Niño: sus principios fundamentales y los institutos esenciales para el acceso a justicia”. Charla Magistral. Poder Judicial de Tucumán, julio de 2017.

y multidimensionales. En relación a lo antes expresado, Cecilia Grosman describe la implicancia refleja del destino del niño con relación a sus progenitores en el siguiente sentido: “...en otros términos, los derechos económicos sociales y culturales de los niños y también sus derechos civiles, se hallan íntimamente asociados a los de sus progenitores. Si estos no se respetan, también resultan desconocidos los derechos de sus hijos...”³¹

En resumen y de acuerdo a lo expuesto podemos apuntar diferencias sustanciales entre el modelo de estado liberal y el modelo de estado nacional popular que acoge al SPID (ver cuadro 1), de los que resultan programas públicos muy disímiles.

El enfoque de derechos obliga a garantizar en los diseños de las políticas públicas mecanismos de reclamo tanto administrativos como judiciales susceptibles de poner en práctica en el caso de violación de algún derecho. Por lo tanto, deben pretender y atender el efectivo acceso a la justicia por parte de estos llamados “nuevos sujetos de derecho”, y no desconocer que los grupos más vulnerables carecen de recursos no sólo materiales sino simbólicos para organizarse y movilizarse en el reclamo de sus intereses hacia los tomadores de decisiones.

Entonces y en clave de derechos, podemos afirmar que aquellos grupos que ven realizados sus Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y son capaces de organizarse y adquirir cierto grado de movilización, tendrán mayor incidencia en la conquista de Derechos Civiles y Políticos (DCyP) y acercarán sin tantas dificultades y con más probabilidades de recepción; sus demandas a y/o a quienes representen sus intereses.

Teniendo en cuenta esto, la base del SPID reside en políticas públicas pensadas en este sentido, con las características antes expuestas. Y la nueva legislación encara - por ende - una nueva dinámica institucional tanto en el ámbito administrativo como judicial y en la interacción y confluencia que se produce entre ambos con el objeto de delimitar los campos de acción y reclamo.

³¹ En: Los derechos de los niños en las relaciones de familia en el final del siglo XX. La responsabilidad del estado y de la sociedad civil en asegurar su efectividad; La Ley, diario del 2 de diciembre de 1999.

2. La dinámica del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Como se expresó anteriormente, la Ley Nacional Nro. 26.061 genera una nueva institucionalidad que favorece la descentralización de políticas públicas, jerarquiza la función judicial y ubica a las Organizaciones No Gubernamentales con los gobiernos como co-gestores en el diseño e implementación de un nuevo tipo de política pública. *“La institucionalidad creada por la Ley no es un capricho de algunos. Organiza reglas de juego, procedimientos, actores y relaciones entre éstos que corporizan obligaciones del Estado con los niños a partir de principios establecidos en la Convención así como en una variedad de recomendaciones por parte del Comité de los derechos del niño y nuevas normativas y compromisos internacionales que, en forma complementaria a la CDN nos han venido ofreciendo pistas claras para orientar transformaciones jurídicas e institucionales que permitieran ir más allá de la retórica en la relación del Estado con los niños”* (Konterllnik, 2005).

En este sentido desaparece la ambigüedad de la antigua *“Doctrina de la Situación Irregular”*, donde a partir del supuesto “peligro material o moral” se identifican en forma discrecional y arbitrariamente, categorías que comprenden indistintamente al menor de edad abandonado, delincuente, víctima de maltrato o delitos³². Es decir, se “dividen las aguas” y se originan circuitos administrativos y legales distintos dependiendo de la situación problemática que los mismos atraviesen, recalando siempre que la pobreza o carencia material no es fundamento para separar a los menores de edad de su ámbito familiar y con la clara intención de dejar atrás la identificación entre pobreza y delito.

Por un lado y como lo expresa la ley, las **medidas de protección** se orientan a restituir aquellos derechos vulnerados o potencialmente vulnerables y es el “órgano administrativo” bajo órbita del Poder Ejecutivo el responsable de tal tarea. Será la Secretaría de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia que depende del Ministerio de Desarrollo Social a través de su Dirección específica quien determine las acciones a seguir en cada caso o circunstancia. Entonces, donde existía un Juez de Menores con competencia omnímoda (civil-penal-tutelar) como personificación del Estado aparece

³² Cuadernillo N°2. Ministerio de Desarrollo Social. Presidencia de la Nación. 1° Edición, junio de 2011.

para un primer momento de intervención un nuevo actor que atiende y responde administrativamente a las problemáticas aparecidas de nuestros sujetos de derecho. Antes, la llamada Dirección de Minoridad de competencia técnica administrativa actuaba en base a lo que el Juez de Menores ordenaba y no existían instancias superiores de control. En general las medidas tutelares respondían a la lógica asistencial de entrega de subsidios o la institucionalización de los menores de edad sin mayor profundización sobre las dificultades que atravesaban como consecuencia de una dinámica familiar y social fracturada que los sumerge en el circuito estatal. Y la intervención judicial se daba de modo coercitivo y arbitrario sin las capacidades técnicas y materiales necesarias para realizar en forma positiva los derechos, dado que esta posibilidad de realización compete por definición a otro poder del estado.

El poder del Estado respondía unidireccionalmente en clave de “beneficencia” con la asistencia del tercer sector (las ONG) o con la “privación de la libertad” de NNyA pobres, excluidos o marginados. Lo cual, fragmenta lo estructural de la problemática que atraviesan individualizando las dificultades, lejos de dar una respuesta de base a la misma. Ahora el sujeto de derecho, deja de ser un mero receptor de acciones tutelares y asistenciales por parte del Estado, se pone en marcha un entramado institucional y administrativo acorde a los cambios que exige la evolución de la normativa internacional y la racionalización de una nueva infancia con dificultades específicas que merecen respuestas adecuadas individualmente pero que no dejen de lado la resolución de lo estructural en término de políticas públicas transformadoras. Y esto claramente es viable en un modelo de Estado como el descrito anteriormente donde los grandes proyectos políticos son diseñados en clave de desarrollo y promoción social de derechos.

La lógica de acción frente a la vulneración de derechos a nuestra población apunta a evitar la superposición de intervenciones entre Poder Ejecutivo y Judicial; a federalizar las mismas en busca de optimizar recursos y brindar calidad institucional. Por lo que, el SPID se estructura de la siguiente forma: (i) la política pública en general, (ii) las medidas de protección y (iii) las medidas excepcionales (diagrama1).

En el primer estadio, el Estado genera proyectos de incidencia pública en relación al grupo y en consonancia con los principios constitucionales del Estado de derecho.

Las medidas de protección se activan si un niño, niña o adolescente no accede o se ve limitado en el goce efectivo de un derecho. Se despliegan una serie de dispositivos específicos tendientes a restablecer esta circunstancia. Y el protagonista absoluto es el Estado a partir de las dependencias del Poder Ejecutivo, más precisamente en nuestra Provincia, la Secretaria de Estado de Niñez Adolescencia y Familia que actúa a partir de la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia. En su estructura la misma cuenta con dos Sub-direcciones: Promoción y Protección Integral de la Familia y, Adolescentes en conflicto con la Ley Penal, siendo de su dependencia también los hogares e institutos que albergan a NNyA sin cuidados parentales. Se

trabaja y acompaña al NNyA y su familia en un proceso de restitución de derechos – como ya se dijo – a fin de que el sujeto y su entorno, superen las circunstancias adversas que impiden su efectivo goce. Si la situación persiste y/o se agrava, se acude al tercer estadio del SPID; *las medidas excepcionales*, que tal como su nombre lo indica se aplican en circunstancias de excepción, donde se considera necesario privar al menor de edad de su medio familiar. La autoridad de aplicación debe fundar jurídicamente la medida y notificar la misma a la autoridad judicial competente en materia de familia en cada jurisdicción, es el momento en el que el engranaje judicial se suma “activamente” al SPID, su intervención tiene por objeto el “control de la legalidad” de la medida excepcional. Corresponde al juez: ejercer un control de oficio sobre los siguientes puntos:

- a. Que se haya probado que se agotaron todas las medidas de protección posibles sin un resultado positivo,
- b. Que la medida adoptada guarda una relación proporcional con el caso concreto,
- c. Que la medida adoptada es la más idónea de todas las disponibles
- d. Que la medida adoptada conlleva más beneficios que perjuicios al sistema de derechos en general (Famá, Gil Dominguez, & Marisa, 2007).

El SPIDD le otorga al órgano administrador la facultad de tomar las decisiones relativas a la separación de un niño de su familia y al Poder Judicial la de controlar la legalidad de esta medida.

Se incorpora esta nueva materia a la competencia de los juzgados de familia, impone al juez la tarea de garantizar el cumplimiento de la obligación estatal de

protección especial de los niños, niñas y adolescentes – arts.18 a 21 CIDN a través del control jurisdiccional.

“Una correcta interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño nos llevaría a rechazar las nociones de subsidiariedad, desjudicialización, descentralización y última ratio de la injerencia del poder público a través del órgano jurisdiccional. Deben ser nuestros tribunales los principales garantes del respeto de los derechos de niños y adolescentes, entendiendo dicho accionar como la manera más efectiva, democrática de reconocimiento de la subjetividad de la niñez” (Raffo, 2008).

Es lógico pensar que la incorporación institucional y estructural de esta “nueva” dinámica de intervención, se verá afectada sobre todo por aquellas limitaciones y resistencias culturales del viejo sistema.

Se trata de un proceso que demanda, más allá de recursos materiales, la interpelación aquellos actores que lo constituyen en el desempeño diario de sus tareas y responsabilidades. Un sistema dialógico, que descentraliza y donde cambian los roles y la distribución de poder entre los actores. Exige comunicación, coordinación y confianza entre pares, por lo tanto un nuevo modo de trabajar con el colectivo de NNyA que ve vulnerados sus derechos.

3. Un vacío en el Sistema de Protección

Tal como fue expuesto anteriormente, el derecho a la igualdad y el principio de *no discriminación* que invoca la CDN - fuente de inspiración de la normativa nacional y provincial -, establece que ningún niño debe ser perjudicado de modo alguno por motivos de raza, credo, color, género, idioma, casta, situación al nacer o por padecer algún tipo de impedimento físico. Ni por las características personales de sus padres, tutores o responsables. Por ende, los NNyA que tengan a sus padres y/o referentes adultos privados de libertad no deben ver afectado el ejercicio de sus derechos bajo ninguna circunstancia. Como sostiene uno de los principios del derecho internacional de los derechos humanos, la pena privativa de libertad debe alcanzar a la persona en conflicto con la ley penal y no puede poseer una trascendencia extraordinaria en otras personas.

Sin embargo, el Observatorio de la Deuda Social Argentina (ODSA) estima que existen en Argentina, 146.112 NNyA pertenecientes a hogares con por lo menos algún miembro detenido -al momento de responder la encuesta realizada que invocan-,2018³³. Y que, si bien no es el objeto de su informe – y tampoco lo profundizan – infieren una serie de dificultades que han de atravesar al estar expuestos a esta realidad, que además por supuesto afecta a los sectores más desprotegidos. “...*Pertenecer a hogares con miembros detenidos tiene cierto efecto negativo en las oportunidades y desarrollo educativo de los niños, niñas y adolescentes...*”. Cambia su dinámica familiar, peligra su seguridad alimentaria, además de los efectos psicológicos y emocionales que los afectan. Bajo ninguna circunstancia “...*la pena impuesta al adulto no puede ni debe afectar su desarrollo y ejercicio de derechos...*”

En este sentido nos preguntamos *¿qué alternativas de protección y contención social ofrece el Estado a los NNyA que atraviesan esta situación?*

Consideramos que existe un vacío que el SPID no aborda actualmente con la rigurosidad que se merece y es: la situación de vulneración de derechos que sufren NNyA cuando su referente adulto atraviesa una situación de privación de su libertad. El hecho de no contar con un mecanismo capaz de intervenir en estas circunstancias en clave de protección de derechos inmediatamente y teniendo como principio rector el ISN; expone a éstos a situaciones de riesgo y susceptibles en mayor medida a las vías excepcionales. Donde se judicializa la situación de estos niños a consecuencia de que sus padres - y/o referentes adultos - se encuentran privados de su libertad, siendo ellos quienes se encuentran sometidos a un proceso judicial y no sus hijos, haciéndose latente el viejo paradigma tutelar.

La situación es crítica, en tanto la punición afecta y se traslada al entorno familiar, es decir a aquellos que no han cometido delito alguno, pero sufren las consecuencias y por lo tanto son víctimas de un “castigo indirecto”. Así, la Corte Interamericana sostuvo que la protección de la vida familiar exige que el Estado adopte

³³ Infancias y encarcelamiento. Condiciones de vida de niñas, niños y adolescentes cuyos padres o familiares están privados de libertad en la Argentina. Informe especial 2019. ISSN 1852 -4052.

medidas positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos, por lo tanto, se deben buscar alternativas que logren asegurar el ISN.

Por supuesto que: “...*la desestructuración familiar es mucho más grave, y se da con muchas más posibilidades, en los casos en que es la mujer la que entra en prisión. Se produce una alteración muy importante en el vínculo madre-hijo/a y se llega, en muchos casos, a la pérdida definitiva de la custodia...*”³⁴. Por lo que al analizar esta problemática y sus posibles acciones tendientes a resolverla, es imprescindible pensar con perspectiva de género.

En nuestra provincia, no se ha definido la articulación del SPID en estas circunstancias, por lo tanto, hay una necesidad no satisfecha en este sentido y múltiples derechos vulnerados a ambos grupos: NNyA y personas privadas de la libertad que tienen a su cargo menores de edad.

A nuestro entender consideramos que debe reconocerse a esta infancia vulnerada en cuanto a sus especificidades y diseñarse un dispositivo de intervención específico sobre ella dentro del SPID. Ya que:

- ignoramos hace casi una década las recomendaciones del Comité en este sentido. Lo cual pone en deuda al Estado Argentino con los compromisos asumidos ante los organismos internacionales.
- las tasas de encarcelamiento en nuestro país y provincia aumentan significando mayor número de NNyA desprotegidos ante estas circunstancias³⁵.
- no poseemos alternativas de alojamiento para madres e hijos en nuestra provincia, no existe un pabellón para embarazadas. Ni para albergar a madres con bebés los primeros años de vida, si tuvieran que cumplir condenas prolongadas³⁶.

³⁴ Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, *La cárcel en el entorno familiar. Estudio de las repercusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y necesidades*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2006, p. 157.

³⁵ Ver gráfico 1. Evolución de la Población Penitenciaria de la Provincia de Tucumán, tomado del último informe disponible (año 2017) del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena. Página web: <http://www.saij.gob.ar/estadisticas-ejecucion-de-la-pena>

³⁶ La Unidad N° 31 recibe a la gran mayoría de las que cursan un embarazo o viven junto a sus hijos, ya que es el único penal que cuenta con jardín maternal y otros requerimientos previstos para estos grupos, vinculados a la atención de la salud y el alojamiento individual.

- no existe hoy un registro oficial de cuántos NNyA en nuestra provincia atraviesan esta situación.

Además, trabajar sobre este sector inmediatamente no implica desplegar enormes estructuras burocráticas, por lo tanto, no es necesario pensar en grandes erogaciones, sino más bien se trata de articular sectores en una nueva dimensión del SPID. Generar un dispositivo que identifique las particularidades de sus beneficiarios y atienda sus necesidades de manera diferenciada.

Por lo tanto, poner en agenda esta problemática no resulta costoso económica y políticamente, y es valioso en términos sociales, ya que atiende a un grupo doblemente vulnerable. En términos de eficiencia es trabajar desde la “prevención” a fin de reducir los daños que pueden sufrir las personas en función de los costos que implicaría repararlos. A la par que el Comité expresa en su Observación General N° 14, párrafo. 69: *“cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados.*

Al indagar en experiencias sobre la temática concreta, encontramos a nivel regional, en Chile el programa *“Abriendo Caminos”* que es parte de la política pública del Sistema Intersectorial de Promoción y Protección Social, y del Subsistema de Seguridades y Oportunidades del Ministerio de Desarrollo Social. El programa, consiste en brindar acompañamiento a NNyA con un adulto significativo privado de libertad por parte de un equipo profesional, trabajadores sociales, psicólogos, profesores, entre otros, en un proceso que dura dos años y que tiene con fin último mitigar los efectos en el desarrollo y bienestar de los niños en áreas como salud, educación, protección de derechos, relación familiar, trabajo y acceso de redes³⁷.

Por otro lado, la organización humanitaria *“Church World Service”*³⁸ en América Latina y el Caribe cuenta con un eje de trabajo sobre el tema, a partir de la recomendación de la CDN. Realizan acciones en articulación con la Procuración Penitenciaria de la Nación, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Secretaría

³⁷ <https://diario.uach.cl/uach-adjudica-ejecucion-en-nueva-convocatoria-de-programa-abriendo-caminos-para-2019-2020/>

³⁸ <http://www.cwslac.org/>

de Niñez Adolescencia y Familia, la Defensoría General de la Nación y la oficina nacional de UNICEF entre otros. Es miembro fundador de la plataforma NNAPES³⁹ que es una alianza de organizaciones y grupos que promueven cambios en la legislación, actitudes, servicios y programas dirigidos a niños y niñas con padres y referentes adultos privados de libertad.

Existe en Argentina la “*Asociación de Familiares de Detenidos en Cárceles Federales*” (ACIFAD), también miembro de Plataforma NNAPES y se ha configurado el “*Colectivo de Derechos de Infancia*” que es una coalición de organizaciones de todo el país que trabaja de manera horizontal y transparente para: incidir en las prácticas sociales y las políticas en materia de infancia y adolescencia y lograr que niños, niñas y adolescentes ejerzan protagónicamente su ciudadanía y gocen con plenitud de sus derechos humanos.

De este modo, quien visibiliza la situación y genera acciones sobre nuestro grupo, es mayoritariamente la sociedad civil. Hay un vacío desde el Estado por lo que entendemos que: si la provincia desarrolla un abordaje específico en estos casos -dadas las carencias en general y a nivel nacional que se presentan – podrá encaminarse a resolver en el mediano y largo plazo, otras causas aún más profundas que generan el problema.

VII. Reflexiones finales

A modo de conclusión y con la intención de que el presente trabajo sirva de disparador a futuras investigaciones e intervenciones sobre la problemática, nos proponemos acercar algunas reflexiones finales:

1. Tanto la normativa internacional como nacional y provincial, exigen acciones positivas desde el Estado para su abordaje:

La posición que ha definido el Estado Argentino en materia de derechos humanos, al ratificar los tratados internacionales e incorporarlos a la Constitución es clara, y debe ser el eje a seguir en las políticas públicas que desee materializar. Por lo que, toda intervención debe realizarse desde un enfoque de derechos: esto significa que debe

³⁹ <http://www.nnapes.org/quienes-somos-plataforma-organizaciones>

contener los atributos de exigibilidad, integralidad y universalidad, entonces, contemplar la diversidad de “vidas cotidianas” de los NNyA y las circunstancias particulares que atraviesan los mismos en su centro de vida tal y como se expresó en este trabajo.

Es trascendental por lo tanto en cuestiones de niñez, la decisión de abandonar el paradigma tutelar y construir uno nuevo a partir de individualizarlos como “sujetos de derecho”. Lo que implica, pensarlos como una población específica a partir de sus particularidades y trabajar políticas adaptadas a su realidad. Ahí, entendemos que reside el espíritu de la legislación nacional y provincial a la luz de los tratados internacionales. Por ello, en atención al principio de *no discriminación* y el criterio de universalidad que revisten las políticas públicas - desde un enfoque de derechos humanos y guiadas por el interés superior del niño - evidenciamos el vacío en nuestra provincia y a niveles superiores del Estado en lo que refiere a proyectos de intervención sobre NNyA con madre, padre o adulto de referencia privado de libertad. Hay un área de vacancia en la política pública en este sentido. Y como consecuencia en la actualidad, la sociedad civil es quien ha dado voz a la demanda y actúa parcialmente sobre ella, desde una especie de acompañamiento fraterno no institucional.

Si bien la normativa provincial y nacional es robusta y administrativamente no implicaría grandes costos realizar un abordaje específico - dado que se deduce que el universo es relativamente pequeño - la problemática aún no ha tomado la relevancia pública necesaria para ser parte de la agenda. Consideramos que esto se debe a que existe cierta resistencia social a tratar cuestiones relacionadas con personas privadas de libertad, hay que trabajar por lo tanto en la importancia que reviste en términos sociales incluir a este grupo beneficiario que, como ya se dijo, es doblemente vulnerable.

2. La estructura institucional y administrativa de la Provincia de Tucumán hoy es capaz de generar un mecanismo de intervención, pero carece de información necesaria y útil para realizar un buen diagnóstico

Entendemos que se necesitan estrategias de intervención escalonadas dado que asistimos a una problemática que - ante cada acción - abre el camino a otras demandas, con nuevas complejidades de abordaje y por lo tanto convoca a la intervención de otros organismos y poderes del Estado. Enfrentarla, supone y tal como se ha expuesto a lo largo

del trabajo, *identificar cuantitativa y cualitativamente a los beneficiarios*. Dato que hoy es inexistente, a pesar de las exigencias del Comité y, aunque deducimos que al crecer la población penitenciaria la población de estos NNyA aumenta, desconocemos con exactitud en que cifra y cuáles son sus características específicas. Hoy en nuestra provincia no hay estadísticas oficiales y la punición alcanza a los NNyA, por lo tanto, identificar a los afectados, es el primer paso. Ya que la invisibilidad y la estigmatización de esta infancia, la distancia de las políticas públicas de protección.

En este sentido, instrumentos internacionales como las “*Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes*” o “*Reglas de Bangkok*” establecen no solamente que hay que hacer un registro de los niños que ingresan con su madre a un establecimiento penitenciario, sino también de aquellos que quedan en el medio libre como una forma de evitar que estos niños queden en situación de olvido o perdidos; instando al sistema y a los servicios públicos a hacer un seguimiento de ellos. Además, que proponen mecanismos básicos para proteger el vínculo madre-hijo/a y en general para contemplar el interés superior del niño ante la privación de libertad de la madre. Entendiendo como ya se ha expresado el impacto diferenciado que tiene para las mujeres y sus hijos la privación de su libertad en un sistema pensado para varones. Y en una sociedad donde, por el rol tradicional de cuidado que se asigna a las mujeres, se valora negativamente el ejercicio de la maternidad aun cuando los extremos del arresto domiciliario se encuentren acreditados, fundamentando ello, desde un paradigma paternalista y no desde el ISN. Un mecanismo de intervención y acompañamiento a estos NNyA, importará valor en términos de integración social de ellos y sus familias.

3. La cooperación interinstitucional con fines preventivos es la base

Entendiendo que la privación de la libertad no es motivo suficiente para derivar en medidas excepcionales ni condición que obstaculice medidas de protección, el desafío residirá en la articulación interinstitucional y el oportuno abordaje de la conflictividad que supone la problemática. Que a posterior demandará discutir las acciones esperables y realidades posibles con respecto al arresto domiciliario, por ejemplo, ya que la Ley 26.472 incluye entre los supuestos en que procede el arresto domiciliario, a las mujeres embarazadas o madres a cargo de niños menores de 5 años, situación que desde la praxis

del sistema judicial en nuestra provincia no se materializa con frecuencia. Y siendo que la decisión de preservar el vínculo madre-hijo es una decisión que tomó el Estado al momento de sancionar la Ley, y el resto del andamiaje institucional debe cumplirlo.

A la vez y tal como se concluye en el informe del Grupo de Trabajo sobre Justicia (The Task Force on Justice)⁴⁰, la prevención tiene una relación costo-beneficio para la sociedad y para el propio sistema de justicia: *“si hay menos controversias, menores niveles de violencia, y se brinda la protección jurídica adecuada a las personas, las sociedades serán más pacíficas y prósperas”*.

En este sentido, consideramos que está dada en nuestra provincia la posibilidad de trabajar a partir de los mecanismos existentes, pensando, ideando protocolos específicos de cooperación y coordinación interinstitucional, desde abordajes interdisciplinarios efectivos en términos de medidas de protección que prevengan las medidas de excepción a causa de la ausencia estatal en los contextos planteados. Por último, esto nos lleva a reflexionar la importancia y el desafío que tenemos de generar políticas públicas desde la perspectiva de sus beneficiarios, es decir que:

4. *La efectividad de la intervención residirá en abandonar la mirada adultocéntrica y focalizarnos aquellos principios que inspiraron la CDN: participación, supervivencia y desarrollo, y fundamentalmente para este trayecto, interés superior del niño (ISN) y no discriminación.*

Finalmente, la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y civiles de nuestros NNyA no puede ni debe estar sujeta a las características y condiciones de sus progenitores o responsables.

⁴⁰ El Grupo de Trabajo sobre Justicia. Justicia para Todos – El informe del Grupo de Trabajo sobre Justicia: versión de conferencia (New York: Center on International Cooperation, 2019, disponible en <https://www.justice.sdg16.plus/>

Títulos de tablas y figuras

Cuadro 1

Diagrama 1

Gráfico 1

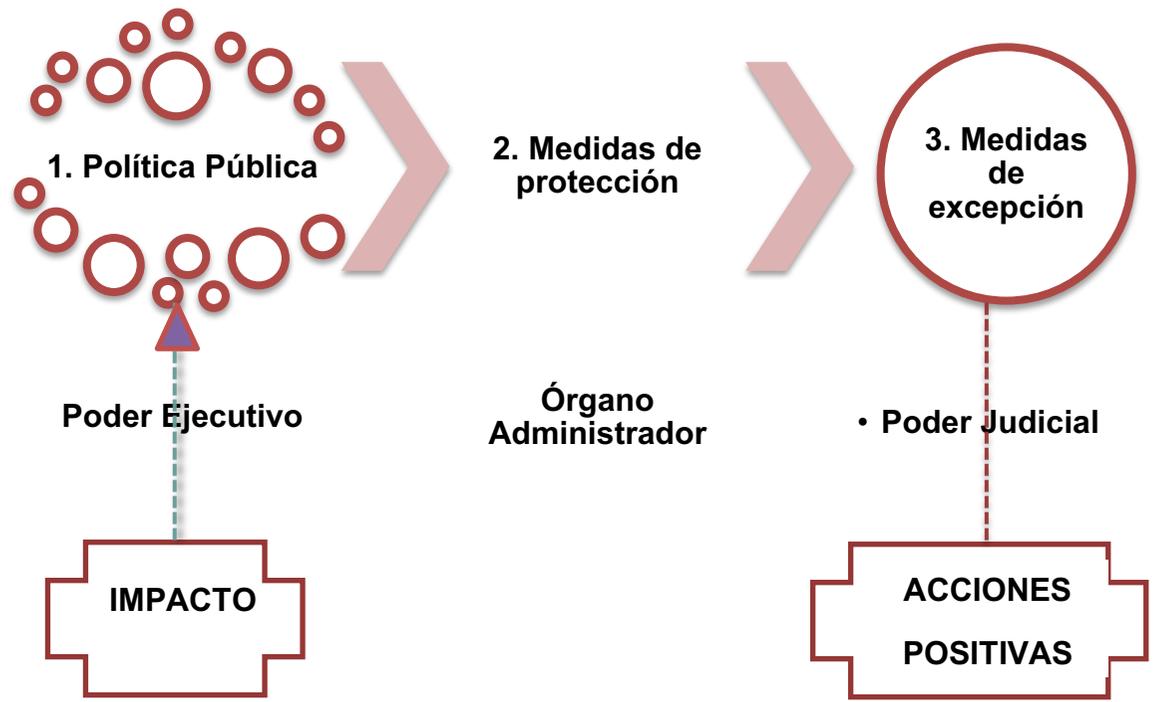
Tablas y figuras

Cuadro 1

Elaboración propia en base a la bibliografía consultada

Diagrama 1

Estado Liberal	Estado Nacional Popular
• Estado facilitador	• Estado interviniente
• Beneficiarios de políticas	• Sujetos de Derecho
• Mirada asistencial	• Protección Social
• Necesidades Insatisfechas	• Derechos Vulnerados
• ONG: rol gerencial	• ONG: rol participante
• Centralización territorial	• Descentralización territorial



Siglas y abreviaturas

NNyA: Niños, Niñas y Adolescentes

SPIDD: Sistema de Protección Integral de Derechos

SENAyF: Secretaria de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia

DNAyF: Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia

UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

DDHH: Derechos Humanos

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CDN: Convención de Derechos del Niño

ISN: Interés superior del Niño

ECA: Estatuto del Niño y el Adolescente

DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PFP: Proceso de Formulación de Políticas

OSDA: Observatorio de la Deuda Social Argentina

ACiFad: Asociación Civil de Familiares de Detenidos

Bibliografía

- Abal Medina, J. M. (2010). *Manual de Ciencia Política*. Buenos Aires: Eudeba.
- Abramovich, V. (2006). Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. En H. Birgin, & B. Kohen, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. (1ª ed., págs. 59-82). Buenos Aires: Biblos.
- Aguilar Villanueva, L. (1996). "Estudio introductorio". En Aguilar Villanueva, L. (Ed.); *La hechura de las políticas*. México: Miguel Angel Porrúa. Primera edición 1991.
- Ariès Phillipe. (1987). *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid: Taurus.
- Beloff, M. (1998). Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina. En E. García Méndez, & B. Mary, *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*. Bogotá: Temis/Depalma.
- Cao, H., Maximiliano, R., & Laguado duca, A. (2015). *El Estado en cuestión. Ideas y política en la administración pública argentina 1958-2015*. Buenos Aires: Prometeo.
- Cohen, E., & Franco, R. (2005). *Gestión Social. Cómo lograr eficiencia e impacto en las políticas sociales*. México: CEPAL y Siglo XXI. 111
- Cunill, N. (. (1999). Mercantilización y neoclientelismo o reconstrucción de la Administración Pública. Retos de las reformas de segunda generación. *Nueva Sociedad* (160), 105.
- Dávila Paula, N. L. (2010). Infancia, educación y códigos de la niñez en América Latina. Un análisis comparado. *Revista Española de Educación Comparada*, 215.
- De Sousa, M. M. (2010). How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary (Chapter 4). En I.-A. D. Bank, C. Scartascini, & T. M. Stein ERnesto (Edits.), *How democracy works. Political Institutions. Actors and Arenas in Latin America Policymaking*.
- Famá, M. V., Gil Dominguez, A., & Marisa, H. (29 de Junio de 2007). Las medidas excepcionales previstas en la Ley 26.061. Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. *La Ley*.

- García Méndez, E. (. (2008). Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.
- Humans, O. d. (2006). *La cárcel en el entorno familiar. Estudio de las repercusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y necesidades*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Konterllnik, I. (diciembre de 2005). *casacidh*. Obtenido de www.casacidh.org.ar. 112
- Luciani Conde, L. (2008). La problematización social de la infancia: las políticas destinadas a la niñez y adolescencia como cuestión de Estado. En L. C. Alejandra, *Derechos de la niñez. Políticas públicas y efectivización del derecho a la salud en el contexto de protección integral*. (1° ed.). Buenos Aires: Teseo.
- Martinez Nogueira, R. (1998). *Los proyectos sociales: de la certeza omnipotente al comportamiento estratégico*. Santiago de Chile: CEPAL. Serie Políticas Sociales 24.
Ministerio de Desarrollo Social. Presidencia de la Nación. Ministerio Público de la Defensa. Unicef. (2009). *Avances y desafíos de un sistema penal juvenil en construcción*. Buenos Aires: UNICEF.
- Murga, M. E., & Anzola, M. G. (2011). *Desarrollo de Sistemas de protección integral de derechos en el ámbito local*. Ministerio de Desarrollo Social. Presidencia de la Nación.
- Pautassi, L. (2010). Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición. En L. Abramovich Víctor- Pautassi, *La medición de derechos en las políticas sociales* (págs. 1-125). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto.
- Raffo, P. E. (octubre de 2008). ¿Repensar la "guarda de menores" en el sistema de protección integral de derechos del niño? *Derecho de Familia* (40).
- Recasens, A. (2005). El Poder judicial y el Sistema de Justicia. En C. Badía (Ed.), *Manual de Ciencia Política*. Tecnos (Grupo Anaya S.A).
- Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Unicef. (2010). *Temas claves en materia de Protección y Promoción de Derechos de niños, niñas y adolescentes en la provincia de Buenos Aires*.

Tamayo Sáez, M. (1997). El análisis de las políticas públicas. En R. B. (Comp.), *La nueva administración pública*. Madrid: Alianza Universidad.

Normativa Internacional, Nacional y Provincial

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Ley N° 23.849.

Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969

Ley N° 10.903. Patronato de menores. Promulgada el 21 de octubre de 1919.

Ley N° 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005, promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

Ley N° 8293. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 21 de mayo de 2010, promulgada el 02 de junio de 2010.

Sitios web

<https://www.lagaceta.com.ar/nota/818492/actualidad/despues-carcel-patricia-se-reinvento-volvio-empezar.html>

<http://www.acifad.org/>

www.prisonstudies.org

<http://www.nnapes.org/docs/Invisibles-hasta-cuando.pdf>

**DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES Y SEÑALES DE PROGRESO
PARA LA PROTOCOLIZACIÓN DE LA TRANSPARENCIA ACTIVA
GUBERNAMENTAL**

**WOMEN HUMAN RIGHTS AND QUALITATIVE PROGRESS SIGNS IN THE
PROTOCOLIZATION OF GOVERNMENTAL TRANSPARENCY**

Celeste Box¹

Universidad de Buenos Aires

Resumen: Este breve ensayo señala la necesidad de protocolizar la transparencia activa, incorporando señales cualitativas de avance en materia de derechos humanos. Nos centramos en un sector de la agenda de género, en este caso, la de las mujeres. Para concretarlo, comenzamos con una semblanza de la perspectiva de acceso a derechos para las políticas públicas y así poder ahondar en el rol de la publicación de información gubernamental como una herramienta de la garantía estatal de los derechos humanos. Sin olvidar algunas disquisiciones pertinentes acerca de la transparencia activa y la perspectiva de acceso a derechos, desembocamos en una caracterización sobre la protocolización de la transparencia activa para señalar la importancia de la incorporación de señales cualitativas de avance necesarias a la garantía de los compromisos jurídicos en materia de derechos humanos asumidos por los Estados.

Palabras clave: Información - género - políticas públicas

Abstract: This short essay points out the need to protocolize government transparency, through the incorporation of qualitative signs of progress in the area of Human Rights. We focus just on one part of the gender agenda, that is, women. In order to achieve it, we begin with a semblance of the perspective of access to rights for public policies and thus be able to delve into the role of the publication of government information as a tool for the state guarantee of Human Rights. Passing through some pertinent disquisitions about

governmental transparency and the perspective of access to rights, we end up in a characterization of the protocolization of transparency to point out the importance of incorporating qualitative signs of progress as a necessary component to guarantee legal commitments in matter of human rights assumed by the States.

Keywords:Government information - gender - public policy

Recibido 14 de mayo 2021

Aceptado 20 de junio 2021

I. Introducción¹

En este ensayo presentaremos la necesidad de la incorporación de señales de progreso cualitativas en materia de derechos humanos, dentro de la implementación de la transparencia activa orientada al acceso a derechos de las mujeres. En orden a este objetivo, desarrollamos una metodología sencilla e incremental que nos lleve desde la cuestión más basal y fundante -una caracterización de la perspectiva de acceso a derechos y los derechos humanos de las mujeres-, avanzando a una demostración argumental de la necesidad de incorporar las señales de progreso, tomando los desarrollos teóricos de Pautassi (2010) y Pautassi y Royo (2012), reformulados, es decir, adaptados al diseño de un protocolo de publicación de información gubernamental.

Nuestro plan de exposición es progresivo: comenzaremos con una brevísima caracterización sobre los derechos humanos -haciendo especial hincapié en la dimensión de la garantía estatal-, para luego avanzar a una semblanza acerca de las políticas públicas concebidas a la luz de la perspectiva de acceso a derechos. A ella le sumaremos el rol de la información gubernamental como instrumento de políticas en el proceso de garantización, para lo que recuperaremos algunos aspectos de la historia del derecho humano de libertad de expresión -del cual el de acceso a la información es vicario-. Luego incorporaremos una mención de los derechos humanos de las mujeres, sin olvidar las posiciones críticas de los feminismos en relación a ellos. Paso seguido, expondremos el valor de la protocolización en la publicación de información gubernamental (y allí mismo haremos una caracterización breve acerca de lo que consideramos un protocolo de transparencia activa), para finalmente abordar la importancia de incorporar mecanismos cualitativos de avance en materia de derechos y así mejorar la función de la información gubernamental como medio para la garantía de los derechos humanos de las mujeres.

II. El principio (y los principios) de la cuestión

¹ inboxceleste@gmail.com Agradecemos especialmente las contribuciones del Dr. Germán Jáuregui (UNLP) en materia de indicadores de progreso de derechos humanos. Sin su contribución, estas páginas carecerían de una herramienta crítica para poder instrumentar una reflexión más profunda sobre la protocolización de la transparencia activa y derechos humanos de las mujeres.

Es atinado conceptualmente, pero también muy pertinente a estas líneas, comenzar afirmando junto a Nikken (1995) que la noción de derechos humanos implica una afirmación de dignidad de la persona frente al Estado (y no cualquier tipo de Estado, sino uno que ha asumido el compromiso de persistir en un Estado de Derecho, es decir, restringido en el ejercicio de poder gracias a leyes que, mientras le imponen límites, le garantizan libertades a sus habitantes).

Además, poseen diversas características particulares que los diferencian de otros derechos. Entre ellas encontramos la universalidad (es decir, corresponden a toda persona independientemente de su nacionalidad, lugar y momento histórico de nacimiento, o siquiera su inmersión cultural (Di Bernardi, 2007)). También son extensivos a todas las sociedades², y ostentan el carácter de progresividad en alcance y profundidad: en cuanto a lo primero, esto implica que es permitido y quizás deseable, la incorporación de nuevos derechos hoy por hoy no consagrados. Y en cuanto a lo segundo, pues es posible (otras veces imperioso y muchas veces urgente), darle mayor alcance a los existentes. Por ejemplo, el derecho a la vida fue, simplemente, la protección a la ejecución extrajudicial. Luego se abrió el capítulo a la noción de vida digna, que incluye una plétora de derechos relacionados, además del resto de los derechos humanos (Di Bernardi, 2007). Esto último interpone la prohibición de regresividad -el devenir de los derechos humanos es del orden del avance, nunca se retrocede en ellos-, y no es sólo una cuestión del objeto sino también de los mecanismos jurídicos, dado que su protección se plasma en regímenes internacionales pasibles de ser ampliados, por lo que la legislación nacional también debe ser modificada en este sentido (Nikken, 1995). También son interdependientes y por lo tanto indivisibles (es imposible ejercer, gozar y exigir un derecho humano sin tener acceso a los otros), y, además, son irrenunciables (ninguna persona podría declinar tenerlos, dado que hacerlo implica renunciar a su condición de persona. El sólo hecho de pretenderlo resulta una acción nula sin efecto).

En este proceso no está ajeno el Estado: si los derechos humanos son progresivos es necesario fortalecer los mecanismos de garantía y tutela, en la medida en que su cumplimiento no sea completo (Nino, 1980). No sólo es menester mayor y mejor trabajo,

² No es el objeto de estas líneas, pero recomendamos consultar la tensión entre relativismo cultural y derechos humanos, un aspecto que tiene aristas muy interesantes en términos de género.

sino remarcar que existe una prohibición expresa: los Estados no pueden retroceder en el proceso de reconocimiento ni dejar de honrar los niveles de goce y ejercicio que han sido alcanzados (Nikken, 1994). El fundamento último reside en que la dignidad humana no admite excepciones ni particularidades, se posee *in toto* o se encuentra vulnerada. De este modo, si un atributo resulta inherente a una persona -independientemente de si se concreta en el plano positivo-, no podría dejar de serlo, aún cuando el Estado o un gobierno sea quien pretende quitárselo.

Pero la cuestión tampoco termina en el Estado. El principio básico del derecho humanitario implica la garantía de dignidad del ser humano por medio de ciertos derechos mínimos, reconocibles en su condición de ser humano. El derecho internacional de los derechos humanos es, en concreto, un esfuerzo plasmado en diferentes mecanismos jurídicos (convenios, tratados, catálogos, etc) que consagran la promoción y protección internacional (Nash Rojas, 2006). En los tiempos en que se firma la Declaración Universal se esperaba que las violaciones flagrantes acontecidas en el contexto de la Segunda Guerra Mundial no se repitiese -la historia en América Latina nos demostró que efectivamente se podían repetir endémicamente y no ahorrar en gravedad-, pero, sobre todo, se pretendía dar estos derechos un esquema de funcionamiento preventivo inmerso en un sistema de control internacional (en nuestros lares esto será el Sistema Interamericano de Derechos Humanos). En síntesis, en Estado está obligado a dar respuesta ante las medidas que ha tomado para cumplir su obligación adquirida internacionalmente, a dar cuentas de si esas medidas son adecuadas al fin perseguido (es decir, si la acción estatal -políticas, programas, etc- alcanza el fin buscado), y, además si ostenta un mecanismo de control para estas metas (fuere político o judicial).

Dicho lo anterior, debemos atender, también, a una dimensión determinante para nuestro argumento: la obligación de garantía asumida por cada Estado tiene el correlato de encarnar la (lamentable) capacidad de violarlos. Así, aquél también es el único actor que puede desnaturalizar al nivel de no dar cuenta de la existencia de estos derechos, en razón de la disponibilidad de medios que ostenta. Una persona o un grupo particular pueden ofender la dignidad humana, abusar, violentar, cometer un crimen (incluso gravísimo), pero no poseen frente a su víctima la asimetría de medios que sí posee el

Estado en relación a sus habitantes³. Damos aquí con un salto, un hiato, un diferencial cualitativo: la justificación última de la existencia del Estado implica la consecución del bien común, y esto nunca puede estar en detrimento de sus habitantes. En el plano de la garantía, el Estado debe promover la posibilidad efectiva de que su ciudadanía ejerza los derechos mientras disfruta las libertades reconocidas (tuteladas por los órganos de control internacional, como la CIDH). La manera de concretarlo son, por un lado, medidas positivas, es decir, normas concretas que aseguren el ejercicio del derecho (y protejan frente a amenazas de ese ejercicio), y que permitan adoptar medidas de prevención general, habiliten la reparación de las víctimas y que instrumenten la cooperación con órganos internacionales para que desarrollen actividades de control (Nash Rojas, 2006). En menos palabras: el Estado pone a disposición de la ciudadanía medios judiciales accesibles y eficaces, previene futuras lesiones y reestablece el derecho vulnerado o violado (Pautassi, 2010). Pero también tiene que implementar políticas públicas que instrumentan el contenido del derecho para su efectivo acceso (las que además deben cumplir con ciertos estándares), y así, la gestión de gobierno implica elevar constante y progresivamente el respeto, protección, garantía y promoción de derechos (Pautassi y Royo, 2012).

Allende la clásica clasificación entre derechos civiles y políticos por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por el otro (consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966), la manera quizás más didáctica de enumerar los derechos humanos de la Declaración Universal de 1948, en estas líneas mantendremos, a partir de ahora, nuestro universo de sentido en los derechos humanos de las mujeres, una parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales, y que están contenidos en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará) de 1994, junto con otros instrumentos internacionales (que esperamos avancen a futuro, para que el reconocimiento como la exigibilidad resulte cada vez más efectivo y completo).

³ Existen excepciones como pueden ser las ocupaciones y acciones de grupos paramilitares, que deben ser tomados particularmente, donde efectivamente existe una violación a los derechos humanos y no está a manos del Estado jurídicamente constituido

En esta última, se los especifica con el fin de ser reconocidos y garantizados en su goce, ejercicio y protección. De esta manera, cuando las mujeres somos pensadas como titulares de derechos, hablamos de: a) el derecho a que se respete nuestra vida; b) a que se respete nuestra integridad física, psíquica y moral; c) a la libertad y a la seguridad personales; d) a no ser sometidas a torturas; e) a que se respete la dignidad inherente a nuestra persona y que se proteja nuestra familia; f) a la igualdad de protección ante la ley y de la ley; g) a que accedamos a un recurso sencillo y célere ante tribunales competentes, que nos ampare contra actos que violen nuestros derechos; h) a la libertad de asociación; i) a la libertad de profesar religión y creencias propias dentro de la ley y j) a tener igualdad de acceso a la función pública y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Esto abre una plétora de aspectos de la vida de las mujeres en la dimensión de la vida pública y política, de los cuidados de su salud, de su autonomía sexual y reproductiva. También fija mínimos para las condiciones y nivel de vida, exhorta a evitar, erradicar y reparar el hecho de ser objeto de los diferentes tipos de violencia, a reconocer y atender su integridad en situaciones excepcionales (migraciones, desplazamientos y situaciones de conflicto y crisis). Y todo parte y concluye, por supuesto, en un acceso a la justicia competente y eficaz (Naciones Unidas, 2014).

III. Enfoque de acceso a derechos para las políticas públicas

Los derechos no son entidades *ex nihilo*. Se reconocen, positivizan y ejercen en sociedades concretas, y ellas refractan en ese funcionamiento. En las democracias latinoamericanas, la estructura socioeconómica desigual debilita la garantía y el ejercicio de los derechos civiles y políticos (Güendel, 2002). Hace casi dos décadas, O'Donnell (2001) afirmó que, allende los múltiples argumentos instrumentales para abogar por los beneficios del Estado de Derecho, su justificación debería basarse en la igualdad de los sujetos jurídicos con agencia autónoma y responsable que lo habitan (junto con la dignidad y obligación del respeto humano derivado de ello). Pero en América Latina, la intermitencia y existencia parcial del estado de derecho da cuenta de numerosas violaciones de la ley en el nivel social, y la disponibilidad de derechos resulta un hecho

(sólo) luego de ser ejercitados y defendidos⁴. Este aspecto nutre su categoría de *ciudadanía de baja intensidad* (O'Donnell, 1993), ese fenómeno que observó en Latinoamérica, donde un ejercicio irregular de derechos civiles a lo largo de un territorio, se combina con la debilidad o ausencia de la dimensión funcional del Estado, y condiciona la emergencia de poderes privados que toman control en zonas rurales y marginales urbanas, la existencia de burocracias que establecen relaciones de desigualdad con la ciudadanía, entre otros factores que minan cada vez más el ejercicio de la ciudadanía (O'Donnell, 1993). Es por esto que la ley no constituye sólo una simple técnica racionalizada de ordenación de las relaciones sociales, sino la condensación dinámica de relaciones de poder. De más está mencionar que estas dinámicas de lo público ponen en seria interdicción la función de garantía de derechos que hemos planteado en estas líneas.

Aún a pesar de esas desigualdades, O'Donnell no omite señalar que la ley sugiere un punto de esperanza y una amplia estrategia de construcción de relaciones presentes y futuras: portar derechos formales -civiles o políticos- es una señal de empoderamiento de los individuos y sus asociaciones. Esta revalorización del derecho como instrumento de integración social -que propiciará derechos humanos con reconocimiento positivo-, puede ser cotejada en la progresiva apertura de espacios institucionales a diferentes sujetos sociales (devenidos, por ello, sujetos de derecho), proceso que también les dota -junto al resto de la sociedad- de instrumentos para su exigibilidad ante el único sujeto que tiene obligación de garantizarles, es decir, el Estado (Güendel, 2002).

Justificar un enfoque de derechos para las políticas públicas puede proceder conceptualmente, pero también es necesario afirmar que hacerlo tiene cierto aire de redundancia. No sólo porque el Estado es el sujeto colectivo con continuidad en el tiempo que aglutina -en el mejor de los casos- a un conjunto social que le precede, sino porque su existencia se justifica en la satisfacción de tales derechos en una jurisdicción⁵. Dado que un Estado de derecho democrático (O'Donnell, 2011), no debe haber margen para acciones del Estado o sus instituciones que resulten violatorias de los derechos y las libertades fundamentales, las políticas públicas que tengan en cuenta derechos fundamentales (es decir, aquellos derechos básicos que están plasmados en el

⁴ Claro que este aspecto no es indeclinablemente negativo: también permite construir las bases para luchar por otros derechos específicos y sustantivos (O'Donnell, 2011), pero sí imprime una lógica particular que no puede ser omitida a la hora de pensar el funcionamiento social, la gestión del Estado y el acceso a derechos.

⁵ Salvioli (2006) llama a esto el 'derecho a una política pública de derechos humanos' (p.105).

ordenamiento constitucional) es algo que está dado de suyo -y, en caso de no suceder, pues debería ser exigido- (O'Donnell, 2011). Incluso podemos pensar en ellos no sólo como un factor que no sólo integra de suyo al Estado de derecho, sino que podemos darles un rol también instrumental, que modifica el perfil procedimental de la democracia: los derechos fundamental (re)llenan de contenido a la democracia, es decir, son una vía más para que ella resulte sustantiva. Pero es bueno hacer una diferenciación conceptual centrada en el máximo de celo para pensar la cuestión: Estado de derecho y derechos contenidos en las políticas públicas puede saber a términos redundantes, pero políticas públicas que permiten acceder a derechos y perspectiva de derechos en su diseño no implica redundancia alguna. Encontramos a diario diversos planes, programas y medidas de gestión que cumplen con el ciclo de políticas públicas, pueden tener incluso un desempeño aceptable, acercar a la ciudadanía a un bien público que concreta un derecho fundamental, pero no por ello fueron diseñados ni implementados con una perspectiva de acceso a derechos. Por eso, recuperaremos algunas nociones que caracterizan esa perspectiva de acceso a derechos en el diseño de la política.

Adoptar el enfoque de derechos para el diseño, implementación y ejecución de las políticas públicas implica, en primer lugar, acercar las obligaciones jurídicas internacionales en materia de derechos humanos asumidas por el Estado (y consagradas en tratados internacionales, leyes, jurisprudencia o interpretaciones académicas prestigiosas y autorizadas), e incorporarlas en decisiones gubernamentales (Pautassi, 2010). El derecho internacional de los derechos humanos no tiene capacidad alguna para formular políticas, sino que establece estándares marco para las que cada Estado diseña las propias (Abramovich y Pautassi, 2012). Por lo tanto, una perspectiva de acceso a derechos debe ensamblar estos estándares nacionales e internacionales (convenciones, tratados, leyes y contenidos plasmados en espacios como los organismos especializados internacionales consistentes con el derecho) con los objetivos de la política.

Este enfoque encarna dos aspectos: por un lado, la consideración de cada persona como titular de derechos con el poder de exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones previamente asumidas y consignadas en instrumentos jurídicos internacionales (Abramovich, 2006). Por otro lado, la no neutralidad: un Estado activo en la generación de equilibrios sociales a través de la protección especial de ciertos grupos, debe atender vulneraciones históricas de derechos. Esto conlleva el abandono de su neutralidad, y le demanda al Estado contar con la posesión de herramientas de diagnóstico

para saber a favor de qué sectores debe aplicar medidas urgentes y/o especiales de protección (Abramovich, 2010). Por supuesto que este último aspecto reviste la mayor complejidad social, porque, de suyo, expresa tensiones, pujas y posiciones de los diversos sectores sociales ante el (nuevo) equilibrio que una política pública con acceso a derechos refleja (Guendel, 2002). En esta empresa de promover una compensación que reequilibre el escenario societal, el Estado asume, previo al rol de implementador (técnico y administrativo) de una política pública, un rol explícito de re-organizador de la sociedad (aspecto que siempre tuvo, eso constituye parte de su imperio), sólo que ahora lo hace en torno al acceso a nuevos derechos que resultan nuevos principios colectivos. Esa acción (re)construye la institucionalidad social (Guendel, 2000), y este proceso no tiene por qué ser armónico (de hecho, es probable que no lo sea).

No podemos explayarnos mucho más en la cuestión debido a las limitaciones de espacio, por eso sólo mencionaremos que a estos dos principios se suman también otros requisitos para abordar una política pública con perspectiva de acceso a derechos, algunos de los cuales involucran la materia de estas páginas de manera directa: toda política de acceso a derechos debe contar con la provisión de información de calidad en todas las etapas, adecuarse a altos estándares de derechos, ser diseñada acorde principios rectores de igualdad y no discriminación, incorporar la perspectiva de género, celar por el acceso a la justicia, y sostener como valor acceso a la información y participación (Abramovich, 2006).

IV. Información gubernamental y derechos humanos

Para lograr introducir esta cuestión en un espacio tan reducido como estas líneas, apelemos a un atajo, algo así como un giro de la cuestión que nos coloca de cara al rol de la información gubernamental como vector de unión entre el Estado y la complejidad societal que lo circunda. De este modo, situémonos por fuera de aquél, mantengámonos en el extramuros de la fortaleza⁶. Y desde esta posición recuperemos la noción de Oszlak y O'Donnell (1981), donde las políticas públicas resultan un conjunto de acciones (y

⁶ El supuesto de la perspectiva externa al Estado nos permite, en realidad, entender de manera más intuitiva (en el sentido estricto del término, es decir, la aprehensión inmediata, casi sin racionalización del fenómeno) del rol de la información pública. Fuere porque el Estado accede a brindarla y permite fisurar la coraza que lo divide de la sociedad, o fuere porque la niega y reafirma su división de la ciudadanía (que podría construir la demanda y mover a la toma de acción para obtenerla. Por esta misma razón escogimos la definición de política pública de O'Donnell y Oszlak que hace hincapié en la demanda de la sociedad civil, porque reafirma la exterioridad al Estado.

omisiones) que expresan una modalidad de intervención del Estado en relación a un aspecto que haya recibido atención, interés o movilización de otros sectores de la sociedad civil. Claro que no es sólo la sociedad civil el sujeto activo que construye una demanda que desencadenará su reconocimiento estatal (el propio Estado también puede hacerlo - algo que los autores no ignoraban, por supuesto-), pero pensar lo estatal desde su perímetro externo nos desafía a encontrar la manera de conocer su acción, lo que acontece dentro de él. El dispositivo clásico (aunque no el único)⁷ para acceder a ello es hacerse con la información que recolecta, produce, organiza y disponibiliza el Estado, es decir, la *información pública* (Guevara, 2003).

Ella es uno de los factores que constituye un factor de fortalecimiento del Estado de Derecho, gracias a permitir la construcción de una cultura más democrática en un Estado que rinde cuentas (O'Donnell, 2001)), pero, también es determinante al ejercicio de los derechos humanos: la garantía de ellos será declamatoria si la ciudadanía no cuenta con mecanismos de control que permitan conocer, monitorear y fiscalizar la actividad de aquél (CELS, 2004). Es por esto que el acceso a la información pública es un derecho que posibilita el ejercicio de otros derechos pero él es, en sí mismo, un derecho humano.

Este reconocimiento en el Sistema Interamericano de DDHH fue posibilitado a partir del paradigmático caso Claude Reyes contra el Gobierno de Chile. Sumariamente, a mediados de la década de los '90s, Marcel Claude Reyes pidió información al Comité de Inversiones Extranjeras de Chile sobre un proyecto de deforestación que podría impactar negativamente el medioambiente. Gran parte de la información le fue denegada sin fundamentos sólidos, y los tribunales nacionales tampoco hicieron lugar a su pedido.

Así, recurrió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998, proceso que concluyó en 2006, con el primer tribunal internacional en reconocer que el derecho de acceso a la información pública es un derecho humano fundamental, protegido por el imperio de los tratados (lo que obliga a los países a respetarlo). Es decir, la sentencia de la CIDH estaba asentada en el gran reconocimiento que el acceso a la información pública

⁷ Existen otras maneras de hacer más porosa la frontera entre el Estado y la sociedad: desde hace más de dos décadas, encontramos mecanismos de gobernanza -que implican coordinación entre actores sociales para la implementación de políticas-, pero también diversos avances en materia de monitoreo y evaluación participativa de políticas públicas (Arena y Aquilino, 2018). Ya, desde una década a esta parte, se sumaron a aquéllos las estrategias de colaboración y participación en la gestión, en el marco de políticas de Estado abierto.

ha recibido desde hace cuatro décadas del derecho humano que lo sustenta: el de libertad de expresión.

Además de su reconocimiento en la Declaración Universal de 1948, la Convención Americana de 1969 garantiza que toda persona goza del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, lo que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, de cualquier forma y bajo cualquier procedimiento (salvo apologías bélicas, o toda incitación al odio a grupos y forma de violencia). El criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido el de fusionar *difusión* a *expresión* (Sciocioli, 2013), lo cual garantiza que se evite, al limitar la primera, vulnerar la segunda. Asimismo, prohíbe expresamente la censura previa (y toda restricción indirecta, como controles que interfieran la circulación de información e ideas), pero persisten las responsabilidades ulteriores (fijadas por ley, y concernientes a la reputación ajena, la seguridad nacional, orden, salud y moral pública).

El derecho de expresión es uno de los más relevantes en la Convención⁸ y, como mencionamos más arriba, se subdivide en tres especies: el derecho de informar (esto es, la expresión pública de ideas y opiniones sin censura previa explícita o encubierta), el derecho a informarse (es decir, el libre acceso a fuentes de información) y el derecho a buscar información (lo que protege a quien investiga a través de los distintos medios concebidos de expresión, donde se comprende el derecho de acceso a la información pública). En esta última dimensión, nos encontramos en el marco de los derechos de libertad, que sustentan el espacio de autonomía personal y la libre decisión (CELS, 2004). Esta no representa un reconocimiento escindido de nuestro ordenamiento: el artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta, otorga a la Convención (y otros tratados como la CEDAW y Belém Do Pará) la jerarquía constitucional con idéntica vigencia que cualquier normativa producto de nuestro Legislador.

V. Los derechos humanos de las mujeres en cuestión

El derecho internacional de los derechos humanos empodera y también aporta visibilidad a las mujeres (Charlesworth, 1997), y también conforma, por así decirlo, una

⁸ También reconocido en nuestro Ordenamiento en el artículo 14, bajo la acción de 'publicar las ideas por la prensa' (sentido algo extraño a nuestra realidad actual, sin duda, debido a que al momento de su redacción los medios no eran lo profusos ni dinámicos que son hoy).

suerte de reconocimiento internacional de algunas conquistas feministas, en tanto que una herramienta de acción ante estructuras negativas que alcanzan a más de una sociedad, como las dinámicas patriarcales y la discriminación contra la mujer (Charlesworth, 1997). Sabemos que los derechos humanos de las mujeres reconocen, de manera general, ciertas libertades: la religiosa, la de la protección de la familia y otros reconocimientos. Pero claro, esto implica algunas complejidades: no es tan sencillo retozar en ello como si fuese un avance neto en la superación de la inequidad estructural de las mujeres. Es insoslayable pensar y afirmar que estos dispositivos sociales -religión, familia, etc.- pueden ser también objeto de relaciones de poder que profundizan o mantienen condiciones de inequidad para las mujeres (Valcárcel, 2001)... por eso es insoslayable dar lugar a la crítica feminista de los derechos humanos de las mujeres, como sujeto colectivo que pone señaladores y enciende alarmas en ellos. Después de todo, los derechos humanos son, más real que figuradamente, derechos del hombre (Lacramette, Fries, 2013). De hecho, la preeminencia masculina es un fenómeno que acontece no sólo en el derecho internacional de los derechos humanos, sino que es común a la crítica feminista del derecho *in toto*. La perspectiva masculina, reforzada con la ausencia de las mujeres en el proceso de construcción de ese derecho, reproduce y preserva la subordinación de las mujeres ya presente desde hace décadas en la distinción sexualizada de lo público y privado. Por supuesto, esto arrastra la cuestión de los derechos civiles y políticos -siempre reconocidos en hombres antes que en mujeres-, lo que implica, sencillamente, un estatus diferente para la ciudadanía (y este es un dato nada menor, porque la ciudadanía no es sólo una condición, sino, principalmente, un ejercicio, que nace ya subordinado)⁹.

Las limitaciones se acumulan: la falta de dimensión de género en la letra de la ley, se refuerza luego, con la falta de perspectiva en la interpretación de esas normas. De esta manera, los DDHH presentan un 'sujeto modelo' -el masculino no es azaroso-, con determinados intereses, soslayando su contexto y posición social, edad o pertenencia étnica (Facchi, 2015). La misma CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por sus siglas en inglés), con todo el avance que ella efectivamente representó en sus tiempos al manifestar la invisibilización en que se encontraban las mujeres (Lacramette, Fries, 2013), no escapó de una suerte de apariencia de inclusión en unos instrumentos internacionales generales que no alcanzarían

⁹ Después de todo, de aquí proviene todo el complejo movimiento que representa el feminismo: las *suffragettes* fueron quienes primero tomaron una demanda y construyeron un espacio donde un derecho básico (educación) y político (voto) resultaba vedado

el efectivo reconocimiento como derechos (Olsen, 1990). Betty Friedan lo había dicho diez años antes: el patriarcado, auto reproduciéndose en el nivel socioeconómico y en las prácticas no parece desarticularse por los derechos adquiridos (Lacramette, 2013). Por eso la solución, parece estar en otro lado y no en las regulaciones... al menos, no solamente.

De este modo, la crítica feminista del derecho (Jaramillo, 2000) ha puesto el señalador en que, si bien la mayoría de los derechos humanos de las mujeres implica el principio de no discriminación, aún cuando necesario, no resulta suficiente. Esto ha ido tan lejos como plantear que, además de insuficientes, tal vez corresponde plantearse la posibilidad de que apelar a ellos no es siquiera ventajoso. Es decir, en la medida que el derecho internacional de los derechos humanos invisibiliza las particularidades de la condición de las mujeres, pues simplemente reproduce la asimetría (Jaramillo, 2000; Facchi, 2005) expresada en el contrato sexual (Pateman, 1995). Cabe también, plantearse hasta dónde llega la invisibilización: ¿sólo alcanza la realidad de las mujeres, o también absorbe la necesidad de cambio para sus vidas?. Y además, en lo que los derechos humanos de las mujeres efectivamente logren alcanzar ¿Acaso no existe allí un esencialismo que presupone atributos y experiencias uniformes en todas las mujeres y las cristalizadas en unos principios de regulación jurídica?. Este problema no es nuevo, claro: mora en el iusnaturalismo inscripto en la doctrina de los derechos humanos en sí (Charlesworth y Chinkin, 1993), donde el individualismo barre con las relaciones de poder disimuladas en la afirmación de igualdad -formal- de todas las personas.

No lograremos solucionar esto aquí. Pero anotar estas tensiones resulta valioso por demás. En lo particular, creemos que los derechos humanos de las mujeres deben ser incorporados como si resultase una suerte de ruta crítica en constante avance, con el fin de integrar sus ventajas, y hacer de sus puntos ciegos e inequidades, objeto de nuevas acciones y producción de doctrina que resulte cada vez más en sintonía con la eliminación de sus vicios originales.

VI. Transparencia activa y acceso a derechos

Al poner en relación estos derechos inalienables con la información gubernamental, debemos hacer una aclaración: Líneas más arriba abordamos el derecho humano de acceso a la información, que, en términos del tipo de mecanismo de

transparencia que referimos, se denomina transparencia *pasiva*. El adjetivo describe el rol que asumirá el Estado en el proceso de obtención de la información, es decir, esperará a que una persona -o colectivo- se la solicite. Y sólo con ella procederá a entregarla¹⁰ dentro de los plazos establecidos por la ley. Utilizamos este tipo de transparencia para hacer una primera aproximación al binomio transparencia - derechos humanos, como una estrategia efectiva, célere, para comprender el puentes entre el acceso a derechos y el campo de la transparencia gubernamental. Pero también, porque es, sin duda, históricamente procedente, a causa de que sencillamente es del derecho humano de libertad de expresión.

Aquí referiremos, a partir de ahora, a otro tipo de transparencia: la *activa*, que se instrumenta en portales web donde las administraciones publican información en su haber (fuere porque es de su producción o porque la mantienen en guarda). Otra vez, el adjetivo indica rol: el Estado asumirá una posición activa, al ofrecer información sin que se la solicite la ciudadanía. La disponibiliza por defecto, sin conocer cuándo, cómo, quién ni con qué fin la utilizará (y esto no sólo alcanza a la ciudadanía y el sector privado, incluye también al propio Estado, que puede tomar información y datos de otras carteras para optimizar sus procesos). Para eso se vale de diferentes herramientas tecnológicas que permiten entregar información y datos¹¹ en un sitio web. De esta manera se puede conocer un proceso de gestión interna o bien la multiplicidad de procesos que vinculan al Estado con su extramuros, es decir, con la sociedad -políticas, programas, decisiones sobre procesos concretos, etc.-, y, en algunos casos puede publicar información que no fue producida por él, ni refleja sus procesos sino la observación o las consideraciones de terceros¹². Este tipo de información permite ser utilizada tanto por la propia administración pública para mejorar sus políticas (como tomar decisiones basadas en evidencia) cuanto también por la sociedad civil (especialmente aquella que es altamente especializada como los *think tanks* y centros de investigación), las universidades, el

¹⁰ Otorgar la información no es la única dirección que puede tomar este proceso: el Estado puede no entregar la pieza de información basado en las excepciones que le impone la ley. También puede elegir el peor camino de todos, como es hacer caso omiso del derecho a solicitarla. Por supuesto, se expone a reclamos administrativos y acciones judiciales por esta conducta.

¹¹ En realidad, la política de transparencia que publica datos abiertos implica un subtipo de transparencia activa, denominada *colaborativa*. La razón es que implica un activo informacional particular -las bases de datos que el gobierno pone a disposición de la ciudadanía-, con ánimo de colaborar en una parte del producto final: esos datos nutrirán desarrollos informáticos -programas- y así esos datos tornan al gobierno y desarrolladores externos a él, en colaboradores de un proyecto. Esta dinámica también puede acontecer también al interior del Estado (una cartera puede utilizar datos de otra, y así implementar algún proceso de gestión o incluso implementar uno nuevo).

¹² El Estado es, también, un demandante de información: solicita encuestas, informes a especialistas y centros de investigación y pensamiento, etc. que ingresan a su dinámica como insumo para la mejora en la toma de decisión.

periodismo especializado y cualquier persona o colectivo que pueda darle la utilidad que considere.

En el espacio de la transparencia activa, se encuentra algo más escindida de las perspectivas de acceso a derechos y, en los hechos, quedan asociados a la transparencia pasiva. Estimamos que las razones residen en dos razones principales: en nuestro continente, posee una genealogía más robusta que se relaciona de manera directa con un derecho humano muy preeminente en el Sistema Interamericano como el de libertad de expresión, además de contar con antecedentes e instrumentos concretos en la esfera de la OEA, como es la última edición 2.0 de la Ley Modelo sobre Acceso a la Información Pública.¹³ Y, más allá de lo acontecido aquí -pero la misma coyuntura-, en los países centrales se desencadena todo el proceso de las denominadas *Sunshine Laws* a partir de la sanción de la *Freedom of Information Act* en Estados Unidos en 1966¹⁴. Para el caso de la transparencia activa, la genealogía no es tan vasta. Creemos que las razones son varias. Por un lado, las razones instrumentales: en un contexto no-tecnológico, la transparencia activa sólo puede instrumentarse de manera tan acotada que podríamos poner en duda su adjetivo: sólo a través de Boletines Oficiales, espacios en diarios, publicaciones en soporte papel a disposición de la ciudadanía serían casi sus únicos canales. Es la tecnología la que expande incomparablemente su alcance¹⁵.

Por otro lado, algunos factores exteriores a la instrumentación, pero que sin duda están presentes: los recorridos diferentes de corte histórico-ideológico en cada campo, no deben ser ignorados. La constitución del campo de la lucha contra la corrupción y la demanda de transparencia se constituyó a partir de la década de los noventas, asociada a

¹³ La Ley Modelo, como su nombre lo indica, pretende condensar una serie de principios, objetivos y hasta características que deben alcanzar y tomar como norte las diferentes normativas (de cualquier índole y alcance jurisdiccional) en acceso a la información pública. Esta versión se diferencia de la de 2010 porque otorga un gran valor en términos de género: menciona que la información es un factor clave para promover la mayor equidad de género, por lo que demanda indicadores y estadísticas para implementar la transparencia activa que permitan verificar el cumplimiento -y progreso- de políticas que empoderen a las mujeres, comunidades LGTBIQ+ y otras minorías que combinan la dimensión de género con otras problemáticas (la trata, etc.), junto con grupos vulnerabilizados en otros sentidos.

¹⁴ Para esto se puede ver uno de los trabajos que mejor resiste el tiempo, el clásico de Eduardo Bertoni de 2005: *Freedom of Information. Three harmless words? The role of the media and access to information laws*, editado por el CELE (Universidad de Palermo de Buenos Aires).

¹⁵ Primero será la OCDE, desde el inicio del milenio y hasta 2005, quien promoverá la noción de *open government* (todavía en un contexto tecnológico que estaba lo suficientemente desarrollado en Estados Unidos -recordemos que a mediados de los noventas, a partir del Informe Gore, Estados Unidos modifica su *Freedom of Information Act* para adaptarla a las estructuras de gobierno electrónico-), y luego tomará la posta Barak Obama con su impulso hacia la apertura en 2009, donde la tecnología era creciente y aceleradamente más asequible a lo largo de muchas latitudes.

la calidad institucional y a la rendición de cuentas necesaria para la asignación de créditos internacionales, instrumentada también por organismos trasnacionales (PNUD, 2009). La razón que urgía eran los problemas detectados en la asignación de créditos. Y este fenómeno encontró asidero instrumental en las escuelas ensambladas dentro de la *New Public Management*, que fueron el vector de ingreso a la administración pública, y lo expresaron en la demanda de una mayor *accountability* y más y mejores controles. Es por esto que se suele filiar a un perfil de corte liberal. En cambio, el campo del acceso a derechos es asociado con un perfil progresista / de izquierdas¹⁶.

Claro que esto es pasible de ser relativizado: el vector está en las organizaciones de la sociedad civil, que, más allá de su gran impulso en los noventas en un contexto signado por la retracción del Estado y la necesidad de capturar demandas sociales bajo otros dispositivos, tienen, por otro lado, un linaje que puede ser rastreado en las primeras organizaciones de derechos humanos en los sesentas del siglo pasado con el movimiento de *ciudadanía activa* (Paredes, 2007). De este movimiento surgen grandes organizaciones como Amnesty, por ejemplo. Por eso el mismo espacio de la sociedad civil¹⁷ puede fungir como sutura de esta supuesta diferencia infranqueable entre una agenda progresista y otra (supuestamente) liberal. Creemos que podría haber, en un futuro no muy lejano, agendas de transparencia progresistas, y agendas de transparencia liberales. Pero concebir a la transparencia gubernamental sólo como un espacio pasible de ser signado sólo en un espectro político, es, a toda vista, refutable.

Pero, no obstante, podemos encontrar puentes entre la transparencia (previamente a la existencia de las herramientas tecnológicas actuales) entendida como disponibilidad de información y los derechos humanos¹⁸. Algunos, quizás no hayan devenido en el sentido en que fueron pensados: por ejemplo, Salvioli (2006) aseveró, hace más de una década y media, que la lucha anticorrupción nos podría llevar, en términos de la progresividad de los derechos humanos, a la identificación del derecho a la transparencia,

¹⁶ Recomendamos, para esta discusión, el documento que editaron de Marianne González Le Saux y Claudio Nash Rojas en 2011, denominado '*Transparencia, lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos*' y editado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile (puede verse la referencia completa en la bibliografía).

¹⁷ Es importante no olvidar a las organizaciones especializadas trasnacionales, como *International Transparency*.

¹⁸ Pero no por ello es el único: podemos considerar la corrupción como una violación de derechos humanos (principalmente por la vía de malograr el erario destinado a políticas y por lo tanto impedir que una sociedad logre atender sus necesidades (Cf. Clavijo Castañeda, S. (2012). Actos de corrupción como violación a los derechos humanos. En 'Saber, Ciencia y Libertad', 7(1), 35-45.

una suerte de exigencia social a una política pública de transparencia, siguiendo el camino que ya había comenzado el 'derecho a la verdad'¹⁹. Aquí también encontramos el derecho a saber (IIDH, 2008), y esto pervive en las políticas de lenguaje claro en la transparencia activa del gobierno abierto como el derecho a entender (Arias, 2018): de nada sirve publicar información si esta no resulta accesible a las personas. Exigir conocimientos técnicos previos, publicar información en el lenguaje de la administración pública, poner a disposición información bruta, lejos de ser un acto de transparencia pura, es un acto de opacidad si no es posible de ser tomado y comprendido por cualquier persona.

Allende todos estos decursos, creemos que la transparencia (de cualquier índole, pero especialmente la transparencia activa), nunca es un fin en sí mismo: sus fines siempre son ulteriores, están siempre fuera de ella. La pasiva, como ya mencionamos, permite el ejercicio de otros derechos. La activa, también permite el ejercicio de otros derechos, pero no se conforma con eso: debería tener por fin la participación (Villegas Corona, 2018). Fuere la participación política convencional (la información de la gestión de gobierno compele o refuerza a una persona o grupo a movilizarse en apoyo u oposición a aquella), fuere porque permite ejercer diversos tipos de *accountability* (principalmente la vertical electoral y la variante social)²⁰, fuere porque permite la articulación de sectores de la ciudadanía en el diseño e implementación de políticas públicas y otros procesos de gestión como presupuestos participativos, o fuere porque se utilizan datos abiertos para desarrollar herramientas informáticas nutridas con ellos).

Por eso coincidimos con Pautassi (2010) en que un Estado que se precie de democrático debe partir de unas condiciones mínimas para que su población acceda a información pertinente y oportuna sobre el contenido del derecho como las medidas que

¹⁹ El *derecho a la verdad* nace, en la historia del devenir del movimiento de derechos humanos, hacia el fin del milenio anterior. Centrado en la revisión y reconstrucción histórica para la construcción de memoria acerca de las diversas dictaduras que asestaron el continente y toda crisis humanitarias de cualquier origen. El principio rector reside en la búsqueda acerca de lo que sucedió con las víctimas y cómo ocurrieron los hechos. Para un desarrollo del mismo y su lugar en el Sistema Interamericano de DDHH, Cf. Bernal Rojas, G. (2016). El derecho a la verdad. Estudios constitucionales, 14(2), 263-304. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200009>

²⁰ Para ahondar en aspectos de *accountability* es bueno comenzar por los abordajes más clásicos como de Adam Przeworski, Susan Stokes y Bernard Manin (eds.). 1999. *Democracy, Accountability and Representation*. Cambridge: Cambridge. Y sin duda la tradición que abrió Guillermo O'Donnell, que se sintetiza muy bien en su trabajo de 2007, *Notes on Various Accountabilities and Their Interrelations* (en *Dissonances. Democratic Critiques of Democracy*, ed. Guillermo O'Donnell, 99-109. Indiana: University of Notre Dame Press). Es indispensable toda la producción de Enrique Peruzzotti, pero uno de sus trabajos que más se relacionan con estas líneas es el de 2012: *Broadening the Notion of Democratic Accountability: Participatory Innovation in Latin America*. *Polity* 44 (4): 625-642. Aunque esta indicación no es exhaustiva, con estas fuentes, al menos alcanzamos autores clásicos e insoslayables.

ha instrumentado para garantizar (lo que incluye la producción y disponibilidad de información)²¹. Afortunadamente, la autora extiende esta cuestión, y no se queda sólo con la disponibilidad de información (por vía pasiva o activa) para el cumplimiento o para exigir un derechos, sino que, dado que su interés es el cumplimiento de un derecho humano -no sólo su medio como sería la información gubernamental-, señala que ese mismo Estado debe ostentar mecanismos jurídicos para que la población pueda participar en las definición del alcance del derecho humano en cuestión, y en el diseño y la implementación de las políticas para garantizarlo, como también en el monitoreo de su avance y exigencia de su cumplimiento (Pautassi, 2010). Sin pretenderlo, Pautassi muestra lo que debería ser una política de gobierno abierto, es decir, de transparencia activa con perspectiva de acceso a derechos: la ciudadanía debería involucrarse directamente para también poder definir el alcance de un derecho, no sólo de una política pública. Después de todo, el fin de una política pública no es su objetivo concreto, sino uno quizás más abstracto, pero no por ello menos importante: el alcanzar niveles de valor público cada vez más abarcativos, equitativos y profundos para una sociedad.

VII. Transparencia activa protocolizada

En la práctica, es posible que algunas de las políticas de transparencia activa ya implementadas contribuyan -aún sin proponérselo directamente-, al ejercicio de alguno de los derechos humanos de las mujeres. En otros casos, si la política pública de transparencia activa es diseñada con un enfoque de acceso a derechos -aún cuando no esté centrada o tenga un excesivo desarrollo de la dimensión/variable de género- (OEA, 2020), también es probable que, acotadamente, brinde alguna herramienta que facilite y resulte más eficaz para el ejercicio -y la exigibilidad- de uno de esos derechos (Lagarde, 2007). La situación se torna errática cuando la misma transparencia activa (en el caso que un gobierno determinado la implemente con el suficiente celo) también es implementada con poca consistencia: la información publicada puede no estar actualizada, puede no ser relevante, puede ser muy acotada (y un largo etcétera). Dado que en la actualidad las

²¹ La autora no lo menciona, pero agregamos aquí la conservación de la información: la transparencia es un dispositivo de interacción constante entre el Estado y la ciudadanía, no sólo en el tramo en que el Estado se relaciona con la ciudadanía (es decir, al publicar información), sino que requiere de una ingeniería mínima interna de gestión documental. Recomendamos aquí el estupendo trabajo de Ramón Alberch Fugueras de 2003 "Los archivos, entre la memoria histórica y la sociedad del conocimiento" (editado por UOC, Barcelona) y, sin duda, el ineludible trabajo de la Dra. Andrea Ríos Cázares de 2015 "Gestión documental, archivos gubernamentales y transparencia en México", en Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública, 26. pp 97-136. No obstante, la gestión documental es un tema vastísimo y crítico para cualquier política pública de transparencia que se precie de seria.

diferentes iniciativas de la sociedad civil -nacional e internacional- y la academia, realizan recomendaciones a los gobiernos, pero no pueden exhortarlos a mejorar esta política, la robustez de una política de transparencia activa sólida corre por cuenta de las capacidades/limitaciones de la administración que las implemente, combinadas con la voluntad política de quienes se responsabilicen por ellas.

Protocolizar la transparencia activa permite hacer del proceso de publicación de información un conjunto de decisiones integradas y consistentes en un dispositivo flexible (que permite la mejora a futuro), contenidas en un conjunto de aspectos que aportan unidad, coherencia y solidez a todo el proceso (Arena, Aquilino, López Méndez, 2020). Comienza con la necesidad de una planificación específica de la transparencia activa, algo así como *un ordenar la transparencia hacia*, y para hacerlo es necesario mantener en el foco la idea que planteamos al principio de estas líneas acerca del rol del Estado como garante de un derecho, obligado a instrumentar los mecanismos de política que le permitan hacerlo efectivo a las personas que habitan su jurisdicción.

De esta manera, señalamos que *un protocolo de transparencia activa es un diseño colaborativo, consistente, progresivo, constante en el tiempo y flexible del proceso de publicación de información gubernamental de una oficina determinada*. Cada una de esas características son, en esencia, principios de los que partir y nortes a los cuales orientarse, pero también momentos del proceso (se comenzará por el diseño colaborativo, se le dará con celo la mayor consistencia, se implementará garantizando constancia en la administración pública a través de mecanismos legales que lo sustenten, y se le dará la posibilidad de ser reformulado de acuerdo a las necesidades del dispositivo mismo como de la coyuntura que le rodea).

Para ahondar en cada una de esas características, comencemos por decir que la *colaboración* implica un mecanismo de gobernanza en el diseño del protocolo, como también en su implementación: deben participar de él actores extra-estatales (sociedad civil, academia, activistas, etc.) que puedan aportar conocimiento y realizar demandas para enriquecer el diseño y colaborar en la implementación. *Consistencia* implica, en realidad, tres aspectos diferentes (no necesariamente ordinales): el primero, la consistencia en relación a la información que produce, conserva y publica esa oficina/cartera. Es decir, dentro de la información publicable -que no está alcanzada por excepciones de la ley-, debe reflejar todos los procesos y actividades que se desarrollan

en esa oficina (no será consistente que se publique un sólo proceso y el resto permanezca en opacidad). Para ponerlo en otros términos, si tuviésemos toda esa información publicada, a partir de ella, podríamos reconstruir la actividad de esa oficina con suficiente fidelidad. El segundo aspecto que debe incorporar es bastante evidente: debe estar en consonancia con los estándares mínimos que exhortan las leyes federales/provinciales de transparencia/acceso a la información (según corresponda)²². Por lo general, ellas contienen un capítulo referido a transparencia activa, donde señalan ítem necesarios (de mínima) a ser publicados por defecto²³. Por supuesto, estos ítem deben estar incluidos en el diseño del proceso de protocolización. El tercero aspecto, guarda relación con el perfil (y el fin) que encarna el protocolo. Para estas líneas, los aspectos de acceso a derechos en clave de género serán determinantes (será materia del apartado siguiente), pero por supuesto que pueden aquí incorporarse otros aspectos relacionados con el acceso a derechos o con otras particularidades que den un cariz específico a esa publicación de información.

Además, aseguramos que la protocolización es un proceso *progresivo*, porque siempre es posible sumar más información que previamente no estaba disponibilizada a la ciudadanía (fuere porque no estaba preparada para ser publicada -la publicación de información no es una labor sencilla que se monta de un día para otro-, o bien porque representa un proceso administrativo nuevo en la oficina que implementa la política de transparencia). La *constancia en el tiempo* implica que un protocolo establece una suerte de estructura, un corset, una matriz, lo suficientemente perenne, que luego será completada con información actualizada (con las particularidades de cada tipo de información: es probable que no toda la información se actualice en el mismo término de tiempo, por lo que puede haber diferencias de actualización a su interior). Y por último, sin contradecirse con lo anterior, un protocolo es, de suyo, algo permanente en el tiempo,

²² En la administración pública nacional argentina, contamos con un antecedente del año 2018 en el Ministerio Público de la Defensa. Con el apoyo de Eurososocial (el programa de cooperación con América Latina de la Unión Europea, muy involucrado en aspectos de transparencia y calidad institucional), la oficina de acceso a la información del organismo lanzó un Protocolo de Transparencia Activa, con el objeto de establecer un marco normativo y delimitar la competencia de las áreas productoras de información vinculada al art. 32° de la ley 27.275. La estrategia de transparencia del organismo es robusta (puede cotejarse en <https://oaip.mpd.gov.ar/>), aunque el protocolo ya no está reflejado en ella.

²³ Tomando en cuenta el caso argentino, tenemos que señalar que aún posee un régimen de transparencia e integridad bastante magro a nivel nacional: la ley 27275 representa un gran avance, pero aún se necesitan mayores instrumentos en aspectos de integridad y *accountability* institucional, para construir verdaderos *regímenes de transparencia* (Ruijter y Meijer, 2016) nacionales y provinciales más sólidos que incluyan instrumentos institucionales y no olviden incluso nuevos fenómenos mediados por tecnologías de alto impacto (blockchain, inteligencia artificial, etc.)

pero debe dar lugar a una cierta *flexibilidad* (este aspecto está relacionado con el proceso progresivo que presenta) para la modificación de su diseño base, la reorientación de su perfil y para que ciertos contenidos puedan ser relegados en pos de otros (siempre y cuando hacerlo no implique retroceder en la máxima publicidad). Por supuesto, todo lo anterior revestirá la categoría de decisión administrativa, mientras no exista una regulación federal/nacional/provincial/estadual que lo establezca (o ella no cuente con un apartado específico).

Lo expuesto pretende señalar la importancia de la protocolización de la transparencia activa, y ello, en la medida que mejora el dispositivo de publicación de información, mejora la posibilidad de acceder a un derecho con ella. Pero, no obstante, aún estamos situados en la esfera de la transparencia activa, de la utilidad del dispositivo informacional. Y al inicio de estas líneas prometimos que el acceso efectivo a derechos requiere más que una aspiración a alcanzarlos, y para ello la incorporación de señales cualitativas de avance en ellos es una de las maneras de transformar las intenciones en alcances concretos.

VIII. Corolario: Protocolización de la transparencia activa y acceso efectivo a derechos

Hasta ahora, hemos discurrido en un plano teórico, con la intención de recortar una cuestión y fundamentarla en el cruce de un grupo de saberes. Por supuesto, esta empresa implica un proceso que por definición está alejado del instrumento concreto (como es en nuestro caso, un protocolo, que no es otra cosa que un dispositivo de gestión, un instrumento a incorporar en una política pública para alcanzar un objetivo). Las limitaciones de espacio y la necesidad de dar exponer nuestro objetivo en estas páginas nos obligan a un viraje quizás algo abrupto hacia la exposición de la cuestión en clave práctica. Por eso concluyamos lo expuesto con la presentación de una estructura mínima -asentada en un conjunto de derechos- para el diseño protocolar, y sumemos a eso el inicio de metodología para la incorporación de señales de avance.

De este modo, centrémonos primero en *el qué*. ¿Qué derechos debería incorporar un protocolo de publicación de información para el acceso a derechos de las mujeres? Los

derechos humanos presentados en el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador²⁴, nos indican un espectro de aspectos de la vida de las mujeres en total consonancia con lo que más arriba cotejamos como derechos humanos de las mujeres. Ellos son el derecho a la salud, educación y seguridad social. Además, los derechos laborales y sindicales, el derecho a una alimentación adecuada, al medio ambiente y los derechos culturales. Como vemos, son genéricos, y aún cuando desagreguemos cada uno de ellos combinándolos con los derechos humanos de las mujeres, mucha información gubernamental de planes y programas públicos puede ser contenida en ellos.

Nuestra metodología para la incorporación de señales de progreso cualitativas en materia de acceso a derechos se basa en Pautassi (2010) y Pautassi y Royos (2012). Acorde a las autoras, incorporar estas señales cualitativas se anclan en la definición de la situación del propio actor social y el significado que se le otorga al fenómeno evaluado (Pautassi y Royos, 2012). Las autoras no lo explicitan en estas fuentes, pero aquí agregamos que puede construirse un dispositivo interesante de construcción de estas señales con titulares del derecho, especialistas en el tema y actores de la sociedad civil que trabajan en aspectos relacionados. En cualquier caso, se obtienen a partir del conocimiento de la dinámica problema empírico, en relación a una política pública (o su ausencia), y esto, a su vez, en relación al ejercicio / exigencia del derecho. Por supuesto, aquí agregaremos un cuarto término, como es el de la existencia (o no)²⁵ de información gubernamental acerca de ello. En pocas palabras, reflejan la progresión de los cambios que la persona o colectivo titular del derecho (interpeladas por la administración que diseña e implementa el protocolo) percibe en relación al objetivo deseado, es decir, el goce y ejercicio de los derechos que más arriba consignamos.

Este tipo de señal de avance implica tres procesos relacionados (Pautassi, 2010): El primer proceso es de corte conceptual, donde se definen señales, indicios, que permiten capturar empíricamente el fenómeno al que se refiere un derecho, por ejemplo, algún aspecto del acceso a la salud. Luego de esto, se desencadenará un proceso en el que es

²⁴ Es decir, el documento adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (según el documento de progreso de OEA de 2011 y los lineamientos de la CIDH).

²⁵ La inexistencia de información configura, de suyo, una demanda: es necesario que el Estado produzca, conserve y publique esta información. Y si el problema reside en que el Estado no implementa ninguna herramienta de intervención, pues ambos problemas serán objeto de incidencia política por parte de la sociedad civil y la opinión pública, como el comienzo de movilización de pedidos para la obtención de recursos y que el Estado eventualmente pueda a futuro comenzar a acercarse al problema

crítica la información gubernamental (y se puede incorporar información cuantitativa), donde es necesario conocer el fenómeno recortado entre el derecho y la acción estatal - políticas, programas, etc.- destinadas a satisfacer ese derecho²⁶. El último proceso es global, y procura ver la transversalización de cotejar la acción estatal en todos los derechos señalados, pero ya no sólo en términos de política pública, sino también en su labor legislativa y judicial. Aquí podremos cotejar avances, estancamientos o retrocesos en la progresividad asumida por el Estado en compromisos internacionales (Pautassi, 2010).

Estos tres procesos fungen de embudo. Permiten acercar, hacer converger preliminarmente, un problema, un derecho y unas herramientas estatales. Pero es necesario más refinamiento: necesitamos pensar más aún 'lo' estatal de la garantía... en realidad, la capacidad estatal de la garantía. Por eso tomaremos y readaptaremos la metodología de las autoras nuevamente, y tomaremos tres criterios más de los que ofrecen para pensar 'el estado del Estado' en términos de cada derecho. En este sentido, comenzaremos por la recepción del derecho: es necesario conocer el estado del derecho, es decir, si su contenido está contenido en la Constitución y la legislación interna. Paso seguido, conocer si esto ha sido incorporado en la acción de gobierno (políticas, programas, etc.). Luego será preciso cotejar el contexto financiero y compromisos presupuestarios, para saber si lo que el andamiaje normativo dispone forma parte de asignaciones presupuestarias (y si forma parte, es necesario saber si los recursos son suficientes) para la garantía del derecho. Además, habrá que seguir la ejecución (para evitar que la garantía naufrague en esta etapa del proceso de gestión). Y por último, es necesario atender a la capacidad estatal o institucional, cotejando si los recursos de poder son puestos al servicio de la garantía, si existen condiciones de avance (o eventual retroceso) en ella, y si es posible tener información acerca de la brecha entre los objetivos de la garantía y los resultados alcanzados.

Por último, aplicaremos dos de los ejes transversales que proponen las autoras, comunes a los derechos del Protocolo de San Salvador, determinantes cuando pensamos en derechos de las mujeres: igualdad y no discriminación y acceso a la justicia (existe un tercer eje

²⁶ Vale mencionar que la existencia de un fenómeno empírico alcanzado por un derecho reconocido y unas maneras de intervenir en él por parte del Estado no hace necesariamente claro el efectivo goce del derecho por las personas que deberían ser sus titulares (muchas veces, las personas damnificadas y las herramientas estatales simplemente no se ponen en contacto por una numerosa cantidad de razones que involucran la situación particular, la capacidades estatales y también, la información pública).

transversal -acceso a la información y participación política-, pero este es el que nos convoca, y la existencia del dispositivo de transparencia activa lo encarna). En la igualdad y no discriminación, se debe conocer si la garantía acontece en condiciones de igualdad (es decir, si los mecanismos de intervención estatal son equitativos), y efectivamente el Estado pueda implementar acciones para eliminar la discriminación en el ejercicio del derecho. En caso de no existir tal equidad, pues se debe considerar la brecha en la garantía de los principales componentes del derecho entre las personas y conocer dónde reside (sexo, lugar de residencia, grupo étnico, etario, etc.). En cuanto al acceso a la justicia, se debe atender la existencia de recursos judiciales y administrativos adecuados y efectivos para exigir la garantía y protección del derecho. Dada la existencia, no se debe olvidar cotejar el nivel de acceso y el cumplimiento de las garantías procesales de esos recursos.

La pregunta concluyente es ¿cómo traducimos esto en la estructura de un protocolo? Pues diseñando una matriz de publicación de información que incorpore dimensiones de esos procesos (muchas veces, esa información forma parte de otras carteras -o Poderes de Estado-, y en algunos casos, incluso ya está publicada). Por eso diseñar e implementar un protocolo requiere una labor de convergencia de considerable magnitud, no sólo de unos principios, unos derechos y un objetivo, sino también de información disponible y otra que debe aún ser obtenida y disponibilizada. De esta manera, con estos procesos sucesivos que aplicamos a cada fenómeno empírico incluido en un derecho humano de las mujeres podremos dar cuerpo a un dispositivo de publicación de información que ostente, no sólo un grado mayor de densidad y complejidad, sino que funja, en sí mismo, como un mecanismo que muestra la complejidad de fenómenos involucrados en el ejercicio de un derecho, y al mismo tiempo exige a las agencias gubernamentales que produzcan, mantengan, consuman de otras agencias públicas y publiquen más y mejor información con el fin de seguir aproximándose al único norte: el cumplimiento completo de la garantía de unos derechos insoslayables. Y un Estado que debería estar, cada día más, a la altura de avanzar en la construcción de una sociedad más equitativa para las mujeres.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. (2006). “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, en *Revista de la CEPAL N° 88*. Santiago de Chile.
- Abramovich, V. y Pautassi, L. (2009). “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales” en V. Abramovich y L. Pautassi (eds.) *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, Buenos Aires
- Aquilino, N. y Arena, E. (2018), *Contribuciones para una estrategia de monitoreo y evaluación del III Plan de Acción Nacional en Gobierno Abierto*, DT 173, CIPPEC, Buenos Aires
- Aquilino, N., Arena, E., López Méndez, E. (2020). *Una estrategia de monitoreo y evaluación del derecho de acceso a la información pública. La línea de base de la ley 27.275*, CIPPEC-EUroSocial, Buenos Aires.
- Arenas Arias, G. (2018): *Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho)*. En *Eunomía* 15. pp. 249-261. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4355>
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2004). *La información como herramienta para la protección de los derechos humanos*. Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires.
- Charlesworth, H. (1997). ¿Qué son los “derechos humanos internacionales de la mujer”? En: R. Cook (Ed.). *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*. Bogotá, Colombia: Profamilia.
- Charlesworth, H. y Chinkin, Ch. (1993). *The gender of jus cogens*. *Human Rights Quarterly*, 15(1), pp: 63-76.
- Di Bernardi, F. (2007). *Derechos Humanos y ciudadanía*. Santillana, Buenos Aires
- Facchi, A. (2005). *El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl*. *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 3(6):27-47.
- Fries Monleón, L. y Lacrampette Polanco, N. (2013). “Feminismos, género y derecho”. En Lacrampette, Nicole (Ed.), *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Guendel L. (2002). *Políticas públicas y derechos humanos*, *Revista de Ciencias Sociales* 97. pp: 105-125

- González Le Saux, Marianne y Claudio Nash Rojas (eds.) (2011). Transparencia, lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos, Informe de la tercera reunión regional de especialistas, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008): Elementos básicos de Derechos Humanos: Guía Introductoria. IIDH, San José de Costa Rica.
- Jaramillo, I. C. (2000). La crítica feminista al Derecho. En: R. West (Ed.). Género y Teoría General del Derecho. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes
- Lamas, M. (1986). La antropología feminista y la categoría “género”. Nueva Antropología VIII(30):173-198
- Lagarde y de los Ríos, M (2007): “Por los derechos humanos de las mujeres: la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”, en Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, vol. XLIX, núm. 200. pp. 143-153.
- Naciones Unidas (2014). Los derechos de la mujer son derechos humanos, Oficina del Alto Comisionado (HR/PUB/14/2), Ginebra.
- Nash Rojas, C (2006). La protección internacional de los derechos humanos. Conferencia del Seminario Internacional El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales, CIDH, México DF.
- Nikken, P. (1994). “El concepto de los derechos humanos”. En: Cerdas Cruz, R.; Nieto Loaiza, R. (eds.). Estudios básicos de derechos humanos, Prometeo, San José.
- Nino, C. (1980). Introducción al análisis del Derecho. Astrea. Buenos Aires.
- O'Donnell, G. (2011): “La irrenunciabilidad del Estado de Derecho” en Revista Instituciones y Desarrollo N° 8 y 9. pp. 43-82.
- Olsen, F. (1990). El sexo del derecho. En D. Kairys (Ed.). The Politics of Law. Nueva York, Estados Unidos: Pantheon.
- Oszlak O., O'Donnell G. (1981). Estado y políticas públicas en América Latina: hacia una estrategia de investigación, Centro de Estudios de Estado y Sociedad, Buenos Aires.
- Paredes, J. (2007). Otra Democracia: sociedad civil, ciudadanía y gobernanza local. En Polis 16. Disponible en: <http://journals.openedition.org/polis/4828>
- Pateman, C. (1995). El contrato sexual. México, Anthropos/ UAM
- Pautassi, L. (2010). “Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición”. En V. Abramovich y L. Pautassi (comps.):

La medición de derechos en las políticas sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires.

- Pautassi, L. Royo, L. (2012). Enfoque de derechos en las políticas de infancia. Indicadores para su medición. UNICEF-CEPAL, Santiago de Chile.
- Erna Ruijer & Albert Meijer (2016) National Transparency Regimes: Rules or Principles? A Comparative Analysis of the United States and The Netherlands, *International Journal of Public Administration*, 39:11, 895-908, DOI: 10.1080/01900692.2015.1057343
- Salvioli, F. (2006). *Transparencia y políticas públicas. Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos*. IIDH, San José de Costa Rica
- Stein, E., Tommasi, M. (2006). “La formulación de las políticas públicas en diferentes países”. En Stein, E. y Tommasi, M. (eds) *La política de las políticas públicas. Progreso económico y social en América Latina*. BID - Planeta, México DF
- Villegas Corona, V. (2018) *Transparencia, cultura cívica y participación ciudadana en democracias, análisis normativo y programático del caso mexicano*. En *Iemata* 27, 183-202.
- Valcárcel, A. (2001). *La memoria colectiva y los retos del feminismo*. Santiago de Chile, Chile. CEPAL.
- Weyrauch, V. (2012). “Definiendo cómo medir los resultados de corto, mediano y largo plazo”. En *¿Cómo monitorear y evaluar la incidencia en políticas públicas?*. CIPPEC. Buenos Aires.

**ENFOQUES POLÍTICOS PARA EL ANÁLISIS DEL ESTADO: UNA
REVISIÓN DE LA LITERATURA**

**POLITICAL APPROACHES FOR STATE ANALYSIS: A LITERATURE
REVIEW**

Puentes, J.C.¹

Universidad Eafit

Resumen: El Estado, en un sentido amplio, ha sido un objeto de estudio recurrente en diversas disciplinas científicas como el derecho, la ciencia política o la filosofía. El interés multidisciplinar por explicar sus orígenes, sus elementos esenciales y sus transformaciones históricas, han dado lugar a la consolidación de diversos enfoques teóricos, cada uno de ellos, con conceptos, preguntas, presuposiciones y reglas de inferencia específicos. Sin ánimo exegético (ya que existen numerosas propuestas en la literatura académica) el presente artículo revisa algunos de los enfoques más representativos particularmente dentro de la teoría del Estado: el institucionalismo, el enfoque histórico-sociológico, el marxismo, el posestructuralismo, el elitismo, el pluralismo y el culturalismo. A partir de allí, no solo se describen sus orígenes conceptuales o se mencionan sus autores más preponderantes, también se analizan sus virtudes y limitaciones explicativas con el ánimo de comparar entre sí sus contribuciones teóricas y, ante todo, reconocer cuáles de ellos pueden fungir como herramientas normativas que permitan estudiar el Estado en un contexto posmoderno.

¹ juanpuentes30@gmail.com

Palabras clave: Teoría del Estado, enfoques políticos; institucionalismo; elitismo; pluralismo.

Abstract: The State, in a wide perspective, has been a frequent object of study in diverse scientific disciplines such as law, political science, or philosophy. Multidisciplinary interest to explain its origins, its basic components and, its historic transformations have consolidated diverse theoretical approaches structured by specific concepts, questions, presuppositions, and inference rules. Without exegetic interest (due to the plurality of normative perspectives), the present paper reviews some of the most relevant analytical approaches in State Theory literature: Institutionalism, Historic-sociological approach, Marxism, Poststructuralism, Elitism, Pluralism and, Culturalism. From there, the paper not only mentions central descriptions or important authors but analyzes the explicative virtues and limitations of each approach, compares their theoretical contributions, and most of all, recognizes which of them could be used as an analytical framework to study the State in a postmodern context.

KEY WORDS

State Theory; political approaches; institutionalism; elitism; pluralism.

I. Introducción

Uno de los conceptos centrales en el estudio de la política es el Estado. Desde la Antigua Grecia hasta las épocas más recientes, la idea de la organización del poder político, esto es, la división entre gobernantes y gobernados, ha dominado la reflexión filosófica occidental. Pensadores como Platón, Maquiavelo o Hobbes, entre muchos otros, han sido reconocidos por haber realizado grandes contribuciones teóricas al respecto. Sin embargo, como cualquier otra noción filosófica, el Estado no se ha caracterizado por tener un sentido uniforme y armónico, sino más bien, por su vaguedad y transitoriedad. De hecho, al no tratarse de un referente tangible sino de una abstracción eminentemente conceptual (Dunleavy & O'Leary, 1987), se podría decir que ha sido, en todo caso, un resultado de múltiples y variadas interpretaciones a lo largo de la historia.

Aunque se piense que existen aproximaciones teóricas inequívocas, lo cierto es que se trata de un concepto extremadamente complejo de definir (Hay & Lister, 2006). Esto se debe, en gran parte, a la multiplicidad de vocablos que se han utilizado para su denominación. En su momento, por ejemplo, para nombrar aquel tipo de organización política que hoy llamamos como *Estado moderno*, Hobbes utilizó los términos de *sociedad*, *civitas*, *Estado civil o commonwealth*; Locke, a su vez, usó los vocablos de *sociedad política*, *sociedad civil*, *comunidad*, *sociedad* o *Estado de paz*; mientras que Rousseau empleó las palabras de *Estado civil*, *Estado social* o *sociedad civil* (Isuani, 1984). Hoy en día, dentro de la literatura académica, tampoco se ha llegado a un consenso sobre lo que es exactamente el Estado o lo que debería ser. Muestra de ello es la equiparación (y confusión) con otros conceptos relativos como *nación*, *Estado-nación*, *patria*, *país* o *república* (Sharma & Gupta, 2006), que, si bien parecen similares, guardan una naturaleza particular y disímil.

De lo anterior puede ser extraída una idea concisa y es que el término *Estado* ha hecho referencia, desde su largo trasegar por la historia de las ideas políticas, a un sinnúmero de objetos diferentes: «una colección de instituciones, una unidad territorial, una idea filosófica, un instrumento de coerción o de opresión, entre muchas cosas más» (Heywood, 2004, p. 75). Gracias a esta naturaleza polimórfica cabe preguntarse cuáles han sido los criterios epistemológicos utilizados para que estas aproximaciones sean tan variadas e, inclusive, den lugar a contradicciones entre ellas. La respuesta, en principio, puede reducirse a lo siguiente: aunque son pocas las disciplinas científicas que han incorporado al Estado como su objeto de estudio (especialmente, el derecho, la ciencia política o la filosofía), las perspectivas analíticas que se han implementado a partir de allí han sido muy variadas. En efecto, para dar explicación a este fenómeno, dentro de la ciencia política se ha aplicado una amplia gama de enfoques epistemológicos (Hay & Lister, 2006) que parten de unos conceptos determinados, buscan resolver ciertas preguntas, y se fundamentan en unos métodos y técnicas definidos.

Resguardados, primero, en el conocimiento filosófico, histórico y jurídico y, posteriormente, en el pensamiento económico, sociológico o psicológico, los politólogos han venido construyendo un conjunto de reglas y principios que les permita explicar con mayor exactitud los orígenes y las transformaciones del Estado. Pese a que la mayoría de la literatura sobre esta idea se ha concentrado recientemente en asuntos como su autonomía y la relación con el medio que lo rodea (Krasner 1984), tampoco se deben

desconocer las contribuciones que se han realizado desde posiciones más clásicas. Ya sea aplicando una u otra perspectiva, lo cierto es que, actualmente, el estudio del Estado puede ser abordado desde diversas posturas analíticas, por ejemplo, miradas tradicionales como el viejo institucionalismo o el enfoque histórico-sociológico, o posturas más modernas como el pluralismo, el elitismo o el posestructuralismo.

Este primer capítulo escudriña someramente algunos de estos enfoques haciendo particular énfasis en aquellos que han sido considerados de mayor envergadura para la ciencia política y, más detalladamente, para la teoría del Estado². En cada uno de ellos, de manera breve, se hace alusión a sus orígenes disciplinares, a sus características metodológicas, a sus representantes más sobresalientes y, lógicamente, a sus posturas, virtudes y limitaciones explicativas. Por razones obvias, son muchos los elementos que se dejan sin mención como las presuposiciones ontológicas, epistemológicas o axiológicas, las reglas de inferencia, o las críticas que reciben de otros ámbitos analíticos; sin embargo, se resaltan sus componentes más esenciales, aquellos que sirven para dar cuenta sobre cómo se ha analizado el Estado y qué representa.

II. Institucionalismo

Una forma de comprender la política (*polity*) es observándola como una estructura conformada por una serie de instituciones, reglas y procedimientos que organizan la sociedad en un sentido determinado. El Estado, bajo esta acepción, termina siendo el centro de mayor interés entre los fenómenos políticos en el entendido de que un exitoso funcionamiento de la sociedad está supeditado a una acertada organización, distribución y control del poder. Tradicionalmente se ha considerado la ley como el mecanismo más directo y eficaz para garantizar una convivencia pacífica y resolver los conflictos, lo que ha implicado precisamente, que muchas investigaciones importantes para la teoría del Estado (Carré de Malberg, 1948; Jellinek, 2000; Kelsen, 1949; Schmitt, 2011) se hayan desarrollado dentro del viejo institucionalismo³.

² Aunque no se alcancen a desarrollar, es necesario advertir la presencia de otros enfoques politológicos que han abordado, en menor escala, el estudio del Estado. Entre ellos se encuentran el enfoque de la nueva derecha (Dunleavy y O'Leary 1987), la teoría de la modernización política (Huntington 1968), la elección pública o elección social (Niskanen 1971; Riker 1980; Hindmoor 2006), el feminismo (Kantola 2006), la teoría verde (Paterson, Doran, y Barry 2006), el Estado en sociedad (Migdal 2004) o el materialismo organizacional (Mann 1986). Para otras clasificaciones y categorías, véase Jessop (2016).

³ También es llamado enfoque jurídico-institucional (Losada y Casas 2008).

Este enfoque tuvo su nacimiento en las escuelas de derecho europeas y estadounidenses que buscaron estudiar las instituciones del gobierno en términos de arreglos políticos, administrativos y legales (Schmidt, 2006). De modo más particular, pretendía explicar cómo las reglas, procedimientos y organizaciones formales de una sociedad determinaban el comportamiento político de sus actores (Losada & Casas, 2008). Por este motivo, era común que se partiera del estudio de las constituciones, cuyos documentos agrupaban las instituciones políticas fundamentales, para luego describir su naturaleza jurídica, explicar su funcionamiento o realizar comparaciones ya fueran longitudinales o con otros Estados⁴. En cualquier caso, se tenía como presupuesto básico que la sociedad era regulada por la ley, por lo que cualquier cambio o injerencia en la conducta política de los actores devenía necesariamente del ordenamiento legal.

Para Finer (1934, 181), uno de sus máximos exponentes, las constituciones son el fundamento de las instituciones políticas lo que les permite estar conectadas y cooperar entre ellas mismas y, asimismo, estar vinculadas con la sociedad en la que se desenvuelven. En otras palabras, se considera a las instituciones como instrumentos que regulan las relaciones de poder entre los elementos constitutivos del Estado y sus respectivos asociados; es decir, fungen como mecanismos canalizadores del poder coercitivo del Estado para obligar a los subordinados a tomar determinadas acciones. Aun reconociendo que esta postura ha sido muy criticada por alejarse de un análisis propiamente politológico, no se puede olvidar que el Estado contemporáneo es producto de una evolución histórica en la que las instituciones han tenido como finalidad la limitación del poder y la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones. De ahí que la ciencia política más tradicional haya asumido la dimensión formal-legal como una perspectiva válida de análisis al momento de estudiar la realidad política, específicamente, las formas de gobierno, la estructura jurídica y legislativa de los Estados, el funcionamiento de las burocracias, entre otros campos (Córdova, 2017, p. 18).

Con ocasión de la revolución conductista, postura que criticó profundamente al viejo institucionalismo, el Estado desapareció casi por completo de los escenarios académicos. En contraste, muchos politólogos comenzaron a estudiar fenómenos

⁴ Para Rhodes (1998) el método institucionalista clásico puede ser: a) descriptivo-inductivo, el cual investiga los fenómenos políticos particulares del pasado (épocas, personas, instituciones, etc.) que permiten explicar acontecimientos políticos contemporáneos; b) formal-legal, que tiene como objetivo estudiar el derecho público y las organizaciones formales de la administración; c) histórico-comparativo, cuya finalidad es realizar comparaciones de las instituciones de un país con otras formas de gobierno.

políticos más tangibles como el comportamiento electoral, el comportamiento legislativo, los grupos de interés o las políticas públicas (Krasner, 1984) desde métodos científicos cada vez más «rigurosos». Como reacción a esta concepción dominante y totalizadora de la ciencia política, una serie de politólogos en la década del ochenta propusieron, en palabras de Skocpol, «traer al Estado de vuelta» al quehacer investigativo; esta disposición implicó poner nuevamente a las instituciones como centro de reflexión, pero esta vez, desde posiciones teóricas y metodológicas que superaran las limitaciones del viejo institucionalismo. En definitiva, esta nueva perspectiva llamada *neoinstitucionalismo* buscaba comprender y explicar las transformaciones de las instituciones modernas que se habían hecho más complejas, más eficaces y tenían mayor influencia en la sociedad (Olsen & March, 1993).

Como paradigma científico, el neoinstitucionalismo no se circunscribe únicamente a la ciencia política, por el contrario, se encuentra concatenado a otros campos del conocimiento como la economía, la sociología o la historia (Goodin, 1996). En todas sus vertientes, y a diferencia de otros enfoques que se concentran en las decisiones de los actores (teoría de la elección racional, teoría de juegos, procesos decisorios, etc.), el neoinstitucionalismo se caracteriza «por hacer énfasis en el contexto institucional en el que ocurren los procesos políticos y en los resultados y efectos que estos generan» (Schmidt 2006, 98). Más concretamente, concibe a las instituciones como variables explicativas (variables independientes) de los fenómenos sociopolíticos y no como resultados (variables dependientes) de estos últimos (Córdova, 2017; Goodin, 1996). Es decir, parte de la premisa de que la estructura, la organización y el funcionamiento de las instituciones son las que determinan, en última instancia, el comportamiento político de los actores.

Una caracterización como la anterior resultaría completa si no fuera porque, aún hoy, el concepto de *institución* da lugar a múltiples interpretaciones. No obstante, existen una serie de elementos que permiten inferir qué se debe y qué no se debe entender al respecto. Generalmente, esta noción alude a las «reglas de juego» o prácticas sociales que se caracterizan por: a) ser de carácter formal (derivadas del ordenamiento jurídico) o informales (pactos sociales, morales o éticos); b) ser constantes en el tiempo; c) generar restricciones que afectan el comportamiento de los individuos; d) predecir algunas interacciones entre sus miembros; y e) compartir ciertos valores o principios (Losada &

Casas, 2008, p. 183)⁵. Así, entre el cúmulo de instituciones que pueden ser parte de la realidad política, el Estado se plantea como la más importante de todas por el hecho de que su naturaleza misma le permite originar, modificar o suprimir otras instituciones.

A pesar de que el estudio del Estado como una institución puede rastrearse desde los trabajos de Weber⁶, es con el neoinstitucionalismo cuando se comienzan a explorar otro tipo de respuestas que superan las explicaciones sociales clásicas (Codato & Perissinotto, 2002) o las derivadas del conductismo (Immergut, 1998). Para ello, este enfoque considera a la historia como un componente imprescindible al momento de estudiar el Estado pues se parte de la premisa de que conociendo la evolución de los procesos históricos se podrá «revelar» la verdadera autonomía de aquellos, medir su grado de independencia y evitar la «generalización excesiva» de sus teorías (Barrow, 1993; Skocpol, 1985). Como lo expresa Hay (2002, 14–15), el neoinstitucionalismo no solo se concentra en las conductas políticas originadas dentro de un ambiente institucional o en la diversidad de actores estratégicos que intervienen en dichos contextos, sino también, resalta la importancia de los «legados históricos» que son transmitidos del pasado al presente.

Justamente, ha sido el neoinstitucionalismo histórico el que se ha encargado de buscar explicaciones de cómo los fenómenos políticos del presente son el resultado de los comportamientos políticos individuales y colectivos del pasado. Con respecto a la teoría del Estado, esta corriente se ha concentrado en estudiar su origen y su evolución a lo largo de la historia (y con ello el desarrollo de sus elementos constitutivos), al mismo tiempo que las condiciones iniciales dentro de la lógica del *path dependency* (Schmidt, 2006), esto es, estudiar el conjunto de variables al inicio de una secuencia de eventos que persisten hasta el presente. Sin embargo, esta variante del neoinstitucionalismo no es la única que existe en la actualidad y podría hacerse referencia, al menos, a otras tres: el neoinstitucionalismo derivado de la elección racional, el neoinstitucionalismo sociológico y el neoinstitucionalismo discursivo⁷.

⁵ Para Jessop (2016, 8) una institución involucra prácticas sociales complejas que a) son regulares en el tiempo, b) están vinculadas con roles y relaciones sociales definidas; c) están asociadas a formas particulares de discursos, símbolos multimedia o canales de comunicación; d) están regladas por normas sociales; y e) son imprescindibles para el orden social.

⁶ Algunos autores como Skocpol (1985) aseguran que los antecedentes más lejanos del neoinstitucionalismo pueden encontrarse en los trabajos de Weber sobre el Estado moderno.

⁷ Otras variantes de este enfoque son el neoinstitucionalismo normativo (Olsen & March, 1993), el neoinstitucionalismo empírico (Putnam et al., 1994), el neoinstitucionalismo internacional (Keohane, 1989), el neoinstitucionalismo de redes (Osa, 2003) y el neoinstitucionalismo cognitivo (Mantzavinos et al.,

De manera breve, el neoinstitucionalismo derivado de la elección racional concibe al Estado como un actor político que actúa de acuerdo a unos intereses particulares (y en este sentido, que valora costos, beneficios, riesgos y probabilidades) o como una estructura con intereses determinados a los cuales se ciñen los demás actores. Por su parte, el neoinstitucionalismo sociológico lo considera como una construcción social influenciada por los factores culturales del contexto, en donde el comportamiento político de los actores es regulado por reglas y principios acordes a dicho sistema de valores y creencias (Schmidt 2006, 99). Y, por último, el neoinstitucionalismo discursivo (también llamado constructivista o ideacional) imagina al Estado como el conjunto de ideas y narrativas que usan los actores para explicar y legitimar las respectivas acciones políticas, motivo por el cual, se le da una mayor importancia a las ideas como aquellos elementos que inciden en las transformaciones institucionales (Losada & Casas, 2008).

III. Enfoque histórico-sociológico

Junto con los enfoques normativo y jurídico-institucional, el enfoque histórico-sociológico es considerado como uno de los más antiguos de la ciencia política. Pese a que autores como Aristóteles o Montesquieu puedan ser catalogados como sus representantes más lejanos, este enfoque solo se consolidó con los trabajos de Karl Marx, John Stuart Mill y Alexis de Tocqueville a lo largo del siglo XIX, y posteriormente con las contribuciones de Marc Bloch y Max Weber (Amorim Neto & Rodriguez, 2016, p. 1006). En palabras breves, se fundamenta en la idea de que «todo fenómeno político importante vive en la historia y, por ende, necesita de un análisis histórico para ser explicado» (Tilly, 2001a, p. 570). Ahora bien, no debe comprenderse por «análisis histórico» una aplicación exclusiva de los métodos historiográficos ya que sus conceptos y procedimientos se nutren, igualmente, de otras disciplinas como la arqueología, la antropología o, inclusive, el mismo institucionalismo histórico (Jessop, 2016).

Desde una perspectiva más metodológica, este enfoque retoma los postulados del método comparado con el objetivo de llegar a conclusiones válidas que se sustenten en evidencias empíricas. Más aún, intenta encontrar en los hechos históricos las causas de

2004). Además, algunas tendencias enfocadas en el Estado son el neoinstitucionalismo centrado en el agente (Jessop, 2016), el macroinstitucionalismo realista, el microinstitucionalismo fenomenológico y el macroinstitucionalismo fenomenológico (Meyer, 1999).

los fenómenos políticos (Tilly, 2001a) por lo que muchos autores lo consideran como un enfoque positivista (Cano, 2012, p. 96). Pero tampoco debe confundirse con los métodos cuantitativos basados en análisis estadísticos pues mientras estos se caracterizan por estudiar las consecuencias de ciertas variables independientes, en los análisis histórico-sociológicos se busca todo lo contrario, esto es, determinar las causas (y no los resultados) de determinados procesos políticos (Mahoney, 2010). Para ello, es común que se utilicen herramientas que permitan reconstruir la cadena de sucesos históricos (*process tracing*) o que permitan comparar macrounidades como sistemas políticos, formas de gobierno, Estados, etc.

Gracias a su naturaleza y proximidad con la historia y la sociología, se pensaría que cualquier acontecimiento del pasado (político o no) pudiese ser abordado desde este enfoque. Pero lo cierto es que, al igual que cualquier otro punto de referencia teórica, existen unas fronteras conceptuales y unas reglas metodológicas que no se deben superar. En el caso particular, su objeto de estudio se concentra únicamente en los procesos sociales en los que intervienen las instituciones o los actores políticos y que varían dependiendo de los criterios de tiempo y lugar (Tilly, 2001a). *Grosso modo*, esta perspectiva de análisis suele tratar una amplia gama de experiencias políticas (Eckstein, 1963a) entre las que se encuentran las revoluciones, los procesos de democratización, las tendencias históricas de los pueblos y, en general, todas las grandes unidades y agregados sociales. Por antonomasia, es lógico que también se preocupe por estudiar el Estado, sus orígenes y transformaciones a lo largo de la historia, la identificación de sus elementos constitutivos y las condiciones explicativas detrás de sus resultados como cuerpo político (Amorim Neto & Rodriguez, 2016, p. 1006).

Más precisamente, busca estudiar el Estado en términos del *path dependency*, cuya premisa central radica en que todo proceso o acontecimiento del presente es consecuencia de la configuración de los hechos pasados (Losada & Casas, 2008). Desde la teoría del Estado, esto implica estudiar cómo se ha constituido el Estado moderno y por qué ha prevalecido, por lo menos desde 1648, como la forma dominante de organización política (Spruyt, 1996; Tilly, 1975). Para ello, sus epígonos no se conforman con detectar cuáles han sido esos elementos y factores estatales que han aparecido a lo largo de la historia (territorio, soberanía, población, gobierno), sino que también, buscan establecer cómo los episodios históricos en los que los Estados son más o menos protagonistas, se conectan entre sí (Tilly, 2001b). Algunos ejemplos prácticos se relacionan con la forma en la que

se han desarrollado e integrado ciertas atribuciones del Estado, a saber: el monopolio de la recaudación de impuestos, la actividad del aparato burocrático, la aparición de los ejércitos nacionales, el reconocimiento de los derechos civiles, entre otros (Jessop, 2016, p. 7).

Así las cosas, no debe pensarse que el enfoque histórico-sociológico puede dar lugar a una teoría uniforme y totalizadora, capaz de explicar el Estado únicamente en términos históricos (*ibíd.*). Esto se debe a que las conexiones del pasado interactúan en múltiples escenarios que no siempre se limitan a las fronteras de lo político. Como afirma Tilly (2001b, 6755), los sucesos históricos están entrelazados en una amalgama de coyunturas que pueden ir desde la evolución de los sistemas políticos o económicos, el impacto de los líderes políticos, la transformación de la cultura dominante, o el acontecimiento de eventos neurálgicos como las revoluciones. Por consiguiente, es necesario que, paralelo al estudio de los elementos políticos recurrentes en la historia y de las conexiones entre episodios históricos, se acuda a la investigación semántica e ideológica⁸ del concepto mismo de Estado. Esto, aun sabiendo que ambos procesos (por un lado, las transformaciones sociales y políticas, y por el otro, las transformaciones ideológicas y conceptuales) no siempre convergen en un mismo punto histórico (Jessop 2016).

Es evidente, por razones lógicas, que el papel de la historia sea determinante si el objetivo es llegar a conclusiones válidas. De hecho, no se podría concebir un análisis serio y comprensivo de las transformaciones del Estado sino se acudiera a la historia misma de este fenómeno (Tilly, 2006). Empero, esto tampoco significa que las explicaciones científicas al respecto deban ceñirse únicamente a las metodologías historiográficas o sociológicas. *A contrario sensu*, se deben tener en consideración, al menos, dos herramientas metodológicas importantes: primera, combinar el trabajo teórico con el empírico al momento de identificar procesos y mecanismos que se encuentran insertos «en varios tiempos, lugares y circunstancias» (Tilly, 2001a, p. 571); y segunda, incluir el uso de datos y métodos cuantitativos al análisis histórico ya que, en algunas ocasiones, pueden complementar y brindar mayor rigurosidad a las teorías (Amorim Neto & Rodríguez, 2016). De esta forma, se podría superar lo que Eckstein (1963, 11) critica sobre este enfoque, esto es, que tradicionalmente la evidencia empírica ha servido para

⁸ En palabras de Jessop (2016, 9-10), este tipo de investigación ha sido usado para analizar el surgimiento de la idea de Estado, su consolidación como concepto (así como de otra terminología relacionada) y cómo los discursos lo terminan moldeando.

ejemplificar en vez de demostrar, por lo que muchos historicistas se han dedicado más que todo a proponer sus teorías a partir de «especulaciones abstractas y formales».

IV. Marxismo

A diferencia de otras teorías sobre el Estado, el marxismo (junto con el feminismo) se caracteriza por tener una naturaleza tanto normativa como pragmática⁹. Para esta escuela no es suficiente el hecho de comprender la naturaleza del Estado y su relación con los procesos económicos derivados del capitalismo, sino también, resulta imprescindible lograr una transformación real de las sociedades y sus instituciones políticas. Para autores como Wolfe (1974) o Dahrendorf (1959), el marxismo no pretende solamente comprender el Estado capitalista en sí mismo, busca, de igual forma, influir en su propia destrucción. Muestra de ello es la concepción del comunismo en sus etapas más avanzadas donde se ha idealizado una sociedad exenta de restricciones a la libertad, por lo que no sería necesario ningún tipo de coerción representada en una forma de gobierno o, inclusive, en cualquier modelo estatal (Dunleavy & O’Leary, 1987).

De lo anterior se puede extraer la idea, muy discutida en las últimas décadas, sobre si el Estado verdaderamente existe como una estructura real de las sociedades capitalistas o, por el contrario, solo hace referencia, en palabras de Poulantzas, a un objeto abstracto-formal. De acuerdo con Abrams (2006) existen razones de fondo para pensar que el Estado guarda esa doble connotación: como una entidad real es visto como un instrumento del que se valen las clases dominantes para perpetuar su hegemonía política y económica. En efecto, Engels y Marx (2004, 24) lo describen acertadamente cuando afirman que «el gobierno del Estado moderno no es más que una junta que administra los negocios comunes de toda la clase burguesa»; y por otro lado, como una entidad abstracta, es considerado como un concepto que no existe propiamente en la realidad pero que es la condición previa del conocimiento de los objetos reales-concretos, es decir, aquellos objetos que sí son tangibles porque guardan una formación social históricamente determinada (Poulantzas, 2007).

Fuera de este debate, cabe destacar que el instrumentalismo ha sido uno de los subenfoques más influyentes dentro de la corriente marxista. Esta teoría propone que

⁹ Los análisis marxistas se han concentrado en tres asuntos especialmente: primero, el mantenimiento y la reproducción de las condiciones socioeconómicas favorables al capitalismo; segundo, la formación del Estado a partir de dichas circunstancias; y tercero, la determinación de sus funciones, tanto materiales como ideológicas (Losada y Casas 2008).

todas las sociedades se caracterizan por una fragmentación de las clases sociales en donde la clase hegemónica utiliza el Estado como un medio de coordinación de sus propios intereses. Más concretamente, considera al Estado como un instrumento coercitivo al servicio de la clase dominante (Losada & Casas, 2008) o como lo define Sweezy (1942, 243) «un instrumento para reforzar y garantizar la estabilidad de la estructura de clases en sí misma». Para los instrumentalistas, es claro que los poderes hegemónicos no están interesados en compartir su capacidad de decisión política ni mucho menos en reducir las desigualdades sociales y económicas de otros individuos. Antes bien, que una clase dominante posea y controle los medios de producción supone en el largo plazo que incremente su capacidad de coerción pues, entre otros factores, la burguesía irá disminuyendo en número mientras que el proletariado crecerá vertiginosamente (Taylor, 1998, p. 258).

Para imponer sus propios intereses y garantizar la continuidad del *statu quo*, la clase dominante se puede valer de diversas herramientas de control social. Una de ellas, tal vez la más importante, es la manipulación por parte de la burguesía de los procesos de toma de decisiones, como por ejemplo, de la formulación e implementación de políticas públicas (Barrow 1993). Sin embargo, dentro los regímenes políticos contemporáneos existen otras formas igualmente eficaces de instrumentalización del poder. Muestra de ello es la influencia en los procesos burocráticos cuando los actores que ocupan posiciones estratégicas utilizan las mismas instituciones a su favor; o cuando estos mismos actores ejercen cualquier otro tipo de presión de manera indirecta (Gold et al., 1975). En todo caso, y como afirman los instrumentalistas más modernos, la capacidad de coerción sobre el proletario, además de ser cada vez mayor, también es más homogénea. El Estado, en ese sentido, termina siendo un aparato hermético en el cual tienen participación un grupo reducido de individuos que comparten unos mismos orígenes, unos mismos valores y hasta un mismo estilo de vida (Dunleavy & O'Leary, 1987)¹⁰.

Ahora bien, no se debe pensar que estas herramientas de coerción son los únicos recursos que tiene el Estado para imponer unilateralmente su voluntad. La relación entre

¹⁰ El Estado, al reservarse para sí el monopolio de la violencia a través de su ejercicio legítimo, tiene la capacidad de imponer su voluntad (que es la misma voluntad de la clase dominante) al resto de la sociedad de manera imperativa. De ahí que el Estado, además de ser un mero instrumento, también sea considerado como el «arma represiva de la burguesía» (Dunleavy & O'Leary, 1987; Hay, 2006).

clases en las sociedades capitalistas se fundamenta no solamente por las circunstancias materiales existentes sino también por las funciones ideológicas que ejerce el propio Estado (Abrams, 2006). Para Althusser (2014), hay una serie de instituciones especializadas que no pertenecen al aparato represivo del Estado (el ejecutivo, los tribunales, la fuerza pública, etc.) y que tienen por función reproducir las condiciones de dominación de manera simbólica. Al tener su origen en la esfera privada, instituciones como la familia, la escuela o los medios de comunicación son las encargadas de establecer valores y símbolos comunes cuyo desconocimiento conlleva, a su vez, un tipo de sanción: el reproche social, la exclusión, la censura, etc. Por ello, el Estado no puede ser visto únicamente como un instrumento o un aparato represivo; como lo afirma Poulantzas (1978), también debe ser entendido como un factor de cohesión y unificación a través de sus funciones tanto materiales como ideológicas.

En un sistema económico como el capitalismo, caracterizado por la división de clases sociales y la constante desigualdad entre ambas, es lógico que las funciones del Estado (ya sean económicas, políticas, ideológicas, etc.), no guarden una postura neutral. Antes bien, toman una posición parcializada precisamente para proteger los intereses de la clase dominante y sacar el mayor provecho de la clase trabajadora (Dunleavy & O'Leary, 1987). Ante la presencia de un conflicto entre las clases, se espera que el Estado intervenga a través de sus herramientas coercitivas como los monopolios de la fuerza, de la recaudación de impuestos o de la administración de justicia, a favor de una sola de ellas (Miliband, 1969). Por este motivo, muchos marxistas discuten la idea de si el Estado puede llegar a ser una entidad autónoma o, en cambio, solo es una estructura a favor de los objetivos de la burguesía. Para Hay (2006), si se parte de una perspectiva del Estado como «un ideal capitalista colectivo», se pueden tener ambas connotaciones: poseer una autonomía relativa y, al mismo tiempo, intervenir en representación de los intereses del capital.

Esto no significa, necesariamente, que dentro de la teoría marxista no existan posiciones más neutrales sobre el poder estatal. Para el mismo Engels (2010) el Estado, en casos excepcionales, puede transitar de una posición favorable para la burguesía a una posición mediadora donde tenga independencia de ambas clases sociales. Si bien resulta extremadamente improbable que un «Estado árbitro» emerja bajo las condiciones imperantes del capitalismo, no se debe olvidar que a lo largo de la historia el proletariado ha experimentado cambios de poder a su favor (Dunleavy & O'Leary, 1987), por ejemplo,

en los procesos de emancipación política. En consecuencia, un modelo estatal como el anterior no solo mantendría el balance entre ambas clases sociales, sino que muchas de sus estructuras como el aparato burocrático, las instituciones políticas o las fuerzas armadas, no estarían regidas por los intereses del capital.

En contraste, para los estructuralistas marxistas, una posición central e independiente del Estado frente a las clases sociales (así fuese momentáneamente) resulta poco probable. Esto, debido a que la función principal del Estado es proteger y reproducir las estructuras sociales de las sociedades capitalistas, como por ejemplo, las relaciones fundamentales de producción (Barrow, 1993). Lo anterior, sin mencionar la presuposición básica de que este tipo de sociedades se encuentran altamente relacionadas con los ciclos y las crisis económicas, provocadas por la interacción constante y disímil entre las clases sociales, y no por sus prácticas armónicas vigiladas por un Estado moderador. De hecho, como argumentan algunos autores funcionalistas, «son los cambios en la economía de una sociedad los que determinan las transformaciones políticas y legales de la superestructura» (Dunleavy & O’Leary, 1987, p. 249), no al contrario.

Por último, debe hacerse alusión, así sea de manera breve, a otras teorías del Estado dentro del mismo marxismo. El subenfoco de sistema-analítico ha intentado explicar los *outputs* del Estado en términos de sus funciones sustantivas buscando «comprender las fallas de las actividades del Estado y sus contradicciones con el sistema capitalista» (Barrow, 1993, p. 97). Por otro lado, el subenfoco realista-organizacional asegura que el Estado no es solamente una entidad con facultades decisorias, sino que también es una organización fundamentada en procesos históricos y en relaciones constantes con las clases sociales (*ibid.* 125). Y finalmente, el enfoque estratégico-organizacional argumenta que el Estado es un conjunto de estructuras y estrategias que interactúan entre sí de manera dinámica. En términos sencillos, considera que el Estado es una relación que «se puede analizar provechosamente si se enfoca como el ámbito, el generador y el producto de dichas estrategias» (Jessop, 1989, p. 3).

V. Posestructuralismo

Aunque el marxismo suele relacionarse frecuentemente con el estructuralismo (y viceversa), este no debe reducirse irrestrictamente a aquel. Mejor aún, debe considerarse como un enfoque de carácter independiente empleado no solo en la ciencia política sino

en diversas áreas de las ciencias sociales. Influenciado especialmente por la lingüística (a pesar de su carácter interdisciplinar) este enfoque busca explicar la realidad política a partir de las estructuras que la componen y cómo estas terminan configurando el comportamiento de los actores (Losada & Casas, 2008). Más concretamente, considera que la sociedad se compone de pautas de comportamiento estables en el tiempo caracterizadas por ser reiterativas y determinísticas, por lo que cualquier cambio en un fenómeno político puede ser entendido como el resultado de la existencia o la ausencia de una estructura o del conjunto de ellas.

Por su naturaleza monocausal, esta perspectiva permite explicar grandes procesos sociales¹¹ como las revoluciones históricas, el surgimiento y las transformaciones de las ideologías o la formación de los Estados (*ibíd.*). Particularmente para este enfoque, (así como para concepciones más funcionalistas)¹² el Estado es un conjunto de instituciones que desarrollan una serie de funciones específicas relacionadas principalmente con la gobernanza y la seguridad (Sharma & Gupta, 2006) como lo son el ejercicio monopolístico de la fuerza o la tributación. Estos elementos invariables que permiten la coordinación de una estructura como el Estado son los que terminan siendo preponderantes para los estructuralistas, y no tanto las dinámicas (o causas) que permiten que dichos elementos se reconfiguren. Es decir, lo que importa es estudiar cómo las funciones y los elementos que han dado forma al Estado (territorio, población, soberanía, etc.) determinan el comportamiento de los individuos y cómo se relacionan, a su vez, con otras estructuras del mismo conjunto.

Pese a que el estructuralismo ha sido una tendencia epistemológica dentro de la teoría del Estado (Hay & Lister, 2006), es necesario enumerar un par de críticas de las cuales ha sido objeto. De carácter metodológico se le ha cuestionado que no es un enfoque uniforme (v. gr. que el concepto de *estructura* no es del todo claro y que da lugar a múltiples interpretaciones), que le resta importancia a la injerencia política de los actores o que propone un determinismo ciego del cual los agentes políticos no pueden escapar. Ante las limitaciones de su capacidad explicativa, el posestructuralismo apareció como el intento de encauzar al estructuralismo por una dirección adecuada, revalorando sus

¹¹ En contraposición, por ejemplo, a los enfoques intencionalistas basados en las decisiones de los actores (elección racional, teoría de juegos o acción colectiva), el estructuralismo aplica el colectivismo metodológico teniendo como objeto de estudio a las macrounidades sociales.

¹² No debe confundirse con el enfoque estructural-funcionalista que, al igual que el enfoque sistémico, reemplazan el concepto de «Estado» por el de «sistema político» (Almond & Powell, 1966; Easton, 1953).

argumentos fundamentales y superando sus inconsistencias metodológicas (Sturrock, 2003, pp. 122–123). Con ocasión de ello, esta corriente de pensamiento pregonó una resistencia acérrima a los postulados positivistas y sus métodos científicos, a los principios derivados de la Ilustración francesa y a los paradigmas imperantes de la modernidad occidental.

Mientras que el estructuralismo trazaba como objetivo el esclarecimiento de los símbolos sociales a través de métodos etnográficos (Abrutyn, 2010), el posestructuralismo buscaba relativizar las categorías que habían servido tradicionalmente para explicar la realidad. Si antes el mundo se dividía en visiones dicotómicas y contrastables (noche-día, masculino-femenino, negro-blanco), ahora esas mismas categorías eran mucho más amplias y versátiles. En otras palabras, eran postulados que, además de cuestionar los valores modernos como verdades universales, estaban dotados con un carácter subjetivo y temporal: no eran absolutos, no eran infinitos y no eran aplicables a todos los individuos por igual (Finlayson & Martin, 2006). Esta orientación epistemológica llevó a que el posestructuralismo se apartara del macromolde empírico-analítico y planteara un pensamiento basado en el perspectivismo, esto es, en que todo punto de vista es válido porque permite construir nuevos referentes de pensamiento y estilos de vida (Losada & Casas, 2008).

Este cambio de «perspectiva» se fundamentó, de igual forma, en la reformulación de dos conceptos que habían servido para construir e interpretar la sociedad moderna: el lenguaje y la razón. Como primera medida, se parte de la idea de que el lenguaje «representa una forma de concebir el mundo, de diferenciar sus elementos constitutivos y de relacionarlos entre ellos mismos» (Belsey, 2002, p. 10); en ese sentido, es lógico pensar que las caracterizaciones que los individuos realizan sobre la realidad no vienen de la realidad *per se*, sino que son creadas por ellos mismos a través de símbolos, sistemas y significados. Esto implica, necesariamente, una «deconstrucción» de los conceptos que han nombrado históricamente dicha realidad, valorando su lógica y coherencia internas y su relación pragmática con el mundo exterior. Por ello, la labor del posestructuralista no consiste únicamente en registrar todas las ambigüedades que le sean posibles, sino también, en mostrar cómo los significados se van transformando en un proceso inacabado de múltiples posibilidades (Sturrock, 2003).

Y como segunda medida, se admite que la razón, ese instrumento nacido en el contexto de los procesos emancipatorios del siglo XVIII y capaz de dar cuenta de la

realidad a través del método científico, no es en ningún caso un método totalizador e infalible. Para el posestructuralismo, en cambio, existen múltiples formas de «razón» y «racionalidad» (Finlayson & Martin, 2006) las cuales contradicen el paradigma «moderno» con el que habían sido forjadas, y que las consideraba como conceptos imperativos de los que se derivaba toda validez. En suma, lo que buscan los posestructuralistas no es que la razón desaparezca por completo, todo lo contrario, buscan entenderla como un proceso variado, limitado y parcial, y que puede ser objeto de contradicciones. En virtud de ello, un análisis posestructuralista conllevaría necesariamente una reflexión sobre las «razones» que subyacen a los elementos constitutivos de la realidad; aplicado al universo político, estos serían las instituciones, las ideologías, los movimientos sociales, entre otros (*ibid.*).

Bajo esta premisa, comprender el Estado significaría en principio determinar las unidades políticas que lo constituyen y, paralelamente, las «razones» que lo fundamentan. Esto sin contar, como lo expresan Finlayson y Martin (2006, 158–59), que existen otras reglas de inferencia y presuposiciones que también deben ser implementadas en ese proceso. Algunas de ellas serían: a) abstenerse de establecer razones estáticas o totalizadoras pues el mismo posestructuralismo prohíbe postulados absolutos; b) que el análisis político debe preguntarse sobre los efectos de dichas razones frente a los demás elementos del conjunto y; c) que todos las acciones y objetos poseen un significado intrínseco el cual se deriva de la relación con otras acciones y objetos. Estas pautas, en definitiva, lo que pretenden es caracterizar al Estado como un objeto social a diferencia de un objeto natural y, en consecuencia, que es poseedor de una naturaleza dinámica. Dicho de otro modo, el Estado es una entidad en constante transformación pues está constituido por seres humanos, grupos sociales e instituciones que viven en un mundo cargado de símbolos, señales y significados.

Para Laclau y Mouffe (2014), justamente, la sociedad no puede ser explicada a partir de un único centro hegemónico o un principio totalizador ya que en sí misma es un proceso hermético e incompleto. Esto quiere decir que son muchos los actores y las instituciones que interceden en la configuración de los sistemas sociales y, por antonomasia, en la construcción de sus identidades y significados (Howarth & Stavrakakis, 2000). En el plano político, esto equivale a que son los actores y las instituciones los que imponen los criterios que determinan aquello que es legítimo e ilegítimo, normal y anormal, o natural y antinatural. En última instancia, criterios que

terminan delimitando las fronteras de lo político y que permiten establecer aquellas estructuras discursivas que se encuentran adentro o por fuera del mismo sistema. Por lo tanto, es claro que para el posestructuralismo el Estado no puede ser una institución indivisible o un conjunto de instituciones aisladas, pues son las relaciones políticas y metapolíticas (la cultura, los hábitos, las tradiciones) las que articulan y dan forma a lo estatal (Finlayson & Martin, 2006).

En palabras de Foucault (1980, 122), estas relaciones metapolíticas son determinantes para establecer la naturaleza del Estado y sus manifestaciones en el mundo real. Siguiendo este postulado, el poder estatal no podría concebirse como una reproducción endógena y autosuficiente, sino como el resultado de «una serie de relaciones de poder que involucran el cuerpo, la sexualidad, la familia, el parentesco, la tecnología, etc.». Para conocer estos vínculos, anclados en lentos procesos evolutivos, es preciso el uso de una «arqueología del saber» sobre los discursos que han moldeado tradicionalmente al Estado, y el análisis histórico de cómo estas variables han legitimado las formas de ejercer el control (Rose & Miller, 1992). Recapitulando, para los posestructuralistas, el Estado no es más que un ensamble complejo de varias racionalidades discursivas (la ley, la soberanía, la información, el conocimiento), de prácticas sociales, de instituciones, órganos burocráticos y demás estructuras organizativas y simbólicas que legitiman el control y la coerción sobre los diversos aspectos de la vida en comunidad (Finlayson & Martin, 2006; Torfing, 1991).

VI. Elitismo

Uno de los enfoques más antiguos en la teoría del Estado, y por consiguiente en la ciencia política, es el elitismo. Esta corriente teórica nace a comienzos del siglo XX con los trabajos de Vilfredo Pareto, Gaetano Mosca y Robert Michels, y propone explicar los fenómenos políticos en función de los intereses de ciertas clases o élites. Para ellos, máximos representantes del elitismo clásico, la sociedad es un escenario en el que coexisten dos grupos políticos heterogéneos los cuales ostentan facultades, roles y tareas disímiles. En efecto, como explica Mosca (1939, 50), todas las sociedades en la historia de la humanidad se han dividido en dos clases de individuos: los que dominan y los dominados. Los primeros, siempre los menos numerosos, desempeñan todas las funciones

políticas, monopolizan el poder y disfrutan de las ventajas que este conlleva, mientras que los segundos, los más numerosos, están dirigidos y controlados por aquellos.

Esto no traduce que al ejercer el poder político las élites se compongan exclusivamente con criterios de esta naturaleza. Mejor aún, apunta a que pueden existir élites que se aparten de lo político y representen otro tipo de «supremacía»: familiar, económica, intelectual o moral. En cualquier caso, más que identificar la forma en la cual se ha impuesto una élite sobre otra parte de la población (pacífica, autoritaria o democráticamente), es clave establecer cómo su carácter ha determinado la naturaleza de una sociedad por medio de la imposición de sus propios objetivos (Prewitt & Stone, 1973). Así las cosas, el elitismo se preocupa por conocer cómo una sociedad se organiza políticamente bajo la imagen de una institución como el Estado, y cómo un grupo minoritario, a través de los medios de coerción, conserva satisfactoriamente el monopolio del poder sobre un territorio (Dunleavy & O'Leary, 1987).

Aunque pueda confundirse con el instrumentalismo marxista, es decir, con la concepción del Estado como un mecanismo para imponer los intereses de la burguesía, el elitismo desarrolla una teoría autónoma y totalmente crítica frente a aquel. Mientras que para el marxismo la «dominación» es un atributo temporal de las sociedades capitalistas pues la revolución del proletariado eventualmente conducirá a una sociedad sin clases, para el elitismo las élites son inevitables. Más aún, la idea de una sociedad homogénea, indivisible y equitativa es una utopía sin ninguna vocación práctica: no es que las clases desaparezcan y se organicen bajo condiciones sociales uniformes, por el contrario, lo que esta hipótesis en verdad representa es la sustitución de una élite por otra, en este caso, de la burguesía por el proletariado (Dunleavy & O'Leary, 1987). En palabras de Weber (citado en Mommsen 1974, 87), esta crítica se reduce a que «toda idea que pretenda abolir la dominación del hombre por el hombre es ilusoria»; por ello es que se torna imprescindible la existencia del Estado como el único actor que puede legitimar la dominación entre gobernantes y gobernados a través del uso de la fuerza.

Sin embargo, la titularidad exclusiva del monopolio de la violencia no es la única característica de la teoría elitista. Según Dunleavy y O'Leary (1987, 185), existen al menos tres aproximaciones diferentes sobre cómo se concibe al Estado y cuál es el papel de las élites dentro de él. La primera, llamada «modelo de la máquina controlada externamente», lo considera como un artefacto dirigido por una élite, ya sea política o social, que no participa necesariamente de los escenarios electorales convencionales y

que gobierna sin ninguna restricción y sin la obligación de rendir cuentas a los ciudadanos. La segunda, o «modelo autónomo», ve al Estado como un actor independiente que opera sin las restricciones o presiones de agentes externos, y que responde únicamente por las preferencias de las élites que ocupan los cargos burocráticos del Estado. Más específicamente, élites políticas o administrativas que están fuera del control de otros actores como los movimientos sociales, los partidos políticos o los grupos económicos.

Y finalmente, el «modelo liberal corporativista», percibe al Estado como una red de corporaciones que se encuentran integradas en un mismo sistema de control (*ibid.*). Contrario a los modelos precedentes, para este último no es importante fundamentar de manera aislada la injerencia de las élites externas o la autonomía de las élites burocráticas, ya que el Estado, los grupos económicos y las corporaciones, guardan una relación armónica e interdependiente entre sí. Bajo esta premisa, el concepto de *corporación* cobra una función vital pues se parte del supuesto de que todo individuo, de acuerdo con sus intereses laborales, profesionales o económicos, se agrupa en colectivos especializados y jerarquizados que poseen cierto monopolio de representación. En últimas, este modelo es un intento de unificar a la sociedad a través de las corporaciones como órganos de intermediación que, al no ser necesariamente de origen político, terminan incidiendo en el proceso de toma de decisiones (*ibid.*, 193).

Con base en lo anterior, se presupone que las corporaciones no son simples grupos de interés ajenos al poder estatal, sino más bien, asociaciones que se encuentran subordinadas a los diversos niveles de organización del Estado. Asimismo, que cumplen funciones específicas en la sociedad (que varían dependiendo del tipo de corporativismo: dirigista, estatal o social) y que buscan alcanzar tanto los objetivos públicos trazados por el gobierno como sus propios intereses: de ahí que se pueda afirmar que el corporativismo no es más que una forma ideal de Estado que representa una fusión de los intereses públicos con los del sector privado (Cox, 1988). De cualquier modo, lejos de una mirada neutral del Estado como un agente imparcial sobre los procesos políticos, el modelo liberal corporativista argumenta que las corporaciones, en una relación interdependiente con los agentes estatales, acaban monopolizando el proceso de toma de decisiones.

En suma, el enfoque elitista, indiferentemente del modelo explicativo que incorpore, se fundamenta en la noción de dominación, o en palabras de Weber, de «poder de mando autoritario» (Roth, 1978) que ejerce una élite de carácter minoritaria sobre el

resto de la población. Para garantizar su preservación, estos grupos crean y modifican instrumentos de obligatorio cumplimiento como el ejercicio del aparato judicial, la regulación administrativa o la actuación de las fuerzas armadas (Dunleavy & O'Leary, 1987, p. 164), dirigidos especialmente a aquellos actores, grupos o instituciones que desafían el *statu quo*. En consecuencia, no resulta extraño concebir al Estado como un actor racional que puede estimar las consecuencias de las múltiples alternativas que tiene disponible y que es capaz de tomar decisiones *erga omnes* que le permitan alcanzar sus objetivos o los de la élite que protege (Allison, 1971, p. 32). Ya sea a través del consenso o de la fuerza, en esencia lo que caracteriza al Estado es la normalización de la legitimidad en función de la distribución del poder, esto es, que la imposición de una clase sobre otra sea vista como un proceso natural e histórico que no admite discusión.

VII. Pluralismo

Como filosofía, el pluralismo hace referencia a un sistema de pensamiento que, por oposición al monismo, reconoce que la realidad está conformada por varios elementos o principios (Dunleavy & O'Leary, 1987). Aplicado a la ciencia política, se fundamenta en la idea de la diversidad para explicar la sociedad como un conjunto heterogéneo de grupos (económicos, ideológicos, culturales, etc.) que buscan ejercer algún tipo de influencia en el sistema político. En efecto, parte del supuesto de que la diversidad es benéfica para la sociedad al menos por tres razones: primera, porque en un escenario plural no existirían explicaciones únicas e irreductibles (por ejemplo, de una élite hegemónica); segunda, porque promueve la integración del individuo en la comunidad como un requisito para participar en lo político; y tercera, porque al desarrollarse bajo contextos democráticos, las decisiones políticas serían resultado de consensos y no de imposiciones.

A diferencia del elitismo, el pluralismo reconoce que el poder no es acumulativo ni concentrado (Dahl, 1967; Smith, 1998). Mientras que en el primero se ejerce absoluta y exclusivamente por las élites, en el segundo se encuentra desagregado, esto es, que existen diversos centros de poder del cual emanan las decisiones. Esta fragmentación del poder y, por lo tanto de la sociedad, es representada por la lucha constante no solo de los grupos de interés, sino también, por las mismas instituciones y autoridades dentro del gobierno (Eckstein, 1963b, p. 392). En todo caso, es deseable que la interacción de estos grupos se desarrolle (o por lo menos se intente) bajo lineamientos democráticos ya que existen

reglas, principios y valores (representación política, deliberación, participación, etc.) que todos deben aceptar y compartir. De ahí que para los pluralistas, la política, como afirma Dahl (1967, 24), sea «un proceso de negociación constante que garantice que los conflictos se resuelvan pacíficamente».

Ahora bien, aun teniendo posiciones un poco más claras sobre la organización de la sociedad y la distribución del poder, las aproximaciones teóricas al concepto de *Estado* siguen siendo incipientes. Es por esta razón que en el pluralismo «se prefiere hablar de gobierno o sistemas gubernamentales más que de Estado u organizaciones estatales» (Dunleavy & O’Leary, 1987, p. 42). Esto no implica, por supuesto, que los pluralistas evadan la existencia de instituciones públicas como las cortes, los tribunales, los cargos burocráticos y administrativos, o los cargos de elección popular. No obstante, es un hecho notorio que los estudios de los pluralistas se han concentrado desde sus inicios en desarrollar una teoría de la sociedad basada en la interacción de los grupos, más que en desarrollar una teoría propiamente del Estado¹³. Lo anterior, hasta el punto de considerar a este último como una ficción, una categoría creada, precisamente, por algunos grupos para encubrir sus intereses particulares en el supuesto democrático del interés general (*ibíd.*).

Otros autores como Smith (1998) plantean que el hecho de que el poder esté diseminado en diversos centros, implica tácitamente la existencia del Estado y el reconocimiento de ciertas funciones. Así las cosas, este no sería una mera ficción sino un conjunto de instituciones públicas representadas en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial con la finalidad de «regular los conflictos en la sociedad más que dominarla para alcanzar intereses particulares» (219). Asimismo, se considera como una entidad neutral¹⁴, una organización independiente de la injerencia de los particulares, y dotada de una naturaleza diferente a la sociedad civil que debe responder, necesariamente, a las demandas y requerimientos de los grupos de interés (220). En otras palabras, para el pluralismo, el Estado no se rige por el interés de un solo grupo o un conjunto de ellos

¹³ En palabras de Dunleavy y O’Leary (1987, 23), los pluralistas, que han dominado el análisis político en las democracias liberales, han enfocado su atención especialmente a ciertos asuntos como las elecciones, la competencia de partidos y los grupos de interés.

¹⁴ Una crítica sobre este postulado muestra que el pluralismo, en su sentido clásico, se enfoca exclusivamente en los grupos asumiendo al Estado como un ente benigno cuya función estriba en la regulación de aquellos. Pero no toma en consideración cómo el Estado puede intervenir ya sea para beneficiar a un grupo de interés en particular, y alterar el modelo de igualdad de participación, o bien para que él mismo pueda alcanzar sus propios intereses (Smith, 2006, p. 37).

(como se haría en el elitismo), sino que se guía por el interés de todos los individuos, canalizados en grupos y asociaciones, con el objetivo de coordinarlos y armonizarlos (Evans, 1998, p. 237).

Es apenas lógico que la relación entre los diversos grupos de una sociedad sea dispar. Por ende, el Estado no solo debe regular la interacción entre ellos, sino limitar la dominación de unos sobre otros (Smith, 1998). Más concretamente, si bien es cierto que algunos grupos tienen ventajas significativas en el acceso a recursos o en su capacidad de incidir en el sistema político, la naturaleza de un Estado democrático también supone la garantía de una serie de reglas que permitan la igualdad de participación de todos los grupos. El Estado, en ese sentido, queda reducido a un modelo netamente instrumental: su deber no es proyectarse como una entidad absoluta sobre la que recaen todas las responsabilidades políticas, en cambio, es fungir como un medio imparcial que, a través de la distribución del poder (y, en últimas, del ejercicio de su soberanía), delega en diversos grupos y asociaciones, sin preferencia alguna, la capacidad de intervenir e influir en las decisiones públicas (Smith, 2006).

En Estados federales, cuya organización territorial se fundamenta en el principio centrífugo del poder, es más fácil observar los procesos de distribución y de regulación de los grupos de interés. Todo lo contrario ocurre en los Estados unitarios donde se corre el riesgo de que el poder político, investido en un solo cuerpo administrativo, jerárquico y central, sea objeto de presión de un solo grupo hegemónico o un partido político dominante que lo termine controlando (Dunleavy & O'Leary, 1987). Sin embargo, desde aproximaciones teóricas como la gobernanza, se ha puesto en discusión el papel totalizador de los Estados centralizados como las únicas fuerzas capaces de incidir en los procesos de toma de decisiones (Smith, 2006). Por ejemplo, gracias al concepto de *gobernanza multinivel*, las autoridades centrales se han visto obligadas a ceder parte de su monopolio sobre los procesos decisorios y, al mismo tiempo, a crear nuevas instancias de participación que involucren diversos actores e intereses.

Esta posición, que desplaza la figura del Estado como autoridad central, resalta otra idea propia del pluralismo: la descentralización. Independientemente de sus múltiples formas (administrativa, sectorial, por colaboración, etc.), la descentralización es vista como una virtud de los gobiernos democráticos (y, en esa dirección, como algo deseable) pues promueve la fragmentación institucional del Estado y, al mismo tiempo, consolida los sistemas de control dentro de las entidades gubernamentales (Dunleavy & O'Leary,

1987). Aun así, la descentralización misma no supone, automáticamente, una suerte de éxito gubernativo; en realidad, aduce a la idea de que, primero, el poder se fragmenta en diversos puntos del entramado institucional tanto de manera horizontal como vertical; segundo, a que este poder, además de fragmentado, es limitado por otros centros que, a su vez, ejercen control; y tercero, a que los procesos y resultados de un área determinada del gobierno no son generales ni absolutos, sino más bien, a que son independientes del conjunto (Smith, 2006).

VIII. Culturalismo

Bajo la influencia de la antropología y gracias a los desarrollos de algunos politólogos como Almond y Verba, el culturalismo se impulsó en la ciencia política a comienzos de la segunda mitad del siglo XX. Su propósito, de manera general, era comprender la relación de los fenómenos culturales con los procesos políticos desde una perspectiva más dialéctica y recíproca, superando la concepción unidireccional de la cultura como un mero producto de las instituciones y las interacciones políticas. Epistemológicamente, se enfocó en el estudio de fenómenos rezagados por las ciencias sociales hegemónicas como las ideologías, los discursos, las identidades y las manifestaciones y reproducciones simbólicas; mientras que, metodológicamente, no solo retomó las teorías y herramientas de saberes como la semiótica, la lingüística o la etnografía, sino también, se caracterizó por guardar un profundo recelo por los postulados de orden positivista (Losada & Casas, 2008).

Desde la teoría del Estado se ha prestado poca atención a los efectos de la cultura en la formación del Estado o en su transformación. Debido a lo anterior, los trabajos culturalistas rechazan la idea de concebir la cultura como un resultado (vom Hau, 2015) y, por el contrario, se enfocan en cómo las ideologías y las representaciones simbólicas inciden en su construcción (Ferguson, 1990; Lemke, 2007). Si bien la relación entre cultura y Estado puede ser más clara en formaciones políticas orientales, por ejemplo, el confucianismo y el Estado chino (Weber, 1951, 1978) o el hinduismo y el desarrollo político en India (*ibid.* 1978), en el Estado moderno occidental no resulta del todo evidente. Esto se debe, en parte, a la inacción de los enfoques tradicionales por abordar esta correspondencia, aun cuando es notorio que muchos de los elementos materiales del

Estado-nación recaen sobre dimensiones culturales: las prácticas cotidianas, los rituales sociales, la religión, entre otras (Loveman, 2005).

Para llenar este vacío, el culturalismo no se limita a estudiar la cultura y el Estado como elementos separados y diacrónicos¹⁵, sino como partes de un mismo tiempo y espacio. Por ejemplo, para Bourdieu (1999, 57) el Estado es un proceso complejo en el que se concentran diferentes capitales. En él no solo interviene el capital físico, elemento característico de los Estados modernos representado en el ejercicio del monopolio de la fuerza, sino capitales de otra naturaleza como el económico, el cultural, el informacional y el simbólico. Es decir, el Estado no solo se configura a través de instituciones coercitivas y tangibles, también lo hace a partir de elementos ideológicos que proyectan y reproducen un sentido y que terminan moldeando las instituciones y las interacciones políticas (Corrigan & Sayer, 1985; Lemke, 2007; Mitchell, 1991).

Así las cosas, si el Estado se construye a partir de su interacción con la cultura, resulta imprescindible establecer los límites conceptuales de esta última y sus factores determinantes. Tradicionalmente se ha concebido la cultura como una serie de normas y valores que hacen parte del haber social y que se representa a través de símbolos. Algunos autores como Elias (2000) o Abrams (2006) la consideran en términos contextuales, esto es, como un escenario que provee un sistema de creencias, reglas y significados que guían el comportamiento de los individuos en su relación con la comunidad. No obstante, en un sentido más político, la cultura está ligada a una serie de «modelos cognitivos que definen la naturaleza, los propósitos, los recursos, las tecnologías, los controles y la soberanía del mismo Estado-nación» (Meyer, 1999, p. 123).

Partiendo de esta premisa, ¿cómo actúa particularmente la cultura en la configuración del Estado? Primero, como un poder integrador. La cultura recoge cada uno de los intereses de los individuos (por cierto, disímiles entre ellos) y los canaliza en un objetivo en común: un mismo código de comportamiento, un mismo lenguaje, un mismo sistema jurídico o una misma forma de comunicación (Bourdieu, 1999). Muestra de ello sería los procesos de identidad nacional a partir de manifestaciones como los símbolos patrios: el himno, la bandera o el escudo, o la institución de religiones oficiales. Aunque la contravención o desconocimiento de estos ideales comunitarios no se

¹⁵ Como apunta Steinmetz (1999, 3) la cultura ha sido tradicionalmente considerada en un sentido unidireccional, por lo que establecer una relación de causalidad entre esta y el Estado es, para la ciencia política hegemónica, un contrasentido.

consagren necesariamente como sanciones jurídicas, sí actúan de forma imperativa como reproche social. Esto, precisamente, con el ánimo de garantizar la unidad del grupo y, por consiguiente, de expulsar a aquel que no se supedita a los paradigmas culturales establecidos¹⁶.

Segundo, la cultura actúa como poder simbólico. Como sostiene Durkheim (1992, 69–72) el Estado es el órgano supremo de disciplina moral cuyo propósito es congregar en un solo cuerpo las mentes y las voluntades. Para lograrlo, no necesariamente acude a los instrumentos coercitivos en el ejercicio de su poder soberano, sino también, a mecanismos de orden simbólico. Uno de ellos, muy estudiado dentro de la teoría del Estado moderno, es la ideología (Loveman, 2005). En este entendido, el Estado se vale de los sistemas de creencias y valores instaurados por la cultura para alcanzar sus propios objetivos: generar sentimientos de aceptación o rechazo, controlar las interacciones sociales de sus miembros, movilizar la sociedad en torno a un ideal político, etc. Ejemplo de ello sería la influencia del proceso enciclopedista en la Revolución francesa, los escritos cameralistas en la creación del Estado policial en Alemania o Rusia, o la publicación y divulgación del *Mein Kampf* en el Estado nazi (Steinmetz, 1999, p. 18).

Y tercero, la cultura actúa como poder político. Esta función se condensa en el concepto de *cultura política* y hace referencia a un conjunto de atributos psicológicos y orientaciones cognitivas de los ciudadanos frente al sistema político. A diferencia de las perspectivas clásicas, la cultura política no es un producto del Estado, *a contrario sensu*, es el resultado tanto de procesos históricos complejos (guerras civiles, revoluciones, manifestaciones ciudadanas) así como de procesos de caracterización individual (gustos, intereses, motivaciones). A pesar de que en su momento sirvió como modelo explicativo de muchos fenómenos, esta teoría no ha estado exenta de críticas profundas.

Justamente se ha cuestionado, entre otras cosas, que es un enfoque que olvida las orientaciones culturales apolíticas de los individuos y que pueden tener injerencia en la configuración del Estado; que es insuficiente al momento de fundamentar ambos conceptos en una relación verdaderamente dialéctica; o que se limita a explicar las formas en las que los individuos actúan frente al sistema político, olvidando el estudio de las

¹⁶ En efecto, como afirma vom Hau (2015), la idea de la cultura universal propone a su vez la idea de un modelo de Estado paradigmático. No obstante, podría cuestionarse si verdaderamente es posible una cultura de esa naturaleza. Si bien los Estados se subordinan a parámetros objetivos y abstractos, inevitablemente se estructuran bajo elementos históricos, culturales y contextuales que varían de región a región (Sharma & Gupta, 2006).

instituciones en sí mismas (Steinmetz, 1999, pp. 19–20). Por esta razón, autores como Wedeen (2002) han adoptado otras aproximaciones críticas que conciben la cultura política como un proceso dialéctico en el que lo «político» se configura a partir de las prácticas políticas de los individuos y de los sistemas narrativos y simbólicos a los cuales pertenecen.

IX. Conclusiones

Vistos individualmente, cada uno de los enfoques desarrollados poseen determinadas herramientas lógicas y hermenéuticas que permiten comprender, a su modo, la realidad política. Esto no significa que actúen como perspectivas analíticas aisladas, por el contrario, examinadas en conjunto, sirven para denotar los avances teóricos de toda una disciplina científica y su esfuerzo investigativo por comprender el Estado. Como resultado, lo que se obtiene es un abanico de alternativas explicativas (hasta el momento, las más predominantes en la ciencia política) que si bien pareciera que son irreconciliables entre ellas, en ocasiones, convergen en puntos determinantes, específicamente, en cuestiones ontológicas, dialécticas y epistemológicas.

Ontológicamente, esto es, en el estudio de qué es el Estado, los enfoques oscilan entre una posición estática y otra dinámica. Corrientes como el institucionalismo, el marxismo o el elitismo son más estáticos porque conciben al Estado como una institución o instrumento que concentra el poder (no solo político) y que, de acuerdo con sus configuraciones materiales o simbólicas, lo ejerce convenientemente. Bajo esta premisa, el Estado todavía sigue siendo la entidad más importante de la realidad política, la que define las reglas de juego de una sociedad, la que incorpora patrones hegemónicos de comportamiento y la que termina favoreciendo los intereses de unos pocos. Por su parte, los enfoques histórico-sociológico, posestructuralista, pluralista y culturalista, son considerados dinámicos porque sus aproximaciones son más flexibles lo que les permite tener una imagen del Estado, no como una entidad invariable, sino como un proceso. En ese sentido, se da prelación a la interacción entre diversos centros de poder y a las cargas simbólicas, históricas, lingüísticas, entre otras, de los agentes que intervienen en su construcción.

Dialécticamente, el Estado puede ejercer una relación vertical (y dominante) u horizontal (y dialógica) con la sociedad. En el primer grupo, al igual que en la

clasificación anterior, se inscriben corrientes como el institucionalismo, el marxismo y el elitismo, pues conciben el Estado como una estructura hegemónica y determinística que impone irrestrictamente su voluntad, y sin ningún tipo de consenso, a grupos jerárquicamente inferiores. Las instituciones, el capitalismo o las élites son las que definen las condiciones jurídicas, políticas y culturales para toda la sociedad por lo que hay una marcada división entre gobernantes y gobernados. En contraste, en el segundo grupo, los enfoques restantes distribuyen el poder en términos mucho más equitativos y consensuados. Nuevamente, se da prelación a la interacción de grupos, estructuras, capitales simbólicos o acontecimientos históricos como otros puntos de impulso político que, en definitiva, terminan incidiendo en el ejercicio del poder de una manera más horizontal y dialógica.

Epistemológicamente, se pueden hacer dos observaciones: la primera, estriba en que la mayoría de los enfoques comparten un origen interdisciplinar. Esto se debe a que la consolidación de la ciencia política como una disciplina autónoma no se dio sino hasta la primera mitad del siglo XX. Por consiguiente, todos los enfoques, a excepción del pluralismo, recogen sus fundamentos teóricos sobre el Estado a partir de explicaciones de otras áreas como el derecho, la filosofía, la historia o la sociología. Y la segunda, estipula que los enfoques no son aproximaciones absolutas y totalizadoras de la realidad política y, mucho menos, del Estado. Si se toma la metáfora del reflector, cada uno de ellos ilumina únicamente una parte de la realidad con base en sus componentes metodológicos como sus conceptos centrales, sus presuposiciones o sus reglas de inferencia.

En resumen, los enfoques estudiados, aunque son los más representativos y consolidados en la literatura científica, no representan una posición definitiva para comprender y analizar el Estado; más bien, deben ser vistos como herramientas epistemológicas que hacen parte del acervo común de la ciencia política y que poseen tanto virtudes como falencias explicativas. Más aún, deben ser considerados como instrumentos que deben actualizarse, no solo por el origen interdisciplinar y anacrónico, sino también, por los nuevos fenómenos y acontecimientos que toman relevancia en la vida política. La globalización, el capitalismo posindustrial, la revolución tecnológica o el dinamismo de las telecomunicaciones son solo algunos de los elementos de la posmodernidad que han transformado profundamente los objetos y fenómenos políticos y, por consiguiente, que han puesto en evidencia las aproximaciones epistemológicas para comprenderlos.

Bibliografía

- Abrams, P. (2006). Notes on the Difficulty of Studying the State. En A. Sharma & A. Gupta (Eds.), *The Anthropology of the State: A Reader* (pp. 112–130). Blackwell Publishing.
- Abrutyn, S. (2010). Structuralism. En G. T. Kurian, J. E. Alt, S. Chambers, G. Garrett, M. Levi, & P. D. McClain (Eds.), *The Encyclopedia of Political Science* (pp. 1626–1627). CQ Press.
- Allison, G. T. (1971). *Essence of Decision: Explaining the Cuban Missile Crisis*. Little, Brown and Company.
- Almond, G. A., & Powell, G. B. (1966). *Comparative Politics: A Developmental Approach*. Little, Brown and Company.
- Althusser, L. (2014). *On the Reproduction of Capitalism: Ideology and Ideological State Apparatuses* (Traducido por G. M. Goshgarian). Verso Books.
- Amorim Neto, O., & Rodriguez, J. C. C. (2016). The new comparative-historical method and its contributions to political science and public administration. *Revista de Administração Pública*, 50(6), 1003–1027.
<https://doi.org/10.1590/0034-7612156950>
- Barrow, C. W. (1993). *Critical Theories of the State: Marxist, Neomarxist, Postmarxist*. University of Wisconsin Press. <https://muse.jhu.edu/book/8692>
- Belsey, C. (2002). *Post-Structuralism: A Very Short Introduction*. Oxford University Press.
- Bourdieu, P. (1999). Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic Field. En G. Steinmetz (Ed.), *State/Culture: State-Formation after the Cultural Turn* (pp. 53–75). Cornell University Press.
- Cano, I. (2012). Nas trincheiras do método: O ensino da metodologia das ciências sociais no Brasil. *Sociologias*, 14(31), 94–119.
- Carré de Malberg, R. (1948). *Teoría general del Estado* (2.^a ed. Traducido por José Lión Depetre). Fondo de Cultura Económica.
- Codato, A. N., & Perissinotto, R. M. (2002). The State and Contemporary Political Theory: Lessons from Marx. En *Paradigm Lost: State Theory Reconsidered* (pp. 53–72). University of Minnesota Press. <https://muse.jhu.edu/chapter/1262470>

- Córdova, M. (2017). El neoinstitucionalismo como paradigma científico. *Mundos Plurales - Revista Latinoamericana de Políticas y Acción Pública*, 4(1), 9–46.
<https://doi.org/10.17141/mundosplurales.1.2017.3049>
- Corrigan, P. R. D., & Sayer, D. (1985). *The Great Arch: English State Formation as Cultural Revolution*. Basil Blackwell.
- Cox, A. (1988). The Old and New Testaments of Corporatism: Is it a Political Form or a Method of Policy-Making? *Political Studies*, 36(2), 294–308.
<https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.1988.tb00230.x>
- Dahl, R. A. (1967). *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent*. Rand McNally.
- Dahrendorf, R. (1959). *Class and Class Conflict in Industrial Society*. Stanford University Press.
- Dunleavy, P., & O’Leary, B. (1987). *Theories of the State: The Politics of Liberal Democracy*. Palgrave Macmillan.
- Durkheim, E. (1992). *Professional Ethics and Civic Morals* (Traducido por Cornelia Brookfield). Routledge.
- Easton, D. (1953). *The Political System: An Inquiry into the State of Political Science*. Alfred A. Knopf.
- Eckstein, H. (1963a). A Perspective on Comparative Politics, Past and Present. En H. Eckstein & D. E. Apter (Eds.), *Comparative politics: A reader* (pp. 3–32). Free Press.
- Eckstein, H. (1963b). Group Theory and the Comparative Study of Pressure Groups. En H. Eckstein & D. E. Apter (Eds.), *Comparative Politics: A Reader* (pp. 389–397). Free Press.
- Elias, N. (2000). *The Civilizing Process: Sociogenetic and Psychogenetic Investigations* (Traducido por Edmund Jephcott). Blackwell.
- Engels, F. (2010). *The Origin of the Family, Private Property and the State*. Penguin Books.
- Engels, F., & Marx, K. (2004). *Manifiesto comunista*. Ediciones Akal.
- Evans, M. (1998). El elitismo. En D. Marsh & G. Stoker (Eds.), *Teoría y métodos de la ciencia política* (Traducido por Jesús Cuéllar Menezo, pp. 235–254). Alianza.
- Ferguson, J. (1990). *The Anti-Politics Machine: “Development”, Depoliticization and Bureaucratic Power in Lesotho*. Cambridge University Press.
- Finer, H. (1934). *The Theory and Practice of Modern Government* (Vol. 1). Methuen.

- Finlayson, A., & Martin, J. (2006). Poststructuralism. En C. Hay, M. Lister, & D. Marsh (Eds.), *The State: Theories and Issues* (pp. 155–171). Palgrave Macmillan.
- Foucault, M. (1980). *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972-1977* (C. Gordon, Ed.; Traducido por Colin Gordon, Leo Marshall, John Mepham, y Kate Soper). Pantheon Books.
- Gold, D. A., Lo, Y. H., & Wright, E. O. (1975). Recent Developments in Marxist Theories of the Capitalist State, Part I. *Monthly Review*, 27(5), 29.
https://doi.org/10.14452/MR-027-05-1975-09_3
- Goodin, R. E. (1996). Institutions and Their Design. En R. E. Goodin (Ed.), *The Theory of Institutional Design* (pp. 1–53). Cambridge University Press.
<https://doi.org/10.1017/CBO9780511558320.002>
- Hay, C. (2002). *Political Analysis: A Critical Introduction*. Palgrave.
- Hay, C. (2006). (What's Marxist about) Marxist State Theory? En C. Hay, M. Lister, & D. Marsh (Eds.), *The State: Theories and Issues* (pp. 59–78). Palgrave Macmillan.
- Hay, C., & Lister, M. (2006). Introduction: Theories of the State. En C. Hay, M. Lister, & D. Marsh (Eds.), *The State: Theories and Issues* (pp. 1–20). Palgrave Macmillan.
- Heywood, A. (2004). *Political Theory: An Introduction* (3.^a ed.). Palgrave Macmillan.
- Howarth, D., & Stavrakakis, Y. (2000). Introducing discourse theory and political analysis. En D. Howarth, A. J. Norval, & Y. Stavrakakis (Eds.), *Discourse Theory and Political Analysis: Identities, Hegemonies and Social Change* (pp. 1–23). Manchester University Press.
- Immergut, E. M. (1998). The Theoretical Core of the New Institutionalism. *Politics & Society*, 26(1), 5–34. <https://doi.org/10.1177/0032329298026001002>
- Isuani, E. A. (1984). Tres enfoques sobre el concepto de Estado. *Revista de Ciencia Política*, 27, 35-48. <http://www.aldoisuani.com/wp-content/uploads/2011/01/Tres-Enfoques-sobre-el-concepto-de-Estado11.pdf>.
- Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado* (Traducido por Fernando de los Ríos y Urruti). Fondo de Cultura Económica.
- Jessop, B. (1989). *Thatcherism: The British Road to Post-Fordism*. University of Essex.
- Jessop, B. (2016). *The State: Past, Present, Future*. Polity Press.
- Kelsen, H. (1949). *General Theory of Law and State* (Traducido por Anders Wedberg). Harvard University Press.

- Keohane, R. O. (1989). Neoliberal institutionalism: A perspective on world politics. En R. O. Keohane (Ed.), *International institutions and state power: Essays in international relations theory* (pp. 1–12). Westview Press.
- Krasner, S. D. (1984). Approaches to the State: Alternative Conceptions and Historical Dynamics. *Comparative Politics*, 16(2), 223. <https://doi.org/10.2307/421608>
- Laclau, E., & Mouffe, C. (2014). *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics* (2.^a ed.). Verso Books.
- Lemke, T. (2007). An Indigestible Meal? Foucault, Governmentality and State Theory. *Distinktion: Journal of Social Theory*, 8(2), 43–64. <https://doi.org/10.1080/1600910X.2007.9672946>
- Losada, R., & Casas, A. C. (2008). *Enfoques para el análisis político: Historia, epistemología y perspectivas de la ciencia política*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Loveman, M. (2005). The Modern State and the Primitive Accumulation of Symbolic Power. *American Journal of Sociology*, 110(6), 1651–1683. <https://doi.org/10.1086/428688>
- Mahoney, J. (2010). After KKV: The New Methodology of Qualitative Research. *World Politics*, 62(1), 120–147. <https://doi.org/10.1017/S0043887109990220>
- Mantzavinos, C., North, D. C., & Shariq, S. (2004). Learning, Institutions, and Economic Performance. *Perspectives on Politics*, 2(1), 75–84. <https://doi.org/10.1017/S1537592704000635>
- Meyer, J. W. (1999). The Changing Cultural Content of the Nation-State: A World Society Perspective. En G. Steinmetz (Ed.), *State/Culture: State Formation after the Cultural Turn* (pp. 123–144). Cornell University Press.
- Miliband, R. (1969). *The State in Capitalist Society*. Weidenfeld & Nicolson.
- Mitchell, T. (1991). The Limits of the State: Beyond Statist Approaches and Their Critics. *The American Political Science Review*, 85(1), 77–96. <https://doi.org/10.2307/1962879>
- Mommsen, W. J. (1974). *The Age of Bureaucracy: Perspectives on the Political Sociology of Max Weber*. Blackwell.
- Mosca, G. (1939). *The Ruling Class* (Traducido por Hannah D. Kahn). McGraw Hill. <http://archive.org/details/rulingclass031748mbp>
- Olsen, J. P., & March, J. G. (1993). El nuevo institucionalismo: Factores organizativos de la vida política. *Zona abierta*, 63/64, 1–44.

- Osa, M. (2003). *Solidarity and Contention: Networks of Polish Opposition*. University of Minnesota Press.
- Poulantzas, N. (1978). *State, Power, Socialism*. New Left Books.
- Poulantzas, N. (2007). *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista* (30.ª ed. Traducido por Florentino M. Torner). Siglo XXI.
- Prewitt, K., & Stone, A. (1973). *The Ruling Elites: Elite Theory, Power and American Democracy*. Harper & Row.
- Putnam, R. D., Leonardi, R., & Nanetti, R. Y. (1994). *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton University Press.
- Rhodes, R. A. W. (1998). El institucionalismo. En D. Marsh & G. Stoker (Eds.), *Teoría y métodos de la ciencia política* (Traducido por Jesús Cuéllar Menezo, pp. 53–68). Alianza.
- Rose, N., & Miller, P. (1992). Political Power beyond the State: Problematics of Government. *The British Journal of Sociology*, 43(2), 173–205.
<https://doi.org/10.2307/591464>
- Roth, G. (1978). Introduction. En G. Roth & C. Wittich (Eds.), *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (pp. xxxiii–cx). University of California Press.
- Schmidt, V. (2006). Institutionalism. En C. Hay, M. Lister, & D. Marsh (Eds.), *The State: Theories and Issues* (pp. 98–117). Palgrave Macmillan.
- Schmitt, C. (2011). *Teoría de la Constitución* (Traducido por Francisco Ayala). Alianza.
- Sharma, A., & Gupta, A. (2006). Introduction: Rethinking Theories of the State in an Age of Globalization. En A. Sharma & A. Gupta (Eds.), *The Anthropology of the State: A Reader* (pp. 1–41). Blackwell Publishing.
- Skocpol, T. (1985). Bringing the State Back In: Strategies of Analysis in Current Research. En P. B. Evans, D. Rueschemeyer, & T. Skocpol (Eds.), *Bringing the State Back In* (pp. 3–38). Cambridge University Press.
<https://doi.org/10.1017/CBO9780511628283.002>
- Smith, M. (1998). El pluralismo. En D. Marsh & G. Stoker (Eds.), *Teoría y métodos de la ciencia política* (Traducido por Jesús Cuéllar Menezo, pp. 217–234). Alianza.
- Smith, M. (2006). Pluralism. En C. Hay, M. Lister, & D. Marsh (Eds.), *The State: Theories and Issues* (pp. 21–38). Palgrave Macmillan.

- Spruyt, H. (1996). *The Sovereign State and its Competitors: An Analysis of Systems Change*. Princeton University Press.
- Steinmetz, G. (1999). Introduction: Culture and the State. En G. Steinmetz (Ed.), *State/Culture: State-Formation after the Cultural Turn* (pp. 1–49). Cornell University Press.
- Sturrock, J. (2003). *Structuralism* (2.^a ed.). Blackwell Publishing.
- Sweezy, P. M. (1942). *The Theory of Capitalist Development*. Monthly Review Press.
- Taylor, G. (1998). El marxismo. En D. Marsh & G. Stoker (Eds.), *Teoría y métodos de la ciencia política* (Traducido por Jesús Cuéllar Menezo, pp. 255–272). Alianza.
- Tilly, C. (Ed.). (1975). *The Formation of National States in Western Europe*. Princeton University Press.
- Tilly, C. (2001a). Historical Analysis of Political Processes. En J. H. Turner (Ed.), *Handbook of Sociological Theory* (pp. 567–588). Springer.
https://doi.org/10.1007/0-387-36274-6_26
- Tilly, C. (2001b). Historical Sociology. En N. J. Smelser & P. B. Baltes (Eds.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (pp. 6753–6757). Elsevier.
- Tilly, C. (2006). Why and How History Matters. En C. Tilly & R. E. Goodin (Eds.), *The Oxford Handbook of Contextual Political Analysis* (pp. 417–437). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199270439.003.0022>
- Torfinn, J. (1991). A Hegemony Approach to Capitalist Regulation. En R. B. Bertramsen, J. P. F. Thomsen, & J. Torfinn (Eds.), *State, Economy, and Society* (pp. 35–93). Unwin Hyman.
- vom Hau, M. (2015). State Theory: Four Analytical Traditions. En S. Leibfried, E. Huber, M. Lange, J. D. Levy, F. Nullmeier, & J. D. Stephens (Eds.), *The Oxford Handbook of Transformations of the State* (pp. 131–151). Oxford University Press.
- Weber, M. (1951). *The Religion of China: Confucianism and Taoism* (Traducido por Hans H. Gerth). Free Press.
- Weber, M. (1978). *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (G. Roth & C. Wittich, Eds.). University of California Press.
- Wedeen, L. (2002). Conceptualizing Culture: Possibilities for Political Science. *American Political Science Review*, 96(4), 713–728.
<https://doi.org/10.1017/S0003055402000400>

Wolfe, A. (1974). New Directions in the Marxist Theory of Politics. *Politics & Society*, 4(2), 131–159. <https://doi.org/10.1177/003232927400400201>

**PARTY AGREEMENT AND CIVIL JUSTICE
ACUERDO PROCESAL Y JUSTICIA CIVIL**

Neil Andrews¹
University of Cambridge

Abstract: The scope of parties to reach agreement concerning selection of the process by which their dispute (or generic future disputes) might be resolved (court proceedings) or at least discussed (negotiation agreements and mediation agreements). The parties' capacity to agree on how the formal process (court proceedings or arbitration) will be conducted. This is a topic where many points are 'moot', that is, not covered by clear authority. But even on those points, the general drift of public policy can often be predicted. This mode of resolution brings happiness, or at least relief, to most citizens and organisations. It can bring great joy to the parties who have been spared the horrors and heart-ache of formal proceedings, or of their continuation.

Keywords: Parties agreements, court proceeding, disputes resolution

Resumen: El alcance de las partes para llegar a un acuerdo sobre la selección del proceso es amplio, mediante el cual su disputa (o disputas futuras genéricas) podría resolverse (procedimientos judiciales) o al menos discutirse (acuerdos de negociación y acuerdos de mediación). Así las partes pueden acordar cómo se llevará a cabo el proceso formal (procedimientos judiciales o arbitraje). Este es un tema en el que muchos puntos son "discutibles", es decir, no están claros para la doctrina e incluso en esos puntos, a menudo se puede predecir la deriva general de las políticas públicas. Este modo de resolución trae satisfacción, o al menos alivio, a la mayoría de ciudadanos y organizaciones. Puede brindar una gran ventaja a las partes que se han librado de los horrores y la penuria de los procedimientos formales o de su continuación.

Palabras clave: acuerdos de partes, procedimiento judicial, resolución de disputas

Recibido 4 de mayo 2021
Aceptado 10 de junio 2021

I. Introduction

The topic to be explored in this short paper is the connection between Party Agreement² and Civil Justice³ (that is civil court proceedings, arbitration, mediation, and settlement).

¹ nha1000@cam.ac.uk

²Party agreement is chosen to denote consensus. In English legal usage, 'contract' concerns any type of agreement which is legally binding; 'contract' includes 'agreement' in general and matters of 'consensus'. Neither 'agreement' nor 'consensus' is confined to legally binding contracts; eg, some types of trust or proprietary estoppel arise by virtue of agreement or consensus.

³ 'Civil justice' is a convenient umbrella phrase; it is used here to cover court litigation, arbitration, mediation, and issues of

First, we will examine the external procedural dimension of agreement (in sections I and II of this paper). The external perspective concerns the following manifestations of agreement within the field of Procedure:

- (i) *extra-curial procedure*: the parties to a main contract by agreement elect not to proceed by the default mechanism of court proceedings, and instead they agree to proceed by arbitration (arbitration clauses); and/or the parties agree to adopt mediation (mediation agreements); or
- (ii) *curial proceedings modified*: the possibility of certain procedural modalities, whether within court proceedings or arbitration, being added, removed, or modified by party agreement.

Secondly, in section III, we will consider settlement, which is an independent species of contract, but also a mode of terminating or at least narrowing disputes.

II. Consensus and the choice of procedure

The so-called multi-tier (Kaikowska, 2017) dispute-resolution clause normally contains a wedding-cake sequence of negotiation, mediation, and arbitration or court proceedings (more commonly, arbitration is the final tier). Here the permutations are: (i) a jurisdiction agreement; (ii) a meditation agreement; (iii) an arbitration clause. Sometimes the agreement will combine (ii) and (iii). Sometimes the relevant dispute-resolution clause will require (iv) a fixed-term 'friendly' negotiation as the precursor to (ii) or (iii) (or even to (i), but in that context the status of the negotiation clause has yet to be clarified).

A (written)⁴ arbitration clause, if England and Wales is 'the seat' of the arbitration, will be subject to the Arbitration Act 1996 (England, Wales, and Northern Ireland).⁵ Of course, such an agreement presupposes consent on the part of each party.

However, the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999⁶ enables third parties in various circumstances to acquire the capacity to engage in arbitration even though they are not parties to the main transaction.

evidence. In England, 'evidence' is part of adjectival law; eg, there are courses on 'criminal evidence and procedure'.

⁴ Writing is required, for the purpose of the Act, by s 5, Arbitration Act 1996; Andrews on Civil Processes (2019), 32.24 to 32.38, also noting the position under the UNCITRAL Model Law and the New York Convention (1958).

⁵ The Scottish statute is the Arbitration (Scotland) Act 2010.

⁶ ss 8(1) and 8(2), Arbitration Act 1996; on which, citing extensive literature, Andrews on Civil Processes (2019), 34-08 to 34-16.

Proof of the existence of an arbitration clause will enable a party to obtain a stay of English civil proceedings (Andrews, 2019, pp. 32-86 – 32-90), or of foreign proceedings (Born, 2021).

An anti-suit injunction can be granted to prevent a party acting inconsistently with an arbitration clause which, unless otherwise provided, creates a mutual exclusive commitment to arbitration and thus precludes proceedings inconsistent with that exclusive commitment. The Supreme Court of the United Kingdom in *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant* (2013) (Andrews, 2019, pp. 34-17 – 34-45)⁷ noted that the injunction gives effect to an implicit negative undertaking in any arbitration agreement that both parties will exclusively pursue arbitration, forsaking all other modes, and that the injunction operates to uphold that commitment.⁸ The Supreme Court explained that the limitations upon judicial injunctions for support of pending and imminent arbitration contained in section 44 of the Arbitration Act 1996 Act are irrelevant to an application of an anti-suit injunction, Lord Mance commenting on this last point:⁹

‘Where an injunction is sought to restrain foreign proceedings in breach of an arbitration agreement...the source of the power...is to be found not in section 44 of the 1996 Act, but in section 37 of the 1981 Act. Such an injunction is not “for the purposes of and in relation to arbitral proceedings”, but for the purposes of and in relation to the negative promise contained in the arbitration agreement not to bring foreign proceedings, which applies and is enforceable regardless of whether or not arbitral proceedings are on foot or proposed. (Emphasis added).’

In the *Fiona Trust* case (2007)¹⁰ the House of Lords held that, in the absence of forgery¹¹ or total lack of authority,¹² the presence of an arbitration clause in the main transaction enables the arbitral tribunal to pronounce on the status of the allegedly binding main transaction: this is the doctrine or principle of ‘separability’, which is internationally recognised (Andrews, 2019, pp. 30-37 – 30-40; Born 2021; UNCITRAL, 1985; Schwebel, 1987, pp. 1-60). The doctrine of competence-competence (Andrews, 2019, pp. 30-41 – 30-42; Born, 2021) enables the arbitral tribunal to make a provisional decision regarding its own competence to hear the relevant dispute.

⁷ [2013] UKSC 35; [2013] 1 WLR 1889;

⁸ Arbitration clauses or exclusive jurisdiction clauses create a reciprocal duty to use only the nominated seat/forum and a reciprocal duty not to arbitrate/litigate elsewhere: *AMT Futures Ltd v Marzillier* [2014] EWHC 1085 (Comm), at [36] (Poplewell J) (reversed on a different point; [2017] UKSC 13; [2018] AC 439).

⁹ *AES* case [2013] UKSC 35; [2013] 1 WLR 1889, at [48].

¹⁰ *Fiona Trust and Holding Corporation v Privalov* [2007] UKHL 40; [2007] 4 All ER 951.

¹¹ *ibid*, at [17]; eg, *Albon (t/a NA Carriage Co) v Naza Motor Trading Sdn Bhd* [2007] EWCA Civ 1124; [2008] 1 All ER (Comm) 351 (High Court justified in determining issue of forged signature; rather than permitting arbitrators to decide this issue).

¹² *Fiona Trust* case [2007] UKHL 40; [2007] 4 All ER 951, at [18]; see also *UR Power GmbH v Kuok Oils and Grains Pte Ltd* [2009] EWHC 1940 (Comm); [2009] 2 Lloyd's Rep 495; [2009] 2 CLC 386, at [33] to [40] (Gross J).

An arbitration agreement might incorporate an institutional set of rules. Or it can be *ad hoc*, that is, a self-contained arbitration agreement which is not dependent on an outside set of institutional rules. Where the seat of the arbitration is England and Wales, the law governing the conduct of the arbitration and challenges to the award is provided by the Arbitration Act 1996.¹³

In the *Emirates* case (2014) Teare J held¹⁴ that a negotiation clause which is prescribed as a mandatory aspect of a wider arbitration agreement will be legally enforceable. In the case itself there had been no breach of the negotiation clause, which required the parties to engage in 'friendly' negotiations before commencing arbitration. The clause stipulated a four-week pause following such negotiations before arbitration could be commenced. But the decision has received powerful criticism (Joseph, 2015). Teare J purported to distinguish¹⁵ *Walford v Miles* (1992)¹⁶ in which the House of Lords held that an agreement to negotiate in good faith or reasonably is void for uncertainty. The *Walford* case concerned a negotiation commitment within the principal agreement which was 'subject to contract' and not yet established. By contrast, Teare J in the *Emirates* case noted that the negotiation agreement was contained within a dispute-resolution clause ancillary to a valid primary agreement (and the point can be extended: the negotiation clause was supportive of the arbitration agreement, in that negotiation was a mandatory prelude to arbitration).

As the Court of Appeal confirmed in *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* (2012),¹⁷ a mediation clause (Allen, 2019; Andrews, 2019, pp. 28-19 – 28.26; Andrews, 2013; Joseph, 2015; Kajkowska, 2017; Spencer, Brogan, 2006) is valid if (1) it discloses a commitment to creating legal obligations, and (2) both the identity of the mediator and (3) of the applicable mediation procedure are explicitly clarified or a mediation provider's machinery for appointment and procedure have been incorporated by reference. The court will grant, in its discretion, a stay of civil proceedings commenced before the mediation procedure has been exhausted.¹⁸ The 'agreement' in the *Sulamerica* case itself was triply deficient, because each of the three elements listed as (1) to (3) was missing. The relevant clause stated: 'the parties undertake that, prior to a reference to arbitration, they will seek to have the Dispute resolved amicably by mediation'.

Sometimes statute invalidates clauses which purport to exclude formal recourse to state-administered courts or tribunals. Thus in *Clyde & Co v Bates van Winkelhof* (2011)¹⁹ the

¹³ ss 2, 3, Arbitration Act 1996; for an overview of the English statute, Andrews on Civil Processes (2019), chapter 31.

¹⁴ *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Ltd* [2014] EWHC 2104 (Comm); [2015] 1 WLR 1145 (Teare J); although not criticised in *Emirates Trading Agency LLC v Sociedade de Fomento Industrial Private Ltd* [2015] EWHC 1452 (Comm); [2016] 1 All ER (Comm) 517 at [59] to [63] (Poplewell J), Teare J's decision was received more agnostically in *DS Rendite Fonds Nr v Titan Maritime SA Panama* [2015] EWHC 2488 (Comm), at [15] (Males J).

¹⁵ [2014] EWHC 2104 (Comm); [2015] 1 WLR 1145, at [29] and [59].

¹⁶ [1992] 2 AC 128 (HL); on which Andrews: *Contract Law in Practice* (OUP, 2021), 4-31 to 4-54; Andrews, *Contract Law* (2nd edn, Cambridge University Press, 2015), 2.07 ff; Andrews, *Contract Rules* (Intersentia Publishing, Cambridge, 2016), Article 6.

¹⁷ [2012] EWCA Civ 638; [2013] 1 WLR 102.

¹⁸ *Cable & Wireless v IBM United Kingdom Ltd* [2002] EWHC 2059 (Comm); [2002] 2 All ER (Comm) 1041 (Colman J).

¹⁹ [2011] EWHC 668 (QB) (Slade J).

(English) High Court refused to uphold a clause requiring a solicitor in a law firm to refer employment disputes to mediation and then to arbitration rather than to the public system of Employment Tribunals. Despite this clause, the relevant lawyer had brought a legal complaint to an Employment Tribunal. She alleged various statutory breaches by her law firm of equality law. The High Court held that her Employment Tribunal complaint was properly lodged. In short, in this context, statute²⁰ precludes an employee from ‘contracting out’ from this open and public system of adjudication.

III. Consensus and the conduct of formal proceedings

The parties have no general consensual control of the conduct of court proceedings. Such a general power would be inconsistent with the mandatory nature of much of the judicial process.

But parties can modify or control that process to the following limited extent:

- (1) *arbitration*: they can exclude the civil court process by an arbitration clause; indeed, so significant is this capacity to opt, by agreement, for arbitration, that the arbitration ‘exception’ has caused the Common Law proposition that the court’s jurisdiction cannot be ousted by agreement to become rather marginalised; even so, it remains the starting point that an agreement to oust the court’s jurisdiction is *prima facie* contrary to public policy and hence not legally binding (Chitty, 2018, pp. 16-72 – 16-75); or
- (2) *mediation*: the parties can postpone resort to court proceedings by a valid mediation agreement (as discussed at section I of this paper);
- (3) *prescription rules (1): extension*: the statute of limitations (the Limitation Act 1980), applicable both to court proceedings and arbitration references, can be waived;²¹ but, it appears, the same statutory regime can also be modified by *ex ante* agreement so as to give ‘more time’ within which the relevant claim can be formally commenced;
- (4) *prescription rules (2): shortening*: conversely, the parties can, and often do, make express provision that claims will be subject to a shorter limitation period;²² in the

²⁰ s 120, Equality Act 2010; s 203, Equality Rights Act 1996.

²¹ The defence mostly provided by the Limitation Act 1980 operates under English law not to extinguish the underlying right (except in very rare situations) but rather to place a procedural bar on the claim, that bar being exercisable by the defendant, if it decides to raise this defence; on this jungle of rules and judicial glosses: Andrews on Civil Processes (2019), chapter 8; F Burton and A Roy, *Personal Injury Limitation Law* (3rd edn, Bloomsbury Publishing, London, 2013); M Canny, *Limitation of Actions in England and Wales* (Bloomsbury Publishing, London, 2013); Chitty (2018), chapter 28 (AS Burrows); A McGee, *Limitation Periods* (8th edn, Sweet & Maxwell, London, 2018); on abortive recommendations for change: ‘Limitation of Actions’ (L Com No 270, 2001), on which N Andrews [1998] CLJ 588; R James (2003) 22 CJQ 41; comparative discussion: UNIDROIT’s *Principles of International Commercial Contracts* (3rd edn, Rome, 2010), chapter 10; R Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription* (Cambridge University Press, 2002).

²² Eg a 12-month period, on the facts of *New Zealand Shipping Co Ltd v AM Satterthwaite & Co Ltd* (*The Eurymedon*) [1975] AC 154 (PC).

case of arbitration, the court can offer relief in respect of an unreasonably short agreed period of limitation;²³

- (5) *issues narrowed by agreement*: by the process of settlement, or by waiver,²⁴ the parties can agree to restrict their potential dispute to specified matters; and so, potential elements of claim might be excluded so that the issues are confined to 'outstanding' matters of dispute; similarly, issues of fact might be agreed, or become the subject of a 'concession'; the result is that the relevant matter is removed from potential adjudication; in this way the court is fed agreed factual matters;
- (6) *choice of law*: by a choice of law clause, the substantive law applicable to the dispute can be agreed (for example, a foreign system of substantive law might be agreed to apply to the dispute);²⁵ similarly, it can be conceded that a point of law applies in a particular manner; if so, the court adopts this agreed version of the substantive law;
- (7) *service of process*: the parties can agree on where the claim form will be served in order for the proceedings to be properly constituted;²⁶
- (8) *disclosure (discovery) rules*: the parties, by an *ex ante* written agreement, can exclude or limit 'standard disclosure', that is, a party's capacity to invoke the disclosure ('discovery') powers of the court;²⁷ disclosure is the pre-trial process of revealing for inspection documentation; the parties have a provisional joint power to exclude 'Initial Disclosure' under the (current) 'Disclosure Pilot for the Business and Property Courts';²⁸
- (9) *waiver of privilege*: an evidential privilege can be waived; but it is established²⁹ that an agreement to waive legal advice privilege is revocable until it is too late, because the information has been disclosed and waiver has occurred;
- (10) *interim result*: nor is it clear that the parties can validly agree *ex ante* to be bound by the outcome of an application for an interim injunction, so that no further proceedings will take place;

²³ s 12, Arbitration Act 1996.

²⁴ S Wilken and K Ghalys, *The Law of Waiver, Variation and Estoppel* (3rd edn, Oxford University Press, 2012).

²⁵ *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (15th edn, Sweet and Maxwell, London), Rule 222.

²⁶ CPR 6.11.

²⁷ CPR 31.5(1)(c); P Matthews and H Malek, *Disclosure* (5th edn, Sweet and Maxwell, London, 2017), 8.08, note that this rule is a derogation from a general principle that the discovery rules cannot be excluded, on the principle that the court's jurisdiction cannot be ousted.

²⁸ PD 51U, paras 5.3(1), 5.8; in the latter it is stated: '*The court may set aside such an agreement if it considers that Initial Disclosure is likely to provide significant benefits and the costs of providing Initial Disclosure are unlikely to be disproportionate to such benefits.*' This system of disclosure rules took effect on 1 January 2019; and it is likely to be continued.

²⁹ *Goldman v Hesper* [1988] 1 WLR 1238, 1240 (CA) (Taylor LJ): '*[it was unsuccessfully submitted that] once a [promised] waiver of privilege had been made by the defendant she could not go back on it. [Counsel] did not advance any authority for that proposition and did not develop it more than simply to state it. He was wise in my judgment to make no more of it than that because it has little merit. In my judgment it cannot succeed. In this instance no action had been taken on the letter of [proposed] waiver, and the situation is not the same as might have been if there had been some documents already dispatched to be inspected by the plaintiff. Here nothing had been done and nothing was spoiled. The pass had not been sold, and in my judgment the defendant was perfectly entitled, on taking advice, to withdraw the waiver and her withdrawal was effective.*' The proposition is accepted by B Thanki (ed), *The Law of Privilege* (3rd edn, Oxford University Press, 2018), 5.33.

- (11) *exclusion of specified remedies*: (subject to statutory and Common Law rules concerning the operation of exclusion clauses) (Andrews, 2021), the parties can agree that potentially applicable remedies will not be available if the claim succeeds;³⁰
- (12) *interest of outstanding sums*: the House of Lords in *Director General of Fair Trading v First National Bank plc* (2001)³¹ made clear that a contractual rate of interest, expressed to continue even after judgment has been awarded, can continue to apply post-judgment until the loan is repaid even though the contractual rate exceeds the statutory judgment rate (such a term is not unfair under the unfair consumer terms legislation); the contractual stipulation had validly excluded the statutory level, even where judgment had been granted; this meant that the doctrine of merger had been expressly disapplied (Andrews, 2012, p. 27-27).³²
- (13) *post-judgment agreed exclusion of appeal*: there is no longer a right to a civil appeal; instead the prospective appellant must obtain permission from the court for appeal (Andrews, 2019, pp. 15-14 – 15-24);³³ it is submitted that once a judgment has been given, whether before or after an application for permission to appeal is made to the court, the parties can agree that no appeal will take place, or that the appeal will be restricted to specified matters; this is no more than a waiver, or partial waiver of appeal by a prospective appellant; but it is not clear that the parties can validly agree *ex ante* to exclude appeal. The rules³⁴ makes clear that the parties cannot agree to extend the period within which a notice of appeal must be filed.

Conversely, the following restrictions constrain the principle of freedom of contract in this procedural context:

- (i) the parties cannot nominate a particular judge; nor, it seems, can the parties agree, or collusively arrange, that a particular court will hear the case (for example, the County Court, as distinct from the High Court, or vice versa, or the Commercial Court rather than the ordinary Queen's Bench Division court);
- (ii) the court cannot be bound to accept issues if that will entail countenancing a claim based on illegality or which is contrary to public policy; the court is entitled to act *proprio motu* in identifying a matter as one which is founded in illegality or as contrary to public policy; in *Re Mahmoud and Ispahani* (1921) Scrutton LJ said:³⁵ ` the court is

³⁰ The present author does not support Rowan's converse suggestion, that party consent can tie the hands of the courts in general, S Rowan, 'For the Recognition of Remedial Terms Agreed *Inter Partes*' (2010) 126 LQR 448.

³¹ [2001] UKHL 52, [2002] 1 AC 481.

³² *ibid*, at [3].

³³ CPR 52.3 to 53.7;

³⁴ CPR 52.15.

³⁵ [1921] 2 KB 716, 729 (CA); approved in *Birkett v Acorn Business Machines Ltd* [1999] 2 All ER 429, 433 (CA: Colman J, sitting with Sedley LJ); latter case applied in *Pickering v Deacon* [2003] EWCA Civ 554; *The Times*, 19 April 2003. Similarly, in *Skilton v Sullivan*, *The Times*, 25 March 1994, the Court of Appeal said that, if the VAT authorities had not already been informed, the court would have been obliged to report to those authorities the fact that one of the parties had dishonestly violated the VAT rules (see the end of Beldam LJ's judgment)

bound, once it knows that the contract is illegal, to take the objection and to refuse to enforce the contract, whether its knowledge comes from the statement of the party who was guilty of the illegality, or whether its knowledge comes from outside sources’;

- (iii) the parties cannot agree that specific performance or an injunction will not be granted; nor, it appears, can the parties validly agree *ex ante* to exclude a party’s capacity to invoke the court’s jurisdiction for the purpose of obtaining protective relief, notably a freezing injunction or a search order;
- (iv) however, the parties cannot tie the court’s hands to grant specific performance or an injunction if the relevant claim is substantiated;³⁶
- (v) an agreed damages clause (a liquidated damages clause) will be void if it is a penalty (Andrews, 2021, p. 27-69);³⁷
- (vi) the parties cannot agree that evidence can be adduced which is inadmissible;
- (vii) an agreement to procure false testimony,³⁸ suppress evidence,³⁹ or to drop a charge,⁴⁰ influence a juror or adjudicator⁴¹ will offend the public policy against agreements tending to pervert the course of justice, and this objection might overlap in some contexts with the statute against bribery (Andrews, 2021, p. 16-18; Andrews, 2015, p. 20-17);⁴² and so the parties cannot connive at the presentation of false evidence so as to concoct a judgment which is inconsistent with the true merits of the dispute; the parties cannot validly agree on a consent judgment which is contrary to the known facts or which involves concealment of a known illegality or which violates public policy (Chitty, 2018, pp. 16-63 – 16-71); it also appears that the parties cannot validly agree *ex ante* that a person or the representatives of a company will not be called to give evidence; nor, it seems, can such a ‘scope of evidence’ agreement exclude categories of potential evidence such information held on computer discs or other data banks, or evidence located in particular locations, or evidence controlled by specified persons;
- (viii) an *ex ante* agreement that certain modes of enforcement will be excluded would appear to offend the doctrine that the court’s jurisdiction cannot be ousted (Chitty, 2018, pp. 16-72 – 16-75); for example, a loan agreement which stipulated that no enforcement proceedings could be brought would appear to be self-contradictory and contrary to public policy (Jacob, 1987, p. 170);⁴³

³⁶ This is clear law: Neil Andrews, *Contract Law* (2nd edn, Cambridge University Press, 2015), 18.33 at fn 319, citing *Quadrant Visual Communications Ltd v Hutchison Telephone (UK) Ltd* [1993] BCLC 442, 451 (CA) (cf *Warner Bros v Nelson* [1937] 1 KB 209, 220-1, Branson J); for a contrary suggestion, which is not English law, S Rowan, ‘For the Recognition of Remedial Terms Agreed *Inter Partes*’ (2010) 126 LQR 448, 449-55, 470-5.

³⁷ *Cavendish Square Holdings BV v Makdessi* [2015] UKSC 67; [2016] AC 1172;.

³⁸ *R v Andrews* [1973] QB 422 (CA).

³⁹ *R v Ali* [1993] CLR 396 (CA) (offence extends to an agreement that a potential witness should not give evidence); and see next fn.

⁴⁰ *R v Panayiotou* [1973] 3 All ER 112 (CA) (attempt to procure dropping of charges).

⁴¹ This covers any agreement intended to, or tending to, expose to unacceptable influence, in particular, a juror, court, tribunal, judge, court official, enforcement officer, arbitrator, public decision-maker, or (arguably) mediator.

⁴² Bribery Act 2010.

⁴³ Cf the general remark of Jacob: ‘*A right or claim without a remedy is empty of legal content; it may have some other social basis but is void of any legal basis*’. A *tertium quid* would be a loan agreement which stipulated that legal proceedings were confined to declaratory relief; such relief might establish a set-off right in favour of the lender; but otherwise the effect of such an agreed exclusion would be to render the loan ‘uncollectable’ by the lender and hence commercially nugatory, subject to

- (ix) within the law of assignment (Andrews, 2021; Chitty, 2018; Guest, Liew, 2018; Smith, Leslie, 2018; Fox, 2019; Tolhurst, 2016) it is established that the transfer of certain causes of action is contrary to public policy (Andrews, 2019, p. 10-19); in particular, the right to sue for personal injury or a fatal accident cannot be validly assigned; thus in *Simpson v. Norfolk and Norwich University Hospital NHS Trust* (2011)⁴⁴ the Court of Appeal held that a personal injury claim exercisable by the true victim X cannot be validly assigned to Y so as to enable Y to sue the defendant for damages in the tort of negligence; the doctrine of champerty (see text immediately below) invalidates such attempted assignments; accordingly, the defendant was entitled to obtain a striking out of the assignee's claim;
- (x) the doctrines of maintenance and champerty (Andrews, 2019, pp. 16-56 – 16-59; Chitty, 2018, pp. 16-76 – 16-97)⁴⁵ provide a background general bar on agreements which objectionably involve the promotion of civil claims by non-parties or entitlement to the successful proceedings of a civil suit; but conditional fee agreements (for civil proceedings or arbitration) and damages-based agreements are statutory exceptions to these Common Law doctrines; in *Sibthorpe v Southwark LBC* (2011)⁴⁶ the Court of Appeal held that the doctrine of champerty does not invalidate an agreement that the claimant's solicitor will bear its client's costs liability towards the opponent if the case is lost; this case reflects the modern tendency not to expand that doctrine, and this decision attractively promotes access to justice;⁴⁷ the result was that the conditional fee agreement between that client and his lawyer was also valid; Lord Neuberger MR noted that champerty concerns arrangements where the non-litigant funder (here, the client's lawyer) agrees to gain positively from the relevant litigation; but this was not so on the present facts; instead the lawyer would suffer a loss if the case were lost, because he would have to indemnify his client; on the other hand (the following point was not considered in this case) the lawyer stands to make an overall gain in the sense that the case would not have been attracted if the lawyer had not been able to offer the present contingent costs indemnity;
- (xi) settlement of pending civil proceedings must be ratified by the court if the settlement concerns a minor or a person who has a mental disability (Andrews, 2019, pp. 14-93 – 14-98);⁴⁸
- (xii) the Arbitration Act 1996 acknowledges⁴⁹ the parties' joint capacity to agree

extra-legal 'naming and shaming', 'black-listing', and to other informal sanctions which might prove to be highly unsavoury. Another permutation is a legally binding loan, but without interest: *Al Jaber v Al Ibrahim* [2019] EWCA Civ 230; [2019] 1 WLR 3433 (appeal pending), where the court refused to insert an implied term to make interest payable.

⁴⁴ [2011] EWCA Civ 1149; [2012] 1 All ER 1423; Treitel (2020), 15-062, discerns here a more discriminating approach, noting Moore-Bick LJ at [7].

⁴⁵ On this topic, including the statutory exceptions introduced to make available certain 'no-win-no-fee' agreements.

⁴⁶ [2011] EWCA Civ 25; [2011] 1 WLR 2111 (also known as *Morris v Southwark LBC*); notably at [42] to [44], [47] to [49], [51] to [53], [55]; noted, A Sedgwick (2011) 30 CQJ 261.

⁴⁷ *ibid*, at [49].

⁴⁸ CPR 21.10.

⁴⁹ s 1, Arbitration Act 1996: 'the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest'. This is principle (b), one of three articulated at section 1.

upon how the reference is to be conducted; but the statute identifies⁵⁰ a large raft of matters which are *ius cogens* and hence incapable of being excluded by party agreement, examples are the right to challenge an award on the basis that the tribunal lacked jurisdiction (or exceeded the scope of that jurisdiction),⁵¹ or that there has been a serious procedural irregularity⁵² in the conduct of the arbitration.

IV. Settlement

A settlement is a species of contract (the leading work has as its title *Compromise* (Foskett, 2019), but that term is a synonym for 'settlement'). A settlement can be challenged on the basis of general contractual doctrine: misrepresentation, duress, undue influence. Some leading contract cases are in fact attempts to invalidate settlement agreements.⁵³ As for the doctrine of consideration, it is established that a compromise or settlement of a dispute is supported by consideration unless the claimant knew that the claim was bad in law or factually wholly unarguable, or there was objectively no reasonable basis for believing that the claim was arguable in law.⁵⁴ Wider attempts to impugn settlements on the basis of failure to disclose a material fact have been unsuccessful. For example, in *Thames Trains Ltd v Adams* (2006) Nelson J held⁵⁵ that it was not unacceptable for an offeree (Y) to accept a settlement figure even though the offeror (X) had clearly not read a much lower settlement figure which had been proposed the same day by the offeree. The judge rejected⁵⁶ the contention that this involved a unilateral error unconscionably acquiesced in by the other side: 'a reasonable man would expect [Y's solicitor to be] entitled to stay silent, act in her client's best interests and accept the increased offer.'

The courts lean in favour of upholding apparent settlements, notwithstanding some obscurities in the terms of the agreement or minor loose-ends.⁵⁷

⁵⁰ s 4, and sch 1, Arbitration Act 1996.

⁵¹ S 67, Arbitration Act 1996.

⁵² S 68, Arbitration Act 1996.

⁵³ Eg, *Bell v Lever Bros* [1932] AC 161 (HL) (leading decision on the doctrine of shared mistake in contract law); *Zurich Insurance Co Ltd v Hayward Zurich Insurance* [2016] UKSC 48; [2017] AC 142 (insurer settling exaggerated claim; claimant's fraud later uncovered; settlement set aside for fraud).

⁵⁴ There is no consideration supporting a compromise of a fraudulent claim: *Callisher v Bischoffsheim* (1870) LR 5 QB 449, 452, citing *Cook v Wright* (1861) 1 B & S 559, 570; *Miles v NZ Alford Estate* (1886) 32 Ch D 266 (CA); Neil Andrews, *Contract Law* (2nd edn, Cambridge University Press, 2015) 5.12; the *Callisher* case and later authorities were noted in *LCP Holding Ltd v Homburg Holdings BV* [2012] EWHC 3643 (QB), at [47] ff (Judge Mackie QC), notably *Hill v Haines* [2007] EWCA Civ 1284; [2008] Ch 412, at [79] (Rix LJ); generally, *Foskett on Compromise* (9th edn, Sweet and Maxwell, London, 2019); Chitty (2018), 4-51 to 4-57.

⁵⁵ [2006] EWHC 3291 (QB); for a similar context and the same result, *Turner v Green* [1895] 2 Ch 205 (Chitty J).

⁵⁶ [2006] EWHC 3291 (QB), at [56].

⁵⁷ *Scammell v Dicker* [2005] EWCA Civ 405; [2005] 3 All ER 838, at [39] to [43] (Rix LJ), emphasising that the courts will be especially keen to uphold apparent contracts of compromise or settlement; and for another example of a settlement being upheld *MRI Trading AG v Erdenet Mining Corp LLC* [2013] EWCA Civ 156; [2013] 1 CLC 423; [2013] 1 Lloyd's Rep 638.

Most disputes which give rise to claims (whether or not proceedings are formally commenced) are either abandoned or are settled (Andrews, 2018; Blake, Browne, Sime, 2016; Genn, 1987; Genn, 2009; Foskett, 2020; Kajkowska, 2017; Palmer, Roberts, 2005). Only a small percentage of civil disputes involve a formal adjudicative process, whether court proceedings or arbitration. Of those cases which are commenced in the English civil courts, only a small segment reaches trial and becomes the subject of a final decision on the merits (and settlement during the course of a trial is quite common, even more so settlement at the threshold of the court before 'day one' begins).

Therefore, settlement carries the greatest level of freight and traffic: it is Civil Justice's major trunk road.

Settlement can occur at various stages. It can precede commencement of proceedings, or it can occur thereafter. The various categories of consent judgment (also known as 'judgment by consent') are summarised by the author elsewhere (Andrews, 2019, pp. 14-99 – 14-115).

A settlement without a court order is still effective to prevent a party from re-opening the case. If one party seeks to do so, he will commit a breach of contract. Two contexts can be distinguished.

The first concerns settlements which are made before proceedings have been formally commenced. If one of the parties to such a settlement breaches that agreement by seeking to bring an action, there are two ways in which he can be prevented from obtaining judgment in those proceedings: the court can grant a stay of that action (assuming it has been brought in England); or the defendant, who is the innocent party, can plead as his main defence the fact that this action has been brought in breach of the settlement agreement.

The second context occurs when proceedings are already afoot. Settlement in this situation will also be governed by general principles of the law of contract. The action which is settled by pure agreement (without a consent order, *Tomlin* order stay, dismissal by consent, or unilateral discontinuance by a claimant) (Andrews, 2019, pp. 14-99 – 14-115) will remain pending until such time as one of the parties notifies the court that the action should be dismissed, or unless the action is struck out by the court because, as a result of their undisclosed settlement, one party, or both parties, has failed to comply with a procedural order or rule.⁵⁸

It is possible for a settlement to occur after judgment, but this is unlikely because the judgment victor will not normally perceive it as in his or her interests to abandon that victory, or at any rate to dilute it. Uncertainties concerning a pending appeal, or the prospects of obtaining enforcement of a positive judgment, might induce settlement. The fact that judgment has already been entered did not deter a Lord Justice of Appeal in the famous *Dunnett* case⁵⁹ from issuing to appellant and respondent a mediation recommendation notice as part of the

⁵⁸ On pre-trial settlements which are expressed to be 'subject to liberty to apply for a costs order', see *Brawley v Merezynski (No 1)* [2002] EWCA Civ 756; [2003] 1 WLR 813.

⁵⁹ *Dunnett v Railtrack plc* [2002] EWCA Civ 303; [2002] 1 WLR 2434; Andrews on Civil Processes (2019), 28.50 to 28.56.

process of granting permission to appeal (the twice successful respondent company was denied the costs of the appeal, because it failed to act on this mediation recommendation.

Sharp LJ in *Mionis v Democratic Press SA* (2017)⁶⁰ summarised the attraction of settlement as follows:

‘There were obvious advantages to both sides to this litigation, in reaching a settlement, as there are for litigants more generally. As Lord Bingham (Foskett, 1996) put it: “The law loves a compromise. It has good reason to do so, since a settlement agreement freely made between both parties to a dispute ordinarily commands a degree of willing acceptance denied to an order imposed on one party by a court decision. A party who settles foregoes the chance of total victory, but avoids the anxiety, risk, uncertainty and expenditure of time which is inherent in almost any contested action, and escapes the danger of total defeat. The law reflects this philosophy, by making it hard for a party to withdraw from a settlement agreement, as from any other agreement, and by giving special standing to an agreement embodied by consent, in an order of the court.”’

Sharp LJ added:⁶¹

‘I would add that settlement does not only serve the private interests of the litigants, but the administration of justice and the public interest more generally, by freeing court resources for other cases. The law therefore encourages and facilitates the mutual resolution of disputes by various means, for very sound reasons of public policy; and there is obviously an important public interest in the finality of settlement.’

Mediated settlements are the result of discussion between the parties facilitated by the mediator (the literature concerning mediation is cited elsewhere in this paper at footnote 24 above). Such a settlement will tend to become embodied in a written agreement, with both parties’ leading representatives signing.

V. Concluding remarks

The first theme has been the scope of parties to reach agreement concerning selection of the process by which their dispute (or generic future disputes) might be resolved (court proceedings) or at least discussed (negotiation agreements and mediation agreements).

The second theme has been the parties’ capacity to agree on how the formal process (court proceedings or arbitration) will be conducted. This is a topic where many points are ‘moot’, that is, not covered by clear authority. But even on those points, the general drift of public policy can often be predicted.

⁶⁰ [2017] EWCA Civ 1194; [2018] 2 WLR 565, at [88] (Sharp LJ).

⁶¹ [2017] EWCA Civ 1194; [2018] 2 WLR 565, at [89] (Sharp LJ).

Thirdly, there is settlement. This mode of resolution brings happiness, or at least relief, to most citizens and organisations. It can bring great joy to the parties who have been spared the horrors and heart-ache of formal proceedings, or of their continuation. It is a fundamental necessity that most cases should be, and happily are, either abandoned or settled, otherwise the courts would be deluged with an impossible flood of cases. But there are always some losers or malcontents. Settlement is bad news for arbitrators and litigation lawyers, unless they have already earned their fee by the time the case is settled. And even they might deserve a vacation.

Bibliography

- Andrews, N. (2019). *Andrews on Civil Processes* (2nd ed.). Cambridge, Intersentia Publishing.
- Andrews, N. (2008). *The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Andrews, N. (2021). *Contract Law in Practice*. Oxford University Press.
- Blake, S., Browne, J. y Sime, S. (2016). *The Jackson ADR Handbook* (2nd ed.). Oxford University Press.
- Born, G. (2021). *International Commercial Arbitration* (3rd ed.). Kluwer.
- Burton, F. y Roy, A. (2013). *Personal Injury Limitation Law* (3rd ed.). London, Bloomsbury Publishing.
- Canny, M. (2013). *Limitation of Actions in England and Wales*. London, Bloomsbury Publishing.
- Cartwright J, *Formation and Variation of Contracts* (2nd edn, Sweet and Maxwell, London, 2018)
- Chitty, J. (2018). *Contracts* (33rd ed.). London, Sweet and Maxwell, London.
- Chitty, J. (2018). *Guest on the Law of Assignment*. (3rd ed.) London, Sweet and Maxwell.
- Dicey, A. V., Morris, J. y Collins, L. (2012). *On the Conflict of Laws* (15th ed.). London, Sweet and Maxwell.
- Foskett, D. (1996). *The Law and Practice of Compromise* (4th ed.). London, Sweet & Maxwell.
- Genn, H. (1987). *Hard Bargaining: Out of Court Settlement in Personal Injury Actions*. Oxford University Press.
- Genn, H. (2009). *Judging Civil Justice*. Cambridge University Press.
- Jacob J. (1987). *The Fabric of English Civil Justice*. London, Stevens.
- Kajkowska, E. (2017). *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*. Oxford, Hart and Bloomsbury Publishing.
- Palmer, M. y Roberts, S. (2005). *Dispute Processes*. Cambridge University Press.
- Lewison: Interpretation (2020): K Lewison, *Interpretation of Contracts* (7th edn, Sweet and Maxwell, London, 2020)
- McGee, A. (2018). *Limitation Periods* (8th ed.). London, Sweet & Maxwell.

Matthews, P. y Malek, H. (2017). *Disclosure* (5th ed.). London, Sweet and Maxwell.

McMeel, G. (2017). *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication and Rectification* (3rd ed.). Oxford University Press.

Phipson, S. (2017). *Phipson on Evidence* (19th ed.). London, Sweet and Maxwell, London.

Rowan, S. (2010). For the Recognition of Remedial Terms Agreed Inter Partes'. *Law Quarterly Review* 126, p. 448.

Snell, E. (2019). *Snell's Equity* (34th ed.). London, Sweet and Maxwell.

Smith, M. y Leslie, N. (2018). *The Law of Assignment* (3rd ed.). Oxford University Press.

Thanki, B. (ed.) (2018). *The Law of Privilege* (3rd ed.). Oxford University Press.

Tolhurst, G. (2016). *The Assignment of Contractual Rights* (2nd ed.). Oxford, Hart Publishing.

Treitel, G. (2020). *The Law of Contract* (15th ed.). London, Sweet and Maxwell.

Wilken, S. y Ghalys, K. (2012). *The Law of Waiver, Variation and Estoppel* (3rd ed.). Oxford University Press.

Zimmermann, R. (2002). *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*. Cambridge University Press.

**CIENCIA, ÉTICA Y POLÍTICA: UNA CRÍTICA ÉTICO-POLÍTICA A LA
CONCEPCIÓN HEREDADA DESDE LA COMPLEJIDAD Y EL
PENSAMIENTO DECOLONIAL**

**SCIENCE, ETHICS AND POLITICS: AN ETHICAL-POLITICAL CRITICISM
OF THE INHERITED CONCEPTION FROM COMPLEXITY AND
DECOLONIAL THOUGHT**

Hugo José Francisco Velázquez*

Universidad Nacional de Tucuman - CONICET

Resumen: Comúnmente, se cree que la ciencia y el conocimiento científico suponen un conjunto de leyes y teorías que muestran, realmente, cómo es y funciona el mundo, independientemente de las creencias, necesidades e intereses de la gente. Se trata de un saber neutral y objetivo basado, estrictamente, en la observación y en la experimentación. Así, la ciencia aparece como una empresa ética y políticamente neutra, en ella no hay valoraciones morales ni intereses políticos. Esta visión popular de la ciencia fue fomentada y, finalmente, impuesta por el positivismo lógico y sus herederos (concepción heredada). Sin embargo, dicha concepción estándar de la ciencia no solo adolece de graves defectos epistemológicos (lógicos, teóricos y metodológicos), sino, que también distorsiona la imagen real de la empresa científica separándola de su contexto histórico. En tal sentido, este trabajo pretende: 1. Efectuar una exposición detallada de las principales características de la concepción heredada y sus consecuencias en la visión de la empresa científica. 2. Desarrollar las críticas ético-políticas efectuadas desde el pensamiento complejo y el pensamiento decolonial. 3. Efectuar un breve balance sobre la importancia y la complementariedad de tales críticas para tomar conciencia de una imagen más real de la ciencia. Para lograr tales objetivos, principalmente se toman como referencia las contribuciones de Edgar Morin y Boaventura de Sousa Santos, sin perjuicio de recurrir a otros autores. Este trabajo adopta una metodología cualitativa, basada en la teorización y reflexión crítica a partir del análisis bibliográfico o documental.

* Lic. en Filosofía, Abogado y Procurador graduado de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT). Becario doctoral del CONICET. Prof. Auxiliar de Filosofía del Derecho Cát. B en la Fac. de Derecho y Cs. Sociales de la UNT y Prof. Auxiliar de Ética en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNT. Miembro del Instituto de Epistemología de la UNT y de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Correo electrónico: hugovelazq@hotmail.com

Palabras clave: ciencia, concepción heredada, crítica ético-política, pensamiento complejo, pensamiento decolonial.

Abstract: Science and scientific knowledge are commonly conceived as a set of laws and theories that really show how the world is and how the world works, regardless of people's subjective beliefs, needs and interests. It is a neutral and objective knowledge strictly based on observation and experimentation. Thus, science appears as an ethically and politically neutral enterprise, in which there are no moral valuations or political interests. This popular view of science was fostered and finally imposed by logical positivism and its heirs (received view). However, this standard conception of science not only suffers from serious epistemological problems (logical, theoretical and methodological problems), but also distorts the real image of the scientific enterprise, separating it from its historical context. Particular, this article aims to: 1. Develop a detailed exposition of the main characteristics of the received view and its consequences on the scientific enterprise's conception. 2. Develop the complex and decolonial thinking's ethical-political criticisms. 3. Make a balance of such criticisms considering its importance and complementarity in order to obtain a more real image of science. To achieve these purposes, mainly the approaches of Edgar Morin and Boaventura de Sousa Santos are taken as reference point, between others authors. This paper adopts a qualitative methodology, based on critical theorizing and reflection from bibliographic or documentary analysis.

Keywords: science, received view, ethical-political criticism, complex thinking, decolonial thinking.

Recibido 10 de mayo 2021

Aceptado 24 de junio 2021

I. Introducción

Usualmente, el término “ciencia”, al gozar de gran consideración y estima, resulta –hoy por hoy– un sinónimo de garantía y confiabilidad. Si alguna enunciación, propuesta o recomendación es acompañada del calificativo de “científico”, automáticamente entendemos que tal preferencia poseerá cierto mérito, gozará de fiabilidad general, o bien, se hallará adecuadamente fundamentada. Esto es así, no solo en la vida cotidiana y en los medios de comunicación sino también en el ámbito académico e industrial, ya que se considera al conocimiento científico como el saber más confiable y legítimo del que se dispone en toda sociedad, por la sencilla razón de que supone un conocimiento verdadero, probado de manera objetiva con independencia de las inclinaciones e intereses personales, fundamentado en la observación y en la experimentación a través de métodos rigurosos llevados a cabo por personas con una preparación específica. En tal sentido, Chalmers (1998) a propósito de esta imagen comúnmente difundida del conocimiento científico nos dice: “La ciencia se basa en lo que podemos ver, oír, tocar, etc. La ciencia es objetiva. El conocimiento científico es conocimiento fiable porque es conocimiento objetivamente probado” (p. 11).

Bajo dicha visión, el conocimiento científico aparece caracterizado (Guibourg, Ghigliani y Guarinoni, 2004) como un saber comunicable (no hay ciencia respecto a lo inefable, el conocimiento científico debe ser puesto en lenguaje capaz de expresarse en proposiciones descriptivas), general (tiene que valer para toda una clase de hechos, no solo para los relativos a nuestra experiencia concreta), verificable (la ciencia no es dogmática, no se apoya en la fe ni puede basarse exclusivamente en la apelación a la autoridad, debe ser comprobable por cualquier persona a quien ese conocimiento le haya sido comunicado siempre que disponga de los medios técnicos adecuados para ello), legal (se expresa y explica los fenómenos a través de leyes a cuya verificación o refutación se tiende), sistemático (constituye un conjunto de enunciados que guardan unidad lógica y temática entre sí, esto es, unos enunciados se infieren o demuestran a partir de otros y están referidos a un mismo objeto de estudio, respectivamente), metódico (la ciencia no es azarosa sino una actividad metódica, es decir, que se siguen una serie de procedimientos y pautas que permiten organizar y transformar la observación empírica en leyes), explicativo (busca comprender los hechos del mundo encuadrándolos en proposiciones generales y verdaderas, o sea, en leyes), predictivo (pretende anticiparse a

hechos que todavía no han ocurrido empleando leyes generales, observaciones particulares y deducción) y preciso (busca la claridad y exactitud en la explicación y predicción de los fenómenos, para lo cual se recurre al lenguaje técnico, a los lenguajes formales y a la cuantificación). En suma, la ciencia integra un sistema de proposiciones generales y verdaderas (hipótesis, leyes y teorías) verificadas a través de la observación y experimentación que tienen por finalidad explicar y predecir de manera precisa los fenómenos de ciertos sectores de la realidad independientemente de nuestras preferencias e intereses subjetivos (Bunge, 1991; Guibourg et al, 2004).

No obstante, tal caracterización no excluye la posibilidad de concebir a la ciencia como un producto cultural (Bunge, 1991). En efecto, dentro de lo que uno podría llamar cultura cabe distinguir entre diversos elementos, a saber: a. Simbólicos: aquellos elementos lingüísticos dotados de un significado que puede variar de acuerdo al contexto; b. Afectivos: aquellos que importan construcciones puramente evaluativas de la realidad y que pueden clasificarse en valores, sentimientos y creencias subjetivas; c. Normativos: aquellos que suponen reglas (normas) que pretenden orientar la conducta de los individuos, es decir, leyes, costumbres y usos sociales; d. Cognoscitivos: aquellos distintos cuerpos de saberes disponibles en una sociedad determinada que buscan representar la realidad a fin de poder afrontar las necesidades colectivas con cierta solvencia, aquí se ubican tanto la ciencia como los saberes del sentido común (Grimaldi Rey & Cardenal de la Nuez, 2006, 62-65). Como cabe observar, los elementos cognoscitivos –dentro de los cuales se incluye a la ciencia– están separados de los elementos afectivos y normativos donde podría circunscribirse el interés de la ética o teoría moral e, incluso, con algunos recaudos, el de la política. Esta separación junto con el hecho de concebir a la ciencia como una empresa enteramente racional, objetiva, rigurosa, no dogmática y sistemática, explican que, tradicionalmente, la misma sea considerada bajo los postulados de ahistoricidad y neutralidad ética e ideológica (política). Desde este punto de vista, la ciencia siempre busca verdades, aunque éstas sean aproximadas o provisionales (Bunge, 2006, 246), pues, la realidad tiene un único modo de ser¹, el cual, pretende representarse fielmente por los científicos. A su vez, no admite

¹ Esta posición se conoce como *realismo metafísico* y supone básicamente, al menos, dos cosas: 1. Que los objetos, las propiedades y las relaciones que se hallan presente en la realidad externa existen independientemente de nuestras percepciones, pensamientos o creencias, en suma, de toda nuestra actividad mental. 2. Que tales elementos y, en definitiva, la realidad misma, son de un modo determinado, también, independientemente de nuestra actividad mental. En este sentido, en un texto ya canónico, afirma William Feraiollo (2001): “*the world exists and is the way that it is independently of the mental*” (p. 96).

el empleo de juicios de valor ni la justificación político-ideológica de los modos de estructuración social, basándose exclusivamente en la racionalidad, pruebas objetivas y reflexión abierta (Grimaldi Rey y Cardenal de la Nuez, 2006, 34).

II. Concepción clásica de la Ciencia

Con todo, esta visión aséptica, acumulativa y ahistórica de la ciencia, que bien es posible catalogar de clásica, puede rastrearse en una tradición epistemológica denominada *standard view* o, también, concepción heredada (*received view*). Con tal denominación nos referimos a la corriente epistemológica desarrollada por el *Círculo de Viena* (Schlick, Neurath, Hahn, etc.) y por sus continuadores (Reichenbach, Hempel, Nagel, etc.), cuya influencia se extendió considerablemente –a pesar de algunas críticas como las de Popper– hasta los años 60, especialmente en el ámbito anglosajón; de ahí que también se la denomine *tradición anglosajona* (Echeverría, 1998; Glavich, Ibañez, Lorenzo y Palma, 1998). Es importante analizar esta corriente ya que esta concepción inductivista de la ciencia, como la denomina Chalmers (1990), constituye un intento de formalizar la imagen popular del conocimiento científico que hemos esbozado *ut supra*.

Ahora bien, dentro de esta importante tradición epistemológica es necesario distinguir, un primer momento, centralizado en el desarrollo del movimiento conocido como el positivismo lógico o neopositivismo² originado en torno al célebre Círculo de Viena y, un segundo momento, caracterizado por la expansión y el refinamiento de algunas de sus posiciones originales a la luz de las críticas externas e internas, el cual, se desarrolló a partir de la migración de sus partidarios a EEUU e Inglaterra luego del ascenso del nazismo. Debido a que este segundo momento constituye una sofisticación de las tesis primigenias, señalaremos una serie de rasgos, que creemos, comunes a ambos momentos. De este modo, los principales postulados de esta tradición epistemológica podrían ser los siguientes, a saber: A) Una fuerte actitud de rechazo frente a la metafísica, la cual, es vista como una actividad puramente especulativa carente de todo sentido dada la ausencia de sustento empírico de sus conclusiones. En este sentido,

² Resulta una grave error conceptual confundir positivismo lógico o neopositivismo con el mero positivismo. Si bien, el neopositivismo comparte algunas tesis del mero positivismo como, por ejemplo, el empirismo, el reduccionismo, la unidad metodológica de la ciencia, el rechazo a la metafísica (Glavich et al., 1998, 44-47), se aparta respecto de la jerarquización de las ciencias, de la ley de los tres estadios del entendimiento humano, del papel de la filosofía en relación a la ciencia, del modo de entender la explicación (no causal sino como mera indicación de las circunstancias de producción fenoménica en términos de relaciones normales de sucesión y similitud), ausencia del instrumental lógico, entre otras. Estas últimas tesis se hallan presentes, por ejemplo, en el pensamiento de Auguste Comte, padre del positivismo filosófico (Comte, 2014).

podrá recordarse el notable artículo de Rudolf Carnap titulado *La superación de la metafísica mediante el análisis del lenguaje*, donde el autor intentaba mostrar que las proposiciones propias de la metafísica como, por ejemplo, las de Heidegger o las de Hegel –antes que él–, eran desenmascaradas como meros sinsentidos a través del análisis lógico del lenguaje (Ayer, 1981, 15-17; Echeverría, 1989, 10; Ferrater Mora, 1979, 83-85). B) La imposición de un lenguaje fisicalista como lenguaje universal y común a toda ciencia, ya que en algún punto era posible traducir (reducir) toda proposición con sentido en proposiciones protocolares más simples (enunciados expresados en lenguaje observacional). Tales proposiciones requieren verificación y están regidas por un estricto criterio verificacionista del significado (Ayer, 1981, 23-25; Echeverría, 1989, 12-13). C) La adopción de un criterio empirista (verificacionista) del significado, lo cual, implica que solo tienen significado y, por tanto, sentido las oraciones respecto de las que sea posible enunciar un conjunto finito de observaciones tales que permitan verificarla (Ayer, 1981), o bien, aquellas respecto de las cuales es posible indicar un procedimiento de comprobación (Ferrater Mora, 1979, 85), de ahí que uno de los lemas del positivismo lógico fuera “el significado de una proposición consiste en su método de verificación” (Ayer, 1981, 18). Este criterio llevó a distinguir, a su vez, no solo entre proposiciones y pseudo-proposiciones³, sino dentro de las primeras entre proposiciones analíticas (lógicas) y sintéticas (empíricas), donde las proposiciones analíticas son propias de las ciencias formales y son verdaderas o falsas por razones sintácticas, mientras que las proposiciones sintéticas son propias de las ciencias fácticas y, dado que poseen un contenido, son susceptibles de ser confirmadas por la experiencia. Justamente el criterio verificacionista regía especialmente respecto de las proposiciones sintéticas haciéndose –posteriormente– la salvedad referida a los enunciados analíticos (Echeverría, 1989, 14) Así, este criterio también sirvió como criterio de demarcación⁴ entre lo que habría de considerarse ciencia y lo que no, ya que, delimitaba qué enunciados tienen o no sentido (Ferrater Mora, 1979). D) La distinción entre ciencias formales y ciencias fácticas: las

³ Las pseudo-proposiciones son oraciones que aparentan tener pleno significado pero que, en realidad, no lo tienen. Según Carnap son de dos tipos, a saber: 1. Aquellas que están mal construidas desde un punto de vista sintáctico; 2. Aquellas que están correctamente construidas desde un punto de vista sintáctico, pero que no poseen referente empírico alguno y tampoco es posible indicar método alguno para su eventual verificación (Echeverría, 1989, 10).

⁴ Si bien la verificación se erigió como primer criterio demarcatorio, fue a través de las críticas de Karl Popper que se impuso finalmente el falsacionismo como criterio para distinguir qué saberes merecían ser llamados científicos, es decir que la refutabilidad o testabilidad de una teoría o hipótesis (esto es, que debe existir la posibilidad de refutarla directa o indirectamente a través de sus consecuencias observacionales) es lo que determina su pertenencia al *corpus* del conocimiento científico (Popper, 1983; Gaeta y Lucero, 2000).

primeras son la lógica y la matemática y se encuentran conformadas exclusivamente por proposiciones analíticas teniendo por objeto entidades ideales o abstractas como los números, las formas o las relaciones entre proposiciones, mientras que las ciencias fácticas versan sobre entidades exteriores y objetivas del mundo sensible (los hechos) y, por tanto, sus proposiciones, hipótesis y teorías son susceptibles de verificación empírica; aquí se encuentran las ciencias físicas, naturales y sociales (Echeverría, 1989; Díaz, 2007; Bunge 1991). Así, podríamos decir que las ciencias fácticas tienen como objeto de estudio la realidad sensible, su fuente principal es la experiencia y su modo de demostración es la confirmación y refutación (verificación); mientras que las ciencias formales tienen por objeto las abstracciones, su fuente es el razonamiento y su modo de demostración es la corrección lógica (Guibourg et al., 2004; Bunge, 1991). E) La adopción de una concepción correspondentista de la verdad⁵: concibieron la verdad como una relación de adecuación semántica entre los enunciados (o el pensamiento) y la realidad (los hechos). En este sentido, si un enunciado o proposición describe o, en general, da cuenta correctamente de un objeto, propiedad o relación del mundo, entonces resulta verdadera; en cambio, si ocurre lo contrario, esto es, si la descripción se presenta inadecuada, entonces, la proposición resulta falsa. Como cabe observar, aquí los portadores de verdad son los enunciados. De un modo semejante, una hipótesis, una teoría o una ley pueden – también– ser reputadas de verdaderas o falsas en tanto retraten, expliquen o, en general, den cuenta de cómo son los fenómenos de la realidad a los que se refieran⁶ (Echeverría, 1989, 18; Ayer, 1981, 23). F) La identificación del método científico con el método

⁵ En general, las teorías de la verdad se clasifican en tres grandes ejes interpretativos: metafísico, gnoseológico y ético. En el primero lo relevante es el ser o el ente, si la entidad existe entonces habrá verdad, así lo ontológico resulta definitorio del concepto de verdad (la verdad sería una relación ontológica). En el segundo, lo determinante es el objeto de conocimiento, producto de una relación de conocimiento entre un sujeto cognoscente y un objeto conocido (la verdad entrañaría una relación gnoseológica). En el tercero, oscila, por un lado, en que lo decisivo resulta ser el bien, por lo que, lo bueno y lo verdadero se identifican; y, por otro lado, lo relevante radicaría en el compromiso moral asumido por una tesis que se cree verdadera (la verdad supone un vínculo ético-moral). Ahora bien, la teoría correspondentista de la verdad se sitúa dentro de las perspectivas gnoseológicas junto a la teoría coherentista de la verdad (aquella que concibe que un enunciado es verdadero –consistente– en tanto haya sido derivado de otros enunciados también verdaderos, por lo que, la verdad implica una relación de congruencia entre un enunciado y un sistema de enunciados previos) y la teoría pragmatista de la verdad (aquella que pregona que un enunciado –o teoría– es verdadera en tanto sea eficaz para alcanzar ciertos fines previamente establecidos) (Saltor, 2005). Huelga aclarar que, a diferencia de lo que sucede con las ciencias fácticas o empíricas, la teoría de la verdad que impera en las ciencias formales es la coherentista, dado su objeto de estudio y su nivel de abstracción (Guibourg et al., 2004; Bunge, 1991).

⁶ En rigor, solo las proposiciones que –a su vez– integran las teorías o las leyes científicas, son susceptibles de ser verdaderas o falsas. En el caso de las teorías o leyes más que de verdad se habla de validez, en tanto ellas sean verificadas o corroboradas. Pero, como resulta obvio, las teorías o leyes se validan indirectamente a través de los enunciados observacionales que son los que pueden contrastarse directamente con los fenómenos que caen bajo nuestra experiencia (Guibourg et al, 2004).

inductivo⁷ (inductivismo), es decir, se considera que el método inductivo es el método por antonomasia (Echeverría, 1989). Tal método consiste en observar y registrar la mayor cantidad de hechos posibles vinculados al fenómeno que se desea abordar, analizarlos, compararlos y clasificarlos con la finalidad de vislumbrar regularidades para luego aplicar la inducción y poder formular leyes que expliquen tales regularidades; una vez formulada la ley es posible efectuar explicaciones y, sobre todo, predicciones de hechos futuros semejantes aplicando la deducción y presuponiendo el principio de uniformidad de la naturaleza (Chalmers, 1990, 12-23). Dado que el inductivismo se basa, principalmente, en el razonamiento inductivo (inferencia inductiva) las conclusiones a las que se arriban, en este caso las leyes (o, más bien, hipótesis), no son necesarias sino meramente probables y su grado de confirmación dependerá de la cantidad de observaciones que la corroboren (Chalmers, 1990; Glavich et al, 1998; Guibourg et al, 2004). G) Prioridad decisiva del contexto de justificación por sobre los contextos de descubrimiento, de aplicación y de educación. Ahora bien, el contexto de justificación importa el ámbito que hace referencia exclusivamente a los problemas de validación de las hipótesis, leyes o teorías científicas, es decir, a las cuestiones relativas a la consistencia lógica y la organización empírica del conocimiento científico, es la instancia metodológica de la ciencia, mientras que el contexto de descubrimiento se trata del ámbito referido a las condiciones y circunstancias –tanto subjetivas como histórico-colectivas– de producción o emergencia del conocimiento científico. Por su parte, el contexto de aplicación alude a la finalidad práctica de los conocimientos científicos –modificar, transformar y mejorar el entorno– y sus implicancias tecnológicas, económicas, sociales e, incluso, éticas; y, finalmente, el contexto de educación supone el ámbito referido a la enseñanza y el aprendizaje no solo de los sistemas teórico-conceptuales y lingüísticos sino también de representaciones, problemas, técnicas y manejo de instrumental a fin de lograr individuos competentes (Echeverría, 1998; Glavich et al, 1998).

Tales características que, en suma, constituyen instancias de control empírico y lógico permiten ver a la ciencia como un saber objetivo (asentado en la realidad externa), verdadero (describe y explica correctamente cómo son los hechos), autónomo (se

⁷ No debe confundirse la inferencia inductiva o el razonamiento basado en dicha inferencia con el método inductivo o inductivismo. Este último es una metodología científica que, si bien, emplea la inferencia inductiva (aquella que va desde lo particular a lo general, que parte de los hechos observados para inferir –formular– enunciados de mayor generalidad –hipótesis o leyes–), no consiste enteramente en ella, pues, como se vio, también emplea la deducción para explicar y predecir hechos antes de su acaecimiento (Glavich et al, 1998).

comprende, analiza y valida desde el interior del propio discurso científico), neutral (aspira a buscar la verdad con independencia de los intereses humanos), sistemático (constituye un conjunto lógicamente consistente de enunciados) y unificado (posee unidad en virtud del monismo metodológico⁸). Dicha concepción de la ciencia tiene sus consecuencias, a saber: 1) Se termina concibiendo a la ciencia en tanto que producto o resultado, es decir, se la entiende únicamente como conocimiento científico acabado; de este modo la ciencia se percibe como un conjunto sistemático de enunciados o teorías verdaderas separadas tanto de las circunstancias de producción como de sus usos y aplicaciones tecnológicas y, por tanto, neutra respecto a las responsabilidades ético-políticas que eventualmente puedan surgir en ambas fases (fase de producción y fase aplicación). 2) Como corolario de lo anterior, se produce la deshistorización de la ciencia (descontextualización), dado que, por un lado, se prescinde de toda consideración respecto a su proceso de producción real con científicos de carne y hueso que poseen, a su vez, valores, necesidades e intereses y, por otro, no toma en cuenta el contexto histórico particular en el que se gesta (las circunstancias sociales, económicas y políticas). En suma, hay una “desvinculación del saber científico de sus condiciones históricas reales de producción” (Glavich et al, 1998, 52). 3) Se impone una visión reduccionista de la ciencia, ya que se reduce la racionalidad a la racionalidad científica, así el conocimiento científico se presenta “no solo como el exponente más elevado y acabado de la razón humana, sino que se constituye en la única racionalidad posible” (Glavich et al, 1998, 47). Asimismo, el modelo de saber por antonomasia fueron las ciencias físicas o naturales, estableciéndose así una jerarquización en virtud de la cual las disciplinas que no alcancen el grado de desarrollo de la física se encuentran en un estadio inferior, de este modo y en cierto punto, habría una suerte de reduccionismo disciplinar⁹. En suma, se reduce unas

⁸ La unidad metodológica se refiere a que los modos de acceso al conocimiento y de elaboración de la experiencia disponible mediante la reflexión teórica son los mismos para toda disciplina científica, solo difieren en el grado de predictibilidad en virtud de la complejidad del objeto de estudio (Glavich et al, 1998). En efecto, pese a ciertas diferencias, los partidarios de la concepción heredada suscribían a la teoría de la Unidad de la Ciencia basada en el fisicalismo, en la idea de un lenguaje y vocabulario común a todas las disciplinas científicas y en la inexistencia de una diferencia radical entre ciencias sociales y naturales, las cuales, estaban unificadas por su misma finalidad y método. Los hechos sociales en definitiva eran, en última instancia, acontecimientos físicos que podían observarse (Ayer, 1981, 27).

⁹ Esta concepción ha oscilado entre dos tipos de reduccionismo, a saber: a) Uno de tipo ontológico, en donde una disciplina o teoría determinada puede ser explicada (reducida) en términos de otra más básica, ya que, las entidades esta última son, en el fondo, los constituyentes simples de estructuras o relaciones más complejas que integran las entidades de la primera (compromiso fuerte); b) otro de tipo semántico, en donde ya no se habla de entidades sino de términos lingüísticos, así el léxico de una disciplina determinada puede ser traducido (reducido) al léxico de otra más básica, sin perjuicio de la posición que se adopte respecto de la relación entre lenguaje y las entidades a las que se refiere (Glavich et al., 1998, 48-49).

disciplinas a otras, el conocimiento humano a aquel que tiene por fuente la experiencia, la diversidad metodológica a la unidad del método experimental-inductivo, la racionalidad a la ciencia y la racionalidad científica a sus aspectos metodológicos, esto es, la evaluación lógico-empírica de las hipótesis y teorías científicas. Incluso, la filosofía misma se ve reducida al análisis lógico del lenguaje, convirtiéndose así en una herramienta auxiliar para clarificar los conceptos científicos (Glavich et al, 1998, 53-54).

4) Se impone la exigencia de la investigación (intra)disciplinar, ya que, si bien hay unidad en la ciencia a través del reduccionismo, se fomenta –como una de las exigencias de la empresa científica– que los desarrollos investigativos se mantengan dentro de los límites del objeto de estudio de cada disciplina (unidad temática), así las diversas disciplinas científicas tienen que “abastecerse a sí mismas” (Díaz, 2007, 139). Dadas las exigencias de rigor y especificidad, resulta inconveniente y, hasta perjudicial, entablar vínculos –tildados de heterodoxos– con otras disciplinas.

5) El desarrollo científico es comprendido en términos de progreso gradual, lineal y acumulativo, por lo que la ciencia se construye acopiando conocimientos sobre los ya obtenidos descartando previamente las hipótesis, teorías o los fragmentos de ellas que hubieren resultado falsas a la luz de las nuevas evidencias (Chalmers, 1990, 16). En este sentido, nos dicen Glavich, Ibañez, Lorenzo y Palma (1998) que “la relevancia de los trabajos científicos del pasado es considerada en función del mayor o menor aporte respecto de la ciencia del presente sin respetar la especificidad histórica y sin tener en cuenta las peculiaridades contextuales” (p. 54).

6) Las problemáticas éticas, al no ser cuestiones de hecho, no son consideradas por la ciencia, *a fortiori*, la cuestión de los valores en la misma¹⁰. Echeverría (1998) lo expresa del siguiente modo:

El conocimiento científico debía ser descriptivo, explicativo o comprensivo de lo que es, pero en modo alguno tenía que ocuparse de lo que deber ser: esto último era tema para los éticos, políticos, ideólogos, predicadores y ‘malos’ filósofos de la ciencia. Mezclar cuestiones morales y argumentos

¹⁰ En efecto, los partidarios del positivismo lógico sostuvieron una concepción emotivista de la ética, por lo que, los enunciados éticos o morales al no describir hechos naturales del mundo (no describen nada en absoluto), solo expresan la aprobación o desaprobación subjetiva del agente que los profiere y, a lo sumo, únicamente pueden llegar a tener un valor persuasivo por su fuerte carga emotiva. En este sentido, los juicios morales no pueden operar como argumentos lógicos o científicos (Ayer, 1981, 28).

científicos, de acuerdo con estas posturas, implica caer en lo que, desde Moore, se llama *falacia naturalista*. (p. 68)¹¹

Así, la ciencia es considerada como valorativamente neutral¹², por lo que los criterios axiológicos en las disciplinas científicas son irrelevantes o, al menos, se afirma que los únicos valores que podrían considerarse serán los de índole epistémica como, por ejemplo, la coherencia, la simplicidad, la verdad, la predictibilidad, la generalización, la objetividad, entre otros. Esto se traduce en la exigencia de que los científicos y, aún, los técnicos deben ser axiológicamente neutros, como lo son las disciplinas científicas en las que trabajan. En suma, así como pregonaba Weber, los juicios de valor deben estar ausentes en las obras verdaderamente científicas (Echeverría, 1998, 67-72)¹³.

A pesar de que es innegable el valor de los aportes de la concepción heredada a la ciencia y su consideración filosófica general, no obstante, lo que particularmente aquí nos interesa es reflexionar sobre las críticas que se han elaborado desde el pensamiento complejo y el decolonial, pues, creo que ambos suponen una propuesta crítica que proviene desde la ética y la política. En efecto, si bien todas las demás corrientes epistemológicas posteriores de corte crítico¹⁴ han cuestionado y cuestionan –al igual que las que aquí nos proponemos tratar– los presupuestos epistemológicos de la concepción heredada, a diferencia de ellas que se concentran exclusivamente en elementos lógicos, metodológicos, teórico-conceptuales e instrumentales, el pensamiento complejo y el decolonial van todavía más allá, pues, importan una dura crítica que pone de manifiesto

¹¹ Cuando se habla de falacia naturalista los autores aluden a dos cosas relacionadas, aunque sutilmente diferentes, a saber: 1. Por un lado, se entiende por falacia naturalista la confusión entre enunciados descriptivos y prescriptivos y, por tanto, la imposibilidad de inferir unos a partir de otros o viceversa, dado que tienen una estructura lógica diferente, de modo que la conclusión tendría un elemento no presente en las premisas. Este sentido se identifica con la célebre Guillotina de Hume (la imposibilidad de pasar del “es” al “debe”). 2. Por otro lado, se entiende por falacia naturalista la identificación del término “bueno” con ciertos hechos o con ciertas cualidades naturales. Este sentido más estricto, fue señalado por G. E. Moore en su *Principia Ethica* en 1903 en afán de mostrar que cualquier pretensión por definir “lo bueno” a través de su identificación con una propiedad natural no agota el sentido de “bueno” (Nino, 2013; Zavadvivker, 2011).

¹² Para un abordaje crítico detallado acerca de los alcances de la neutralidad valorativa de la ciencia véase Velázquez, H. J. (2020). De la neutralidad valorativa a un nuevo pacto social entre ética, ciencia y tecnología. *Ciencia y Sociedad*, 45(3), 25-44.

¹³ Respecto de la pretendida objetividad de la ciencia de la concepción tradicional, debe advertirse la diferencia entre los juicios de valor y la referencia a valores que pueden hacer las diferentes disciplinas científicas como, por ejemplo, la sociología o la antropología. En efecto, la ciencia puede hacer referencia a valores que efectivamente rigen en una sociedad con la finalidad de explicarlos o describirlos, sin embargo, es inadmisibles que en ella haya juicios de valor (neutralidad ética).

¹⁴ Nos referimos, entre otras, al anarquismo epistemológico, el programa fuerte de sociología del conocimiento, el programa empírico del relativismo, la etnometodología y los estudios de laboratorio (Echeverría, 1998).

no solo que la ciencia es una práctica social como cualquier otra donde hay conflictos de valores e intereses sino, también, ponen sobre el tapete las complejas relaciones de poder que la atraviesan, las cuales, pueden ser juzgadas éticamente por sus efectos perjudiciales tanto para comunidades específicas como para la humanidad entera.

III. Una crítica desde la epistemología de la complejidad

Desde las fuentes del pensamiento complejo, Edgar Morin plantea que la concepción estándar de la ciencia, fundada en lo que él denomina *paradigma de la simplificación*, establece –como toda forma de conocimiento– un modo de organizar, ordenar y jerarquizar la información que obtenemos de la realidad, pero desconociendo la trama compleja que supone la misma. En efecto, la realidad fenoménica constituye un entramado de elementos heterogéneos que interactúan, se interrelacionan e influyen mutuamente, asimismo, posee constituyentes que se asocian y se separan constantemente experimentando ciertas determinaciones, pero también ciertos azares (indeterminaciones), lo cual, hace necesario poner orden, claridad y distinción a través del conocimiento en general y del conocimiento científico en particular con el fin de enfrentar lo incierto, lo ambiguo y lo confuso, pero sin desconocerlo (Morin, 1994, 31-33). Según esta corriente, tal heterogeneidad mutuamente interconectada se presenta en toda estructura humana en general y, también, respecto a sus elementos constituyentes, desde la familia y el grupo de pares hasta las comunidades científicas y el orden global, pues, en el fondo, el pensamiento complejo busca recuperar la auténtica condición humana signada por la complejidad, dado que, en palabras de Morin (1999), “el ser humano es a la vez físico, biológico, psíquico, cultural, social e histórico, es decir, una identidad compleja y común a todos los demás humanos” (p. 2). A su vez, esta perspectiva se relaciona íntimamente con lo que, desde las Ciencias Sociales, se conoce bajo el nombre de *enfoque sistémico*, puesto que, según éste, ninguna propiedad, entidad, relación o fenómeno de la realidad que intente ser abordado por la ciencia se halla aislado o desvinculado, sino que éstos aparecen siempre integrando un sistema complejo, donde entablan una variada gama de vínculos con otras propiedades, entidades, relaciones o fenómenos que pueden ser tanto internos –otros elementos constituyentes del sistema en cuestión– como externos –elementos extraños al sistema pero pertenecientes al contexto donde el mismo se desenvuelve– (Pereira Chaves, 2010). De este modo, la *epistemología de la complejidad* toma como punto de partida el hecho de que todo elemento del mundo, incluido el ser humano, no constituye un objeto aislado, sino que integra un sistema que

lo pone en contacto no solo con otros elementos propios de éste sino también con el sistema mismo y con otros elementos y sistemas externos a él. En este sentido, afirma Pereira Chaves (2010) que la propuesta epistemológica del pensamiento complejo presupone “una interacción entre seres humanos (unos con otros) y entre seres humanos y el medio ambiente (contexto), interacción sin la cual resulta imposible comprender nuestro lugar y nuestro papel en el universo” (p. 69). Así, dentro del pensamiento complejo, el conocimiento científico aparece como un modo más de organizar la experiencia humana, el cual, a su vez, está atravesado por múltiples factores pertenecientes a dimensiones de diversa índole: política, económica, social, histórica, moral, etc. El problema radica en que la concepción tradicional y hegemónica acerca de la ciencia, la concepción estándar, ignora este hecho fundante. Morin sostiene que tal ceguera se debe principalmente a los principios supra-lógicos que rigen el paradigma¹⁵ en el que circunscribe tal concepción (el paradigma de la simplificación), los cuales, condicionan nuestra forma de ver el mundo y, por tanto, la manera en que producimos el saber, muchas veces, sin que seamos conscientes de ello (Morin, 1994, 28 & 89).

Ahora bien, el paradigma de simplificación importa tres principios centrales, a saber: 1. El Principio de Reducción: implica tratar de explicar algo a través del análisis de sus elementos simples, lo cual, importa, en general, reducir lo complejo a lo simple (Morin, 1994, 30). En virtud de dicho principio el conocimiento supone la explicación del todo a través de las partes simples que lo conforman, por lo que operaría la reducción de un todo complejo a sus partes más simples ocultando los niveles emergentes y sus propiedades o dinámicas características que no pueden explicarse por la mera referencia exclusiva a sus constituyentes. Así, tal principio presenta la tendencia a reducir la realidad o ciertos fenómenos de la misma a un solo aspecto, invisibilizando los demás (Morin, 1999, 19). El desiderátum lo constituye la simplicidad, es decir, el deber de explicar cuestiones complejas en términos simples. 2. Principio de Disyunción: en razón de dicho principio el pensamiento y, por tanto, los saberes en particular se organizan en términos

¹⁵ Para Morin (1994) los paradigmas importan un modo general de organización del pensamiento gobernado por una serie de principios meta-lógicos que determinan de forma subrepticia nuestra manera de ver y entender el mundo y sus relaciones. Estrictamente hablando, estos modos genéricos de organizar el pensamiento suponen la selección, prioridad y promoción de conceptos maestros (conceptos amplios y elementales desde los que se busca organizar el modo de entender la realidad) y de operaciones lógicas maestras (formas generales de concebir las inferencias lógicas válidas) en detrimento de otros/as. Así, pues, el paradigma “designa las categorías fundamentales de la inteligibilidad y efectúa el control de su empleo. Los individuos conocen, piensan y actúan según los paradigmas inscritos culturalmente en ellos” (Morin, 1999, p. 9).

de dicotomías dejándose de lado lo intermedio, las interconexiones. De este modo, el pensamiento que se genera bajo la sombra de este principio es un pensamiento de tipo binario que entraña en su seno una disyunción excluyente, es decir, se organiza en disyuntos opuestos entre los cuales se establece una barrera irreconciliable. En este sentido, se plantea una separación entre lo que aparece unido, pues, se piensa en términos disyunción y no de conjunción (Morin, 1994, 89; 1999, 18). 3. Principio de Abstracción: a raíz de este principio el pensamiento y el conocimiento se limitan extraer formas comunes y estables detrás de la ‘aparente’ multiplicidad cambiante del mundo y, en tal sentido, importa la necesidad permanente de analizar, separar, descomponer y delimitar. En tal sentido, este principio tiene un doble aspecto, por un lado, implica unificar abstractamente anulando lo diverso y, por otro, yuxtaponer la diversidad sin concebir la unidad. En otros términos, este principio impide la unión compleja (*unitas multiplex*) entre lo uno y lo múltiple, ya que tienden a distinguir descomponiendo (disyunción) y unificar identificando lo que en la realidad compleja aparece vinculado (reducción). Podría decirse que este principio, constituye un corolario de los dos anteriores, ya que separa y descompone lo que está unido y, por otro lado, identifica y reduce lo diverso (Morin, 1994, 30; 1999, 20). Tales principios supra-lógicos –que determinan el modo de concebir y hacer ciencia– nos conducen a lo que Morin (1994, 1999) denomina una *inteligencia ciega*, caracterizada por una exacerbada racionalización (falsa racionalidad), una visión unidimensional y una tendencia a la completud. La racionalización consiste en la ilusoria pretensión de captar y encerrar toda la realidad en un sistema coherente descartando y tildando de mera apariencia a todo elemento de la misma que lo contradiga, lo cual, pone de manifiesto una razón no autocrítica. Por su parte, la unidimensionalidad implica considerar la realidad, propiamente compleja, a partir de un único concepto central o bajo un solo aspecto prioritario (una única dimensión), lo cual, genera una visión especializada y parcial del mundo. Por último, la completud importa la creencia artificiosa e inexacta de que la realidad puede ser develada en su totalidad a través de la razón no dejando lugar a la incertidumbre. En este sentido, la exigencia de completud implica la aspiración ingenua a la certeza total.

Siguiendo tales consideraciones, dicha inteligencia ciega generada a partir del paradigma de simplicidad es presentada por Morin (1994) como una patología del pensamiento en general y del conocimiento científico en particular, pues, nos lleva a pensar no solo a la realidad sino, también, al ser humano como un mero objeto privado

de su auténtica condición inherentemente compleja, lo cual, induce a concebir la ciencia desligada de toda valoración ética y política provocando una visión instrumental, fragmentada, irreflexiva y, por tanto, acrítica e irresponsable de la misma¹⁶. Por ello, advierte Morin que, si bien tenemos a nuestra disposición toda la tecnología y el saber suficiente para generar una vida digna a toda la humanidad y conservar el planeta, sin embargo, se hace todo lo contrario, poniendo en un grave riesgo a la humanidad misma a través del desarrollo descontrolado (ciego e irreflexivo) de la ciencia que produce armas de destrucción masiva, manipulaciones genéticas de todo orden, desequilibrios ecológicos, peligro de guerra, entre muchas otras (Morin, 1994, 27-31). En este sentido nos dice Morin (1994):

Desafortunadamente, la visión mutilante y unidimensional se paga cruelmente en los fenómenos humanos: la mutilación corta la carne, derrama la sangre, disemina el sufrimiento. La incapacidad para concebir la complejidad de la realidad antro-po-social, en su micro-dimensión (el ser individual) y en su macro-dimensión (el conjunto planetario de la humanidad), ha conducido a infinitas tragedias y nos condujo a la tragedia suprema. Se nos dijo que la política debe ser simplificante y maniquea (p. 31).

En efecto, el pensamiento simplificante y fragmentario que llevan a una inteligencia ciega produce, como bien destaca Pereira Chaves (2010), el debilitamiento del sentido de responsabilidad y de la solidaridad entre los seres humanos, puesto que los individuos ya no reflexionan sobre sus vínculos con el resto de los miembros de su comunidad, no se piensan como integrantes de un sistema más amplio (sociedad, Estado, planeta) al cual se deben en tanto que miembros del mismo. Como cabe observar, se trata de una problemática que no solo adquiere tintes socio-comunitarios sino también globales y ecológicos de gran envergadura que va más allá del ámbito científico-académico. Esto requiere de un firme compromiso ético-político que bien puede traducirse en relaciones y mecanismos institucionales de control recíproco entre la sociedad y los individuos a

¹⁶ Según Morin (1994), esto es así, dado que, por un lado, en virtud del principio de reducción (el todo se explica por el mero análisis de sus partes) se produce la *hiperespecialización* del conocimiento científico y, por otro, en razón del principio de disyunción (pensamiento descompositivo y dicotómico) se produce el divorcio entre ciencia y filosofía y, dentro del conocimiento científico, entre las ciencias físico-naturales y las ciencias sociales. Todo ello, genera un pensamiento fragmentado, la desconexión y descontextualización de los saberes que mina, directamente, la capacidad auto-reflexiva de la ciencia y del conocimiento humano en general (Grinberg, 2005).

través de la democracia y a través de la toma de conciencia a nivel general de que la humanidad debe comenzar a concebirse como una comunidad planetaria (Morin, 1999).

El logro concreto de tal compromiso ético-político solo puede llevarse a cabo a través de una profunda reforma del pensamiento que rompa y desgarre los viejos esquemas mentales pertenecientes al paradigma simplificador y fragmentario tomando una real conciencia de la condición humana inherentemente compleja, en razón de su interconexión no solo con los demás miembros de la comunidad sino también con la humanidad entera (Morin, 2007). Para lograr este cometido será necesario desarrollar una firme tarea pedagógica enfocada en la educación de los principios fundamentales del nuevo paradigma de la complejidad (Morin, 1999). Según Morin (1994), tales principios son: 1. El Principio Hologramático: representado en la idea del fractal, este principio, que se opone directamente a la reducción, se funda en la noción de holograma físico –de ahí su nombre– en el cual el menor punto de la imagen del holograma contiene la mayoría de la información del objeto figurado. Con ello se pretende explicar que no solamente la parte está en el todo, sino que el todo también se halla presente en la parte, al menos en sus rasgos más notables. Esta mutua relación todo/parte y parte/todo está presente en toda organización compleja. 2. Principio Dialógico: este principio permite establecer una relación dialéctica entre dos términos opuestos mostrando que, a pesar de ser contrarios, pueden complementarse dado que uno no puede concebirse sin el otro, como sucede con las dos caras de una misma moneda. Así, tal principio posibilita mantener la dualidad en el seno de la unidad. En este sentido, el conocimiento científico puede concebirse como auto-reflexivo y crítico de sí mismo afrontando las contradicciones, los azares, el desorden y las indeterminaciones de la realidad, poniéndose de manifiesto –por otra parte– su carácter falible. 3. Principio de Recursividad Organizacional: Este principio reza que todo lo que es producido (efecto) retorna e impacta en algún sentido sobre aquello que lo ha producido (causa) en un ciclo auto-constructivo, auto-organizador y auto-productor. Esto permite comprender que muchos procesos naturales y sociales son recursivos, es decir, que las causas productoras pueden llegar a ser efectos producidos o viceversa. Del mismo modo, la ciencia debe ser recursiva y volver sobre sí misma para reorganizarse en base a tal auto-reflexión. En este sentido, no es posible hablar de un avance científico meramente lineal y acumulativo, sino que el progreso se da a través de rupturas, discontinuidades, avances y retrocesos. Ahora bien, partiendo de tales principios, desde el paradigma de la complejidad se propone como solución general para

redireccionar el pensamiento oponer a la racionalización, unidimensionalidad y completud del paradigma simplificador, la racionalidad (se trata de un uso de la razón constructivo, abierto y crítico consistente en un dialogo permanente con la realidad aceptando las incertidumbres y las indeterminaciones, cambiando las teorías cuando estas se muestran erróneas evitando así caer en dogmas incuestionables; no se pretende que la realidad encaje en un sistema lógico perfectamente coherente como sucede con la racionalización del pensamiento simplificador), la multidimensionalidad (se busca comprender los fenómenos como parte de un sistema interconectado con otros elementos internos y externos, entender la realidad desde sus múltiples aspectos y concebirla como un todo solidario, de este modo, pensar la ciencia como un todo interconectado conformado por distintos saberes disciplinarios entre los que hay cierta transversalidad) y la complejidad (consiste en dejar de lado el ideal de certeza absoluta, pues, jamás se podrá lograr un saber completo de la realidad, siempre habrá algún aspecto sujeto al azar y a la incertidumbre, la complejidad no puede ser traducida a una lógica binaria y perfectamente consistente), respectivamente (Morin, 1994, 1999, 2007; Grinberg, 2005). En suma, el viraje mental hacia el paradigma de la complejidad, a fin de evitar las consecuencias negativas del desarrollo científico al amparo del paradigma de la simplicidad, estriba en asumir el compromiso ético-político de desarrollar mecanismos democráticos de control mutuo entre los individuos y la sociedad a través de una propuesta pedagógica que nos lleve –tomando como punto de partida los principios y esquemas metales mencionados– a adquirir una visión ecológica y global que sea capaz de hacernos tomar conciencia de nuestra verdadera condición humana (Pereira Chavés, 2010).

IV. El enfoque crítico desde el pensamiento decolonial y las epistemologías del Sur

Ahora bien, fuera del centro geopolítico euro-norteamericano, más concretamente en lo que usualmente se denominó tercer mundo –o bien “el Sur” como lo llama De Sousa Santos– han surgido también cúmulo de epistemologías contra-hegemónicas que bien podrían agruparse bajo el nombre más general de *Pensamiento Decolonial o Poscolonial* (De Sousa Santos, Quijano, Mignolo, Grosfoguel, Castro-Gómez, etc.)¹⁷. Teniendo

¹⁷ Huelga aclarar que, por razones que podrían catalogarse de índole didáctica, el término “decolonial” es aquí tomado como sinónimo de “poscolonial” aunque haya ciertos autores que los distinguen planteando que el poscolonialismo se halla entrampado en la posmodernidad que todavía oscila en registros categoriales eurocéntricos (Mignolo, 2007, 33). No obstante, otra parte de la literatura especializada ubica al pensamiento poscolonial dentro de los estudios decoloniales aunque distinguiéndolo de la perspectiva decolonial que maneja el *grupo modernidad/colonialidad* al plantear que los estudios poscoloniales

presente el contexto tercermundista, dichas epistemologías efectúan fuertes críticas a las concepciones más tradicionales sobre la ciencia bosquejando –asimismo– una propuesta emancipadora, ecológica y política sobre la ciencia y su metodología.

Desde esta perspectiva, la visión estándar aséptica de la ciencia, esto es, la visión amoral, apolítica y ahistórica de la ciencia se inscribe en lo que el pensamiento decolonial denomina *Paradigma dominante o de la dependencia*, pues, encarna un modelo global de racionalidad epistémica que excluye cualquier tipo de saber que no cumpla con las características mencionadas al inicio. Se trata de un modelo totalitario que niega el carácter racional a todas las formas de conocimiento que no se ajusten a los principios epistemológicos y a las reglas metodológicas de la concepción heredada¹⁸. Así, denuncian que, dentro del mentado paradigma, solo el conocimiento científico –concebido en sus propios términos– constituye la única forma auténtica de conocimiento legítimo, despreciando y ocultando, a su vez, toda otra modalidad que no se adecúe a sus rígidos cánones como, por ejemplo, el saber del sentido común, la filosofía, la teología, los estudios humanísticos, filológicos, jurídicos o literarios (De Sousa Santos, 2015, 21). Siguiendo estos parámetros, conocer significa cuantificar, medir, calcular, reducir, dividir y clasificar fenómenos objetivos de la realidad: los hechos se reducen a sus dimensiones externas, observables y mensurables. El conocimiento científico es entendido en términos de causas eficientes, las leyes revelan cómo funcionan las cosas prescindiendo de la indicación del agente y la finalidad. Sus presupuestos meta-teóricos principales son el mecanicismo y el ideal de progreso. La idea del mundo como una máquina confiere el orden y la estabilidad necesaria para poder hablar de regularidades en la naturaleza y, consecuentemente, formular leyes que permitan predecir lo que sucederá en el futuro. Por otro lado, la predicción mediante leyes otorgará un mayor control de los fenómenos naturales, lo cual, nos permitirá funcionalizarlos de acuerdo a nuestros intereses y necesidades conduciéndonos –supuestamente– al progreso humano (De Sousa Santos, 2003, 65-74). Dichas regularidades –postulan– no solo tienen lugar en la realidad natural

acentúan el aspecto semiótico como factor sobredeterminante de las relaciones económico-políticas (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007, 16). Por su parte, De Sousa Santos (2015, 347) habla únicamente de pensamiento poscolonial dentro del cual distingue entre las versiones dominantes y la de oposición. En la primera ubica a autores como Mignolo, Dussel y Quijano, mientras que en la segunda se sitúa a sí mismo. Hechas estas salvedades y teniendo en cuenta los íntimos nexos entre estas posiciones, emplearé como sinónimos

¹⁸ En palabras de Sousa Santos podría decirse que existe un *privilegio epistemológico* consistente en que la ciencia moderna (conocimiento científico) se erige como el único conocimiento legítimo (De Sousa Santos, 2015, 81), esta visión también es denominada por Castro-Gómez como *hybris del punto cero* (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007; Mignolo, 2010, 20 y 30).

sino también en la realidad social, razón por la cual es posible aplicar el mismo método para el estudio de las sociedades humanas. Paradójicamente, es justo dentro de este paradigma donde el estado actual de las ciencias sociales podría calificarse como atrasado dada la complejidad fáctica y metodológica de hallar leyes universalmente válidas mediante las cuales se logre explicar los cambios y comportamientos sociales (De Sousa Santos, 2015, 26-29). Teniendo en cuenta tales apreciaciones no es difícil imaginar el origen y las razones del actual desprestigio mundial que padecen las artes, las humanidades o los saberes tradicionales, los cuales, no solo no son tenidos en cuenta en los espacios científico-académicos por su pretendida falta de rigor, exactitud y predicción, sino que son tildados de pueriles e inútiles desde la óptica de la economía de mercado global.

Ahora bien, de modo análogo a lo planteado por Morin, los pensadores decoloniales sostienen que este paradigma encarna una *epistemología de la ceguera*, pues, a pesar de que se imponga como la única concepción del saber válida y verdadera presenta enormes distorsiones no solo en cuanto a la representación de sus límites sino también en cuanto a la consideración de sus consecuencias (De Sousa Santos, 2015, 62-63). Con respecto a lo primero, esto es, la distorsión referida a la representación de sus propias limitaciones, quienes se ubican dentro de dicho paradigma no son conscientes del gran nivel de discrecionalidad en la selección de qué es relevante y en qué grado, debido a que no observa los fenómenos directamente sino ciertas escalas de los mismos y desde cierta perspectiva, por lo que, al cambiar la escala o la perspectiva cambia el fenómeno observado, sin mencionar que cada escala y perspectiva distorsiona o esconde otros fenómenos o aspectos. Tampoco son conscientes del carácter artificial de la intemporalidad de sus objetos de estudio, dado que todo objeto tiene una localización temporal determinada, ni de que su interpretación y evaluación se encuentra deformada ya que tales sus objetos de estudio se insertan en ámbitos políticos y culturales más amplios cuya transformación social promete garantizar. Como se sabe, estos aspectos dependen del conocimiento de los agentes –autorías–, de las prácticas de su conocimiento –inteligibilidad– y de sus proyectos, pero como este paradigma produce cuerpos dóciles y cuerpos extraños a raíz de su visión única jamás podrá lograr el cambio emancipatorio prometido según el ideal ilustrado en el que se inspira (De Sousa Santos, 2015, 65-78).

Por otra parte, las consecuencias de la ceguera conducen a la primacía absoluta del conocimiento-regulación por sobre el conocimiento-emancipación, donde el primero

supone una trayectoria entre un estado de ignorancia caótico y un estado de saber que implica un orden, mientras que el segundo importa un trayecto entre un estado de ignorancia que consiste en el colonialismo y un estado de saber basado en la solidaridad (De Sousa Santos, 2015, 79-83; 2003, 86-90). Esta prioridad causó la recodificación del conocimiento-emancipación en los términos del conocimiento-regulación, por lo cual, “el saber del conocimiento-emancipación pasó a ser la ignorancia del conocimiento-regulación (la solidaridad recodificada como caos), e, inversamente, la ignorancia del conocimiento-emancipación pasó a ser el saber del conocimiento-regulación (el colonialismo recodificado como orden)” (De Sousa Santos, 2015, 64). Así, la visión tradicional de la ciencia cree ilusoriamente que llevará al progreso y emancipación humana cuando en realidad ha colocado como lugar de ignorancia la solidaridad epistémica y como regla principal el colonialismo¹⁹, causando un *epistemicidio*, esto es, el ocultamiento, silenciamiento y eliminación de conocimientos alternativos y, por tanto, la destrucción de prácticas sociales y descalificación de agentes sociales que actúan de acuerdo al conocimiento alternativo cuestionado (De Sousa Santos, 2015, 81).

Con todo, el pensamiento decolonial o poscolonial no se queda únicamente en el análisis y en la crítica epistemológica del paradigma dominante, sino que también examinará el mismo desde una perspectiva política, económica y social. En efecto, el pensamiento decolonial no solo plantea que existen formas coloniales de conocimiento organizadas en torno a relaciones centro-periferia y a jerarquías género-étnico-raciales por las que se postula la superioridad del conocimiento euro-norteamericano y, la consecuente, deslegitimación, ocultamiento y supresión de conocimientos subalternos, sino que además de este tipo de dominación existe un sometimiento económico, político, jurídico y administrativo generado a partir del sistema capitalista, el cual, no es concebido como un mero sistema económico y cultural sino también como una red global de poder integrada por procesos económicos, políticos y culturales cuya conjunción mantiene todo el sistema²⁰. En este sentido, el planteo es claro: con la descolonización –producida entre los siglos XIX y XX a través de la independencia político-jurídica de las zonas periféricas– no ha finalizado el colonialismo, este ha mutado en una red difusa y global

¹⁹ No es concebido como una forma de violencia y sumisión de la otredad sino como una misión civilizadora de la cultura occidental moderna (De Sousa Santos, 2015, 339).

²⁰ Es por ello que se habla de *heterarquía*, esto es, la constante articulación enredada de múltiples regímenes de poder que no se reducen a lo económico como planteaba el marxismo (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007, 14).

de dominación que, si bien, sigue siendo político-jurídica también es económica, epistémica y cultural (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007, 17-20; Mignolo, 2007, 31-32).

Ante tal situación, los partidarios del pensamiento decolonial plantean tomar conciencia de lo que denominan la *geo-corpo-política del conocimiento*, esto es, que todos los conocimientos son manifestaciones culturales construidas por alguien ubicado en un espacio y un tiempo determinado y, por tanto, constituyen prácticas sociales localizadas que responden a ciertas finalidades –como lo es toda acción efectuada por un agente–. En términos más simples, todo conocimiento –incluido el científico– en tanto que práctica social responde a “los factores geohistóricos y biográficos que piden cierto tipo de conocimiento y no otro; cierto modo de conocer y no otro” (Mignolo, 2010, 18). Esto permite pensar el porqué de innumerables categorías conceptuales, las cuales, corrido el velo de neutralidad y ahistoricidad, se muestran como arbitrarias. Nos permite reflexionar acerca de la imposibilidad de un conocimiento y un sujeto cognoscente descarnado y a-histórico, nos ayuda a tomar conciencia de la matriz colonial de poder que elabora saberes considerados legítimos y que crea lugares de no saber, de no pensamiento y de subdesarrollo en base a un sistema racial que prioriza el modo de hacer occidental. En este sentido, Mignolo (2014) afirma que:

El supuesto básico es que el conocedor siempre está implicado *corpo* y geopolíticamente en lo conocido, aunque la episteme moderna (la *hybris* del punto cero) ha logrado encubrir ambas dimensiones y crear la figura del observador desapegado, un buscador de verdades y objetividades neutrales, que al mismo tiempo controla las reglas disciplinarias y se sitúa en una posición privilegiada para evaluar y definir (p. 14).

De este modo, afirman que existe una matriz colonial de poder (economía, autoridad, género, episteme, subjetividad)²¹ que privilegia epistémicamente al primer mundo y determina, por tanto, la distribución del trabajo científico. Hay una dependencia científico-académica de los países del Sur respecto a los euro-norteamericanos en razón

²¹ La actual matriz colonial de poder que constituye la lógica subyacente de dominación deriva de la reconfiguración de la relación asimétrica de poder estructurada entre el colonizador y el colonizado que establece diferencias inconmensurables entre ambas imágenes generando identidades opuestas y excluyentes, lo cual, justifica un sistema de jerarquización social que abarca todos los órdenes y que produce una discriminación que, según el contexto histórico, social y geográfico particular, es codificada como sexual (género), racial, étnica, religiosa, antropológica, nacional, entre otras (Quijano, 2006).

de que los diseños científicos responden a las necesidades de estos últimos, poder que en alguna medida se basa en los recursos materiales (Mignolo, 2010, 20-21).

Tal toma de consciencia resulta fundamental para emprender la *desobediencia y desenganche epistémico* que posibilitará, a su vez, la creación de conocimiento decolonial como paso indispensable para construir sociedades no coloniales, justas y democráticas. Así, la opción decolonial aparece como la des-occidentalización²² a partir de la toma de conciencia de la herida colonial (Mignolo, 2010, 9-12). Es lo que De Sousa Santos menciona como *aprendizaje desde el Sur* a través de la epistemología y sociología de las ausencias que supone poner sobre el tapete y revalorizar los modos alternativos de conocer, para luego elaborar un nuevo sentido común basado en la solidaridad de esos modos alterativos incluida la ciencia moderna con el fin de lograr la emancipación, puesto que, después de todo, las prácticas sociales son también prácticas de conocimiento (De Sousa Santos, 2015, 83-91). De este modo, se pasa de una epistemología de la ceguera a una epistemología de la visión (donde el colonialismo ocupa el lugar de la ignorancia y la solidaridad el lugar del saber).

5. Consideración final

En este punto, podemos afirmar que ambos enfoques poseen importantes analogías, pues, reconocen y ponen en tela de juicio a la visión tradicional de la ciencia (paradigma de la simplicidad/paradigma de la dependencia) reconociéndola como un paradigma hegemónico que produce consecuencias semejantes (ahistoridad, progreso lineal, neutralidad ético-política, fragmentación epistémica, deslegitimación de saberes alternativos o subalternos, etc.), las cuales, imposibilitan una percepción real de los saberes humanos en general y del conocimiento científico en particular. A su vez, emplean similares categorías epistémicas valorativas o normativas (ceguera epistemológica, epistemicidio, desobediencia epistémica, desgarramiento humano y cultural, herencia de la muerte, etc.) y asumen una visión general, pero, a la vez, contextual de los conocimientos humanos, en tanto que prácticas sociales situadas, pero con ciertas articulaciones globales. Simultáneamente, sostienen una perspectiva multidisciplinar e inclusiva que pone en pie de igualdad a los distintos saberes de que dispone el ser humano adoptando una finalidad humanista que permite considerar dentro

²² La clave para comprender el pensamiento decolonial es entenderlo como la desvinculación y la confrontación constante con el nor-eurocentrismo, es decir, la idea de que la cultura humana en general ha alcanzado su grado máximo de desarrollo con la civilización occidental, representada exclusivamente por Europa y Norteamérica (Quijano, 2000).

de las cuestiones epistémicas el respeto por la dignidad humana, la democracia y el medio ambiente. Por otra parte, cabe destacar que, si bien ambos establecen un distanciamiento crítico –con fuertes tintes no solo epistémicos sino éticos y políticos– de la concepción estándar de la ciencia, incluyen los aportes de la ciencia moderna dentro del fin emancipatorio como uno de los saberes situados que debe articularse armónicamente con los demás, dando lugar a una visión global del conocimiento y a una ecología de saberes (Morin, 1999; De Sousa Santos, 2015).

A pesar de tales coincidencias, es posible identificar varias diferencias de las que por razones de espacio quiero mencionar solamente dos, a saber: 1. El paradigma de la complejidad hace mayor hincapié en el fomento y respeto por ciertos valores epistémicos y éticos como, por ejemplo, la dignidad humana, la democracia, la apertura, la autorreflexión o el diálogo (perspectiva más volcada a la crítica ética), mientras que el pensamiento decolonial mira las cosas desde las relaciones de poder (económico, político y social) que atraviesan la producción y distribución del saber, es decir, el pensamiento decolonial se enfoca en hacer una crítica teniendo en cuenta, especialmente, los factores económicos, sociales y políticos (perspectiva más volcada hacia la política). 2. Mientras que el paradigma de la complejidad intenta reformar las estructuras del pensamiento más básicas y generales para luego, una vez hecho esto, enfocarse en sus aplicaciones particulares teniendo en cuenta los rasgos locales de las diferentes comunidades, el pensamiento decolonial toma como punto de partida la construcción de los saberes desde las diferentes localidades rompiendo con el esquema colonial occidental hegemónico para luego proceder a una articulación más general de los saberes particulares así desarrollados.

No obstante, pienso que estas divergencias, lejos de posicionarlas como perspectivas irreconciliables, antes bien, permiten vislumbrarlas como complementarias, lo cual, se pone de manifiesto en el hecho de que ambas proponen articulaciones multidimensionales que, según creo, permiten acercarlas a fin de brindar conjuntamente una visión más integral del saber humano, de la ciencia y del conocimiento científico. Por ello, es que ambas perspectivas convergen, a fin de cuentas, en una propuesta científico-académico-pedagógica que supone no solo una visión sino también un fuerte compromiso ético-político con una clara finalidad emancipadora e inclusiva del saber humano en general (Morin, 1999; De Sousa Santos, 2015).

En suma, creo que estas breves reflexiones desde el pensamiento complejo y decolonial nos hacen ver que nuestras nociones intuitivas acerca de qué es la ciencia, cuál es su finalidad, cómo funciona y cuáles han de ser los métodos adecuados para la producción científica están marcadas por la epistemología tradicional de corte positivista que concibe a la misma como el corpus legítimo de saberes verdaderos y justificados que retratan fielmente la realidad exterior y que nada tienen que ver con los valores, la ética y la política. Sin embargo, la ciencia no puede ser exclusivamente explicada como resultado de la aplicación de métodos puramente lógico-rationales que garantizan su verdad y objetividad, pues, si de lo que se trata es de adquirir una visión íntegra del asunto no podemos desatender sus circunstancias de producción (Velázquez, 2020). Entender que la investigación científica importa la construcción social del conocimiento, implica comprender que “la actividad científica se produce siempre en un determinado contexto social y, por tanto, está determinada por los intereses de los correspondientes actores sociales” (Echeverría, 1998, 24). Más aún, ésta responde a una red difusa y global multinivel, esto es, política, jurídica, económica, lingüística y cultural, en donde existe una lógica colonial que determina el diseño y distribución del trabajo científico (esquemas raciales, étnicos, de género, etc.). Justamente el pensamiento decolonial, en la misma línea que las epistemologías del sur y que el pensamiento complejo, plantea la pluriversalidad, es decir, la búsqueda constante de conocimientos y de criterios de validez que otorguen visibilidad y credibilidad a las prácticas cognoscitivas de las clases, pueblos y grupos sociales históricamente marginados, explotados y sometidos por el colonialismo y el capitalismo globales (De Sousa Santos, 2015, 12). En definitiva, ambos pensamientos ponen de manifiesto que la visión aséptica, neutra e instrumental de la ciencia nos lleva a un desarrollo ciego que pone en peligro nuestra propia existencia y la de nuestro planeta. Asimismo, nos permite ser acreedores de una concepción menos ingenua y más real de la ciencia, su funcionamiento y sus consecuencias, siendo capaces de juzgarla a través de estándares ético-políticos. Después de todo, ser consciente de tales cuestionamientos no significa rechazar o desconocer de plano el valor de los aportes de la concepción heredada sino, mirar tales aportes desde una perspectiva crítica, considerando sus ingenuidades, sus limitaciones y sus ocultamientos, pues, como afirma Morin, la complejidad no anula la simplicidad, sino que la contiene y la resignifica (Grinberg, 2005).

Bibliografía

Ayer, A. J. (1981). *El Positivismo Lógico*, México: FCE.

- Bunge, M. (1991). *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Argentina: Siglo Veinte.
- Bunge, M. (2006). *100 ideas*, Buenos Aires: Sudamericana.
- Castro-Gómez, S. y Grosfoguel, R. (2007). Prologo. Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico, en Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel (Eds.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 9-24), Bogotá: Siglo del Hombre.
- Chalmers, A. (1990). *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, Madrid: Alianza.
- Comte, A. (2014). *Discurso sobre el Espíritu Positivo*, Buenos Aires: Claridad.
- De Sousa Santos, B. (2003). *Crítica de la Razón Indolente: contra el desperdicio de la experiencia*, España: Ed. Desclée de Brouwer.
- De Sousa Santos, B. (2015). *Una epistemología del Sur*, México: Siglo XXI.
- Díaz, E. (2007). *Entre la tecnociencia y el deseo. La construcción de una epistemología ampliada*, Buenos Aires: Biblos.
- Echeverría, J. (1989). *Introducción a la Metodología de la Ciencia. La Filosofía de la Ciencia en el siglo XX.*, Barcelona, España: Barcanova.
- Echeverría, J. (1998). *Filosofía de la Ciencia*. Madrid, España: Akal.
- Ferraiolo, W. (2001). *Metaphysical Realism, Diálogos*, Revista del Dto. De Filosofía, Universidad de Puerto Rico, 36 (77), 69-96.
- Ferrater Mora, J. (1979). *La filosofía actual*, Madrid: Alianza Editorial.
- Gaeta, R. y Lucero S. (2000). *Imre Lakatos. El falsacionismo sofisticado*, Buenos Aires: Eudeba.
- Glavich, E., Ibañez, R., Lorenzo M. y Palma, H. (1998). *Notas introductorias a la filosofía de la ciencia. La tradición anglosajona.*, Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Grimaldi Rey, D. y Cardenal de la Nuez, M. E. (2006). *Introducción a la sociología*, España: Universidad de las Palmas de Gran Canaria.
- Grinberg, M. (2005). *Edgar Morin y el pensamiento complejo*, Buenos Aires: Campo de ideas.

- Guibourg, R. A., Ghigliani, A. M., Guarinoni, R. V. (2004) *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires: Eudeba.
- Mignolo, W. D. (2007). El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto, en Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel (Eds.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 25-46), Bogotá: Siglo del Hombre.
- Mignolo, W. D. (2010). “Desobediencia Epistémica (II), Pensamiento Independiente y Libertad De-colonial”, *Otros Logos*, Revista de Estudios Críticos, 1 (1), Universidad Nacional del Comahue, 8-42.
- Morin, E. (1999). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, trad. Mercedes Vallejos Gómez, París: UNESCO.
- Morin, E. (2007). *La cabeza bien puesta*, Buenos Aires: Buena Visión.
- Morin, E. (1994). *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, España: Gedisa.
- Nino, C. S. (2013). *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Pereira Chaves, J. M. (2010). Consideraciones básicas del pensamiento complejo de Edgar Morin en la educación, *Educare*, 15 (1), 67-75.
- Popper, K. (1983). *Refutaciones y conjeturas*, Buenos Aires: Paidós.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”. En Edgardo Lander (comp), *La colonialidad del saber. Eurocentrismo y ciencias sociales*, (pp. 122-151), Buenos Aires: CLACSO.
- Quijano, A. (2006). Don Quijote y los molinos de viento en América Latina, *Pasos*, 127, Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI), 2-14.
- Saltor, J. E. (2005). La verdad, en Jorge E, Saltor (Comp.), *Reflexiones en torno a la verdad* (pp. 99-120), Tucumán: Instituto de Epistemología, UNT.
- Velázquez, H. J. (2020). De la neutralidad valorativa a un nuevo pacto social entre ética, ciencia y tecnología. *Ciencia y Sociedad*, 45(3), 25-44.
- Zavadivker, N. J. (2011). La ética y los límites de la argumentación moral. El desafío del emotivismo, Tucumán: UNT.

COVID-19 PANDEMIC: A PROMISSORY OPPORTUNITY FOR A STRONGER EUROPEAN UNION-LATIN AMERICA PARTNERSHIP**PANDEMIA DE COVID-19: OPORTUNIDAD PROMISORIA PARA UNA ASOCIACIÓN MÁS FUERTE ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y AMÉRICA LATINA**

González Franco J. D.

Pontificia Universidad Católica del Ecuador*

Ojeda Chamba J. J.

Escuela Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores de España

Abstract: Latin America and Europe share important historical, economic, cultural and migratory ties; paradoxically, a bi-regional understanding has not been fully reached and now it is being tested by the advance of the COVID-19 pandemic and its effects on the already weakened global multilateralism. In this sense, there are several internal and external challenges that the pandemic has posed for both regions. On one side, a confronted European Union in its internal divisions, a growing euroscepticism and the goal of leading an integral transformation towards a greener and digital economy for positioning itself as an influential geopolitical actor amid US-China tensions. On the other side, a disintegrated Latin America immersed in the greatest economic, social and health crisis in its history, which has been intensified with the continuous years of low economic growth and social discontent. In this context, this essay's objective is to identify how the pandemic has deepened existing and emerging weaknesses in these regions and then, to propose potential main axes –economic recovery, environment, democratic institutionalism, migration, gender and health- for a postCOVID-19 cooperation agenda.

Keywords: COVID-19 pandemic, bi-regional cooperation agenda, European Union-Latin America partnership, multilateralism

Resumen: América Latina y Europa comparten importantes lazos históricos, económicos, culturales y migratorios; paradójicamente, un entendimiento birregional no se ha alcanzado plenamente y ahora está siendo aún más desafiado por el avance de la pandemia de COVID-19 y sus efectos sobre el multilateralismo global ya debilitado. En este sentido, son varios los retos internos y externos que la pandemia ha planteado para ambas regiones. Por un lado, una Unión Europea que enfrenta sus divisiones internas, un euroescepticismo creciente y el objetivo de liderar una transformación integral hacia una economía más verde y digital, para posicionarse como un actor geopolítico influyente en medio de las tensiones entre Estados Unidos y China. Por otro lado, una América Latina desintegrada e inmersa en la mayor crisis económica, social y sanitaria de su historia, que se ha intensificado tras los continuos años de bajo crecimiento económico y descontento social. En este contexto, el objetivo de este ensayo es identificar cómo la pandemia

*Correo de contacto: daitagonzalezf@gmail.com

ha profundizado las debilidades existentes y emergentes en estas regiones y luego, proponer potenciales ejes –recuperación económica, ambiente, institucionalismo democrático, migración, género y salud- para una agenda de cooperación posCOVID-19.

Palabras clave: pandemia de COVID-19, agenda de cooperación birregional, asociación Unión Europea-América Latina, multilateralismo.

Recibido 30 de abril 2021

Aceptado 25 de junio 2021

I. Introduction

The European Union and Latin America have established a friendly, but asymmetric, relationship mainly reflected in a dynamic commercial rapprochement and a growing international cooperation policy that the EU deploys in the region. However, the COVID-19 pandemic marks a before and after in bilateral relations since there are economic, social and political challenges that both blocks face, which at the same time represents an opportunity for the reconfiguration of their relations into a more ambitious, horizontal and multilateral cooperation agenda. Therefore, this essay proposes the establishment of a bi-regional cooperation agenda, based on a selective inter-regionalism approach that makes of this partnership a benchmark for the recovery of trust and credibility in multilateralism and the strengthening of EU strategic autonomy. Regarding methodology, this essay is expository because it provides a clear and focused explanation of the topic, using information from secondary sources such as institutional reports, official government documents, official statements and articles, which together support the proposed topic of this essay.

II. European Union on test again

Undoubtedly, the COVID-19 pandemic has impacted worldwide in many aspects and the EU has not been the exception. Until April 22nd 2021, there are 29 441 874 confirmed cases and 662 622 deaths in the European Union and the European Economic Area (European Centre for Disease Prevention and Control, 2021).

On 16 September 2020, the President of the European Commission Ursula von der Leyen (2020: 3-15), during the annual State of the Union (SOTEU), expressed to the European Parliament the main guidelines for the region, summarizing them: to protect citizens' health and to deepen efforts on a vaccine against COVID-19; to avoid unemployment by protecting jobs, workers and companies with measures like the temporary program "Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency (SURE)"; to strengthen the NextGenerationEU agreement (recovery plan proposed in May 2020); to focus on the European Green Deal and the revision of energy legislation; to develop more technology such as artificial intelligence and data management and infrastructure;

to support international institutions like United Nations, World Health Organization and World Trade Organization; to enhance the processes of migration and the conditions for refugees; to fight against racism; and to build solid partnerships with global partners. In words of President von der Leyen “we will need to build a resilient, green and digital Europe”.

It can be perceived that the EU has well defined priorities for this year. Nonetheless, there are some challenges to deal with internally and externally. On one hand, there are not only social and economic factors to take into account internally, but also the “union” of countries itself. According to Hans-Joachim Bürkner (2020), there is no clear origin for euroscepticism, but anti-EU movements could have emerged during the last decade due to some events such as: the different responses towards the refugee crisis (Germany showed hospitality, but Austria, Hungary closed borders), the EU political interventions in the Ukraine conflict, Brexit and the Eurozone crisis that includes the case of Greece and other South European countries, the division between those supporting (e.g., Spain, Portugal) and those objecting (e.g. Greece) austerity policies of the European Central Bank and the International Monetary Fund.

Euroscepticism gained support lastly due to a reinforcement of nationalism by arguing that the EU does not contemplate local interests, which also led to a reappearance of right-wing political parties and new radical populism. Amid COVID-19 pandemic, a central controversy between northern and southern European countries was the proposal of issuing “corona-bonds” to reactive economy, whose guarantee and risk are shared among all the EU members, countries like Spain and Italy agree with the initiative, but others such as Germany and the Netherlands do not (Centre International de Formation Européenne, 2020).

Regarding this matter, in an interview with EURACTIV’s media partner EFE in April 2020, President von der Leyen explained that “populism and nationalism provide no answers”. She also emphasized that the common efforts of the EU against COVID-19 has turned into more than 3 trillion euros. “We’ve seen ventilators from Germany and medical supplies from Lithuania help to save lives in Spain. We have seen patients from Italy and France treated in hospitals in Luxembourg, Czechia and elsewhere.” (Martos, 2020).

On the other hand, it is also necessary to have an overview of the EU within the external scenario, principally with two actors: United States and China. It is known that before the pandemic these countries were already immersed in a trade war since Washington claimed that Beijing was having unfair trading practices, so both started to impose tariffs (Hass, R. and Denmark, A., 2020). However, the differences deepened during the pandemic since President Donald Trump referred to the coronavirus as “Chinese Virus” and he also accused China and the WHO of not being transparent about it (BBC News, 2020).

In the SOTEU, President von der Leyen (2020: 15-17) affirmed that the relation with China is “one of the most strategically important and one of the most challenging [...] China is a negotiating partner, an economic competitor and a systemic rival.” Besides, she recognized that the EU and China “promote very different systems of governance and society” and that there are still imbalances

on trade and investment. Concerning the US, she highlighted that even if the EU disagreed with the latest Trump Administration decisions and independently of the 2020 elections result, the EU “will always cherish the transatlantic alliance [...] we are ready to work *together* on reforming the international system we built *together* [...].”

The international arena turned even more uncertain with the pandemic, the US-China rivalry and the 2020 US elections. Hence, the role of the EU will be crucial. The expression “European strategic autonomy” is not new, but it has gained prominence lately. Generally, it has been related to security and defense issues (Fiott, 2018). According to Ulrike Franke and Tara Varma (2019), “European strategic autonomy is [...] one of many concepts that seek to a more capable, independent EU at a time of growing geopolitical competition”.

In April 2020, President of the European Council, Charles Michel, mentioned “it is of utmost importance to increase the strategic autonomy of the Union and produce essential goods in Europe” probably referring to the shortage of medical supplies during the worst of the pandemic, which affected many European countries such as Spain (European Council, 2020). Additionally, in September 2020, in his speech at the Brussels Economic Forum he talked about Europe’s Recovery Plan, the effective response to protect citizens and livelihoods; and there, he defined strategic autonomy as a “vital objective” and “goal number one for our generation” (European Council, 2020). President Michel explained that strategic autonomy does not mean protectionism, but the contrary, and that European autonomy has already been part of many phases: the formation of the single market, the Schengen area, the Treaty of Lisbon (European Council, 2020).

During the Cold War, Europe built its economic bloc and it was aligned with US containment. After the collapse of the Soviet Union, Europe aimed to global economic interdependence and to shift post-communist economies from political adversaries to partners by integrating their economies. Now, “strategic autonomy is emerging as a guiding principle for Europe’s international leadership” (Hellendoorn, 2020). Consequently, strategic autonomy embraces military, political, technological and economic characteristics and one could consider that EU vision is not to be among two players in the international order, but to become one great player. Thus, the bloc is working on having a strong position politically and economically in the world.

III. Latin America facing the greatest crisis in its history

The COVID-19 pandemic positions Latin America as one of the most affected regions with 28 146 902 registered cases and 896 072 deaths until April 26, 2021. Before the health crisis, the region was already going through some economic problems. Germán Ríos (2020: 2) states that, according to the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), the region’s economic growth was of 0.1% in 2019%. This situation can be explained by a combination of structural factors: the decrease of exports intensified by the US-China trade war, the reduction in raw materials prices and the tightening of global financial conditions (Hernández, 2020: 12). Precisely, those conditions have marked the period 2014-2019 as the one with the lowest economic growth in the

region since the decade of 1950 (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2020).

ECLAC estimates that the pandemic will be the most severe crisis in Latin America's history and its effects threaten to destroy the social and economic advances achieved in decades (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2020). In fact, the IMF estimates that Latin America's income levels before the pandemic will recover in 2023 and per capita income levels in 2025 (International Monetary Fund, 2021). In the report "Regional Economic Outlook for Western Hemisphere" of October 2020, the IMF predicts that the Latin American economy would experience a contraction of -8.1%, which is much greater than the one registered during the 2008 global financial crisis. Likewise, it estimates that the most affected countries will be Venezuela, with a decrease of -25%; Peru -13.9%; Mexico -9%; Argentina -11.8%; Brazil -5.8%; Colombia -8.2%; Chile -6% and Ecuador -11%. Among the countries with the best expected economic performance are Paraguay (-4%) and Uruguay (-4.5%) (International Monetary Fund, 2020).

Despite the diverse crises in Latin America's history, the difference today is that the effects of the pandemic appear on several fronts and at the same time. The decline in global demand due to the imposition of worldwide lockdowns led to a disruption of global supply chains and a significant drop in Latin American exports, whose value has decreased by 15% in 2020. Besides, the region has experienced a significant capital flight (especially to the US) that the IMF estimates at 30 billion dollars only during the first trimester of 2020. This has resulted in the devaluation of Latin American currencies and the governments' inability in financing the response to the crisis in the short term. Tourism is also strongly affected with severe implications for Central America and the Caribbean. Moreover, the economic crisis in Europe and US has caused the decline in migrant remittances on which many Latin American economies depend (Ríos, 2020: 3-5).

Thus, social prospects are hopeless in a region where nearly 50% of the population works in the informal sector and 38% of workers have no access to any form of social protection (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2020). In fact, ECLAC projects that in 2020 29 million people will fall into poverty and 16 million into extreme poverty; passing from 186 million poor people in 2019 to 215 million in 2020 and from 67 million people to 83 million in extreme poverty (Hernández, 2020: 15). In terms of employment, the International Labor Organization (2020) estimates that 34 million people have lost their jobs in Latin America due to the pandemic. The Organization for Economic Cooperation and Development also emphasizes that the pandemic affects in a disproportionately way to women because in most Latin American countries they are the most likely group to have an informal job (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2020).

1. The absence of a coordinated regional response

Globalization has implied the creation of consensus spaces or global agendas to face various common issues. Latin America has not been able to consolidate itself as a region with a single capable voice of playing as a significant

geopolitical actor on the international stage. Although the region has developed a variety of integration attempts, it has resulted in an oversupply of integration processes that, far from articulating a regional vision, has ended up dividing it even more (Rojas, 2008).

Some causes of Latin American regional disengagement are: the weakness of democracy and governance; the nonexistence of effective regional mechanisms for conflict resolution and of non-ideologized regional leaderships; the poverty that makes Latin America the world's most unequal region; a deficient cohesion despite the common history and traditions; the heterogeneity of development models; and, the lack of a common commercial policy (Forero, 2010). In this way, the pandemic took Latin America devoid of regional spaces for cooperation. This is evident by the type of governmental responses, characterized by their absence of coordination and the plurality of reactions that range from strict quarantines to the denial of the seriousness of the disease (Ríos Sierra, 2020).

From the Andean Community (CAN) and the Pacific Alliance, there have been no coordination initiatives that go beyond the commercial sphere. In Mercosur, despite the call of Argentinian President to establish a regional convergence space, the strong ideological differences with his Brazilian counterpart lead to a scenario of unilateralism. ALBA and UNASUR are going through terminal institutional crises. The economic situation in Venezuela is resulting in the end of the first one. Regarding UNASUR, 8 of its 12 members have temporarily or permanently suspended their membership after accusing it of being "ideologized". The Community of Latin American and Caribbean States (CELAC), which operates despite Brazil's unilateral suspension, is seen more as a forum that has issued very general and timid pronouncements on the pandemic (Ríos Sierra, 2020).

It could be said that the Central American Integration System (SICA) has conducted the most solid supra-state response after the declaration "Central America United against the Coronavirus"; compromising a USD 1.9 billion fund to mitigate the effects of the pandemic. Moreover, the work of the Pan American Health Organization stands out for its weekly reports, indicators and regional diagnostic and prognostic instruments that are useful for the national health strategies of member States. Hence, the pandemic has stressed the weak response capacity of Latin America in face of global threats (Ríos Sierra, 2020). The most immediate challenge lies in making the current crisis the definitive reason for configuring a solid regional integration far from antagonistic ideological components.

2. Democratic setbacks in times of pandemic

Before the pandemic, Latin America had witnessed a growing climate of social discontent in countries such as Venezuela, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Ecuador, Chile and Bolivia. The common governmental response was the use of the Armed Forces as element of social control, resulting in the erosion of Latin American democracies. Then, the entry into force of exceptional measures to control the transmission of COVID-19 has accentuated the

involvement of the Armed Forces in the public life of Latin American societies (Lührmann, Edgell and Maerz, 2020).

Peru stands out with its Police Protection Law (No. 31102) signed in March 2020 that sought to repeal the principle of proportionality and establish a presumption in favor of the Armed Forces and the Police when they use lethal force. There are also multiple videos during the first months of the pandemic in Ecuador, Dominican Republic and Mexico showing the arrest and use of force against people who did not wear a mask or violated the curfew. In Honduras, the NGO ACI registered the disproportionate repression against 106 peaceful demonstrations demanding food, water and medicine from the government (Verdes-Montenegro, 2020). A similar situation occurred in Ecuador after the police repression against doctors demanding better working conditions (Human Rights Watch, 2021). Colombia experienced massive protests after the murder of Javier Ordóñez by members of the National Police, for violating the curfew in Bogotá (BBC News, 2020).

In El Salvador and Brazil, there is an increasing rhetoric from President Nayib Bukele and President Jair Bolsonaro respectively in discrediting the decisions and powers of the Judicial and Legislative branches, as well as a constant appeal to the Armed Forces (Verdes-Montenegro, 2020). Furthermore, the pandemic has also coincided with the elections in Bolivia. The political polarization, that has undermined the trust in electoral institutions after the October 2019 crisis, worsened with the pandemic because it forced the postponement of the elections twice. After many violent protests, October 18, 2020 was defined as the final and definitive date (International Crisis Group, 2020). In the case of Peru, the confrontation between the Executive and Legislative powers provoked an important political crisis, which led to the change of 3 presidents in one week, in November 2020 (Cortés, 2020: 6).

Although it cannot be said that Armed Forces in Latin America are conspiring to break the democratic systems by taking advantage of the pandemic, it is very likely that their influence will continue to grow in a region with fragile institutions and a coming unprecedented social crisis.

IV. A renewed cooperation agenda for a reinvigorated EU-LAC partnership

The COVID-19 pandemic has emphasized the need to strengthen joint responses to global impact phenomena. Considering the background presented, the following part of this essay proposes the development of concrete agendas between Latin America and the EU, recognizing the challenges of both blocs, the potential of this bi-regional relation, and the fact that the EU is the main cooperator for Latin America (it has mobilised €3.6 billion in grants for bilateral and regional programmes between 2014-2020) (EU-LAC Foundation, 2020).

1. Cooperation for an economic recovery

The economic responses of the EU and Latin America to combat the effects of the pandemic reveal their asymmetries. While Europe makes use of its monetary capacity through the issue of “corona bonds” despite the division this

proposal caused initially (the value amounts to €750 billion), Latin America lacks a regional economic recovery strategy. In this way, new cooperation dynamics can be opened with Latin America as a priority region for European foreign action. Although the majority of Latin American countries are considered middle or high income nations, the pandemic has represented a substantial setback in the region's social progress. Many experts think that the EU could increase the aid budget to Latin America, which is firstly fixed on €918 million out of a total of €15.6 billion (Banchón, 2020).

Similarly, the Team Europe initiative called “COVID-19 Round tables” is a multisectoral program and has a direct impact on 10 of the 17 Sustainable Development Goals of the 2030 Agenda; the pilot exercise will be carried out in Argentina, Ecuador and Costa Rica (FIIAP Cooperación Española, 2020). This initiative has a budget of USD50 million in non-reimbursable funds and USD30 million in loans. The first round table was held in Ecuador in October, 2020. The objective was to provide a European-Ecuadorian response by identifying the most immediate needs during the crisis and post-recovery phase in Ecuador. The government presented health, food security and the preserving of dollarization as its priorities (Delegation of the EU to Ecuador, 2020). It is expected that this initiative would be replicated in more Latin American countries, in coordination with other EU-funded projects such as EUROSOCIAL+, EUROCLIMA+, etc., and the bilateral cooperation agencies of the EU member states in each country (FIIAP Cooperación Española, 2020).

Also, some experts remark that the best help that Europe can give to Latin America is the external debt relief. On one side, through international financing, Latin American governments can obtain funds to fight the pandemic in the short term; and in the medium and long term they can establish counter-cyclical economic measures to protect jobs, to strengthen social policies and to lead Latin American economies to more sustainable and egalitarian development models (Fundación Carolina, 2020: 8). Proposals like the establishment of an emergency basic income, which is applied in European countries such as Spain, are gaining support to be replicated in Latin America to prevent the aggressive increase of poverty. On the other side, Latin America and Europe can find mechanisms to renegotiate Latin American debt and to facilitate the access to emergency credits within international organizations such as the IMF or the World Bank (Cecchini, 2020: 9). Forums such as the G20, integrated by important Latin American and European countries, could be the space to promote a global governance agenda focused on strengthening multilateral credit institutions for the future economic and health recovery.

Spain has led the High Level Conference called "United in providing a response for Latin America and the Caribbean to COVID-19" in which Latin America was recognized as a key area for Europe and that its economic failure "poses a tremendous threat at a global level". With the support of nine Latin American presidents and the presence of senior representatives from the IMF, World Bank, ECLAC, Inter-American Development Bank and others, Spain wants to promote a new approach for international financing (Government of Spain, 2021).

2. Environment: a must for the EU, a challenge for Latin America

The commitment of the EU on climate change is undeniable even before the pandemic. Guided by the “Leave No One Behind” principle and the 2030 Agenda, the EU announced the European Green Deal in December 2019, which mission is to make of Europe climate-neutral by 2050. That involves decarbonising the energy sector, achieving healthier and cheaper ways of transport, innovating clean technologies and becoming global leaders in the green economy (European Commission, 2019). President Ursula von der Leyen, during the SOTEU 2020, referred to the proposal of the European Commission to increase the 2030 target for emission reduction from 40 to 55%. She also informed that 37% of NextGenerationEU will be invested in the European Green Deal purposes and remarked that it is not only about cutting emissions, but modernizing industry and society. She also stated that the commitment of the EU goes beyond its borders since there is the willing to form coalitions and to use EU power to fight against deforestation, etc. In the context of the pandemic, the European Council concluded on October 2, 2020 that the cornerstone of the EU economic recovery is “the green transition and the digital transformation”, reinforcing an open economy, the Single Market and strategic autonomy (European Council, 2020: 2-4).

Concerning international cooperation with Latin America in climate change issues, the EUROCLIMA program originated in the agreements of the V Summit EU-LAC in 2008. It had two phases (2010-2013 and 2014-2017), but it was broadened with the introduction of EUROCLIMA+ (2020-2022) because the environmental challenges in Latin America still continue. EUROCLIMA+ promotes combined efforts with 18 Latin American countries to improve “the knowledge of decision makers and the scientific community [...] about the problems and consequences of climate change”. EUROCLIMA+ is financed by the EU and aligned to the Paris Agreement. This program includes topics such as energy efficiency, water and risk management, and urban mobility (Euroclima, N.D.). This is a great example on how international cooperation on climate change is indispensable and the need of adjusting initiatives to the pandemic.

On this subject, there also exists the Latin America Investment Facility (LAIF), funded by the EU for helping “Latin American countries finance projects in key sectors [...] such as energy, environment, water, transport, social services, and support to small and medium-sized enterprises (SMEs)”. LAIF promotes partnerships of regional financial institutions, governments and the private sector and its financing modalities can be applied to reimbursable or non-reimbursable cooperation (LAIF Latin American Investment Facility, N.D.).

However, not all the outlook is positive. The Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean, also known as the Escazú Agreement, was approved in Costa Rica on March 2018. The preliminary meetings began at the UN Conference on Sustainable Development (Rio+20) in 2012 with the adoption of the Declaration on the application of Principle 10 of the Rio Declaration on Environment and Development in Latin America and the Caribbean. The negotiation phase of the Agreement started in 2014 through the Santiago Decision (ECLAC Economic Commission for Latin America and the Caribbean, N.D.). The

elaboration was led by Costa Rica and Chile and the ECLAC was the Technical Secretariat. It is related to the Agenda 2030 and the Consultative Opinion 23-17 of the Inter-American Court of Human Rights on environment and human rights (Peña Chacón, N.D).

The Agreement exemplifies a landmark on multilateralism, South-South Cooperation and environmental democracy. It is the first legally binding treaty on environmental human rights in Latin America and the first in the world that contains a provision on environmental human rights defenders. During the process, the participation of civil society was relevant. Thirty-three countries had the opportunity to sign it since September 2018. To take effect, it needed the ratification of 11 States until September 27, 2020 (Victoria, 2019). Chile was one of the most participative delegations during the process, but before the deadline for the ratification it announced its objection to sign and ratify it. The Chilean government argued that many aspects of it are already part of the national environmental legislation and that it could increase the disputes with Bolivia on the access to the Pacific Ocean (Fundación Terram, 2020). Until September 2020, 9 countries ratified it. Even if other countries have not signed or ratified the agreement, the Chilean decision was criticized since it was not coherent with its previous actions.

On the other hand, the negotiations of Mercosur-EU trade agreement, after 20 years, concluded in June 2019, which represented the integration of approximately the 25% of the global GDP (Mercosur, 2019). Nevertheless, on October 6 2020 it was not ratified by the EU since the rejection of many European leaders, mainly based on their worries regarding the environmental crisis in Brazilian Amazon ignored by the government and Jair Bolsonaro's denial of climate change (Sanahuja, 2020). Besides, France, Belgium and Ireland added not only environmental objections, but also commercial ones.

According to Nicolás Albertoni and Andrés Malamud, this Agreement showed the geopolitical vision of the EU, presenting itself as an important economic partner for Latin America; but, this also “implies a political defeat for the EU” since it demonstrates a “low level of internal consensus”. Furthermore, the possibilities of influencing Brazil to implement environmental policies are less without the agreement (Albertoni and Malamud, 2020). In the opinion of José Antonio Sanahuja, Mercosur-EU alliance is more than a free trade agreement; it could be an opportunity for legitimating integration amid US-China tensions and generating a common space for policy dialogue, which addresses to the EU strategic autonomy.

V. Reinforcing democratic institutionalism

The EU traditional support to the democratic processes of Latin America should continue, especially considering the pandemic and socio-political crises of recent years. 2021 will be a key year for the region since there will be presidential or parliamentary elections in countries such as Ecuador, Peru, Chile, and two of the most worrying cases: Honduras and Nicaragua, whose authoritarian governments seek to perpetuate in power (Cota, 2020).

The elections in Ecuador and Bolivia, countries that experienced major social crises in 2019, represent an ideal space for the EU to continue accompanying the consolidation of Latin American democratic systems. Although the advance of the pandemic has forced the suspension or cancellation of some of its Electoral Observation Missions in the world, the EU confirmed the deployment of electoral missions in both countries (Delegation of the EU to Ecuador, 2020). In the case of Bolivia, the EU allocated more than €2million to the Supreme Electoral Court and €600000 to civil society organizations to guarantee the celebration of free and democratic elections (Delegation of the EU to Uruguay, 2020). On the other hand, the EU deployed an electoral mission in Ecuador for the presidential and legislative elections that were held in February 2021 (Delegation of the EU to Ecuador, 2020). Furthermore, the European bloc also expressed its intention of accompanying the democratic strengthening of Peru in its presidential elections in April 2021 (Borrell, 2020).

In the same priority line, Venezuela still represents the greatest challenge for democratic restoration in the region. The efforts to channel pacifically the political conflict between the government and the opposition acquire more importance because the regime of Nicolás Maduro, accused of perpetrating crimes against humanity, held legislative elections in December 2020 that were not recognized by the EU. Besides, bi-regional initiatives such as the International Contact Group did not send electoral missions because it argued that those elections would not have any real certainty of transparency (EU External Action, 2020).

Although Josep Borrell, High Representative of the EU for Foreign Affairs and Security Policy, has undertaken since October 2020 a diplomatic initiative aimed at facilitating a peaceful and democratic solution for Venezuela and the relief of international sanctions that affect Venezuelan society, the EU ambassador to Venezuela was expelled in February 2021 because the EU imposed sanctions to 19 high level officials of the government (Melean, 2021).

Latin America must accompany any peaceful effort led by the EU to avoid the possibility of a military conflict in the region and that implies deploying bi-regional diplomacy to persuade the Venezuelan regime to hold elections again with a transparent and accountable process, to release the rest of political prisoners (100 have already been released) and the formation of an independent electoral power (EU External Action, 2020).

1. Migration: commitment and solidarity

The EU and the CELAC had their first bi-regional Summit in Rio de Janeiro in 1999. Then, it was established a strategic partnership and it was also identified that “migration and mobility is a key element of this bi-regional partnership”. In 2009, it was launched the Structured and Comprehensive bi-regional Dialogue on Migration as a follow up to the 5th EU-LAC Summit of 2008 (IOM International Organization for Migration, 2020).

The EU and Latin America have both faced the migration phenomenon in recent years. In the case of Latin America, there has been a massive migration wave

from Venezuela. In the last five years, approximately five million people have left Venezuela and the 80% of them are displaced in countries of the region. “It is one of largest and most serious external displacement crises in the world.” During 2014-2020, a budget of €716 million has been given by the EU to global programmes on migration and forced displacement (European Commission, 2020).

The situation has been aggravated by the pandemic. Consequently, “The International Donors' Conference in solidarity with Venezuelan refugees and migrants and countries of the region” was held on May 26 2020, organized by the EU and the Spanish Government with the participation of 50 stakeholders and the UNHCR and IOM. The promise of international donors was a total of €2.544 billion. “The European Commission pledged €144.2 million for immediate humanitarian assistance, medium- and longer-term development assistance and conflict prevention interventions” (European Commission, 2020).

The EU Commission financed the Global Public Goods and Challenges (GPGC) migration programs in 2020 with €47.5 million. The GPGC program promotes a better management of migratory flows and the protection of migrants' human rights. One of its main objectives in 2020 is to help hosting communities, Colombia, Peru and Ecuador, in order to achieve local integration for Venezuelan refugees with a budget of €27.5 million. In the context of the pandemic, the core aspects to contemplate are: socio-economic inclusion, access to health and education services, and to reinforce legal migratory conditions of Venezuelans so they can be inserted in local labor markets. This is part of the “Lives in Dignity” EU Global Facility, which reaffirms “the EU’s commitment to international responsibility sharing and engagements at the first Global Refugee Forum in 2019.” Besides, it encourages participation of multilateral institutions, public and private sector, and civil society (European Commission, 2020). This demonstrates that refugee crisis and migration are and will be a priority of EU-LAC cooperation.

Lastly, on October 19, 2020, Ministers of Foreign Affairs of the Latin America initiative “Proceso de Quito” (12 countries), representatives of the “Grupo de Países Amigos” (Group of Friends) integrated by the EU, US, Canada, among others, and international organizations had a meeting to call on solidarity, technical assistance and financial cooperation for Venezuelan migrants and refugees in the region (Ministry of Foreign Affairs of Ecuador, 2020). However, in 2021, this situation has worsened. On January 26, Peruvian armed forces were deployed on the border with Ecuador to control irregular crossing points. The Ecuadorian government implemented the same measure. Therefore, many Venezuelans (approximately 400 people daily) have remained stranded at the border, in Huaquillas (International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, 2021). In this context, the EU could operate as a coordinator of humanitarian actions since the bloc is able to gain greater support of the US and Canada in this matter.

2. Gender on the top: dealing with the double pandemic of COVID-19 and violence towards women.

Placing in lockdown has been one of the most common measures implemented globally due to the pandemic. This situation worsens another one:

violence against women and girls. It is known that before the pandemic domestic violence was already a huge problem; however, there has been an increase in the number of calls looking for help due to domestic violence (Mlambo-Ngcuka, 2020). Until April 2020, “243 million women and girls aged 15-49 have been subjected to sexual and/or physical violence by an intimate partner (Mlambo-Ngcuka, 2020). In Argentina since the establishment of the lockdown on March 20, the rise of emergency calls to report domestic violence situations has been of 25% (Plan International, 2020).

In this point, it must be mentioned the Spotlight Initiative, which is a global campaign endorsed by the EU and the UN to eliminate all forms of violence towards women (United Nations, 2020). The regional program of Latin America is being carried out in Argentina, El Salvador, Guatemala, Honduras and Mexico. The EU gave an initial investment of €50 million in 2018 aimed to raise awareness and to end femicide (Spotlight Initiative, 2020), which causes daily the death of 12 women in Latin America (European Commission, 2018). It is clear that the efforts to eliminate violence, to generate financial independence for women and more access to education for girls need to continue. Hence, gender should be on the top of the bi-regional cooperation agenda during and after the pandemic. The Spotlight Initiative can be updated to the current context and reinforced with the EU’s leadership since it has been its main donor. This can represent the possibility of increasing budget, projects and more countries to participate.

3. Health and multilateralism

The urgent need to vaccinate population against the COVID-19 should join Latin America and the EU to consider several fronts for cooperation in health terms. In general, both regions can foster greater support to the WHO’s work by giving it more financial, technical and administrative autonomy (Fundación Carolina, 2020: 7). Specifically, bi-regional cooperation must be reflected in political wills that consider the vaccines as a public good with global access.

Despite the weak capacity response of integration forums such as CELAC, the pro-tempore presidency of Mexico could represent an opportunity to reinforce bi-regional understanding due to the ambitious agreement reached between Mexico and Argentina with Carlos Slim Foundation to produce in both countries and distribute in the continent the COVID-19 vaccine, developed by AstraZeneca and the University of Oxford (DW, 2020). This proposal was presented in CELAC and gained great interest and hope in various Latin American governments. Certainly, the EU can consider the CELAC opening as a space for dialogue to agree on coordinated policies to facilitate the future access to vaccines and medical equipment necessary to eradicate the pandemic. Besides, it should be considered that the EU is the most prominent donor of the COVAX Facility, whose objective is to guarantee access to the COVID-19 vaccine in low and middle-income countries, many of them in Latin America and the Caribbean. In fact, the EU has allocated more than €850 million to this initiative, which will allow the production of one billion doses of vaccines (European Commission, 2021).

VI. Conclusions

The scope of the pandemic has shown that even the most developed countries have structural weaknesses, reflecting that the North-South vision is outdated. The impact has been harsh in almost all countries, but with special incidence in those that lack strong social policies that can withstand the economic, social and health impact of the pandemic. In this sense, to collectively respond to a global problem, international cooperation must overcome the “graduate and non-graduate countries” approach towards a more horizontal one.

In addition, the pandemic has highlighted the importance of betting even more on multilateralism, especially if one reminds that Latin America and the Caribbean is, for the EU, the region with the closest ties. Summits held in Chile in 2013 and Dominican Republic in 2016, in which both blocs agreed on common points of cooperation, need to adapt the bilateral understanding and cooperation to the current situation. Throughout this essay it has been emphasized that despite the internal challenges of each region, the rapprochement between Latin America and Europe is imperative and must be framed in specific agendas. Topics such as migration, the International Contact Group for Venezuela, gender, and international electoral observation are examples of this.

Likewise, it is more demonstrated than ever that a pandemic knows no borders and therefore regaining trust in multilateral organizations such as the UN, the WHO and the G20 is essential. But for this, it is required to overcome the great Latin American problem of ideological division and disintegration that has been accentuated in recent years, impacting on the poor regional response to the pandemic. Although the division persists and Brazil does not participate in CELAC, the forum is still the largest platform for regional agreement regardless of governments’ ideology. It was precisely through CELAC that Latin American governments knew about the alliance between Mexico and Argentina to produce the AztraZeneca and Oxford vaccine. This constitutes an opportunity to relaunch regional understanding for an issue that has affected everyone.

A new integration approach between the EU and Latin America should focus on advocating for a reformed multilateralism addressed mainly on three fronts: health, economic and environment. In health terms, WHO’s work, autonomy and funding should be reinforced avoiding to fall into geopolitical disputes. In environmental terms, the European Green Deal is becoming the world benchmark for the future green and digital economy. Precisely, the Climate Diplomacy, that seeks to consolidate the EU as global leader in green economy issues, must work to attract regions such as Latin America to comply with the Paris Agreement and to work together on important environmental challenges such as the preservation of the Amazon rainforest, large-scale mining and the increasing urbanization of cities. In economic terms, Latin America needs more than ever the European support for the restructuring of the Bretton Woods financial institutions regarding debt renegotiation and granting emergency loans for economic recovery. There are even those who propose debating some type of mechanism for allowing Latin American governments to have access to European aid funds.

Finally, a stronger Euro-Latin American alliance acquires more relevance because: on the one hand, Europe strengthens its strategic autonomy vis-à-vis China and the US; on the other hand, a more integrated Latin America with itself and with Europe reduces the region's vulnerability and dependence on Beijing and Washington. Subsequently, the bi-regional association should be understood as a clear and powerful message that both blocs will avoid being trapped in the Sino-American dichotomy in which the world is being conducted.

Bibliography:

Albertoni, Nicolás and Malamud, Andrés. (2020, September 14). “*La Unión Europea y América Latina: de sueño a pesadilla*”, New York Times. <https://www.nytimes.com/es/2020/09/14/espanol/opinion/mercosur-union-europea.html>

Banchón, M. (2020, June 23). *Fondos europeos para una Latinoamérica en crisis económica y sanitaria*. DW. <https://www.dw.com/es/fondos-europeos-para-una-latinoam%C3%A9rica-en-crisis-econ%C3%B3mica-y-sanitaria/a-53901858>

BBC News. (2020, September 10). *Colombia protests: Death of man tasered by police sparks deadly clashes*. <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-54078852>

BBC News. (2020, March 17). *Trump angers Beijing with 'Chinese virus' tweet*. <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-51928011>

Bürkner, Hans-Joachim. (2020, February 10). Europeanisation versus Euroscepticism: Do Borders Matter? *Geopolitics*, 25:3 (2020), 545-566. <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/14650045.2020.1723964?needAccess=true>

Cecchini, Simone. (2020, October 5) “Un ingreso básico de emergencia para América Latina”, *Fundación Carolina*, 1-11. <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/10/AC-49.-2020.pdf>

Centre International de Formation Européenne – CIFE in European Movement International. (2020, April 22). *What is a eurobond or a coronabond?* <https://europeanmovement.eu/news/cife-what-is-a-eurobond-or-a-coronabond/>

Cortés, S. (2020). Perú: cronología de una crisis. En *América Latina: Realidades y Perspectivas*. Universidad de Chile, N° 90. https://www.uchile.cl/documentos/ryp-n90_171615_0_1303.pdf

Cota, Isabella. (2020, October 4). “*América Latina afronta un curso electoral inédito marcado por el impacto de la pandemia*”, Diario El País.

<https://elpais.com/economia/2020-10-04/america-latina-afrenta-un-curso-electoral-inedito-marcado-por-el-impacto-de-la-pandemia.html>

Delegation of the EU to Ecuador. (2020, October 6). *La Unión Europea impulsa “Mesa COVID-19 Equipo Europa” en Ecuador.*

https://eeas.europa.eu/delegations/ecuador_id/86474/La%20Uni%C3%B3n%20Europea%20impulsa%20%E2%80%9CMesa%20COVID-19%20Equipo%20Europa%E2%80%9D%20en%20Ecuador

Delegation of the EU to Ecuador. (2020, October 20). “*La Unión Europea confirma la intención de desplegar una Misión reforzada de Expertos Electorales a Ecuador.*”

https://eeas.europa.eu/delegations/ecuador_id/86474/La%20Uni%C3%B3n%20Europea%20impulsa%20%E2%80%9CMesa%20COVID-19%20Equipo%20Europa%E2%80%9D%20en%20Ecuador

Delegation of the EU to Ecuador. (2020, December 17). “*Unión Europea apoya el ciclo electoral 2021 de Ecuador y dona insumos de bioseguridad al CNE*”.

https://eeas.europa.eu/delegations/ecuador/90805/uni%C3%B3n-europea-apoya-el-ciclo-electoral-2021-de-ecuador-y-dona-insumos-de-bioseguridad-al-cne_id

Delegation of the EU to Uruguay. (2020, October 20). “*La UE despliega una misión reforzada de expertos en materia electoral en Bolivia*”.

https://eeas.europa.eu/delegations/uruguay/84923/comunicado-de-prensa-la-ue-despliega-una-misi%C3%B3n-reforzada-de-expertos-en-materia-electoral-en_es

Deutsch Welle. (2020, August 17). “*Latinoamérica aplaude acuerdo de vacuna de México y Argentina*”, DW.

<https://www.dw.com/es/latinoam%C3%A9rica-aplaude-acuerdo-de-vacuna-de-m%C3%A9xico-y-argentina/a-54603142>

Economic Commission for Latin America and the Caribbean. (N.D). “*History of the regional agreement*”.

<https://www.cepal.org/en/subsidiary-bodies/acuerdo-regional-acceso-la-informacion-la-participacion-publica-acceso-la-justicia/history-regional-agreement>

European Centre for Disease Prevention and Control. (2021). *COVID-19 situation update for the EU/EEA, as of week 15, updated 22 April 2021*. Retrieved April 27, 2021, from:

<https://www.ecdc.europa.eu/en/cases-2019-ncov-eueea>

EU-LAC Foundation. (2020, December). *EU-LAC partnership.*

https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/factsheet_eu_celac_en_2020-v1.pdf

Euroclima+. (N.D). “*About the Programme*”.

<http://www.euroclimaplus.org/en/>

European Commission. (2019, December 19). “*What is the European Green Deal?*”.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_19_6714

European Commission. (2020, October 16). “*Venezuela crisis, ‘Lives in Dignity’ – the EU scales up support to refugees and host communities*”.

https://ec.europa.eu/international-partnerships/news/venezuela-crisis-lives-dignity-eu-scales-support-refugees-and-host-communities_en

European Commission. (2018, September 27). “*European Union and United Nations join forces to end femicide in Latin America under the Spotlight Initiative*”.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_5906

European Commission. (2020, May 26). “*EU mobilises international donors to support Venezuelan refugees and migrants and countries in the region*”.

https://ec.europa.eu/international-partnerships/news/eu-mobilises-international-donors-support-venezuelan-refugees-and-migrants-and-countries-region_en

European Council. (2020, October 1 and 2). “*Special meeting of the European Council (1 and 2 October 2020) – Conclusions*”.

<https://www.consilium.europa.eu/media/45910/021020-euco-final-conclusions.pdf>

European Council. (2020, April 23). *Conclusions of the President of the European Council following the video conference of the members of the European Council*.

<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/23/conclusions-by-president-charles-michel-following-the-video-conference-with-members-of-the-european-council-on-23-april-2020/>

European Council. (2020, September 8). *Recovery Plan: powering Europe's strategic autonomy*” (speech of Charles Michel at the Brussels Economic Forum, September 8, 2020).

<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/09/08/recovery-plan-powering-europe-s-strategic-autonomy-speech-by-president-charles-michel-at-the-brussels-economic-forum/>

European Council. (2020, September 28). *Strategic autonomy for Europe – the aim of our generation* (speech of Charles Michel to the Bruegel think tank, September 28, 2020)

<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/09/28/1-autonomie-strategique-europeenne-est-l-objectif-de-notre-generation-discours-du-president-charles-michel-au-groupe-de-reflexion-bruegel/>

- EU External Action. (2020, October 8). “*Venezuela: the clear urgency of a political and democratic solution*”.
https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/86852/venezuela-clear-urgency-political-and-democratic-solution_en
- EU External Action Service. (2021, February 25). “Coronavirus: Stronger Together against COVID-19”, accessed February 25, 2021,
https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/76341/coronavirus-news-eu-action-team-europe-support-disinformation-repatriation-and-solidarity_en
- FIIAP Cooperación Española. (2020, October 29). *Team Europe, the European response to a decade marked by the pandemic*.
<https://www.fiiapp.org/en/team-europe-la-respuesta-europea-ante-una-decada-marcada-la-pandemia/>
- FIIAP Cooperación Española. (2020, October 6). *The first Covid-19 Round Tables pilot exercise begins in Ecuador*.
<https://www.fiiapp.org/en/noticias/arranca-primer-ejercicio-piloto-mesas-covid19-ecuador/>
- Fiott, D. (2018, November). *Strategic autonomy: towards ‘European sovereignty’ in defence?*. European Union Institute for Security Studies.
https://www.iss.europa.eu/sites/default/files/EUISSFiles/Brief%2012__Strategic%20Autonomy.pdf
- Franke, U. and Varma, T. (2019, July 18). *Independence play: Europe’s pursuit of strategic autonomy*. The European Council on Foreign Relations.
https://www.ecfr.eu/specials/scorecard/independence_play_europes_pursuit_of_strategic_autonomy
- Fundación Carolina. (2020, July 9). “Las relaciones Unión Europea-América Latina y el Caribe ante la Covid-19”. *Fundación Carolina*.
<https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/07/Relatori%CC%81a-5-Webinar.pdf>
- Forero, M. (2010). Orígenes, problemas y paradojas de la integración latinoamericana. *Revista Análisis Internacional*.
<https://core.ac.uk/download/pdf/268202972.pdf>
- Fundación Terram. (2020, September 11). “¿Por qué Chile no lo firma? Cuatro preguntas clave sobre el Acuerdo de Escazú”.
<https://www.terram.cl/2020/09/por-que-chile-no-lo-firma-cuatro-preguntas-clave-sobre-el-acuerdo-de-escazu/>
- Government of Spain. (2020, June 24). “*El presidente del Gobierno preside la Conferencia de Alto Nivel "Juntos por una respuesta para América Latina y el Caribe ante la COVID-19"*”.

<https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/240620-sanchez.aspx>

Hass, R. and Denmark, A. (2020, August 7). *More pain than gain: How the US-China trade war hurt America*. The Brookings Institution.

<https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2020/08/07/more-pain-than-gain-how-the-us-china-trade-war-hurt-america/#:~:text=President%20Trump%20launched%20the%20trade,subsidies%20to%20state%20Downed%20enterprises>

Hellendoorn, E. (2020, July 6). *European strategic autonomy and its future trade policy*. The Atlantic Council Organization.

<https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/european-strategic-autonomy-and-its-future-trade-policy/>

Hernández, R. (2020, June). *Covid-19 y América Latina y el Caribe: los efectos económicos diferenciales en la región*. Instituto Universitario de Análisis Económico y Social de la Universidad de Alcalá.

http://www.iaes.es/uploads/2/0/8/6/20860996/dt_06_20.pdf

Human Rights Watch. (2021). *Ecuador: Eventos 2020*.

<https://www.hrw.org/es/world-report/2021/country-chapters/377402>

International Crisis Group. (2020, July). *Bolivia se prepara para elecciones bajo la sombra de supuesto fraude*. Briefing N°43.

<https://www.crisisgroup.org/es/latin-america-caribbean/andes/bolivia/b43-bolivia-faces-new-polls-shadow-fraud-row>

International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies. (2021, February 9). “*Information Bulletin N°1 - Ecuador & Peru: Human Mobility Border Closure (COVID-19 Context)*”.

<https://www.ifrc.org/docs/Appeals/21/IB09022021A.pdf>

International Organization for Migration. (2020). “*European Union – Latin America and the Caribbean Structured and Comprehensive Bi-regional Dialogue on Migration*”.

<https://www.iom.int/european-union-latin-america-and-caribbean-structured-and-comprehensive-bi-regional-dialogue>

International Monetary Fund. (2021, February 8). *Conferencia de prensa sobre la actualización de las perspectivas económicas regionales para América Latina y el Caribe*.

<https://www.imf.org/external/mmedia/view.aspx?vid=6230143455001>

International Monetary Fund. (2020, October). *Perspectivas económicas regionales - Las Américas – Octubre 2020*.

<https://www.imf.org/es/Publications/REO/WH/Issues/2020/10/13/regional-economic-outlook-western-hemisphere>

International Labor Organization. (2020, September 30). *ILO: 34 million jobs lost in Latin America and the Caribbean due to crisis*.
http://ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_756736/lang--en/index.htm

LAIF. (N.D). “*What is LAIF?*”.
<https://www.euiaif.eu/en/about-laif#whatislaif>

Lührmann, A. Edgell, A. and, Maerz, S. (2020). *Pandemic Backsliding: Does Covid-19 Put Democracy at Risk?* V-Dem Institute, No. #23.
https://www.v-dem.net/media/filer_public/52/eb/52eb913a-b1ad-4e55-9b4b-3710ff70d1bf/pb_23.pdf

Mercosur. (2019, June 28). “*Mercosur cierra un histórico Acuerdo de Asociación Estratégica con la Unión Europea*”.
<https://www.mercosur.int/mercotur-cierra-un-historico-acuerdo-de-asociacion-estrategica-con-la-union-europea/#:~:text=El%20Mercosur%20logr%C3%B3%20hoy%20en,la%20historia%20a%20nivel%20mundial.>

Melean, Enio. (2021, February 25). “Venezuela declara persona non grata a la Embajadora de la Unión Europea”, February 24, 2021, *Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela*.
<http://www.mppre.gob.ve/2021/02/24/venezuela-declara-persona-non-grata-embajadora-union-europea/>

Mlambo-Ngcuka , Phumzile. (2020, April 6). “Violencia contra las mujeres: la pandemia en la sombra” (Declaration of Executive Director of UN Women), *UN Women*.
<https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/4/statement-ed-phumzile-violence-against-women-during-pandemic>

Ministry of Foreign Affairs of Ecuador. (2020, October 19). “*Cancilleres de los países del Proceso de Quito se reunieron con altas autoridades de organismos internacionales*”.
<https://www.cancilleria.gob.ec/2020/10/19/ancilleres-de-los-paises-del-proceso-de-quito-se-reunieron-con-altas-autoridades-de-organismos-internacionales/>

Organization for Economic Cooperation and Development. (2020, April 29). *COVID-19 en América Latina y el Caribe: Consecuencias socioeconómicas y prioridades de política*.
<http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-en-america-latina-y-el-caribe-consecuencias-socioeconomicas-y-prioridades-de-politica-26a07844/>

Peña Chacón, Mario. (N.D). “Desafíos de Costa Rica de cara al Acuerdo de Escazú”, *Universidad de Costa Rica*.

<https://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/derecho-ambiental/desafios-de-costarica-de-cara-al-acuerdo-de-escazu/>

Plan International. (2020, May 19). “Surge in violence against girls and women in Latin America and Caribbean”.

<https://plan-international.org/news/2020-05-19-surge-violence-against-girls-and-women-latin-america-and-caribbean>

Rojas, F. (2008, May). *América Latina y los desafíos para la integración regional*. CEIPAZ.

<https://ceipaz.org/wp-content/uploads/2020/05/05.-fco.-rojas-aravena.pdf>

Ríos, G. (2020, May 19). *El impacto económico de la crisis del coronavirus en América Latina: canales de transmisión, mitigantes y respuestas de políticas públicas*. Real Instituto Elcano.

<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/a2460194-3b6a-445d-99c6-5734fd65eaf6/ARI73-2020-Rios-Impacto-economico-de-crisis-coronavirus-en-America-Latina.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a2460194-3b6a-445d-99c6-5734fd65eaf6>

Ríos Sierra, J. (2020, May). La inexistente respuesta regional a la COVID-19 en América Latina. *Revista de Estudios sobre espacio y poder*.

<https://revistas.ucm.es/index.php/GEOP/article/view/69324/4564456553393>

Sanahuja, José Antonio. (2020, October 13). “Acuerdo Mercosur-UE: por una cláusula vinculante”, *Perfil*.

<https://www.perfil.com/noticias/internacional/jose-antonio-sanahuja-acuerdo-mercosur-ue-por-una-clausula-ambiental-vinculante.phtml>

Spotlight Initiative. (2020). “*Latin America Regional Programme*”.

<https://www.spotlightinitiative.org/where-we-work?region=latin-america>

Twitter Josep Borrell. High Representative of the EU for Foreign Affairs and Security Policy, (2020, December 4),

https://twitter.com/JosepBorrellF/status/1334988908057292802?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1334988908057292802%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Ffelcomercio.pe%2Fpolitica%2Felecciones%2Felecciones-2021-union-europea-ofrece-al-peru-apoyo-para-el-acompanamiento-electoral-y-transicion-nczg-noticia%2F

Statista. (2021, April 26). “Número de casos confirmados de coronavirus (COVID-19) en América Latina y el Caribe al 26 de abril del 2021, por país”. Retrieved April 27, 2021, from:

<https://es.statista.com/estadisticas/1105121/numero-casos-covid-19-america-latina-caribe-pais/>

Statista. (2021, April 26). “Número de personas fallecidas a causa del coronavirus (COVID-19) en América Latina y el Caribe al 26 de abril del 2021, por país”. Retrieved April 27, 2021, from: <https://es.statista.com/estadisticas/1105336/covid-19-numero-fallecidos-america-latina-caribe/#statisticContainer>

United Nations. (N.D). “The Spotlight Initiative”. <https://www.un.org/en/spotlight-initiative/index.shtml>

UN Women. (2020). “COVID-19 and Ending violence against women and girls”. <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/issue-brief-covid-19-and-ending-violence-against-women-and-girls-en.pdf?la=en&vs=5006>

Victoria, María Adriana. (2019, April 3). “Sistematización del Acuerdo Escazú”, *Revista de Derechos Humanos y Humanitario*, Número 3. <https://latam.lejister.com/articulos.php?Hash=d024f36f4a2728958b275b7b9eb9c5c3&hash>

Verdes-Montenegro, F. (2020, June). *Excepcionalidad y Covid-19: un Test Democrático para América Latina*. Fundación Carolina. <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/06/AC-34.-2020.pdf>

Von der Leyen, Ursula. (2020, September 16). *State of The Union Address 2020*. European Commission. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/soteu_2020_en.pdf

Martos, C. (2020, April 20). Von der Leyen, interviewed by Carlos Martos. *Von der Leyen: ‘We now need to build a resilient, green, and digital Europe’*. EURACTIV with EFE. <https://www.euractiv.com/section/future-eu/interview/von-der-leyen-we-now-need-to-build-resilient-green-digital-europe/>

**EL CONTRATO COMO JUSTICIA CONMUTATIVA
VOLUNTARIA. PARTE I***
CONTRACT AS VOLUNTARY COMMUTATIVE JUSTICE

James Gordley**

Universidad de Tulane

Hao Jiang***

Universidad Bocconi de Milán

Resumen. Al momento no existe una teoría unánimemente aceptada acerca de por qué los contratos obligan. Los autores proponen una que se basa en una idea que se remonta a tiempos de Aristóteles: el contrato como una cuestión de la justicia conmutativa voluntaria. En la Parte I del artículo los autores argumentan que esta teoría ofrece una mejor explicación sobre la obligatoriedad de los contratos que las teorías modernas que se basan en la autonomía y en la eficiencia. En la parte II y III muestran cómo esta teoría puede explicar las principales doctrinas del common law que gobiernan cuándo y cómo un contrato de cambio es obligatorio. Finalmente, en la parte IV, analizan los remedios por incumplimiento contractual.

Palabras clave: teoría del contrato – justicia conmutativa – tradición aristotélica

Abstract. At present, there is no generally accepted theory of why contracts are binding. We will propose one based on an idea that goes back to Aristotle: contract as voluntary commutative justice. In Part I, the authors of this article show why that explanation better accounts for the enforceability of contracts than modern explanations based on autonomy and efficiency. In Part II and III, they show how this theory can explain the principal common law doctrines that govern when and how a contract of exchange is enforced. Finally, in Part IV, the authors discuss remedies for breach of contract.

** Profesor distinguido W.R. Irby de la Escuela de Derecho de Tulane; BA, MBA University of Chicago; JD Harvard Law School.

*** Profesor Asociado de Derecho Privado Comparado, Departamento de estudios jurídicos, Universidad Bocconi de Milán; LLB, Nanjing Audit University; JD, LLM, SJD, Tulane Law School.

Keywords: Contract law theory – commutative justice – Aristotelian tradition

Recibido 20 de mayo 2021

Aceptado 13 de julio 2021

*I. Introducción*****

Al momento no existe una teoría unánimemente aceptada acerca de por qué los contratos obligan. Nosotros proponemos una que se basa en una idea que se remonta a tiempos de Aristóteles: el contrato como una cuestión de la justicia conmutativa voluntaria. En principio, un contrato de intercambio debería ser ejecutado cuando es ambas cosas: voluntario y económicamente equitativo. Es voluntario en tanto y en cuanto las partes den más valor a lo que están por recibir, que a lo que están por entregar. La voluntariedad es subjetiva y personal; lo económicamente justo, no lo es. Un intercambio es económicamente justo cuando la prestación que cada parte está por dar es equivalente en valor económico a la prestación que está por recibir. Las prestaciones son equivalentes en su valor económico cuando cada una de las partes está compensada por los riesgos que el contrato les adjudica.

**** Texto traducido por Javier I Habib (Universidad de San Pablo- Tucumán) Nota del traductor. En su vasta obra, James Gordley ha dado continuidad a la tradición jurídica aristotélica, argumentando que esta es mejor que otras teorías para explicar instituciones del derecho civil del *common law* como la propiedad, la responsabilidad por daños, el contrato y el enriquecimiento sin causa. Un panorama general de sus tesis puede encontrarse en James Gordley, “The moral foundations of private law” en *The American Journal of Jurisprudence*, 2002, 47, pp. 1-23. Este trabajo ha sido traducido al español en James Gordley, *Los fundamentos morales del derecho privado*, traducido por Renzo E. Saavedra Velazco y César E. Moreno. Disponible en internet. Un análisis general y crítico de la teoría de Gordley en Javier Habib, “Teorías del Derecho Privado: James Gordley y la tradición Aristotélica”, en Javier Habib, Federico Wayar, Pablo Baca, *Cuestiones Fundamentales de Derecho. En honor al Profesor Ernesto Clemente Wayar*, t 1, Bibliotex, Tucumán, 2020, pp. 67-97.

En la Parte I veremos por qué esta teoría ofrece una mejor explicación sobre la obligatoriedad de los contratos que las teorías modernas que se basan en la autonomía y en la eficiencia. Luego esperamos mostrar cómo esta teoría puede explicar las principales doctrinas del *common law* que gobiernan cuándo y cómo un contrato de cambio es obligatorio. Algunas doctrinas como la de la *unconscionability* [buena fe], *impracticability* [imposibilidad de incumplimiento] y *consideration* [causa] están preocupadas por lo equitativo, aún cuando la doctrina de la *consideration* supuestamente no lo está. Las consideraremos en la Parte II. En la Parte III consideraremos doctrinas que conciernen a la voluntariedad, tales como la del error y la de la frustración del fin del contrato. En la Parte IV analizaremos los remedios por incumplimiento contractual.

II. Por qué obligan los contratos: Autonomía, Eficiencia, o Justicia Conmutativa

Durante el siglo XIX y principios del XX, los juristas en las jurisdicciones del *common law* y *civil law* produjeron lo que académicos como Melvin Eisenberg han llamado “derecho contractual clásico”. Los creadores del “derecho clásico” definieron al contrato en términos de autonomía: El contrato es la voluntad de las partes. Sus teorías eran incapaces de explicar preguntas tales como por qué el contrato obliga, por qué a veces las partes están vinculadas a cláusulas que ellos no acordaron, y por qué a veces el derecho no ejecuta cláusulas que de hecho sí acordaron. Como veremos, estas preguntas no pueden ser respondidas por teorías que explican a las obligaciones contractuales sólo en clave de autonomía. No obstante, ninguna teoría del derecho de los contratos ha podido remplazarla. Como Grant

Gilmore dijo hace casi medio siglo, “Los sistemas han quedado disociados y, actualmente, no vemos forma de volver a unirlos.”¹

En una famosa nota a un libro que escribió dos años después, *The Ages of American Law*, Gilmore observaba proféticamente que un nuevo abordaje estaba surgiendo para cubrir el vacío teórico.² Este utiliza al análisis económico para resolver problemas legales y explica el derecho contractual en términos de eficiencia. La eficiencia de Pareto es un estado en el que una persona no puede mejorar sin que otra empeore. Los contratos son eficientes porque permiten a cada parte recibir algo que valora más de lo que da a la otra parte. Advertiremos que este enfoque no puede responder a las mismas preguntas que obstaculizaron a los teóricos de la voluntad del siglo XIX.

Nosotros creemos que estas preguntas pueden ser contestadas por un abordaje más antiguo, que se remonta a Aristóteles, y que está basado en su idea del contrato como justicia voluntaria.³ En principio, un contrato de intercambio debería ser voluntario y económicamente justo. Es voluntario en tanto y en cuanto una parte valore más lo que va a recibir que lo que va a dar. Es económicamente justo cuando la prestación que cada parte debe realizar es equivalente en valor económico a la que debe recibir. Las prestaciones son equivalentes en valor económico cuando cada parte es compensada por los riesgos que el contrato le impone.

¹ GRANT GILMORE, *THE DEATH OF CONTRACT* 102 (1974).

² GRANT GILMORE, *THE AGES OF AMERICAN LAW* 108 n.11 (2d ed. 2014).

³ Ver ARISTOTLE, *NICOMACHEAN ETHICS* V.iv 1132a–1133b.

Según este abordaje, el contrato es vinculante porque permitir que un contratante se eche atrás del contrato después de haber sido compensado por asumir un riesgo, sería similar a permitir que esa parte incumpla una apuesta justa. Cuando un contratante no fue compensado por asumir un riesgo, el contrato es injusto y, en principio, no debería ser ejecutable.

Examinaremos las teorías del contrato basadas en la autonomía y en la eficiencia, y luego describiremos nuestra alternativa basada en la justicia conmutativa y la voluntariedad.

A. Autonomía

Según las “teorías de la voluntad”, un contrato es ejecutable porque el promitente ha elegido obligarse a sí mismo.⁴ Según las “teorías de la transferencia”, las teorías de la voluntad no pueden explicar por qué el promisorio debería tener el derecho a ejecutar el contrato. Sus explicaciones son que el promitente eligió transferir ese derecho al promisorio. Hanoch Dagan y William Heller han propuesto una “teoría de la elección”, según la cual, el derecho provee un rango de diferentes tipos de contratos, y las partes eligen aquel que mejor sirve sus intereses.⁵ Discutiremos estas teorías en su orden.

1. Las teorías de la voluntad—viejas y nuevas

Sería anacrónico decir que el common law tenía un derecho de los contratos antes del siglo XIX. Existía en cambio una jurisprudencia amorfa

⁴ Ver, por ejemplo, Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, 86 COLUM. L. REV. 269, 272 (1986).

⁵ HANOCH DAGAN & MICHAEL HELLER, *THE CHOICE THEORY OF CONTRACTS* 14 (2017).

que se refería a cuándo se podía ejecutar una promesa bajo los *writs of covenant* o las *assumpsit*. Aparte de algunas páginas en los *Commentaries on the Laws of England*, de William Blackstone, no había bibliografía sobre el contrato aparte de los casos decididos.⁶ En el siglo XIX, los tratados de *common law* comenzaron a aparecer. Los tratadistas, como sus contemporáneos en los países del continente europeo, desarrollaron lo que hoy llamamos “teorías de la voluntad”. Definieron al contrato como el asentimiento o acuerdo de las partes.⁷ Como A.W.B. Simpson dijo una vez, la voluntad de las partes fue considerada “como una doctrina fundamental, desde la cual todas las reglas se derivan”.⁸

La nueva característica no era que las partes debían expresar su voluntad o asentimiento para estar vinculadas a un contrato. Los juristas venían diciendo esto desde tiempos de los romanos.⁹ En el derecho romano, un contratante debía asentir para quedar vinculado a, por ejemplo, una venta o un arrendamiento, pero era el derecho el que luego proveía los términos que la “buena fe” requería en ese tipo de contrato.¹⁰ La innovación de los juristas del siglo XIX fue la de afirmar que la voluntad o asentimiento de las partes

⁶ Ver A.W.B. Simpson, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, 91 L.Q. REV. 247, 250–51 (1975).

⁷ Ver 1 SAMUEL COMYN, A TREATISE OF THE LAW RELATIVE TO CONTRACTS AND AGREEMENTS NOT UNDER SEAL 1 (New York, Isaac Riley 1809); JOHN NEWLAND, A TREATISE ON CONTRACTS, WITHIN THE JURISDICTION OF COURTS OF EQUITY 1 (Philadelphia, Benjamin Warner 1821); JOSEPH CHITTY, JUN., A PRACTICAL TREATISE ON THE LAW OF CONTRACTS, NOT UNDER SEAL; AND UPON THE USUAL DEFENCES TO ACTIONS THEREON 3 (London, S. Sweet, R. Milliken & T. Clark 1826); 2 JAMES KENT, COMMENTARIES ON AMERICAN LAW 450 (Charles M. Barnes ed., Boston, Little, Brown, & Co., 13th ed. 1884); C. E. Dodd, *On the Construction of Contracts.—Assent.—Construction*, 12 LEGAL OBSERVER J. JURIS. 249, 249 (1836); WILLIAM W. STORY, A TREATISE ON THE LAW OF CONTRACTS NOT UNDER SEAL 1 (Boston, Charles C. Little & James Brown 1844); Carey, *A Course of Lectures on the Law of Contracts*, 4 L. TIMES & J. PROP. 448, 463 (1845); 1 THEOPHILUS PARSONS, THE LAW OF CONTRACTS 6 (3d ed. 1857); STEPHEN MARTIN LEAKE, THE ELEMENTS OF THE LAW OF CONTRACTS 7–8 (London, Stevens & Sons 1867).

⁸ Simpson, citado en nota 6, at 266.

⁹ Ver Dig. 2.14.1.3. (Ulpiano, Ad edictum).

¹⁰ Ver, por ejemplo, Dig. 19.1.1.1. (Ulpiano, Ad edictum).

era la fuente de todas sus obligaciones contractuales.

Pero las teorías de la voluntad no pudieron explicar por qué el contrato es vinculante. No lograron a explicar por qué los jueces suelen encontrar “cláusulas implícitas” para resolver problemas que las partes del contrato nunca contemplaron. Tampoco pueden explicar por qué los jueces a veces se niegan a hacer cumplir un contrato severamente injusto que las partes acordaron.

Para las teorías de la voluntad del siglo XIX, las partes estaban vinculadas porque acordaron estar vinculadas. No se consideró necesaria ninguna otra explicación. El contrato era definido como la voluntad o acuerdo de las partes. Como expresó Valérie Ranouil de los teóricos de la voluntad franceses: la fuerza vinculante del contrato se daba por sentada más que justificada.¹¹ Cita lo que Emmanuel Gounot dijo sobre sus posturas: "El contrato es vinculante porque es el contrato".¹² Los juristas del *common law* pensaban lo mismo. De hecho, estaban desconcertados con que para la doctrina de la *consideration* [causa] no todos los acuerdos voluntarios eran vinculantes.

Sus incapacidades para proveer explicaciones adicionales son un típico ejemplo del conceptualismo del derecho privado clásico. Una vez que las obligaciones contractuales eran definidas como aquellas que surgen de la voluntad de las partes, se infería que las partes se obligaban al expresar sus voluntades de obligarse. En su *Liberty of Contract*, Roscoe Pound describió

¹¹ Ver VÉRONIQUE RANOUIL, L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE: NAISSANCE ET EVOLUTION D'UN CONCEPT 71-72 (1980).

¹² EMMANUEL GOUNOT, LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE EN DROIT PRIVE: CONTRIBUTION A L'ETUDE CRITIQUE DE L'INDIVIDUALISME JURIDIQUE 129 (Arthur Rousseau ed., 1912); ver también RANOUIL, citado en nota 11, p 72 n 31.

este tipo de razonamiento como “jurisprudencia mecánica, una condición del pensamiento jurídico, y la acción judicial, en la que las deducciones desde conceptos (...) se desarrollan lógicamente, a expensas de los resultados prácticos.”¹³

La misma circularidad es inherente a cualquier teoría que afirme que la razón última por la que las partes están obligadas es que eligieron estar obligadas. Charles Fried y Ernest Weinrib han construido teorías de la voluntad modernizadas, basadas en una idea kantiana de autonomía.¹⁴ Según Fried, “Para que yo sea lo más libre posible, que mi voluntad tenga el mayor rango posible, consistente con la voluntad similar de otros, es necesario que haya una forma en la que pueda comprometerme.”¹⁵ Críticos como Eisenberg han señalado que una persona que está obligada por una promesa que no está dispuesta a cumplir, tiene menos opciones que antes. Entonces, es menos libre. En sus propias palabras, “nada en la teoría de la autonomía de la voluntad nos lleva a favorecer elecciones anteriores por sobre elecciones posteriores, y a coaccionar a una parte a llevar a cabo una acción que ahora autónomamente se niega a realizar”.¹⁶

Tampoco puede una teoría basada en la voluntad o autonomía, explicar por qué los jueces suelen encontrar “cláusulas implícitas” en los contratos para resolver problemas que las partes nunca contemplaron. Oliver Wendell Holmes y Samuel Williston rechazaron las teorías de la voluntad porque la voluntad de las partes claramente no es la fuente de esas cláusulas. Como

¹³ Roscoe Pound, *Liberty of Contract*, 18 YALE L.J. 454, 457 (1909).

¹⁴ Ver CHARLES FRIED, *CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION* 8 (1981); ERNEST J. WEINRIB, *CORRECTIVE JUSTICE* 5 (Timothy Endicott et al. eds., 2012).

¹⁵ FRIED, citado en nota 14, at 13.

¹⁶ Ver Melvin A. Eisenberg, *Theory of Contracts*, en *THE THEORY OF CONTRACT LAW* 206, 233 (Peter Benson ed., 2001).

decía Williston, “Asumir, primero, que todas las personas conocen el derecho y, segundo, que celebran sus contratos con referencia al derecho y adoptan sus disposiciones como cláusulas del acuerdo es, de hecho, apilar una ficción sobre otra. . . .”.¹⁷ Propusieron entonces la “teoría objetiva”, que definía al contrato como un conjunto de consecuencias que el derecho imputa a lo que las partes dijeron o hicieron, quieran las partes o no esas consecuencias.¹⁸ La pregunta que no respondieron fue la de por qué el derecho imputaba un cierto conjunto de consecuencias en lugar de otro conjunto. Charles Fried, que pensó que el fundamento del derecho contractual es el principio de que las promesas son obligatorias, reconoció que cuando un juez encuentra cláusulas implícitas en un contrato, no se debería hacer “el intento fútil de juzgar el caso según el principio promisorio”.¹⁹ Los críticos de Fried han señalado que si este tiene razón, entonces el principio promisorio no logra explicar la mayor parte del derecho de los contratos.²⁰

Una teoría basada en la voluntad o la autonomía no es capaz de explicar los remedios que los jueces dan cuando un intercambio es severamente injusto. Según las teorías de la voluntad del siglo XIX, las partes deberían estar obligadas por cualquier término que hayan acordado. Como dijo Joseph Story:

[C]ualquier persona que no se encuentre, por su condición o circunstancias particulares, en discapacidad, tiene derecho a disponer de su propiedad de la manera y en los términos que elija; y si sus

¹⁷ 2 SAMUEL WILLISTON, THE LAW OF CONTRACTS § 615 (1920).

¹⁸ Idem § 20.

¹⁹ Ver FRIED, citado en nota 14, pp 60–61, 63, 69.

²⁰ Ver Eisenberg, citado en nota 16, p 279; ver también Conrad Johnson, *The Idea of Autonomy and the Foundations of Contractual Liability*, 2 L. & PHIL. 271, 300 (1983).

acuerdos son prudentes y discretos, o rentables o no rentables, o lo que fuera, son consideraciones, no para los Tribunales de Justicia, sino para que el contratante mismo delibere.²¹

Antes del siglo XIX, las *courts of equity* habían otorgado remedios en casos en que un contrato era “*unconscionable*” [celebrado sin total consciencia].²² Continuaron resolviendo de esa manera durante el siglo XIX, a pesar de las teorías de la voluntad. Sin embargo, ya no decían que la razón era que el cambio era injusto. Decían, como observa A.W.B. Simpson, que estaban otorgando remedios por fraude, y que la dureza de los términos era evidencia del fraude.²³ Pero esa no podía haber sido la razón real. En los casos en los que confirieron remedios, la víctima del intercambio pernicioso no alegó que la otra parte le mintió.²⁴ Los jueces estaban brindando remedios por la inequidad del cambio mientras se negaban a admitirlo, puesto que las teorías de la voluntad no permitían explicar por qué debían de hacerlo.²⁵

La misma dificultad es inherente a cualquier teoría que sostenga que la razón última por la que los contratos son vinculantes es que las partes expresaron su voluntad de vincularse. Fried ha reconocido que, a pesar del principio de que las promesas son vinculantes, “Algunos contratos, aunque superen todos los requerimientos que hasta ahora he desarrollado, parecen demasiado duros como para hacer cumplir”.²⁶ Por ejemplo, un rescatador no debería cobrar en

²¹ JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON EQUITY JURISPRUDENCE AS ADMINISTERED IN ENGLAND AND AMERICA 267 (Boston, Charles C. Little & James Brown, 4ta ed. 1846).

²² Ver JAMES GORDLEY, THE PHILOSOPHICAL ORIGINS OF MODERN CONTRACT DOCTRINE 147–51 (1991) [a partir de ahora PHILOSOPHICAL ORIGINS].

²³ Ver A.W.B. Simpson, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, 46 U. CHI. L. REV. 533, 569 (1979).

²⁴ Ver James Gordley, *Equality in Exchange*, 69 CALIF. L. REV. 1587, 1599 (1981) [a partir de ahora *Equality in Exchange*].

²⁵ Ver *idem* pp 1598–99.

²⁶ Ver FRIED, citado en nota 14, p 109.

demasía para salvar la carga de un barco averiado. Fried no explica por qué.

2. Teorías de la “transferencia”

Como Hanoch Dagan y Michael Heller observaron, la autonomía por sí misma no contesta la pregunta: “¿Por qué los individuos libres no deberían ser capaces de cambiar de parecer sin incurrir en responsabilidad civil?”²⁷ Una respuesta, observaron, ha sido la formulación de las llamadas teorías de la transferencia.²⁸ La voluntad del promitente crea un derecho legal en el promisorio a requerir que el promitente cumpla.²⁹ La negativa del promitente de cumplir es injusta porque priva al promisorio de ese derecho.³⁰

Según Peter Benson, en su reciente libro, *Justice in Transactions*:

[Uno debe] entender la formación del contrato como efectuando, entre las partes, un tipo de *adquisición transaccional*, que inviste en ellas títulos exclusivos respecto a lo que se prometieron. Y desde que la adquisición de cada una de las partes es desde el otro, está constituido por una transferencia entre ellos... [E]l incumplimiento contractual puede ahora ser plausiblemente visto como una violación a los derechos ya adquiridos en el momento de la formación del contrato. El incumplimiento se torna en un equivalente a tratar de “recuperar” o “retener” aquello que, como una cuestión de derecho, uno *ya* ha dado

²⁷ DAGAN & HELLER, citado en nota 5, p 21.

²⁸ Ver idem p. 33.

²⁹ Ver idem p. 34.

³⁰ Ver Seana Valentine Shiffrin, *Promising, Intimate Relationships, and Conventionalism*, 117 PHIL. REV. 481, 507, 516 (2008) (explicando que el efecto de una promesa es crear una obligación moral en el promitente y un “poder” en el promisorio para hacer que el promitente cumpla la promesa, y cómo es una “transferencia del poder de una parte de cambiar de opinión a la otra parte”); ver también ARTHUR RIPSTEIN, *FORCE AND FREEDOM: KANT’S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY* 109 (2009). Según Arthur Ripstein, la voluntad de las partes puede transferir un derecho preexistente de una a otra. Ver idem. También puede “crear nuevos derechos”, incluyendo derechos a cosas que no necesitan existir totalmente determinados antes de la transferencia. Idem.

al otro.³¹

Según Arthur Ripstein, la voluntad de las partes puede transferir un derecho preexistente de una a la otra.³² También puede “crear nuevos derechos, incluyendo derechos a cosas que no necesitan de existir completamente determinados antes de la transferencia”.³³ Según Seana Shiffren, “[Una] promesa por parte de B [a A] crea una obligación moral para con A y el poder en A de insistir o liberar a B de su prestación.”³⁴ “[E]l poder detrás de esto de hacer promesas (...) incumbe la transferencia del poder de cambiar de parecer de una parte a la otra”.³⁵

Benson señaló que esta explicación de por qué los contratos obligan no es nueva. Observó correctamente que fue propuesta por “los grandes escritores del derecho natural de la tradición civil continental, como Hugo Grotius y Samuel Pufendorf”.³⁶ Como lo ha puesto en evidencia uno de los autores de este trabajo, Grotius había tomado esta idea de un grupo de filósofos-juristas que escribieron durante los siglos XVI y XVII, conocidos por los historiadores como los escolásticos tardíos.³⁷ Los escolásticos tardíos tendrán relevancia en este artículo porque fueron los primeros en intentar realizar una síntesis entre el derecho civil de los romanos y las ideas filosóficas de Aristóteles; en particular, la idea del contrato como justicia conmutativa voluntaria.³⁸

³¹ PETER BENSON, JUSTICE IN TRANSACTIONS: A THEORY OF CONTRACT LAW 8 (2019).

³² Ver RIPSTEIN, citado en nota 30, p 116.

³³ Idem.

³⁴ Shiffren, citado en nota 30, p 507.

³⁵ Idem p 516.

³⁶ BENSON, citado en nota 31, p 10.

³⁷ JAMES GORDLEY, THE JURISTS: A CRITICAL HISTORY 96–97 (2013) [de ahora en mas THE JURISTS].

³⁸ Ver idem pp 84–101.

Cajetan (Tommaso de Vio Gaetano, 1469–1534) argumentó que una persona a la que se le había prometido un regalo no podía exigir, como una cuestión de justicia conmutativa, que se cumpliera la promesa. Ciertamente, el promitente actuó mal al incumplir su promesa, y en ese sentido la promesa obligaba. Pero hacer un regalo es una cuestión de liberalidad, no de justicia conmutativa. La negativa de cumplir no deja a la parte decepcionada en una situación peor a la que estaría si la promesa nunca hubiese sido hecha. Cajetan llegó a la conclusión de que el promisario podía afirmar que el promitente actuó injustamente con él sólo si su situación hubiera empeorado por haber cambiado de posición en vistas al [*reliance on*] cumplimiento de la promesa.³⁹ Los líderes de la escolástica tardía no estaban de acuerdo con Cajetan. Luis de Molina (1535-1600) señaló que, si el donante se hubiera desprendido de algo y se lo hubiera entregado al donatario, la cosa pertenecería al donatario.⁴⁰ Según el derecho romano, el donante no podía reclamar la cosa a menos que el donatario fuera culpable de una gran ingratitud.⁴¹ Pero no hay nada mágico en el momento de la entrega. En principio, argumentó Molina, el donante debería poder transferir el derecho a una cosa, o el derecho a demandarla, antes de entregarla. Si este es el caso, entonces, privar al donatario de ese derecho no cumpliendo la promesa, viola a la justicia conmutativa.⁴² Leonard Lessius (1554-1623) estuvo de acuerdo, Hugo Grotius (1583-1645) siguió a Lessius y, Molina, y escritores posteriores como Samuel Pufendorf (1632–

³⁹ Ver CAJETAN (TOMASSO DI VIO), COMMENTARIA a THOMAS AQUINAS, SUMMA THEOLOGICA II-II, Q. 88, a. 1; Q. 113, a. 1 (1698).

⁴⁰ Ver LUDOVICUS MOLINA, DE IUSTITIA ET IURE TRACTATUS III, disps. 272, 281 (1614).

⁴¹ La regla es descrita en LEONARDUS LESSIUS, DE IUSTITIA ET IURE, CETERISQUE VIRTUTIBUS CARDINALIS LIBRI QUATUOR lib. 2, cap. 18, dub. 8, no. 52 (1628), y MOLINA, citado en nota 40, disps. 272, 281.

⁴² Ver MOLINA, citado en nota 40, disp. 262.

1694), hicieron eco de Grotius.⁴³

Una “teoría de la transferencia” explica por qué, cuando el promitente transfiere un derecho al promisario, el contrato es ejecutable. En sí misma, no obstante, no explica por qué el promitente debería querer transferir ese derecho, o por qué el Derecho debería honrar esa intención. Como notó Grotius, si el promitente así lo deseara, podría expresar su intención de hacer algo a favor del promisario, o incluso declarar su compromiso moral de hacerlo; todo ello sin transferir un derecho.⁴⁴ Para Benson y Ripstein, la razón es la libertad. Según Benson, “[E]sta concepción transaccional (...) presupone nociones particulares de libertad e igualdad, especificadas en términos de la independencia interna mutua que todas las personas tienen en sus relaciones con las otras.”⁴⁵ Según Ripstein,

Una obligación de derecho que concierne prestaciones futuras es un título para reclamar tal prestación, consistente con la libertad del obligado, tal como un permiso otorgado a través del consentimiento es un título para hacer algo a otro, consistente con la libertad de esa persona. Los acuerdos entre personas privadas son expresiones de sus respectivas libertades...⁴⁶

Entonces, como en las teorías de la voluntad, el valor últimamente en juego es la libertad de los contratantes de hacer lo que eligen. Transferir un derecho a otro a ejecutar un contrato antes de la prestación es un ejercicio de

⁴³ Ver LESSIUS, citado en nota 41, lib. 2, cap. 18, dub. 8, no. 52; HUGO GROTIUS, DE IURE BELLI AC PACIS LIBRI TRES II.xi.1.3-4 (1688); SAMUEL PUFENDORF, DE IURE NATURAE LIBRI OCTO III.v.5-7 (1688); JEAN BARBEYRAC, LE DROIT DE LA GUERRE ET DE LA PAIX DE HUGUES GROTIUS n.2 a II.xi.1; n.1 a II.xi.3 (1729); JEAN BARBEYRAC, LE DROIT DE LA NATURE ET DES GENS . . . PAR LE BARON DE PUFENDORF n.10 a III.v.9 (1734).

⁴⁴ Ver GROTIUS, citado en nota 43, II.xi.1.6; 2.1-4.

⁴⁵ BENSON, citado en nota 31, p 468.

⁴⁶ RIPSTEIN, citado en nota 30, p 112.

la libertad de uno, como lo es cualquier cosa que uno elige libremente hacer. Llamarlo ejercicio de la libertad de uno dice nada acerca de por qué una persona querría ejercitar su libertad de esa manera. No indica nada acerca de por qué el derecho de los contratos protege ese ejercicio de la libertad. No puede explicar—como no lo hace la teoría de la voluntad—por qué el derecho encuentra los términos que encuentra en un contrato. Como Richard Craswell apuntó, una teoría basada en la autonomía de la libertad no puede explicar las cláusulas que el derecho debería integrar en un contrato. Cualquier conjunto de cláusulas podría ser consistente con la libertad de las partes de elegir los términos respecto de los cuales quieren obligarse.⁴⁷

Benson sostuvo que los términos injustos son inconsistentes con la “libertad abstracta” de los contratantes. El precio de mercado, o valor de cambio de las prestaciones, “[s]iendo inherentemente relacional, el mismo para todos y no decidido por alguno en particular, (...) incorpora el mismísimo tipo de punto de vista de igualdad abstracta relacional, que el requerido por la igualdad contractual y, que las partes, como personas iguales, presumiblemente aceptan al contratar con el otro.”⁴⁸ “[E]s la conceptualización de la substancia de las prestaciones [dadas por cada una de las partes] como valores de cambio, lo que suscita, con completa claridad, que el contrato se abstrae de la particularidad y es una expresión de la igualdad abstracta de las partes.”⁴⁹

Aún aceptando que las partes sean “iguales”, o si se quiere, “abstractamente iguales”, es difícil ver qué tiene que ver el precio de mercado

⁴⁷ Ver Richard Craswell, *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*, 88 MICH. L. REV. 489, 514–29 (1989).

⁴⁸ BENSON, citado en nota 31, p 185.

⁴⁹ Idem p 386.

con la igualdad abstracta de las partes. ¿Por qué, al tratar a la otra parte como mi igual, yo debería intercambiar a precios que no son determinados por nosotros? ¿Es porque esos son los precios justos? ¿Pero por qué el hecho de que no son determinados por ninguna de las partes significa que son justos? ¿Es porque, en palabras de Benson, hay una “intención presunta” en el contrato de intercambio, que “es una intención de dar y recibir igual valor”?⁵⁰ Si esto es así, ¿no se trata entonces de otro intento fallido de basar la justicia substantiva en la autonomía o intención de las partes?

Shiffrin no se compromete con la cuestión de si acaso la autonomía puede explicar por qué el promitente puede transferir un derecho al promisario a demandar la prestación. Ella piensa que es “plausible que el poder sea inherente a los derechos y capacidades básicas de autogobierno de los individuos”, pero “no tratará de establecer definitivamente que el poder ... es inherente a las capacidades de los agentes morales autónomos.”⁵¹ Su línea de argumentación principal es que en las relaciones humanas, y, particularmente, en las relaciones íntimas o personales, “debemos contar con el poder de hacer promesas obligatorias, para permitir relaciones de una cierta complejidad, con la dinámica moral justa, para desarrollarnos y florecer.”⁵² Así, la autora reconoce que la razón por la que las promesas obligan y, de hecho, la razón por la que un contratante haría una promesa obligatoria, depende de lo que esa parte pueda lograr con la promesa. La razón va a ser diferente en diferentes relaciones íntimas y personales, y diferente (de nuevo) en los intercambios entre desconocidos. Pero para entender los derechos del promisario,

⁵⁰ Peter Benson, *The Unity of Contract Law*, en *THE THEORY OF CONTRACT LAW: NEW ESSAYS* 118, 188 (Peter Benson ed., 2001) (énfasis omitido).

⁵¹ Shiffrin, cita en nota 30, p 520.

⁵² Idem p 516.

necesitamos entender cuál es esa razón.

3. La teoría de la elección

Según Dagan y Michael Heller, las teorías contractuales que ruedan en torno a la pregunta “[¿Q]ué es la libertad?” “han llegado a un punto final”.⁵³ Ellos proponen una “teoría de la elección”, que reconoce que las partes están mejor servidas, de diferentes maneras, en diferentes tipos de contratos. Reconocen que tal aproximación se asemeja a aquella del Derecho Romano, en el cual, como hemos dicho antes, las partes consentían para vincularse a un contrato de un cierto tipo, que es normalmente gobernado por términos que ellos no determinaron.⁵⁴

Sin embargo, los términos de estos contratos varían para reflejar “bienes” diferentes al valor de la autonomía privada. Como Shiffrin, estos autores están preguntando qué es lo que una persona puede lograr al emitir una promesa. Pero esta búsqueda los lleva en una dirección equivocada, si es que se busca lo que las partes pueden lograr al vincularse a un contrato de intercambio. Según Dagan y Heller, “Los bienes principales del contrato son la utilidad y la comunidad”.⁵⁵

Dagan y Heller notan que “están usando los términos utilidad y eficiencia indistintamente”.⁵⁶ En la próxima sección, veremos que uno no puede explicar los términos que el derecho encuentra en un contrato con la noción de eficiencia. Estos autores afirman que la “comunidad” se refleja

⁵³ DAGAN & HELLER, citado en nota 5, p 10.

⁵⁴ Ver idem p 8.

⁵⁵ Idem p 16.

⁵⁶ Idem p 51

particularmente en los contratos que conciernen al “trabajo” y al “hogar”, presumiblemente porque las personas que celebran esos contratos están buscando comunidad, y no meramente beneficios materiales.⁵⁷ No hay dudas. Pero si uno enlistara los valores que las partes buscan cuando se vinculan en un intercambio, no habría razón para frenarse en la comunidad. Cuando una persona compra un violín o un boleto para la sinfónica, sus valores son estéticos. Cuando se afilia a una universidad o compra un libro, sus propósitos—frecuentemente, uno espera—refieren a la adquisición de conocimiento. Cuando compra una membresía a un gimnasio, sus propósitos serán la salud y la excelencia estética. Cuando se compra un trago en un bar, estará buscando relajación, diversión, u olvido. En tales casos, tal vez busca acompañamiento o comunidad. Pero está celebrando un intercambio de un específico tipo: una compra, un alquiler, o un contrato de servicios. Estamos de acuerdo en que los términos que el derecho encuentra en tales contratos deben de estar explicados según un valor distinto a la autonomía. Pero no vemos cómo ese valor pueda ser la utilidad o la eficiencia. Proponemos que se trata de la justicia económica.

Dagan y Heller sostienen, no obstante, que “la autonomía ... es todavía el último valor del contrato”.⁵⁸ Dagan se ocupa de la justicia económica en un libro recientemente publicado con Michael Heller, y en un artículo con Avihay Dorfman.⁵⁹ Sus explicaciones giran en torno a la autonomía, no a la utilidad o la eficiencia. La autonomía implica que las partes puedan “relacionarse en un

⁵⁷ Idem pp 52-56 (argumentando que no es la justicia distributiva lo que ellos consideran un valor “externo” a una preocupación por la autonomía, la utilidad y la comunidad). En nuestra opinión, que se expone a continuación, los contratos laborales son especiales porque refieren tanto a la justicia conmutativa como a la distributiva.

⁵⁸ Idem p 16.

⁵⁹ Ver en general idem; ver también HANOCH DAGAN & AVIHAY DORFMAN, JUSTICE FOR CONTRACTS 47 (2020).

contrato como iguales, tanto al asumir la coautoría de determinación, o influenciando la determinación de, los términos de la interacción, como satisfaciendo las expectativas razonables de los típicos productores de términos.”⁶⁰ El remedio por *unconscionability* [mala fe] es lo que “más dramáticamente” “ejemplifica [una] preocupación” ante la situación de “que uno de los contratantes no sea lo suficientemente competente, como para hacer y aceptar promesas contractuales”.⁶¹ Los términos contractuales son “substantiva[mente] injustos” cuando “no son razonablemente favorables para la otra parte”.⁶² Son “procedural[mente] (...) injustos” cuando reflejan una ausencia de “auto-determinación”⁶³ o “elección significativa”⁶⁴ porque “la parte débil sufre de ‘enfermedades físicas o mentales, ignorancia, analfabetismo o inhabilidad para entender el lenguaje del acuerdo’”.⁶⁵ Como veremos más tarde, no importa cuán vulnerable un contratante pueda ser, el mismo estará vinculado a al contrato en tanto y en cuanto los términos no favorezcan irrazonablemente a la otra parte.⁶⁶ De otra manera, las personas vulnerables no podrían contratar. Más aún, es extraño pensar que el hecho de que los términos favorezcan irrazonablemente a una parte dependa de si acaso la parte desventajada haya tenido participación en la determinación de los mismos, o haya esperado que ellos sean diferentes. Si las partes contratan al precio de mercado determinado por la oferta y la demanda, ninguno influencia el precio. Si firman un contrato con cláusulas justas, las mismas serán ejecutadas en contra de la parte que no los haya podido influenciar y no los

⁶⁰ DAGAN & DORFMAN, citado en nota 59, p 48 (énfasis omitido).

⁶¹ DAGAN & HELLER, citado en nota 5, p 86.

⁶² DAGAN & DORFMAN, citado en nota 59, p 47.

⁶³ Idem.

⁶⁴ DAGAN & HELLER, citado en nota 5, p 87 (signos de citación omitidos).

⁶⁵ DAGAN & DORFMAN, citado en nota 59, p 47 (citando al RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 208 cmt. d (AM. L. INST. 1981)).

⁶⁶ Ver Subsección II.C.1.

haya entendido o esperado. La justicia económica de un contrato no depende de la autonomía de las partes.

B. Eficiencia

La teoría económica moderna explica a los contratos en términos de eficiencia. La eficiencia de Pareto es un estado en el que un contratante no puede mejorar sin que otro empeore. Los economistas no hablan de equidad. Sin embargo, sin el concepto de equidad, no pueden explicar por qué la eficiencia es un objetivo que vale la pena perseguir. La dificultad, como lo nota Guido Calabresi en su artículo *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, es que un contrato que hace que ambas partes estén mejor *ex ante* no siempre las hace mejor *ex post*.⁶⁷ *Ex ante*, cuando firman un contrato, ambas partes esperan estar mejor. *Ex post*, habrá ganadores, que estarán mejor, y perdedores, que no. Como señaló Calabresi, “todas las supuestas mejoras”, es decir, todos los cambios que supuestamente son óptimos de Pareto, “conllevan, al menos *ex ante*, la posibilidad de perdedores”.⁶⁸ Cada vez que el derecho ejecuta un contrato, lo hace en contra de alguien que llegó a un acuerdo y perdió, al menos comparado con algún otro acuerdo que pueda haber hecho. Decir que los contratos obligan es decir que un contratante no puede evitar cumplir por solo considerar que el contrato es desventajoso. Melvin Eisenberg dice lo mismo:

La preferencia expresada por un promitente cuando contrata es mantener su promesa. La preferencia expresada por el promitente cuando se busca ejecutar judicialmente el contrato es no cumplir su

⁶⁷ Ver, en general, Guido Calabresi, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 YALE L.J. 1211 (1991).

⁶⁸ Idem p 1227.

promesa; de lo contrario, no habría razón para que el promisor busque la ejecución judicial. Nada en la teoría de la preferencia revelada [revealed-preference theory] puede decirnos cuál de estas dos preferencias [debería] primar para el derecho.⁶⁹

Como veremos, nuestra tesis es que algunos riesgos deben ser asumidos por una u otra parte, y que un contrato justo es aquel que distribuye esos riesgos de una manera en que cada una de las partes sea compensada por el riesgo que asumió. Un contratante que se niega a cumplir reniega; está peor que antes del contrato, pero es justo que se le haga responsable.

Una segunda pregunta es por qué los jueces suelen integrar el contrato con cláusulas que las partes nunca acordaron. Como se analizará a continuación, los economistas notaron correctamente que las cláusulas que las partes redactarían para ellas mismas son aquellas que imponen los riesgos y cargas del intercambio sobre la parte que puede soportarlos al menor costo. Los contratantes podrían ajustar el precio para que la parte que asume el riesgo o carga sea compensada por hacerlo. Cuando el derecho impone un riesgo o carga a la parte que más fácilmente puede soportarlo, aunque las partes no ajustaran el precio, siempre pueden hacerlo, dejando asentadas sus expectativas respecto a los riesgos que correrán. Sin embargo, desde el punto de vista de la eficiencia, no importa si los términos son justos. De hecho, desde el punto de vista de la eficiencia, realmente no importa qué términos el derecho determina para los contratos, a menos que sean tan repugnantes como para inducir a las partes a redactar sus propios términos. La ganancia en eficiencia es simplemente que las partes no incurrirán en el gasto de hacerlo.

⁶⁹ Eisenberg, citado en nota 16, p 239; ver también MICHAEL J. TREBILCOCK, THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT 244 (1993).

Es probable que tal explicación atraiga solo a alguien que crea que una explicación en términos de equidad es imposible, y está buscando una alternativa.

Una tercera pregunta es por qué el derecho a veces establece remedios para cuando el contrato es injusto. Un contrato puede ser eficiente incluso en los casos más claros en los que el derecho otorga remedios por injusticia. Si un barco se está hundiendo y sólo otro barco puede rescatarlo, cualquier precio para realizar ese rescate es “eficiente”, siempre y cuando sea más alto que el costo de hacerlo, y más bajo que el valor del barco, su carga y las vidas de la tripulación y los pasajeros. A cualquier precio dentro de ese rango, cada parte estaría mejor que sin ningún contrato. Sin embargo, un rescate por un precio exagerado es un ejemplo paradigmático de un contrato que los jueces no ejecutarían. Tal cual señaló Eisenberg, un contrato no se haría cumplir si involucrara a un geólogo, que estudiando formaciones rocosas, se encontrara con un viajero, que se quedó varado sin comida ni agua, luego de que su automóvil se descompusiera, y le hiciera prometer una fortuna por un viaje a la ciudad más cercana.⁷⁰ Ese precio es eficiente, pero no es justo. No es justo, diríamos, porque el rescatador no está siendo compensado por ningún riesgo que asumió. Pero los economistas hablan de eficiencia, no de equidad.

Según Richard Posner, líder del movimiento del Análisis Económico del Derecho, la razón para suavizar la rigidez del contrato recién señalado no es la injusticia del mismo. En un artículo con William Landes, Posner explicó que si se negara un remedio al rescatado, los propietarios de barcos sobreinvertirían en equipo de seguridad, para reducir la posibilidad de que sus

⁷⁰ Ver Melvin Aron Eisenberg, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 HARV. L. REV. 741, 755 (1982) [de ahora en más *The Bargain Principle*].

barcos deban ser rescatados.⁷¹ Una vez más, este tipo de explicación puede ser satisfactoria sólo para quien duda que exista algo así como un contrato injusto y, por lo tanto, crea que debemos buscar la explicación en otra parte. Posner sugirió otra explicación en su influyente tratado *Economic Analysis of Law*. Aunque cualquier precio más alto que el costo del rescate y más bajo que el valor del barco y su carga mejorará la situación de ambas partes, “[e]stimar el rango podría ser costoso, y las partes podrían invertir mucho tiempo y recursos negociando dentro de ese rango. De hecho, cada contratante podría estar tan determinado a absorber la mayor parte de las ganancias potenciales de la transacción, que nunca llegarían a un acuerdo”.⁷² Supongamos, sin embargo, que las partes perdieron poco tiempo negociando y que ninguna es tan ciega al beneficio propio como para preferir que el barco se hunda en lugar de llegar al acuerdo. ¿Debería hacerse cumplir el acuerdo aún cuando, para dar el ejemplo de Posner, acordaran “un precio igual al 99 por ciento del valor del barco y su carga”?⁷³

Más aun ¿Qué pasa con el viajante varado en el desierto que promete una fortuna a cambio de un viaje hasta la ciudad más cercana? ¿Es ese acuerdo invalido porque, de lo contrario, los viajeros de ruta sobre-invertirán en el mantenimiento de sus autos y agua embotellada, o porque las partes podrían perder valioso tiempo en discusiones, o porque las negociaciones podrían fracasar ya que el viajero preferirá morir antes que acordar?

C. Justicia Conmutativa Voluntaria

⁷¹ Ver William M. Landes & Richard A. Posner, *Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*, 7 J. LEGAL STUD. 83, 92–93 (1978).

⁷² RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 62 (7th ed. 2007).

⁷³ *Idem* p 118.

Aunque parezca extraño, el derecho contractual moderno se explica mejor utilizando la antigua idea del contrato como justicia conmutativa voluntaria. En principio, un contrato de intercambio debe ser ejecutado cuando es voluntario y económicamente justo. Es voluntario siempre que una parte aprecie más lo que va a recibir que lo que va a dar. Es económicamente justo cuando la prestación que realiza cada parte es equivalente en valor económico a la que recibe.⁷⁴ Las prestaciones son equivalentes en valor económico cuando cada parte es compensada por los riesgos que el contrato le impone.

Este enfoque es capaz de dar respuesta a las preguntas que dejan planteadas las teorías basadas en la voluntad de las partes o en la eficiencia. Un contrato es vinculante cuando los términos son justos, porque permitir que el contratante se eche atrás es como permitir que incumpla una apuesta justa. El derecho integra cláusulas en el contrato que las partes nunca aceptaron expresamente porque esas cláusulas son justas. Cuando un contrato es económicamente injusto, no debe ser ejecutado, porque la parte desfavorecida no fue compensada por un riesgo impuesto por el contrato. El contrato es injusto de la misma manera en que una apuesta es injusta.

La idea aristotélica del precio justo, o de la igualdad en el cambio, a menudo ha sido mal entendida. Para ver por qué, podemos consultar el trabajo de los juristas de los siglos XVI y XVII, ya mencionados como los creadores de la “teoría de la transferencia”. Ellos utilizaron la idea de la igualdad en el cambio para construir la primera teoría sistemática del derecho de los contratos. Los historiadores se refieren a ellos como los "escolásticos tardíos". Los líderes fueron Domenico de Soto (1494-1560), Molina y Lessius. Sus

⁷⁴ Ver ARISTOTLE, citado en nota 3, V.iv 1132a–32b.

conclusiones, incluidas aquellas que refieren al precio justo, fueron tomadas por destacados juristas continentales como Grotius y Pufendorf en los siglos XVII y XVIII, y no fueron descartadas hasta el surgimiento de las teorías de la voluntad en el siglo XIX. Estos autores no consideraban al valor económico como una característica estable de un objeto, como su color. En cambio, fueron unos de los primeros en reconocer que el valor económico de cualquier activo, en cualquier momento, depende de su valor en el futuro.⁷⁵ Su valor en el presente es la suma de los valores que pueda tener en el futuro, descontados por la probabilidad de que tenga esos valores. Los economistas modernos expresan esta idea matemáticamente. Asigne a cada conjunto de circunstancias una probabilidad, y el valor esperado de la prestación (V_e) es el valor que tendrá bajo cada conjunto de circunstancias (V_1, V_2, \dots, V_n) descontadas por la probabilidad de que cada uno ocurra (p_1, p_2, \dots, p_n). Entonces, $V_e = p_1V_1 + p_2V_2 + \dots + p_nV_n$. En un lanzamiento de moneda, si gano \$100 cuando sale cara y pierdo \$ 100 cuando sale cruz, el valor esperado para mí es $.5 \times \$ 100 + .5 \times - \$ 100 = 0$. Estos autores fueron los primeros en formular el concepto de valor esperado.⁷⁶ Usaron ese concepto para determinar daños por incumplimiento contractual.⁷⁷ Lo usaron para determinar una apuesta justa: Las ganancias y pérdidas potenciales de un apostador, descontadas por la probabilidad de que ocurran, son iguales a las del otro. Según el historiador de las matemáticas James Franklin, esa formulación marcó un hito en el desarrollo de la teoría de la probabilidad.⁷⁸

Los escolásticos tardíos identificaron el precio justo de un objeto con

⁷⁵ Ver abajo notas 77–78.

⁷⁶ Ver abajo notas 77–78.

⁷⁷ Ver MOLINA, citado en nota 40, disp. 736.

⁷⁸ Ver JAMES FRANKLIN, *THE SCIENCE OF CONJECTURE: EVIDENCE AND PROBABILITY BEFORE PASCAL* 286–88 (2001) (citando a Soto y Lessius hablando de apuestas y seguros).

su precio de mercado.⁷⁹ Sabían que ese precio variaba de un día a otro y de una región a otra. Creían que debía hacerlo para responder a los factores que llamaron necesidad, escasez y costo.⁸⁰ Esos factores son como los que los economistas modernos toman en cuenta al trazar curvas de oferta y demanda. Pero a diferencia de los economistas modernos, los escolásticos tardíos no entendían a la oferta y la demanda como proyecciones distintas que se cruzan para determinar el precio de mercado.⁸¹ Más bien creían que el precio de mercado estaba determinado por el juicio común, *communis aestimatio*, de quienes comerciaban en el mercado, el precio que con mayor precisión refleja la necesidad, la escasez y el costo.⁸²

Consideraban el riesgo de que el precio de mercado cambie como un riesgo inherente al ser dueño de algo, tal como el riesgo de que esa cosa se destruya. Es un riesgo que asumen las partes cuando intercambian. Una parte que pierde si los precios caen, habría ganado si los precios hubieran subido. Como decía Soto, un comerciante debe soportar sus pérdidas si “la mala suerte lo golpea, por ejemplo, por una abundancia inesperada de bienes”, y podrá vender por más si “la fortuna le sonrío y luego hay una escasez inesperada, . . . [p]orque, como el negocio de comprar y vender está sujeto a eventos fortuitos de muchos tipos, los comerciantes deben asumir riesgos a sus propias expensas y, por otro lado, pueden esperar la buena suerte”.⁸³ De manera

⁷⁹ Ver PHILOSOPHICAL ORIGINS, citado en nota 22, pp 94–97.

⁸⁰ Ver DOMENICUS SOTO, DE IUSTITIA ET IURE LIBRI DECEM lib. 6, q. 2, a. 3 (1553); MOLINA, citado en nota 40, disp. 348; LESSIUS, citado en nota 41, lib. 2, cap. 21, dub. 4. La misma opinión era sostenida por los miembros de la escuela nórdica del derecho natural. Por ejemplo, GROTIUS, citado en nota 43, II.xii.14; PUFENDORF, citado en nota 43, V.i.6.

⁸¹ Ver ODD LANGHOLM, PRICE AND VALUE IN THE ARISTOTELIAN TRADITION 116 (1979).

⁸² Ver SOTO, cita en nota 80, lib. 6, q. 2, a. 3; MOLINA, cita en nota 40, disp. 348; LESSIUS, cita en nota 41, lib. 2, cap. 2, dub. 2. Para los jurista de la escuela nórdica del derecho natural, ver GROTIUS, cita en nota 43, II.xii.14, II.xii.23 (diciendo que los precios están determinados “teniendo en cuenta” estos factores y explicando que la frase *communis aestimatio* describe cómo se le pone precio al riesgo en un contrato de seguros); PUFENDORF, citado en nota 43, V.i.8.

⁸³ SOTO, citado en nota 80, lib. 6 q. 2 a. 3.

similar, Lessius notaba, “[É]sta es la condición de los comerciantes, que así como pueden ganar si reciben bienes a un pequeño costo, pierden si el gasto fue desproporcionado o extraordinario”⁸⁴. Un contratante que no está dispuesto a soportar las pérdidas sufridas porque el precio de mercado ha caído es como un adquirente que quiere revocar la compra-venta porque la propiedad ha sido destruida. Asumió un riesgo, y está tratando de evadir sus consecuencias.

El riesgo de que más adelante los precios vayan a cambiar es, entonces, uno que las partes deben asumir, si los precios van a fluctuar para reflejar la necesidad, la escasez y el costo. Puesto que el riesgo se refleja en el precio, ninguna de las partes se vuelve más rica o más pobre en el momento de la transacción. En contraste, una parte se enriquece a expensas de la otra si se aprovecha de lo que Lessius llamó la ignorancia de esa parte, o la necesidad de cobrar más que el precio de mercado.⁸⁵ Cobrar un precio alto por un rescate es un ejemplo de cómo aprovechar esa necesidad. Vender por encima o por debajo del precio de mercado a alguien que no conoce el precio es un ejemplo de cómo aprovecharse de su ignorancia.

El derecho romano, interpretado por los juristas medievales, otorgaba un remedio por lo que se llamaba *laesio enormis*, una desviación de más de la mitad del precio justo, que los juristas medievales, como los escolásticos tardíos, identificaban con el precio de mercado. La razón de la acción, explicaron los escolásticos tardíos, era que ese precio violaba gravemente el principio de la igualdad en el cambio.⁸⁶ Las acciones se concedían sólo por

⁸⁴ LESSIUS, citado en nota 41, lib. 2, cap. 21, dub. 4.

⁸⁵ Ver idem.

⁸⁶ Ver, por ejemplo, GLOSSA ORDINARIA al CORPUS IURIS CIVILIS C 4.44.2 a auctoritate iudicis (Venice, 1581).

violaciones graves, por razones pragmáticas relacionadas con la estabilidad del comercio.⁸⁷

Las otras cláusulas de un contrato eran justas en tanto y en cuanto preservaran la igualdad. Un ejemplo era la garantía del vendedor de que los bienes estaban libres de defectos. El vendedor podía renunciar a la garantía, pero sólo si le cobraba al comprador un precio más bajo para compensarlo por asumir ese riesgo.⁸⁸

Continúa en próximo número

⁸⁷ Ver SOTO, citado en nota 80, lib. 6, q. 2, a. 3; MOLINA, citado en nota 40, disp. 348; LESSIUS, citado en nota 41, lib. 2, cap. 21, dub. 2.

⁸⁸ Ver MOLINA, citado en nota 40, V, disp. 353.

ENSAYOS

**SABER LO QUE HIZO LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE TUCUMÁN
EN 2020 ES FUNDAMENTAL PARA AFIANZAR SUS PRECEDENTES**

**KNOWING WHAT THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF TUCUMÁN DID
IN 2020 IS ESSENTIAL TO SECURE ITS PRECEDENTS**

Acuña, Agustín E.*

Universidad Nacional de Tucumán

Resumen: ¿Cómo podemos saber qué es lo que hizo en materia jurisdiccional la Corte Suprema de Justicia de Tucumán (CSJT) el año pasado? ¿O cualquier año? El tema es importante a la luz de la doctrina del precedente. Por eso analizo las limitaciones y obstáculos para alcanzar ese conocimiento: ausencia de colección de fallos, imposibilidad de acceder al listado de causas de los acuerdos periódicos, una base de datos incompleta, fallos inaccesibles por estar en soporte físico no digitalizado, fallos accesibles digitalmente con exclusiones de fueros relevantes, limitaciones en la accesibilidad y la cantidad de casos fallados. En el medio de eso, el tribunal decide dar a conocer en su propia página web 10 de los 1095 fallos que dictó en el año. El sencillo ejercicio lleva a una conclusión modesta y carente de novedad: al Poder Judicial le queda un largo camino que recorrer en términos de transparencia y publicidad de sus decisiones. Eso afecta, sin duda alguna, el desarrollo y el afianzamiento de sus precedentes, porque no puede aplicarse ni criticarse lo que no se conoce.

Palabras claves: Transparencia – Publicidad – Precedentes

* agustin.eugenio.acuna@gmail.com

Abstract: How can we know what the Supreme Court of Justice of Tucumán (CSJT) did in jurisdictional matters last year? Or any year? The subject is important to the light of the precedent's doctrine. That is why I analyze the limitations and obstacles to achieving this knowledge: absence of collection of cases, inability to access the list of causes of periodic agreements, an incomplete database, inaccessible decisions due to being on non-digitized physical media, digitally accessible decisions with exclusions of relevant jurisdictions, limitations on accessibility and the number of cases solved. In the middle of that, the court decides to publicize on its own website 10 of the 1,095 rulings it handed down in the year. The simple exercise leads to a modest conclusion and lacking in novelty: the judiciary has a long way to go in terms of transparency and publicity of its decisions. This undoubtedly affects the development and consolidation of its precedents, because what is not known cannot be applied or criticized.

Key words: Transparency – Publicity – Precedents

Recibido 3 de mayo 2021

Aceptado 15 de junio 2021

I. Introducción

¿Cómo podemos saber qué es lo que hizo en materia jurisdiccional la Corte Suprema de Justicia de Tucumán (CSJT) el año pasado? ¿O cualquier año? El tema es importante a la luz de la doctrina del precedente. Por eso analizo las limitaciones y obstáculos para alcanzar ese conocimiento: ausencia de colección de fallos, imposibilidad de acceder al listado de causas de los acuerdos periódicos, una base de datos incompleta, fallos inaccesibles por estar en soporte físico no digitalizado, fallos accesibles digitalmente con exclusiones de fueros relevantes, limitaciones en la accesibilidad y la cantidad de casos fallados. En el medio de eso, el tribunal decide dar a conocer en su propia página web 10 de los 1095 fallos que dictó en el año.

El sencillo ejercicio lleva a una conclusión modesta y carente de novedad: al Poder Judicial le queda un largo camino que recorrer en términos de transparencia y publicidad de sus decisiones. Eso afecta, sin duda alguna, el desarrollo y el afianzamiento de sus precedentes, porque no puede aplicarse ni criticarse lo que no se conoce.

II. Relevancia del tema

El tema parece de menor jerarquía, pero adquiere relevancia por la importancia de la doctrina del precedente. Hace tiempo pueden encontrarse trabajos que la estudiaron en la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta la actualidad (Garay, 1997, 2013; Rodríguez, 2002; Legarre, 2016 y Ratti, 2020). Recientemente, en el marco de las reformas procesales penales, se ha puesto otra vez el acento en el análisis de los precedentes, con traducciones de artículos del *common law* que profundizan la cuestión (Oliphant, Goodhart, Stone, Marshall, Summers y Maccormick, 2020).

Nuestra provincia no es ajena a esa preocupación. La corte local unifica la jurisprudencia por medio del recurso de casación en materia no penal. Además, a partir del Nuevo Código Procesal Penal (NCPPT), cuando ejerce el control extraordinario del art. 318, el tribunal aclaró que su función es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal para evitar que situaciones sustancialmente iguales obtengan respuestas diferentes¹.

¹ Sentencia 196 del 16/03/21 en el proceso “Morelli, Osvaldo s/ Fraude a la Administración Pública s/ Defraudación”. Es más, indicó que debe existir simetría en los presupuestos sobre las que recayeron las interpretaciones incompatibles o contradictorias. Con anterioridad había indicado que se debe hacer constar

En ese contexto, donde existe una genuina preocupación por la obligatoriedad de los precedentes, es lógico pensar que, si la jurisprudencia no se conoce, si el precedente no se conoce, de nada sirve. Ni en Tucumán ni en otra parte del mundo. ¿Cómo pueden los ciudadanos ser juzgados de igual manera que en otro caso si no se conoce el caso? ¿Cómo puede criticarse la jurisprudencia si no se la conoce? ¿Cómo pueden los abogados argumentar valiéndose de los casos resueltos si no los conocen? ¿Cómo puede buscarse el *holding* o la *ratio decidendi* si no se accede al fallo? ¿Cómo puede distinguirse el *obiter dicta* si no tenemos el texto completo de la decisión? ¿Cómo pueden los académicos criticar los fallos de la corte si no tienen acceso a ellos?

III. Limitaciones y obstáculos

1. Colección de fallos del tribunal, lista de acuerdos periódicos y base de datos

A diferencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la Corte Suprema de Justicia de Tucumán (CSJT) no publica una colección de fallos.

El secretario de la CSJN, José Gustavo Guastavino, en 1864, en el prólogo de la Colección de Fallos de ese tribunal, decía sobre la necesidad del conocimiento de esas decisiones: “*Las decisiones de la Suprema Corte que, tanto por los principios primordiales de todo gobierno cuanto por los fundamentos propios del sistema, tienen aunque no sin graves inconvenientes, el carácter y toda la autoridad de ley obligatoria para todos los Estados y todos los individuos, es preciso que sean conocidas del pueblo*”. Y justificaba la publicidad “*...no solo porque todos los que habitan el suelo de la República pueden ser en ellas heridos ó respetados en sus derechos, sino también para levantar ante el tribunal de la Corte Suprema el poder de la opinión del pueblo, quien, á la par que gana en inteligencia con el estudio de las desiciones (sic) judiciales, con su censura hace práctica la responsabilidad de los jueces, los cuales ganan á su vez en respetabilidad y prestigio ante sus conciudadanos, según sean la ilustración y honradez que muestran en sus decisiones*”.

la igualdad del supuesto de hecho y la desigualdad (contradicción) en la interpretación y aplicación de la pertinente norma jurídica (cfr. Sentencia 197 del 16/03/21 en el proceso “Aguilar Luis Alberto y Doldan William Roger s/ Homicidio”).

La necesidad de conocimiento y la publicidad para la crítica, eran las razones por las cuales el funcionario creía que hacía un bien en publicar los fallos del tribunal. Enrique Santiago Petracchi, juez de la Corte Suprema, reconoció la importancia de la crítica al entender que el “...ejercicio de la crítica es precisamente para eliminar esos restos fósiles de autoritarismo que uno tiene y que a veces por sí mismo no los descubre”². En síntesis, sin publicidad no hay posibilidad para la crítica, porque no se puede criticar lo que no se conoce. ¿Y qué pasa ante la ausencia de crítica? Pues nada, según el difunto juez, quien creía que los abogados debían hacer una crítica de la sentencia “...con la mayor dureza; para criticar hay que ser serio y demoledor. Si no, no hay crecimiento, ni desarrollo de las ideas, ni nada. Las cosas se mueren por inanición”.

Una colección de fallos aporta publicidad para la crítica, para el crecimiento y el desarrollo de ideas. Sin embargo, tiene un defecto. Una colección no es el todo. Para coleccionar hay que seleccionar. Cada uno tiene su filtro de selección. El tribunal no escapa a esa lógica. Por eso cualquier colección de fallos es la selección según la óptica de quien la hace, un recorte de la realidad.

Ese defecto de la colección de fallos podría suplirse con la consulta de todas causas de los acuerdos periódicos del tribunal, pero la CSJT tampoco lo hace³. Es una práctica que ha desarrollado la CSJN y permite llegar a más casos del universo total⁴.

Hay que aclarar que desde hace mucho tiempo la CSJT tiene una base de datos de jurisprudencia⁵, pero allí tampoco se pueden encontrar todos los textos de las sentencias del año.

2. El soporte físico o digital de los fallos, la exclusión de fueros y la accesibilidad

De nada sirve una colección de fallos como hace la CSJN o el compendio de todos los fallos en los libros de protocolos como hace la CSJT si en pleno siglo XXI mueren en

² Esa frase la dijo el juez supremo en el marco de una entrevista que le realizaron para la Revista Lecciones y Ensayos Nro. 49, 1988. El texto de la entrevista completa se encuentra disponible aquí: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_entrevista_petracchi.php. Consultada por última vez el 09/06/21.

³ Recordemos que según el art. 3 apartado “a” de la Acordada 234/91, los vocales del tribunal tienen acuerdos semanales. Los días martes para la Sala Civil y Penal, los miércoles para la Sala Laboral y Contencioso Administrativo y los jueves para las cuestiones de Superintendencia y Administrativa.

⁴ El acceso a este recurso está disponible en la misma página web de la CSJN, en el área de jurisprudencia: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/acuerdos/consulta.html>. Consultada por última vez el 09/06/21.

⁵ La base de datos, muy útil, está disponible para su acceso en la siguiente página web: https://juris.justucuman.gov.ar/busca_juris_internet_new.php. Consultada por última vez el 19/06/21.

el papel, inaccesibles para todos salvo para los intrépidos que van a bucear en sus páginas en el medio de bibliotecas o archivos judiciales. Por ese motivo, por ejemplo, la CSJN ha digitalizado toda su colección de fallos desde el principio y está disponible en PDF en su propia página web⁶.

La realidad local es distinta. Si uno quisiera acceder, por ejemplo, a una sentencia anterior al 2001, no puede hacerlo porque no están digitalizadas en un Poder Judicial que tiene una Oficina de Digitalización. Otro supuesto sería si uno quiere leer una sentencia en la cual se cuestionó el reglamento de la Convención Constituyente de 1990⁷. En ese caso, deberá contentarse con leer un fragmento en la base de datos de jurisprudencia⁸, visitar el archivo para encontrar el libro de protocolo⁹, rogar que aparezca en uno de los servicios de información jurídica o visitar la biblioteca con datos certeros de su publicación¹⁰.

La limitación al soporte papel de los actos jurisdiccionales no difiere de la situación de los actos administrativos del tribunal, que solo están disponibles en la web¹¹ desde el 03/02/11¹². La fecha parece caprichosa o arbitraria pero se basó en que ese día se integró el tribunal que tomó la medida¹³ como lo indica en su parte resolutive. Esto evidencia una lamentable confusión a la que estamos acostumbrados, entre las personas que pasan por las instituciones y las instituciones propiamente dichas. La publicidad y la transparencia son de las últimas, independientemente de quienes las integren. El efecto no retroactivo de la publicidad de los actos administrativos, es sin duda, un paso en falso del tribunal. Por eso, si usted quiere acceder a una acordada antes de la fecha indicada, solo le queda pasar por la Secretaría de Superintendencia a consultar los libros de protocolo.

⁶ El acceso a la colección de los fallos está en: <http://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=iniciar>. Consultada por última vez el 19/06/21.

⁷ Sentencia 61 del 06/04/90 en el proceso “Gutiérrez, José Raúl y otro c/ Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Tucumán s/ Acción de Amparo”.

⁸ Disponible en <https://www1.justucuman.gov.ar/jurisprudencia>. Consultada por última vez el 09/06/21.

⁹ Debo destacar que siempre que acudí al archivo encontré lo que buscaba gracias a la amabilidad y compromiso de sus empleados.

¹⁰ Digo con datos certeros porque uno debe conocer que el fallo fue publicado en por ejemplo *El Derecho*, el año de publicación, el mes, la página, etc. y solicitar el auxilio del personal de la biblioteca (que también atiende con amabilidad y eficiencia, debo destacar) si uno no sabe buscar.

¹¹ Son accesibles en <https://acordadas.justucuman.gov.ar/index.asp>. Consultada por última vez el 09/06/21.

¹² Acordada 1235/13.

¹³ Por entonces el tribunal se componía de los jueces Antonio Gandur, René Mario Goane (votó en disidencia parcial), Antonio Daniel Estofán (también votó en disidencia parcial), Claudia Beatriz Sbdar y Daniel Oscar Posse.

El año pasado el tribunal mostró avances en este sentido, porque ordenó sustituir los viejos protocolos de sentencias por protocolos digitales desde el 01/11/20¹⁴. Incluso los puso a disposición en la página web¹⁵. Sin embargo, el acceso no permite consultar las sentencias que traten sobre cuestiones penales o de familia. Uno podría suponer que es por cuestiones de privacidad de las partes involucradas, cuestión que estimo fácil de solucionar con la sustitución de los nombres por iniciales, como se hace usualmente.

La accesibilidad de la información es otro punto en contra, puesto que la búsqueda se hace por fuero, año, número de sentencia y expediente, pero no por palabra o por nombre de las partes como permite la base de datos de jurisprudencia.

3. *La cantidad de casos para analizar y distinguir*

La cantidad de casos es enorme. Como lo decía Carlos Santiago Fayt en 2005, compañero desde 1983 en la CSJN de Petracchi, ese tribunal se transformó en un almacén de ramos generales¹⁶. Cuando afirmaba eso, el juez se comparaba con el máximo tribunal de Estados Unidos, que resolvía entre 80 y 150 casos al año, mientras que él veía 80 por semana. Los números de 2018 indican que la CSJN dictó 6814 sentencias que sirvieron para resolver 7843 causas¹⁷ y que ese mismo año le ingresaron 36.584 expedientes nuevos.

¿Es comparable la cantidad de casos con la corte local? En otra oportunidad¹⁸ analicé al pasar algunos números sobre la cantidad de sentencias de la CSJT. Me tomo la libertad de recordar que el tribunal había pasado de emitir 1096 sentencias en el 2010 a 2501 en 2019. Ahora hay que agregarle la cifra de 2020, que es de 1095 sentencias¹⁹. A simple vista surge que el tribunal dictó en un contexto mundial de pandemia, aislamientos, distanciamiento, suspensiones de plazos y demás, menos sentencias que hace diez años.

¹⁴ Acordada 985/20.

¹⁵ El protocolo de sentencias es consultable desde la siguiente dirección: <https://portaldelsae.justucuman.gov.ar/protocolo-sentencias>. Consultada por última vez el 19/06/21.

¹⁶ Fayt dijo su famosa frase (una de tantas), en el medio de una entrevista que le realizaron para la Revista Lecciones y Ensayos Nro. 80, 2005. El texto de la entrevista completa se encuentra disponible aquí: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_entrevista_fayt.php. Consultada por última vez el 09/06/21.

¹⁷ La diferencia numérica se explica porque a veces una sentencia resuelve más de una causa, lógicamente.

¹⁸ *La casación luego de la Acordada 1498/18 de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán*, publicado en la Revista LEX Digital del Colegio de Abogados, miércoles 10 de junio de 2020, disponible en <https://lexdigital.org.ar/la-casacion-luego-de-la-acordada-1498-18-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-tucuman/>. Consultada por última vez el 09/06/21.

¹⁹ El dato se extrae al buscar las sentencias del último día hábil del año pasado en el buscador de jurisprudencia del sitio web del propio Poder Judicial de Tucumán, pues son numeradas cronológicamente.

A diferencia de la CSJN, no tenemos datos sobre la cantidad de expedientes nuevos que le ingresaron.

Sean 1095 o 2501, la cantidad, si bien no es comparable con el almacén de ramos generales, asusta. ¿Cómo separar la paja del trigo? ¿Cómo distinguir lo que es solo una repetición de una línea jurisprudencial antigua de un caso novedoso? ¿Cómo encontrar el obiter relevante que anticipa una nueva posición? ¿Cómo dedicarse a lo importante y dejar de lado lo accesorio? Son preguntas que uno puede hacerse para encarar con la tarea. ¿Tienen respuestas? ¿Son satisfactorias? No lo creo.

4. *Lo que el tribunal decidió mostrar*

En el sitio de la Dirección de Informática Jurídica²⁰, la CSJT tiene una sección que denomina “Fallos recientes”²¹. En él se encuentra una serie de fallos del tribunal. No tengo forma de saber el criterio usado —si es que lo hay— para elegirlos y darlos a publicidad, más allá de las etiquetas de “Novedades” y “recientes” que tiene la página. En el mejor de los casos, uno supondría que el grupo se arma con los fallos considerados más significativos por los propios miembros del tribunal.

Sin duda tienen su importancia porque, al menos en materia jurisdiccional, es lo que la CSJT decide mostrar al público de manera destacada. Con eso cuenta qué fue lo que hizo durante el año, es lo que decidió mostrar.

El máximo tribunal provincial el año pasado decidió condensar la vidriera de su tarea en diez casos. Uno de derecho de familia²², cinco de derecho penal²³, tres de impuestos²⁴ y uno sobre actualización de haberes de magistrados²⁵. La preponderancia del derecho penal sobre los otros temas puede entenderse por la demorada implementación del NCPPT en toda la provincia.

²⁰ El sitio es <https://www1.justucuman.gov.ar/jurisprudencia>. Consultada por última vez el 09/06/21.

²¹ La sección se encuentra acá <https://www1.justucuman.gov.ar/jurisprudencia/fallos>. Consultada por última vez el 09/06/21.

²² “[R. S. N. c/ O. F. S. s/ Alimentos](#)” del 26/02/20.

²³ En sentido amplio, que abarca también al derecho procesal penal: “[Z. J. N. s/ Amenazas](#)” del 06/05/20, “[G. F. G. s/ Homicidio agravado](#)” del 02/10/20, “[G. E. F. s/ Hábeas corpus](#)” del 03/11/20, “[B. B. A. s/ Amenazas](#)” del 27/11/20 y “[P. R. s/ Per Saltum](#)” del 30/12/20.

²⁴ “[Provincia de Tucumán \(DGR\) c/ Mijasi SRL s/ Ejecución fiscal](#)” del 05/03/20, “[Complejo Azucarero Concepción S.A. c/ Provincia de Tucumán s/ Inconstitucionalidad](#)” del 29/10/20 y “[Bustos Thames, Juan Pablo c/ Provincia de Tucumán s/ Contencioso administrativo](#)” del 18/12/20.

²⁵ “[Antoni, Norberto José c/ Gobierno de la Provincia de Tucumán y otros s/ Contencioso administrativo](#)” del 22/10/20.

¿Son esos diez casos los representativos de los 1095 fallados el año pasado por la CSJT? ¿Son precedentes a tener en cuenta? ¿Sirven para que los académicos concentren su crítica y para que los abogados puedan argumentar a partir de ellos sus casos? ¿Permiten a los ciudadanos tener una predicción razonable de cómo serán resueltos sus asuntos? Más preguntas sin respuestas satisfactorias.

IV. Conclusión

No hay dudas que a la CSJT le falta mucho para incrementar la transparencia y publicidad de sus decisiones. Eso repercute en el desarrollo y afianzamiento de los precedentes. Como bien ha observado Carolina Ahumada, la aplicación de los precedentes se hace con superficialidad y con herramientas inadecuadas (Oliphant, Goodhart, Stone, Marshall, Summers y Maccormick, 2020:17). Sin embargo, si los precedentes no pueden conocerse, tampoco pueden criticarse, desafiarse o citarse. En el caso de la CSJT, tampoco puede valorarse si sus fallos escapan a lo que Alberto Binder calificó como un prolongado descuido sobre la calidad de la jurisprudencia (Oliphant, Goodhart, Stone, Marshall, Summers y Maccormick, 2020:10).

Bibliografía

GARAY, A. (1997). El precedente judicial en la Corte Suprema. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2 (1 y 2), abril de 1997. https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica05.pdf

GARAY, A. (2013). *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

RODRÍGUEZ, C. (2002). La técnica de la cita del precedente y la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema. JA 2002-II-293. Lexis N° 0003/008758.

LEGARRE, S. (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Ábaco. Buenos Aires.

OLIPHANT, H.; GOODHART, A.; STONE, J.; MARSHALL, G.; SUMMERS, R. y MACCORMICK, N. (2020). Obligatoriedad de la Jurisprudencia. Seis lecturas sobre el precedente. Ad-Hoc. Buenos Aires.

RATTI, F. (2020). El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Revista Jurídica Austral*, 1 (2), 585-626. <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0102.rat>.

SOBRE LA OPERATIVIDAD DE LAS PROPIEDADES CONSTITUCIONALES
ON THE OPERABILITY OF THE CONSTITUTIONAL PROPERTIES

Salvi, Nicolás¹

Universidad San Pablo-Tucumán

Resumen: En este breve ensayo deseamos plantear las problemáticas que suelen presentarse en la legislación de los derechos de propiedad en los sistemas legales continentales contemporáneos. De manera sucinta queremos responder que representa exactamente el reconocimiento constitucional de las propiedades en su articulado. En otro orden, nos proponemos intentar demostrar que la mera enunciación en una carta magna no basta para dar operatividad a la propiedad, y que es menester la regulación en otro texto legal para conseguir la eficacia.

Palabras clave: Derechos de propiedad – Eficacia normativa – Garantías constitucionales

Abstract: In this brief essay we wish to raise the problems that often arise in the legislation of property rights in contemporary continental legal systems. Succinctly we want to answer what exactly does the constitutional recognition of property represent in its articles. On the other hand, we intend to demonstrate that the mere enunciation in a constitutions not enough to make property operational, and that it is necessary to regulate it in another legal text in order to achieve effectiveness.

Key words: Property rights - Regulatory effectiveness - Constitutional guarantees

I. Notas introductorias

Los sistemas legales del *Civil Law*² siempre han inscripto a los derechos de propiedad tanto en sus constituciones como en otros cuerpos normativos. A partir de un pequeño repaso histórico, veremos cómo la positivización del derecho de propiedad

¹ nsalvi@uspt.edu.ar

² Preferimos no tocar a los sistemas de *Common Law* ni las experiencias socialistas en este ensayo, dadas las amplias diferencias en materia de derechos reales con los sistemas continentales (claramente por distintas razones).

absoluto en las cartas magnas de los gobiernos modernos tuvo como contracara la regularización en los códigos civiles. Luego cómo se dio un proceso similar en el giro colectivista del siglo XX con las reformas constitucionales que absorbieron la teoría de la función social de la propiedad en conjunto con recodificaciones que adaptaron al instituto. Y, por último, dejamos en evidencia que este proceso no se ha dado en las propiedades colectivas, lo que muestra el déficit estructural de su marco legal y explica los problemas de eficacia que se encuentran en estos derechos de raigambre constitucional.

Nos centraremos en el caso argentino, donde podemos diferenciar en su Constitución Nacional al menos dos tipos de propiedad (privada y comunitaria indígena), y en el cual ambas han tenido un tratamiento distinto. La primera cuenta con una esquematización detallada en el Código Civil y Comercial, mientras que la segunda aún no posee una regulación fuera de su reconocimiento legal.

II. Contexto histórico

El debate sobre el derecho de propiedad ha sido una discusión central en los actos legislativos desde los inicios del derecho como técnica de regulación social. La búsqueda de las personas para excluir a otros del uso de una cosa, sea de manera individual o colectiva, dieron forma a diversas reglamentaciones desde tiempos antiguos (Earle 2017).

En la modernidad, fue bien definido que el tercero que debería garantizar el respeto por la propiedad privada sería el poder público ostentado por el Estado Moderno (Cordero Quinzacara 2008). La mayor lucha de los iusnaturalistas racionalistas como Hugo Grocio o John Locke fue la de dar un fundamento metafísico ontológico a la propiedad privada y a las facultades que estas otorgaban a los propietarios. Todo esto, en aras de sostener el sistema económico capitalista, que tiene como una de sus bases al concepto abstracto de propiedad privada absoluta y al Estado central y absoluto como su garante (Salvi 2019).

Las revoluciones burguesas engendraron a las repúblicas y monarquías modernas que sellaron el nacimiento legal-positivo de la propiedad absoluta con sus Constituciones. El segmento social que realizó estos actos revolucionarios debía dejar en claro las reglas de juego, y garantizar el derecho de propiedad como había sido esquematizado por los

iusnaturalistas y de la que el capitalismo decidió hacerse eco en los gobiernos liberales. La guía en esta materia fue sin dudas el afamado artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789:

“Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización.”

El ejemplo de ese artículo fue repetido en prácticamente todo occidente, con el objetivo de garantizar la protección de la única propiedad reconocida por los Estados Modernos. Solo por citar algunos ejemplos, se tienen reinos europeos como España con la Constitución de Cádiz de 1812,³ las de las primeras experiencias revolucionarias americanas como la Constitución Imperial de Haití de 1805⁴ o la de las repúblicas decimonónicas como la Constitución Argentina de 1853.⁵ Una función central del Estado decimonónico fue la de eliminar todo rastro de bienes colectivos, siguiendo una conducta de legislador liquidador, para poder centrarse en el objetivo de defensa del derecho de propiedad única necesario para el funcionamiento del mercado (Grossi 1990:508).

Si bien esa garantía ya era de vital importancia para los movimientos burgueses, los mismos decidieron dar orden y regla a las relaciones de propiedad. Esto se consiguió principalmente con la legislación de este derecho en los códigos civiles de cada nación, con el *Code Civil* francés como ejemplo a utilizar.

En aras de mantener una seguridad jurídica férrea en materia de bienes, habitualmente se respetó la idea de *numerus clausus* en cuestión derechos reales, y se legisló con especial atención a la propiedad o dominio como el más “perfecto” de los derechos reales. Se le otorgó los caracteres de absoluto, exclusivo y perpetuo, y las facultades de uso, goce y disposición a sus titulares. Ciertamente, todas estas condiciones

³ Art. 4. La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.

⁴ Art. 6. La propiedad es sagrada, su violación será rigurosamente perseguida.

⁵ Art. 17. La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 11. Ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

fueron reglamentadas en los códigos (contenedores de definiciones y reglamentaciones) y no en las constituciones (terreno de garantías y guías/principios).

Cuando el siglo XX vivió la crisis del Estado Liberal Clásico, en occidente se comenzaron a formar los llamados Estados de Bienestar influenciados por las ideas económicas de John Maynard Keynes. En el ámbito de la propiedad, tomó fuerza la teoría de la función social de la propiedad desarrollada por el francés León Duguit, la cual se basa en limitar el carácter absoluto y exclusivo del derecho de propiedad. Se cambió el eje del individuo hacia la sociedad, hacia el bien común (Pasquale 2014). Este concepto sería impecable para los nuevos programas planteados por los gobiernos intervencionistas de la época.⁶

Sin embargo, de nuevo, aunque las nuevas ideas político-económicas fueron inscritas con tinta en la Constitución, fue necesaria su profundización en los Códigos Civiles, donde la propiedad se encontraba desarrollada y definida. Se utilizaron remedios legales, por ejemplo, de la teoría del abuso del derecho. Asimismo, en leyes especiales sobre todo en lo que refiere a fundos rurales. De esta forma, esta reinención del capitalismo fue plasmada en los textos jurídicos para servir de herramienta a una sociedad que había cambiado. La reforma fue cursada sustancialmente por recodificaciones,⁷ que pudieron ir en algunos casos acompañadas por reformas constitucionales.

La reforma de la Constitución Argentina en 1949 trajo el canon de los derechos sociales al centro de la discusión jurídica. Con su derogación por parte de la dictadura militar autodenominada “Revolución Libertadora”, se rescataron gran parte de sus directrices y principios en el artículo 14bis producto de la reforma de 1957. Pero la materialización en materia de propiedad se vio recién en 1968 con la reforma parcial del Código Civil producto de la ley 17.711. En esta fue receptada la teoría del abuso del

⁶ Podemos ver, solo por dar algunos ejemplos, la función social de la propiedad en el artículo 33 de la Constitución española, el artículo 14 de la Ley Fundamental de la República Alemana, o el capítulo IV de la Constitución Argentina de 1949 titulado “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”.

⁷ La recodificación es un interesante proceso, diferente a la codificación. Como explica Manuel Gonzalo Casas: “El proceso de codificación es diferente al de recodificación. La codificación genera sistematicidad, un orden totalmente nuevo. Dificilmente se sabe con precisión de dónde provienen sus normas. Es que a la codificación le precede una situación legislativa dispersa, inorgánica, le antecede la ausencia de sistematicidad sobre reglas y usos. Por el contrario, la recodificación es el reemplazo de un código o parte de éste por uno nuevo o por otras normativas y por lo tanto posee un régimen de referencia más amplio”. (Casas 2016:3).

derecho, lo que puso en jaque la absolutez de la propiedad y animaría a la interpretación de las normas de derechos reales a encaminarse hacia la función social.

Como vemos, aunque un programa de gobierno y de política económica pueda estar delineado en una constitución, al menos en el sistema de derecho continental se debe confiar a otros instrumentos jurídicos —como códigos y leyes especiales— la definición de los institutos allí contenidos. Las directrices y principios, por su configuración, no se bastan así mismos para regular a la conducta en sus especificidades cotidianas.

III. Las propiedades constitucionales en argentina

En la República Argentina contamos con, al menos, dos tipos de propiedad contenidas en nuestra constitución. El primero y más conocido es el de la propiedad privada contenida en el artículo 17.

“Art. 17. La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.

La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

Aquí se encuentra contenido el derecho de propiedad privada individual clásico. De igual manera se halla la limitación fundamental del instituto de la expropiación por utilidad pública, un esbozo de la propiedad intelectual y otras protecciones a la propiedad con la eliminación de confiscación y requisiciones de bienes. Sin embargo, estas garantías localizan su sustanciación en otras leyes.

La propiedad privada está principalmente definida, limitada y esquematizada en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), sobre todo en el Libro Cuarto en el

instituto de Dominio,⁸ el procedimiento de declaración de utilidad pública y expropiación, así como la reglamentación están contenidos en la ley 21.499; y la propiedad intelectual cuenta con un régimen legal descrito en la ley 11.723 y sus posteriores modificaciones.

Por otro lado, contamos en el propio texto constitucional de 1994 con el reconocimiento de la Propiedad Comunitaria Indígena.

“Artículo 75. Corresponde al Congreso: Inc. 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

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

Varias constituciones provinciales tienen enunciados similares, como la constitución rionegrina de 1988⁹ o la tucumana de 2006.¹⁰

En este caso, no existe una reglamentación clara en una ley especial. El CCyCN por su parte secunda la declaración de la constitución al reconocerle a los pueblos originarios el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus territorios.¹¹ Además,

⁸ Art 1941. Dominio perfecto. El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

⁹ Art. 42. El Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborígen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. Establece las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes. Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de la tierra que posee, los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual y de su comunidad, y respeta el derecho que le asiste a organizarse.

¹⁰ Art. 149. La Provincia reconoce la preexistencia étnico-cultural, la identidad, la espiritualidad y las instituciones de los Pueblos Indígenas que habitan en el territorio provincial. Garantiza la educación bilingüe e intercultural y el desarrollo político cultural y social de sus comunidades indígenas, teniendo en cuenta la especial importancia que para estos Pueblos reviste la relación con su Pachamama. Reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Se dictarán leyes que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en este artículo.

¹¹ Art. 18. Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas

las leyes nacionales 23.302 sobre política indígena y apoyo a las comunidades y la 26.160 que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país. En ninguna de estas normas, se define al instituto, se demarcan los caracteres, ni se especifican las facultades de esta.

Hasta ahora, de la propiedad comunitaria indígena se tiene una declaración de reconocimiento, una identificación de los sujetos (los pueblos originarios) y del objeto (las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano), así como varias sentencias que favorecen este reconocimiento.¹² Pero no contamos, al menos legalmente, con un concepto claro de la cuestión.

Queda un tercer caso que es el de la propiedad colectiva. La misma se encuentra legislada en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

“Art 17. 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

Este caso es más complicado. Esta Declaración ha sido añadida a una gran cantidad de países en sus bloques constitucionales —incluida la Argentina— equiparando todos sus enunciados a los propios de la Constitución. Pero no queda claro si con esto hay un reconocimiento expreso de la propiedad colectiva *in sé*. De igual forma no contamos con una definición de propiedad colectiva, aunque podríamos subsumir a la propiedad comunitaria como una especie dentro del género de las propiedades colectivas.

No obstante, este último tipo de propiedad demuestra que sin un texto que defina a la propiedad en su contenido y alcances, la misma queda en una declaración con muy limitados ámbitos de acción, sea para el potencial titular como hacia el Estado que pretenda garantizarlo. Es por esto por lo que experiencias como los encierros comunitarios y ganaderos de la provincia de Santiago del Estero (Villalba et al. 2020), donde los límites de la propiedad no están definidos dentro de los cánones del código, y

y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

¹² Destacándose actualmente el caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” de 2020, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró culpable al Estado Argentino por la violación del derecho de propiedad de las comunidades. También encontró a la Argentina culpable de violar los derechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación y al agua, y llama a una legislación más eficaz para operativizar el derecho de propiedad comunitaria indígena. Recuperable en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

podrían ser entendidos doctrinariamente como propiedad colectiva, no encuentran una respuesta legal por parte del derecho privado que les sea satisfactoria. De esta manera terminan siendo subsumidas por figuras como el condominio, para ser comprendidas por el sistema que rige este tipo de relaciones.

IV. Perspectivas

Sin dudas, vemos un problema a atender ante esta falta de legislación. No pretendemos decir que los derechos constitucionales no sean operativos, pero los mismos se ven más que restringidos y condicionados en su operatividad al no contar con una reglamentación. Como explica Antonio Gambaro (2018), en los textos constitucionales suele hacerse una declaración de protección de la propiedad, pero no se la define. Esta definición sigue siendo objeto de otros textos legales.¹³

En lo que respecta a lo más urgente en nuestro derecho, la propiedad comunitaria indígena precisa una legislación para conseguir tanto el respeto como el auxilio que el texto fundamental llama a garantizar. Empero, no hay una sola posibilidad.

La propiedad comunitaria —así como otras experiencias colectivas— pueden ser legisladas en el propio Código Civil y Comercial, enumerándolas como nuevos derechos reales. Eso permitiría no romper el principio de *numerus clausus*, y posibilitar una mayor armonización con el derecho de Dominio. No obstante, en los primeros bocetos del nuevo código se había previsto esta posibilidad, y la misma fue rechazada por la mayoría de las comunidades que no vieron con buenos ojos el trabajo realizado por la comisión de reforma.¹⁴

¹³ “The topic of constitutional protection of property rights is connected with the need to define the general meaning of the word ‘property’, but brings it in a particular direction. Constitutions normally promise protection to property, and in particular to private property, but they do not define what such expressions mean. Their sense must be inferred from a context which is outside the constitutional texts”. (Gambaro 2018).

¹⁴ “En el caso del proyecto de mención, su forma de conceptualizar la propiedad comunitaria indígena fue tan equivocada que numerosas organizaciones indígenas demandaron, en primer lugar, por no haber sido consultados; en segundo lugar, por hacer prevalecer lo ya contemplado en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas; finalmente reclamaron la formulación de una ley especial que lleve adelante un ordenamiento territorial respetando el derecho a ser consultados” (Ramírez 2015).

La otra opción es la de una ley especial, como la del proyecto de ley de instrumentación de la propiedad comunitaria indígena.¹⁵ Ésta, suponen sus partidarios, permitiría una mayor libertad en la legislación y a la formación de un derecho *sui generis* que escape a las ataduras de un cuerpo como un código. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el mismo choque con las disposiciones del código y del propio sistema, genere dificultades en los conflictos normativos que queden en manos de los jueces. Una norma, dentro o fuera de un código, no puede no armonizar con el sistema en su conjunto.

Por último, puede obviarse la definición y dejar que las comunidades consigan desenvolver su relación con el territorio de manera más cercana a su cosmovisión y sin ninguna cadena legal que pueda estorbarles. Esto, empero, puede generar una inconmensurabilidad de cosmovisiones normativas y la dificultad de solución de conflictos entre la comunidad con terceros.

Ninguna solución es perfecta, y toca analizar qué punto se prefiere priorizar y cuál es la solución más beneficiosa para la operatividad del derecho. Lo que es imposible de obviar es que mientras se siga hablando de propiedad, no puede dejarse de lado al derecho privado. Las comunidades originarias son preexistentes al Estado argentino, y mientras se intente legislar sobre una cuestión real, la situación será más propia de la esfera privatista (aunque se actúe en colectivo). Pensar en una propiedad pública llevaría a dejar en manos del Estado el dominio formal del territorio, a menos que la discusión pase al campo de la determinación de nuevos sujetos federales con una autonomía especial.

Queremos concluir considerando que una propiedad constitucional no tiene una existencia plena en cuanto a su eficacia. La declaración constitucional permite una garantía a la protección y un llamado a la reglamentación.

Esta relación sobre las cosas pretende ser regulada por un sistema jurídico, y tiene sus reglas internas para dar orden a sus factores. No habrá derecho de propiedad pleno sin su definición y la especificación de sus caracteres, facultades y límites para su nota de exclusión. Todo esto servirá tanto para el ejercicio de los titulares, como para el respeto que deben los terceros.

¹⁵ Expediente 2957-D-2019, en trámite parlamentario en la Cámara de Diputados. Recuperable en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=2957-D-2019>

Bibliografía

Casas, M. G. (2016). La recodificación del derecho privado francés: una esperada reforma. *La Ley*. Año LXXX N° 105. 1-4.

Cordero Quinzacara, E. (2008). De la propiedad a las propiedades: La evolución de la concepción liberal de la propiedad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso*, 31: 493-525

Earle, T. (2017). Property in prehistory. In *Comparative Property Law*. Edward Elgar Publishing.

Gambaro, A. (2018). Toward a European Property Law: Opportunities and Obstacles. En Tarabal Bosch, J & Lauroba Lacasa, M.E. (Coord). *El derecho de propiedad en la construcción del derecho privado europeo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Grossi, P. (1990). “Assolutismo giuridico e proprietà collettive”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19(1), 505-555.

Pasquale, M. F. (2014). La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica; Universidad de Oviedo. *Área de Derecho Constitucional; Historia Constitucional*; 15; 1; 93-111

Ramírez, S. (2015). Estándares mínimos para la regulación de la ley de propiedad comunitaria indígena. En Kasosvsky, F., & Ivanoff, S. L. *Dossier: Propiedad Comunitaria indígena*. Comodoro Rivadavia: EDUPA. P.21.

Salvi, N. (2019). Poder y Propiedad: el gran relato del dominio y el control social. *Fuegia: Revista de estudios sociales y territorio*, 2 (2), 76-84.

Villalba, A. E., Herrera, A. G. G., & Paz, R. G. (2020). Comunalidades rurales en reedición: encierros comunitarios y ganaderos en Santiago del Estero (Argentina). *Revista de Economía e Sociología Rural*, 58(3).