

Proceso de cooperación nuclear Argentina-Brasil: dinámica interna e influencia hemisférica en el periodo 1985-1995

Argentina-Brazil Nuclear Cooperation Process: Internal Dynamics and Hemispheric Influence in the 1985-1995 Period

Recibido: 12/8/2024 – **Aceptado:** 22/10/2024

Francisco García Montes¹
Universidad Argentina de la Empresa (Argentina)

Resumen

El artículo tiene por objetivo analizar el proceso de cooperación nuclear entre Argentina y Brasil, focalizando en el periodo 1985-1995. Para ello, se examinan las características principales del plan nuclear argentino y luego el proceso cooperativo con Brasil en materia nuclear. Dicho proceso refleja una estructura de control y confianza binacional encarnado en un sistema institucionalizado de múltiples instrumentos jurídicos de carácter obligatorio para ambas naciones.

Palabras clave: cooperación nuclear; Argentina; Brasil; derecho nuclear

Abstract

The article aims to analyze the nuclear cooperation process between Argentina and Brazil, focusing on the 1985-1995 period. First, it examines the main characteristics of the Argentine nuclear plan. Then, the article explores the nuclear cooperative process between Argentina and Brazil. This process reflects a structure of binational control and trust embodied in

¹ Licenciado en Gobierno y Relaciones Internacionales (UADE) Investigador de UADE. Maestrando en Relaciones Internacionales (IRI-UNLP).

an institutionalized system of multiple legal instruments of a mandatory nature for both nations.

Keywords: nuclear cooperation; Argentina; Brazil; Nuclear Law

I. Introducción

El desarrollo del plan nuclear argentino despierta no solo respeto y admiración a nivel mundial, sino que se presenta como una de las pocas instituciones argentinas que cuenta con un proyecto consagrado como política de Estado. El grado de avance y sofisticación alcanzado desde los inicios de investigación y exploración en la década del 50 hasta el dominio del ciclo de combustible nuclear en la década del 80, posicionaron al país como un sujeto relevante y activo en el plano de la política nuclear internacional, consideración que escasas naciones pueden ostentar.

Resulta fundamental destacar algunas características que hacen de éste un fenómeno de aún mayor valoración y reconocimiento. En primer lugar, reconocer que tanto en el caso de Argentina como de su socio Brasil se trata de países en desarrollo, por lo que los obstáculos y esfuerzos para realizar sus respectivos planes nucleares se doblan respecto con los países desarrollados, quienes lógicamente contaron con las facilidades que su categorización atribuye. En segundo término, el grado de autonomía y autosuficiencia alcanzados, principalmente el caso argentino, al utilizar reactores alimentados por uranio natural y agua pesada, evitando así la dependencia foránea de importaciones de uranio enriquecido, frente a las múltiples trabas y obstáculos de los países nucleares y sus reticencias a transferir o permitir que otros países obtengan el control de tecnologías sensibles.

El proceso cooperativo con Brasil en materia nuclear representa sin dudas el elemento más relevante y digno de la investigación venidera a continuación. Éste cristaliza una estructura de control y confianza binacional encarnado en un sistema institucionalizado de múltiples instrumentos jurídicos de carácter obligatorio para ambas naciones.

El proceso integracionista que llevaron adelante Argentina y Brasil en general, y en el campo nuclear en particular, se caracterizó por ser multidimensional y abarcar cuestiones de índole tanto político-económicas como sociales y técnico-científicas. El análisis que comprende el presente trabajo versa particularmente sobre el proceso de cooperación nuclear entre Argentina y Brasil entre los años 1985 y 1995, considerando la influencia de la conducción presidencial y la presión hemisférica en la dinámica de éste.

Enmarcado en un contexto de estrecho acercamiento entre los países, nos centraremos en este período porque prácticamente en una década la experiencia y dinámica que adoptó el proceso de integración en materia nuclear permitió superar casi dos siglos de histórica rivalidad y desconfianza entre ambos vecinos (Carasales, 1997). Del mismo modo, la velocidad y convicción que fue adquiriendo el acercamiento en

un sector tan sensible y delicado como el nuclear acaparó no solo las miradas de la comunidad internacional, sino también de los expertos, que consideran el mismo como un fenómeno digno de investigación.

Como se mencionó anteriormente, debemos destacar el carácter excepcional de esta experiencia, al menos entre países en desarrollo. Debe ser vista como un esfuerzo sostenido y veraz para reconvertir una relación de históricos rivales y competidores hacia un plano de confianza y cooperación bilateral (Carasales, 1997). Resulta de gran relevancia destacar la utilización del término “rivalidad” y “competidor” para referirnos a la esencia de la relación entre ambos vecinos y no confundirla con enemigo. Existe un elemento fundamental en la relación Argentina-Brasil: estos países podrán haber sido competidores o rivales durante determinados períodos históricos, pero nunca se constituyeron en enemigos. A partir de esta definición es que se permite explicar gran parte de la profundidad y velocidad que alcanzó el nivel de integración entre ambos Estados, tanto a nivel general como en la materia nuclear en particular.

El acercamiento en materia nuclear, que comenzó a darse a principios de los años 80, respondía principalmente a la necesidad de establecer un clima de confianza y seguridad entre los países a fin de evitar situaciones de interpretaciones cruzadas y ocultamientos, que podrían derivar en carreras tan costosas como innecesarias (Carasales, 1997). En este sentido, el rumbo final que terminaría tomando el proceso, pasando de encuentros y declaraciones formales de buena fe, hacia el ámbito jurídico institucional, conformando así un complejo entramado de instrumentos vinculantes, instituciones binacionales y un sistema de inspecciones recíprocas avaladas a nivel internacional, en un corto período, generó una dinámica de retroalimentación propia que impulsaría y fortalecería sus avances y consolidación.

La cuestión de la presión hemisférica, liderada por Estados Unidos, en pos de evitar en un primer momento que ambos países adquirieran el control y dominio del ciclo del combustible nuclear, y posteriormente, en un segundo momento, para que dichos países sudamericanos adhirieran al régimen de no proliferación presente en el Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares (TNP) a fin de evitar la propagación horizontal de armas nucleares, llevó a que tanto Argentina como Brasil tuvieran un frente común que los impulse a unificar y mancomunar posiciones para actuar conjuntamente en los foros internacionales.

De esta manera tuvo su incipiente origen una sociedad de defensa mutua que implicó dejar de lado las rispideces y competencias regionales, para dar paso a poder afrontar conjuntamente un contexto internacional nuclear con

múltiples obstáculos impuestos por las potencias nucleares. En este sentido, un elemento que refleja de gran manera esta situación puede observarse en los diversos foros políticos vinculados al desarme y cuestiones nucleares. Con el desarrollo del proceso de acercamiento y cooperación, era frecuente que en conferencias y foros tales como la conferencia de desarme de Ginebra tanto el delegado argentino como el brasileño hicieran uso de la palabra en nombre de los dos, o bien en el ámbito del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) un mismo delegado encarnaba la representación de ambos Estados.

A su vez, la conducción presidencial se presentó desde el comienzo como uno de los motores principales del proceso de integración y cooperación binacional. La participación personal y directa de los jefes de Estado evidenció la atención y el interés prioritario que le asignaron. De esta manera, sin la decisión política y la convicción de llevar adelante el proceso desde el máximo nivel gubernamental, difícilmente se podría haber avanzado con la velocidad y certeza con la que sucedió. En este sentido, cuando los mandatos de los presidentes Raúl Alfonsín y José Sarney, principales responsables de impulsar el proceso de cooperación binacional, estaban llegando a su fin, comenzaron las dudas acerca de si sus sucesores, de color político opuesto, continuarían en la misma línea de decisión e impulso.

En otros términos, si bien la comunidad internacional veía como favorable el acercamiento nuclear entre ambos vecinos, también consideraba que descansaba excesivamente en factores personales que podían cambiar y por lo tanto no entregaba ninguna seguridad permanente. Por este motivo, lejos estaba de otorgar tranquilidad y confianza al resto de los Estados (particularmente a aquellos considerados como los custodios de la seguridad internacional y la no proliferación, entiéndase al grupo de países nucleares en general y Estados Unidos en particular), es decir, que nada garantizaba para ellos el hecho de contar con un control mutuo e informal, pasible de infinitas violaciones, sin descartar además la posibilidad de que su acercamiento se traduzca en el desarrollo de una bomba atómica binacional (Carasales, 1997).

Es por ello que la pregunta que da origen a este trabajo es cómo la presión hemisférica y la conducción presidencial influyeron en el rumbo jurídico del proceso de cooperación nuclear Argentina-Brasil entre los años 1985-1995. Para responderla, el presente trabajo tiene como objetivo general explicar cómo la conducción presidencial, ejecutada por las correspondientes administraciones de turno, y la presión hemisférica, liderada por Estados Unidos, han influido en el rumbo jurídico que adoptó el proceso de cooperación nuclear entre ambos países en aquel período.

Dicho objetivo general se desglosa en dos objetivos específicos. El primero, analizar la declaración del uso exclusivamente pacífico de la energía nuclear adoptada por ambos Estados como referencia del proceso de acercamiento, y el segundo, evaluar el grado de cumplimiento por parte de los países de los “compromisos básicos” establecidos por el acuerdo cuatripartito para la aplicación de salvaguardias sobre sus instalaciones y materiales nucleares.

El advenimiento de la tercera ola de democratización, que marcó el retorno de los gobiernos civiles en Sudamérica a partir de la década del 80, generó un escenario propicio para avanzar en múltiples proyectos entre los Estados y un clima de consonancia favorable al desarrollo de éstos.

Varios autores (Rozemberg y Svarzman, 2002) coinciden en que la Declaración de Iguazú, firmada en noviembre del año 1985 por los presidentes Alfonsín y Sarney, constituyó el cimiento fundamental para el inicio de un proceso de integración y cooperación en las relaciones bilaterales Argentina-Brasil. Desactivando una de las más tradicionales hipótesis de conflicto en la región, el inusitado acercamiento entre los dos grandes Estados del Cono Sur generó el arrastre de gran parte de la región sudamericana en el mismo sentido, cristalizándose años más tarde, con la celebración del Tratado de Asunción en 1991, en un mercado común (Mercosur).

En marco de este contexto es que el acercamiento en el campo nuclear no fue un proceso aislado sino parte de otro más amplio, en un clima de cooperación imperante en otras áreas. Un elemento por destacar es la velocidad y el dinamismo que adoptó el estrechamiento nuclear entre ambos Estados. Considerando la sensibilidad del sector, lo lógico hubiera sido esperar a que el nivel de integración entre ambos países se hubiese alcanzado primero en otras áreas más accesibles, como la económica-comercial, antes de encarar la creación de un sistema de control mutuo (Carasales, 1997).

La renovación de las autoridades democráticas en ambos países planteó algunos interrogantes acerca de la continuidad del proceso de acercamiento emprendido años atrás. Sin embargo, los nuevos gobiernos encontraron las condiciones propicias para acentuar aún más la integración binacional. En materia nuclear, ambos Estados eran conscientes de que si bien la comunidad internacional tomó favorablemente las medidas de acercamiento y control mutuo, su carácter no institucionalizado poco aportaba a disipar las dudas acerca de las posibles intenciones proliferantes de ambos países. En este sentido, el renovado curso adoptado para la política exterior del presidente Carlos Menem implicó adecuar la postura de Argentina con respecto a los temas vinculados a la no proliferación nuclear (Bompadre, 2000).

Algunos estudios académicos se encargan de estudiar la funcionalidad y beneficios mutuos que se derivan de la cooperación nuclear que ambos países impulsaron (Bolaños Molina, 2017) o bien comprender a las reticencias brasileñas como limitadoras de la asociación (Soares, 2019). Sin embargo, no se ha encontrado evidencia de que se haya abordado el proceso de cooperación nuclear Argentina-Brasil focalizado en el marco temporal establecido, ni desde una perspectiva descriptiva que incorpore las variables de la conducción presidencial y presión hemisférica, como tiene de finalidad este proyecto.

El presente trabajo contará con un abordaje interpretativo, dado que busca describir en profundidad y con la correspondiente contextualización el proceso de cooperación nuclear entre Argentina y Brasil en el marco temporal delimitado entre los años 1985-1995.

En este sentido, utilizará el enfoque de la interdependencia compleja de las relaciones internacionales. Rescatando algunos principios del liberalismo que resultan pertinentes al caso, las instituciones constituyen un elemento central y característico de las democracias, dado que permiten canalizar el conflicto y presentarse como herramienta para ello, tanto a nivel doméstico como internacional, de igual forma en que se rechaza la hegemonía y se tiende a buscar un balance de poder en dicho relacionamiento.

En el primer capítulo de su obra *Power and interdependence: World Politics in Transition* (1977), los autores Robert Keohane y Joseph Nye señalan que existen tres principios fundamentales para explicar el fenómeno de la interdependencia compleja: 1) Múltiples canales y actores: rompe con la teoría realista del Estado como único actor relevante, existen actores no estatales con influencia en el sistema internacional; 2) Desjerarquización de la agenda: se da un cambio en las prioridades respecto del realismo, los temas de seguridad no constituyen el centro de la escena sino que los actores impulsan múltiples temas (vinculados a su agenda particular) que enriquecen la agenda en cuestión; 3) Zonas azules: apunta a no traspasar de ámbitos los conflictos, en relaciones de interdependencia se presenta un escenario *win-win* en donde todos los involucrados se benefician y perjudican, en diferentes grados.

Del mismo modo, David Baldwin (1993) explica que existe una serie de procesos característicos de la interdependencia compleja: 1) Establecimiento de agenda y vinculación de cuestiones: los temas fijados en la agenda reflejan los intereses de los Estados, como así también sus vulnerabilidades y sensibilidades. Los puntos de vinculación de agendas buscan enlazar los temas y encontrar puntos de intereses cruzados; 2) Relaciones transnacionales: la política deja de ser concebida en

torno a una relación Estado-Estado y pasa ser transgubernamental, existiendo canales de contacto mutuo y una diplomacia de tres lados; 3) Instituciones internacionales: otorgan el entorno de cooperación para el relacionamiento, de modo tal en que dan forma al sistema internacional y reducen la incertidumbre aportando previsibilidad y legitimidad.

En otros términos, la teoría seleccionada para el abordaje del tema considera que la penetración mutua entre Estados implica una lógica de costos mutuos en la relación. A diferencia de las relaciones de dependencia, donde un actor paga unilateralmente los costos, en las relaciones de interdependencia los costos y beneficios son mutuos, pero no por ello iguales.

En el proceso de acercamiento entre Argentina y Brasil, iniciado a partir de la década del 80, se puede identificar una amplia agenda con múltiples temas en común más allá de la materia nuclear. En este sentido, la aproximación en materia nuclear fue parte de un proceso más amplio, dentro del cual avanzó individualmente sin relación directa con otros temas del mismo esfuerzo colectivo, pero enmarcado en el mismo clima de cooperación imperante en otras áreas (Carasales, 1997). Entonces, el estrechamiento de las relaciones bilaterales en los terrenos político, económico, social y técnico-científico demuestra la multiplicidad de temas con los que contaba el entrelazamiento de la agenda que ambos Estados tenían intenciones de desarrollar.

De igual forma, la cuestión e intereses militares y de seguridad de los países lejos estuvieron de cooptar un papel protagónico en el proceso de cooperación nuclear desarrollado. Por el contrario, los Estados impulsaron múltiples objetivos respondiendo a un carácter exclusivamente pacífico de sus programas nucleares, apuntando a cooperar estrechamente en todos los campos de la energía nuclear, tales como una integración industrial en las empresas del sector.

Este trabajo contará a su vez con los aportes realizados por la corriente del liberalismo democrático, que compondrá la teoría sustantiva de éste. Desde este enfoque se considera que existen dos sistemas de relacionamiento a nivel global, los cuales operan sobre dos tipos de normas de convivencia internacional. El primero de ellos, civilizado e institucionalizado, en el cual prima el control mutuo y la medida entre los Estados liberales democráticos, y el segundo, que consiste en un sistema anárquico, basado en cálculos de estrategia militar y lógicas de balance de poder.

Basado en este razonamiento, algunos autores (Martin, 2006) explican el vínculo de causa-efecto entre la variable del ejercicio de gobierno democrático en un grupo de países y el origen, evolución, fortalecimiento y permanencia de paz entre ellos. Del mismo modo en que entiende que las relaciones entre

los Estados en el sistema internacional no responden necesariamente a un juego de suma cero, sino al establecimiento de diversas formas de cooperación y beneficio mutuo, contemplando la ecuación desde una lógica de suma positiva entre las partes.

En este sentido, como se mencionó en apartados este trabajo, el retorno de los gobiernos democráticos a Sudamérica durante la década del 80 dio paso al desenvolvimiento de un escenario regional propicio para el desarrollo de múltiples proyectos de cooperación e integración. Enmarcado en dicho contexto, los presidentes de Argentina, Raúl Alfonsín, y de Brasil, José Sarney, inauguraron un trascendente cambio en el carácter de la relación bilateral entre ambos vecinos, dando lugar así al desarrollo de profundos avances en cuestiones comunes, posibles únicamente en un nuevo clima democrático atravesado por la confianza y cooperación.

La hipótesis que da origen a este trabajo es que la conducción presidencial, ejecutada por las respectivas administraciones de turno, se presentó como el motor del proceso de cooperación nuclear logrando institucionalizar un sistema colaborativo y mancomunado en el sector. A su vez, la presión hemisférica, liderada por Estados Unidos en su carácter de arquitecto del régimen de no proliferación nuclear y custodio de la seguridad internacional, ejerció, en un primer momento, una influencia externa sobre Argentina y Brasil en pos de obstaculizar el desarrollo y dominio del ciclo del combustible nuclear por parte de estos países, y posteriormente, para que ambos Estados adhieran al régimen de no proliferación horizontal, presente en el TNP, y acepten las salvaguardias totales del OIEA.

Esta situación llevó a que tanto Argentina como Brasil tuvieran un frente externo común que los impulse a unificar y mancomunar posiciones para actuar conjuntamente en el sistema internacional. Dicho acercamiento en materia nuclear se vio potenciado por la conducción presidencial en ambos países. De esta manera, la participación personal y directa de los jefes de Estado permitió avanzar rápidamente y dotar de un carácter jurídico-institucional al proceso de cooperación nuclear en el período 1985-1995.

A continuación se explicarán cada una de las variables que tienen lugar en el trabajo, del mismo modo en que se evidenciará su operacionalización para conseguir que las mismas sean medibles.

- **Variable dependiente:** Cooperación nuclear entre Argentina y Brasil. Dado que el proceso de cooperación nuclear llevado adelante entre ambos Estados implica analizar los instrumentos e instituciones vinculantes adoptados, se operacionalizará a través de los

compromisos constitutivos de la Agencia Brasileño-Argentina de Contabilidad y Control de materiales nucleares (ABACC).

- **Variables independientes:** Por presión hemisférica se entiende a la existencia de influencias exteriores, principalmente impulsadas por interés de Estados Unidos, que afectaron al proceso de acercamiento nuclear entre Argentina y Brasil.

Para medir dicho fenómeno se buscará analizar desde dos categorías, una vinculada al aspecto del desarrollo tecnológico-industrial y la otra al aspecto político-diplomático. La primera de ellas abordará la Non-Proliferation Act como directriz general de la política norteamericana de no proliferación, principalmente vinculada a las exportaciones de tecnologías sensibles y requisitos de salvaguardias de alcance completo (regidas por el TNP y ejecutadas por el OIEA) para su suministro, mientras que la segunda se encuentra dirigida a analizar el cambio de postura respecto a la ratificación del TNP, abandonando así una histórica posición de reticencia y oposición al mismo para pasar a constituirse como Estados parte.

Por conducción presidencial se entiende a la decisión y voluntad política, adoptada al máximo nivel gubernamental, de llevar adelante el proceso de cooperación en materia nuclear entre ambos países. Para operacionalizar esta variable se buscará examinar desde la categoría política las visitas de Estado y declaraciones conjuntas sobre política nuclear que presidentes de ambos países realizaron en este periodo de tiempo. En este sentido se observarán particularmente la Declaración de Foz do Iguazú (1985) y la Declaración de Iperó (1988).

La metodología que se utilizará para comprobar la hipótesis será no experimental orientada al estudio de caso, dado que se analiza profundamente una unidad para responder al planteo del problema y probar hipótesis (Sampieri y Mendoza, 2008), de igual forma en que busca brindar un análisis que va más allá de la descripción de conceptos o fenómenos y que se encuentra orientado a responder por las causas de dichos eventos (Sampieri, Collado y Baptista, 2010), en este caso sobre el proceso de cooperación nuclear entre Argentina y Brasil en el período temporal delimitado.

En este sentido, el tipo de estudio de investigación utilizado será de alcance explicativo dado que se focaliza en exponer por qué ocurre el fenómeno estudiado y en qué condiciones se manifiesta, del mismo modo en que el mismo se encuentra relacionado con las variables establecidas (Sampieri, Collado y Baptista, 2010). De esta manera, se describe a la presión hemisférica y a la conducción presidencial respecto del

proceso de cooperación nuclear entre ambos países.

El presente caso de estudio debe su elección en base a los logros y beneficios alcanzados en materia de cooperación nuclear por Argentina y Brasil, los cuales no solo despertaron interés y admiración a nivel internacional, sino que lo posicionaron como un posible modelo para otras regiones (particularmente la creación y funcionamiento de un organismo de la naturaleza de ABACC), generando un clima de confianza no solo para la región, sino para todo el sistema internacional.

Al tratarse de un estudio de caso, este trabajo no busca descubrir relaciones causales universales entre variables, sino determinar cómo un grupo de factores opera dentro de algunos casos individuales (Collier, Mahoney y Seawright, 2004). Al mismo tiempo, la noción de estudio de caso que adoptó el trabajo incluye los estudios de una sola unidad dentro una única configuración política (estudios de caso donde N=1). En este sentido, se plantea un estudio diacrónico de la realidad social (Wainerman, 2001), dado que se desarrollará el desenvolvimiento del fenómeno durante un período de diez años, determinados entre 1985-1995.

II. Primera parte

II. 1. Balance y perspectivas de la conducción presidencial como motor del proceso de acercamiento Argentina-Brasil

La participación directa y prioritaria que asignaron los presidentes al proceso de integración Argentina-Brasil en general y a la cooperación nuclear en particular permite explicar la velocidad que adoptaron los avances en la materia, principalmente dado por la convicción sólida y sincera de los actores involucrados, entiéndase Raúl Alfonsín por parte de Argentina y José Sarney por parte de Brasil. Ahora bien, si la velocidad inicial del proceso es atribuida a la voluntad y decisión de la más alta autoridad política a nivel nacional, la profundidad alcanzada por éste se debe a que esta iniciativa presidencial pudo verse cristalizada en instituciones e instrumentos jurídicos vinculantes que consagran a la cuestión de la cooperación nuclear bilateral el carácter de política de Estado, pudiendo superar uno de los principales obstáculos que tienen las medidas o iniciativas del presidente en los regímenes latinoamericanos, que duran lo que su mandato se extiende.

En este sentido, podemos explicar entonces dos características fundamentales y distintivas del proceso, es decir, la velocidad y profundidad que alcanzó en un corto periodo la vinculación Argentina-Brasil en materia nuclear. No

deja de ser un elemento llamativo el hecho de que tales avances se hayan desarrollado en un periodo temporal tan acotado, sobre todo teniendo en cuenta la sensibilidad y relevancia de un sector como el nuclear, donde lo normal en cualquier otro proceso de acercamiento de esta índole hubiese sido imaginar un tiempo largo en el cual se construya una confianza mutua, comenzando por ejemplo por cuestiones comerciales, lo que llevaría paulatinamente a encarar la cooperación e integración en múltiples áreas, culminando en los sectores estratégicos como punto de llegada una vez construida una sólida relación de confianza y certidumbre bilateral. Sería de esperar entonces que un proceso de tales características conlleve un plazo considerable antes de lograr sus objetivos finales, sin embargo, la experiencia Argentina-Brasil nos demuestra que no necesariamente es tan así. El desarrollo del proceso en la cuestión nuclear no solo no estuvo al final del camino, sino que se desarrolló al mismo tiempo que el resto de las cuestiones que el plan multifacético y multisectorial de integración contemplaban.

Del mismo modo, los avances y logros alcanzados permiten decir que en un periodo de diez años (1985-1995) el proceso de cooperación y coordinación nuclear contaba ya con bases sólidas, entre ellas un Sistema Común de Contabilidad y Control de materiales nucleares (SCCC), una agencia de control binacional encargada de ejecutar el mismo (ABACC), un acuerdo cuatripartito de salvaguardias con el OIEA y un complejo entramado de instrumentos jurídicos vinculantes entre ambos Estados.

Es por ello que las líneas a continuación buscan desmenuzar los elementos que hicieron posible que la conducción presidencial se presente como el motor principal del proceso de acercamiento y cooperación entre ambos vecinos.

El retorno de los gobiernos democráticos en la región, en Argentina en 1983 y en Brasil en 1985, instaló una nueva concepción y perspectiva acerca de las relaciones entre los países latinoamericanos. Los emergentes valores democráticos compartidos entre las naciones sudamericanas sirvieron de plataforma para impulsar múltiples proyectos conjuntos y resolución de controversias pendientes en un ambiente propicio para el desarrollo de negociaciones bi y multilaterales. Imperó una dinámica de seguridad regional y se dio lugar a una nueva etapa de reducción y solución de disputas pendientes, dejando atrás los sucesivos conflictos y tensiones de las administraciones militares durante su estadía en el poder.

En otros términos, la convergencia de regímenes políticos en esta etapa resulta fundamental para avanzar hacia nuevas formas de cooperación e integración, entendiendo a la democracia como una condición necesaria de la estabilidad política de ambos países, y en consecuencia de la propia

estabilidad de sus políticas exteriores, siendo ésta última una condición necesaria de la cooperación bilateral (Russell, 1988).

Resulta importante destacar que los primeros acercamientos entre ambos países en materia nuclear no comenzaron precisamente a partir del retorno de los regímenes democráticos. Como menciona Castro Madero (1991), “ambos gobiernos militares habían formalizado un acuerdo de cooperación que derivó en la institucionalización de un régimen decisorio sobre el intercambio de informaciones y el desarrollo conjunto en este campo”. No se puede desconocer que desde el regreso de la democracia se desarrolló una plataforma conjunta de iniciativas y voluntades políticas convergentes a fin de llevar adelante un proceso de construcción de confianza y certidumbre entre ambos vecinos, siendo los valores compartidos a partir de la democracia liberal un pilar fundamental de entendimiento mutuo.

En el caso argentino, la visión y proyección hacia la región ocupó el primer lugar de la agenda de relacionamiento externo del país, tal lo dejó en claro el presidente Alfonsín a los pocos días de su asunción, en 1983: “Somos conscientes de que el destino argentino está indisolublemente ligado al de los pueblos hermanos de América Latina”, dando un contundente mensaje acerca de los objetivos de política exterior durante su gestión, los cuales apuntaban a “intensificar todas las formas viables del intercambio y colaboración, acentuando en el caso de los países limítrofes la voluntad de integración real y efectiva”.

Por el lado de Brasil hubo que aguardar algunos años más para que vuelva a establecerse un gobierno democrático. Cuando finalmente las elecciones generales designaron a Tancredo Neves como jefe de Estado, en 1985, éste visitó oficialmente el país vecino con objetivos de integración similares a los de su par argentino, sin embargo, fallecería al poco tiempo y no llegaría a asumir las funciones del cargo. El vicepresidente de la fórmula, José Sarney, asumiría en su lugar las responsabilidades que el pueblo brasileño le había concedido mediante el voto, teniendo una visión y perspectiva similar a la de su compañero de fórmula. Sarney se encargaría de llevar adelante una política de integración y cooperación con la región en general y con Argentina en particular.

Así fue como tuvo su origen una serie de múltiples encuentros formales entre los mandatarios de ambos países, siendo éste un elemento distintivo del proceso de acercamiento y cooperación, dado que refleja la voluntad y el convencimiento desde el más alto nivel político de llevar adelante el mismo. Un fenómeno inusual fueron las visitas de Estado entre los presidentes, que viajaron de un país a otro con inusitada frecuencia y tuvieron como resultado declaraciones conjuntas sobre política nuclear, registrando el progreso y consolidación del acercamiento (Carasales, 1997). Entre estos acuerdos se

encuentran la Declaración de Foz de Iguazú (1985), la Declaración de Brasilia (1986), la Declaración de Viedma (1987), la Declaración de Iperó (1988) y la Declaración de Ezeiza (1988), de las cuales algunas serán analizadas en profundidad en siguientes apartados del trabajo.

II. 1. a) Foz de Iguazú: Declaración Conjunta sobre Política Nuclear

El 30 de noviembre de 1985 se produjo en la ciudad de Foz de Iguazú, límite fronterizo entre ambos países, un acontecimiento fundamental para el proceso de acercamiento y cooperación en materia nuclear no solo por encarnar el primer encuentro oficial de ambos presidentes, sino por representar el primer gran paso de la relación Argentina-Brasil en materia nuclear.

Más allá del documento formal que produjo la reunión bilateral, definido como la Declaración Conjunta sobre Política Nuclear, que en cuanto a instrumento jurídico en sí no tiene más que un carácter enunciativo formal, el acuerdo expresó deliberadamente la voluntad y convicción de institucionalizar acciones conjuntas de carácter colaborativo a nivel bilateral, tanto en el plano político-diplomático (principalmente unificando criterios y posiciones a nivel internacional) como técnico-industrial, y a su vez delineó clara y precisamente un plan conjunto de medidas políticas y administrativas puntuales para establecer instrumentos conjuntos de coordinación y cooperación entre ambos países. En ese sentido, el cambio de actitud de los gobiernos hacia la cooperación nuclear permitió la institucionalización de interacciones que se habían dado durante años en el plano informal entre miembros de los organismos nucleares de ambos países (Ornstein, 1998).

La Declaración enuncia una serie de criterios generales a destacar. En primer lugar, entiende al proceso de cooperación como un promotor de múltiples beneficios, entre ellos el de encarar conjuntamente los obstáculos presentados por las medidas restrictivas de los países del Club Nuclear, liderados por Estados Unidos. Allí se expresa puntualmente que el acuerdo “permitirá a los dos países enfrentar en mejores condiciones las crecientes dificultades encontradas en el suministro internacional de equipos y materiales nucleares”. En segundo lugar, se reitera el enunciado que ambos países defienden en el plano internacional de la no proliferación respecto de la aplicación con fines pacíficos de la energía nuclear. Por último, se refiere a la región y al “anhelo de que esta cooperación se extendida a los otros países latinoamericanos que tengan los mismo objetivos”.

Sin embargo, sin intención de quitar importancia a los

enunciados anteriormente mencionados, el elemento más relevante del documento fue el establecimiento de un Grupo de Trabajo sobre Política Nuclear, bajo la responsabilidad de las cancillerías de ambos países, integrado por representantes de las respectivas comisiones y empresas nucleares. Esta definición contiene una serie de elementos dignos de analizar en detalle dada su especificidad y relevancia.

En principio, que se trata de una política de aplicación práctica de los objetivos establecidos en la Declaración, estableciendo incluso un plazo de 120 días para la convocatoria de dicho grupo, y, en segundo lugar, el involucramiento directo de las cancillerías como órgano ejecutor y procedimental del proceso, elemento que resulta de vital relevancia para el éxito que terminaría alcanzando el esfuerzo integracionista. Como menciona Carasales (1997), la dirección de los ministerios de Relaciones Exteriores para conducir la efectivización de los enunciados de las declaraciones conjuntas fue sumamente afortunada por diversos motivos. Primero, porque dentro de los respectivos órganos gubernamentales demostraron ser las que más convencidas estaban de la necesidad de colocar las relaciones entre los dos países sobre un nuevo plano, y segundo, porque a diferencia de las autoridades nacionales en el campo nuclear, las cancillerías no tenían intereses propios que defender y preservar.

A su vez, como elemento complementario, hay remarcar la prestigiosa labor histórica de ambos órganos de Relaciones Exteriores, consagrando una institución dotada de verdaderos profesionales a partir de sus respectivos institutos de formación diplomática, el Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN) en Argentina, y el Instituto Rio Branco en Brasil (IRBr). Es el éxito alcanzado en el proceso de cooperación binacional en gran parte atribuible a la conducción que dichas instituciones llevaron adelante. Por último, en tercer lugar, se destaca la creación dentro del Grupo de Trabajo de “mecanismos que aseguren lo superiores intereses de la paz, la seguridad y el desarrollo de la región”.

La Declaración de Foz de Iguazú se presentó entonces como el primero de una serie de documentos, incluyendo declaraciones, protocolos, acuerdos y tratados a partir de los cuales tuvo lugar la cristalización e institucionalización del proceso de coordinación y cooperación nuclear, constituyendo el carácter jurídico obligatorio que terminaría adoptando.

II. 1. b) Iperó: Declaración Conjunta sobre política nuclear

La Declaración que el 8 de abril de 1988 firmaron los presidentes Alfonsín y Sarney, en la ciudad brasileña de Iperó, demuestra el éxito que la primera etapa del proceso de

cooperación nuclear había alcanzado. En este sentido, dicha declaración se presenta como una continuidad y profundización del documento logrado en Foz de Iguazú tres años atrás, donde se establecieron las bases que impulsaron la cooperación entre los dos países a partir de la creación del Grupo de Trabajo sobre Política Nuclear. Entre sus logros se destaca la identificación de áreas prioritarias para el desarrollo de la cooperación, cristalizadas en los protocolos 11, sobre información inmediata y asistencia recíproca sobre política nuclear y emergencias radiológicas, y 17, sobre coordinación de posiciones políticas en el ámbito internacional para la defensa de intereses comunes.

Un aspecto a subrayar presente en la Declaración es el reconocimiento implícito de la conducción presidencial, definido como “el hecho de que la cooperación bilateral en el área nuclear introdujo formas inéditas de colaboración, promoviendo la creciente realización de visitas, contactos a nivel político y técnico e intercambio significativo de informaciones, contribuyendo en su conjunto a la consolidación de la confianza mutua”.

En ese sentido, se destacan las visitas del presidente de Brasil, José Sarney, a la planta argentina de enriquecimiento de uranio de Pilcaniyeu, en 1987, y la visita del presidente de Argentina, Raúl Alfonsín, a la planta brasileña de enriquecimiento isotópico de uranio de Iperó. Considerando la sensibilidad de la materia nuclear en general y la naturaleza específica dichas instalaciones en particular, el hecho de que ambos mandatarios hayan tenido acceso a las que certeramente se las pueda considerar como las instalaciones más sofisticadas y merecedoras de cierto nivel de secretismo estatal constituye, como define Pozzo (2016), una política de genuinas puertas abiertas, sin la cual no hubiese sido posible lograr el grado de confianza y certidumbre alcanzado entre ambos países en la cuestión nuclear. Las instalaciones de enriquecimiento de uranio de Pilcaniyeu en Argentina y de Iperó en Brasil demuestran el avanzado grado de desarrollo nuclear logrado por ambos países, alcanzado por medios y esfuerzo propios.

A su vez, la cuestión principal sobre la que versó la Declaración de Iperó fue transformar en Comité Permanente el Grupo de Trabajo conjunto, con el fin de “emprender y coordinar iniciativas en las áreas política, técnica y empresarial del sector nuclear”. El Comité se encontraría organizado en tres grupos apuntando a diversos planos de la cooperación, el primero de ellos vinculado a la cooperación técnico-científica, el segundo a la coordinación de política exterior y el tercero de requerimientos legales y técnicos de la cooperación, previendo reuniones cada 120 días y alternando la sede entre Argentina y Brasil, además de celebrar reuniones adicionales si las partes

lo consideran necesario.

Así entonces, si la Declaración de Foz de Iguazú constituyó los cimientos del proceso de coordinación y cooperación nuclear, delimitando el rumbo a seguir, con metas y objetivos definidos, la Declaración de Iperó representó sus vigas, consagrando como Comité Permanente las labores del órgano coordinador y ejecutor de éste. Podría decirse que con ambos documentos queda constituido, por el primero de ellos y consolidado por el segundo, la etapa inicial del proceso cooperativo en materia nuclear.

II. 2. Cómo influyó el cambio de autoridades nacionales

Como se mencionó en apartados anteriores, existía la incertidumbre y preocupación en torno a si una vez finalizados los mandatos de los presidentes Alfonsín y Sarney, arquitectos del proceso de cooperación nuclear binacional, sus sucesores continuarían bajo la misma línea de decisión y convencimiento. Esta duda se incrementó aún más cuando los resultados electorales definieron que los nuevos mandatarios serían de un partido e ideología sustancialmente distinta a la línea política de sus predecesores.

Sin embargo, dichas preocupaciones se vieron rápidamente disipadas. Una vez en el poder, tanto Carlos Menem (1989) por Argentina como Fernando Collor de Mello (1990) por Brasil, se convirtieron en los nuevos conductores del proceso de acercamiento iniciado algunos años atrás. Más allá de que se puede identificar algún cambio significativo en determinadas cuestiones, como por ejemplo, la histórica postura de ambos países de rechazo a la firma del Tratado de No Proliferación Nuclear hacia su ratificación en 1995 por parte de Argentina y 1997 por parte de Brasil, éstos se vieron determinados no tanto por el factor individual o voluntad presidencial, sino por la existencia de circunstancias producto del contexto internacional imperante en ese momento, principalmente atravesado por una política exterior de alineamiento con la nueva hegemonía unipolar, entiéndase Estados Unidos una vez finalizada la guerra fría.

Al poco tiempo de haber asumido sus respectivas presidencias, al igual que como venía sucediendo con frecuencia en el periodo anterior, las visitas bilaterales y declaraciones conjuntas no tardaron en sucederse. En este sentido, en julio de 1990, en un comunicado conjunto entre ambos mandatarios reunidos en Buenos Aires, se reafirmó públicamente el compromiso y decisión de continuar fortaleciendo la cooperación y coordinación de los programas nucleares, reiterando sus intenciones exclusivamente pacíficas y reconociendo la labor del Comité Permanente Binacional

sobre Política Nuclear.

Sin embargo, el acontecimiento más relevante de este periodo se dio con la Declaración Conjunta de Foz de Iguazú, cuasi simbólicamente y cinco años después de aquel primer paso inicial dado por Alfonsín y Sarney en 1985 en esa misma ciudad fronteriza, donde los presidentes Menem y Collor de Mello delinearon la continuidad y fortalecimiento del proceso anunciando nuevos proyectos e instrumentos conjuntos.

En primer lugar, se destaca la creación de un Sistema Común de Contabilidad y Control (SCCC) aplicable a todas las actividades nucleares de ambos países, con el fin de conocer las instalaciones materiales nucleares que poseía cada Estado. En un periodo de 45 días, los países debían intercambiar listados y registros iniciales, llevar adelante las primeras inspecciones recíprocas y presentar la documentación respectiva frente al OIEA, para contrastarlo con registros e informes que ambas naciones someten al organismo. En segundo lugar, cabe remarcar la voluntad de iniciar negociaciones con el OIEA a fin de lograr un acuerdo conjunto de salvaguardias basado en el mencionado SCCC. Por último, hay que mencionar las intenciones de ambos países de ratificar el Tratado de Tlatelolco, vinculado a la proscripción de armas nucleares en América Latina, contemplando las consideraciones expresadas públicamente respecto del mismo.

Pese a que, como se mencionó anteriormente, las declaraciones o comunicados conjuntos no constituyen más que un carácter manifiesto y expresión de voluntades de las partes y lejos están de representar un instrumento jurídico vinculante, debe destacarse que pese a ello los documentos son elaborados y redactados de forma tal que marcan un rumbo de acción con objetivos claros y precisos para su ejecución. En este sentido, como afirma Carasales (1997), “el curso de acción delineado en Foz de Iguazú 1990 se cumplió con una firmeza y una velocidad excepcionales, particularmente teniendo en cuenta la índole y la complejidad de los temas involucrados” (p. 94).

Al poco tiempo, en marco de la Cumbre Iberoamericana de 1991, ambos presidentes firmaron, para luego someter a ratificación del Congreso, un Acuerdo para el Uso exclusivamente Pacífico de la Energía Nuclear (Acuerdo de Guadalajara), en el cual se estableció una serie de compromisos entre los que se destacan principalmente el establecimiento oficial del Sistema de Contabilidad y Control y, en consecuencia de éste, la creación de un agencia encargada de gestionar y ejecutar el mismo denominada Agencia Brasileño-Argentina de Contabilidad y Control (ABACC).

Esta última cuestión representa uno de los elementos exclusivos y característicos del proceso de cooperación nuclear entre ambos países, tal es así que se dedicará un próximo

apartado del trabajo a definir y comprender la naturaleza del organismo, constituyendo una institución binacional encargada del control e inspección de los materiales nucleares de las partes involucradas. Dicha situación resultó sumamente llamativa e innovadora para la comunidad internacional, dado que no existía precedente alguno de una institución de esa índole a nivel bilateral, siendo el OIEA el órgano encargado de llevar adelante, a nivel internacional y mediante un mecanismo multilateral, el control y verificación de estos materiales.

El siguiente paso fue dado a fines de 1991, en la ciudad de Viena, cuando ambos países celebraron un Acuerdo Cuatripartito de Salvaguardias con el OIEA y ABACC. El convenio representó un hito trascendental en la historia del desarrollo nuclear argentino y brasileño respectivamente, dado que significó abandonar la histórica postura que durante décadas sostuvieron firmemente sobre la negativa de aceptar las salvaguardias totales (entiéndase como controles e inspecciones con el fin de garantizar que los materiales nucleares no sean desviados hacia fines bélicos) sobre sus instalaciones y materiales por parte de actores extranjeros.

Al firmar este documento, los países se sometían indirectamente al régimen de no proliferación presente en el TNP, el cual fue reiteradamente criticado por su carácter discriminatorio y desigual frente a los sometimientos a los que debían entregarse los países no nucleares frente los países nucleares, cuestión que será retomada y profundizada en siguientes líneas.

Por último, el ingreso de ambos países al Tratado de Tlatelolco en 1992, luego de haber incorporado determinadas enmiendas, como se mencionó en la Declaración de Iguazú, principalmente vinculadas al sistema de verificación y control, el cual tanto Argentina como Brasil exigían sea transferido al OIEA, con el que poco más de un año antes habían celebrado el Acuerdo Cuatripartito en este sentido, permitió que ambos países se encontraron incorporados plenamente al régimen de no proliferación de armas nucleares en América Latina.

A raíz de lo expuesto anteriormente, se puede observar que la nueva conducción del proceso de cooperación nuclear binacional asumida por Menem y Collor de Mello mantuvo ciertas constantes y diferenciaciones respecto del iniciado en 1985 por Alfonsín y Sarney. En primer lugar, hay que destacar la continuidad en los modos de llevar adelante el proceso, entiéndase como conducción presidencial la participación activa, personal y directa de los más altos mandos políticos de ambos países, cristalizada en las sucesivas visitas de Estado, declaraciones conjuntas y posturas coordinadas y mancomunadas a nivel internacional frente los diversos foros y organismos. En ese sentido, se debe remarcar que en ambas administraciones políticas nacionales el factor

presidencial se presentó como el instrumento de acción principal para efectuar la integración.

En segundo lugar, como diferencia de contenido respecto de la postura de los países respecto de las salvaguardias totales del OIEA, es evidente que la primera administración del proceso (Alfonsín-Sarney) se mantuvo reticente de aceptar cualquier tipo de firma o ratificación que involucre aceptar de alguna manera el régimen de no proliferación, el cual consideraban discriminatorio y desigual, mientras que la segunda administración (Menem-Collor de Mello) se mostró por diversos motivos volcada a un cambio de postura, llevando adelante el ingreso de los países a las salvaguardias totales del OIEA (en conjunto con ABACC) y al Tratado de Tlatelolco. Una vez flexibilizada esta postura era cuestión de tiempo que el TNP sea ratificado por ambos, dado que el principal reparo se encontraba vinculado al estricto control externo de salvaguardias, al cual, como se mencionó, ya se habían adherido.

III. Segunda parte

III. 1. Sobre la presión hemisférica: cómo influyó la política de no proliferación de Estados Unidos en el acercamiento Argentina-Brasil en esta materia

Como se ha visto con los casos argentino y brasileño, el dominio del ciclo del combustible nuclear por parte de un país requiere de una serie de componentes fundamentales para ser alcanzado, entre los que se encuentran en primer lugar un convencimiento por parte de la clase política nacional de llevar adelante la exploración y explotación del sector nuclear, contemplando que el desarrollo del mismo implica una visión y postura coherente y sostenida a largo plazo, por lo que debe constituirse como una política de Estado, pudiendo sobreponerse a los vaivenes gubernamentales de turno.

Desde la irrupción de la tecnología nuclear a partir de las bombas a base de uranio y plutonio arrojadas por Estados Unidos sobre Japón durante la Segunda Guerra Mundial, tanto Argentina como Brasil incorporaron en sus agendas de países emergentes con proyección regional e internacional la investigación y desarrollo de la innovadora tecnología de punta bajo dos premisas de corte nacionalista que marcarían y caracterizarían por décadas sus respectivos planes nucleares: la autonomía y autosuficiencia del sector.

En segundo lugar, y en consonancia con el punto anterior, el financiamiento necesario para el desarrollo de un plan nuclear autónomo y sostenible requiere de cuantiosas inversiones por parte del Estado, tanto en infraestructura como

en formación y capacitación de capital humano. Es por ello que las actividades nucleares complejas han tenido lugar principalmente en países económicamente fuertes y desarrollados, ahora bien, también encontramos los casos de países emergentes como Argentina, Brasil, la India o Sudáfrica, que han redoblado su esfuerzo para lograr un desarrollo nuclear avanzado.

Por último, en tercer lugar, se debe enfrentar un contexto atravesado por múltiples presiones externas, tanto a nivel político-diplomático como técnico-científico, efectuadas por la desconfianza de las potencias nucleares en virtud del doble carácter que pueden adoptar dichas actividades, entendiendo que hasta última instancia no es posible diferenciar sus usos pacíficos de sus posibles usos bélicos. Es por ello que se va a buscar en primera instancia evitar que países no nucleares adquieran el dominio completo del ciclo del combustible nuclear, rehusando las transferencias de tecnologías sensibles, y en segunda instancia, colocar bajo un sistema de salvaguardias totales a nivel internacional las instalaciones y materiales nucleares nacionales, tal como prevé en TNP.

En este sentido, como menciona Carasales (1987), la gran mayoría de los miembros de la comunidad internacional no poseen capacidad para producir armas nucleares. Los países que sí tienen esa capacidad no son muchos y dentro de éstos una buena parte son miembros de alguna de las principales alianzas militares o se encontraban aliados bilateralmente con una de las superpotencias en el período de Guerra Fría. Los Estados que poseen el nivel de desarrollo suficiente del sector para producir armas nucleares y que no se encontraron ligados con alguna de las dos superpotencias constituyeron un grupo muy reducido, dentro del cual algunos formaban parte del TNP y otros no, entre los que se encontraban países como Argentina, Brasil, Pakistán e India.

El dominio del ciclo del combustible nuclear resulta entonces una actividad exclusiva de pocos países a nivel mundial. Desde la apertura a la firma del TNP, en 1968, se ha institucionalizado la prohibición de una proliferación horizontal, consagrando la condición de países nucleares a aquellos poseedores de armas de este tipo (habiéndose hecho del poder de ellas antes de 1968), como es el caso de Estados Unidos, Unión Soviética, Gran Bretaña, Francia y China, mientras que al resto de los Estados miembro de la comunidad internacional se le asignaría la condición de países no nucleares. Como menciona Carasales (1987), la no proliferación horizontal fue uno de los escasos temas en el campo del desarme y la seguridad internacional en que las dos superpotencias mantuvieron una posición común. Es producto de esta mancomunidad que tiene lugar la creación de un sistema de regulación de armamento como el TNP; desde entonces sus

esfuerzos estuvieron dirigidos a lograr la ratificación y adhesión de la mayor cantidad de países a éste. En el caso de Estados Unidos, esa facultad se ha convertido en una de las constantes de su política exterior.

En un sistema internacional bipolar, atravesado por los parámetros de la Guerra Fría, donde la mayoría de los países se encasillaron detrás de uno de los dos bandos, sumando a su vez la coincidencia en un objetivo común, resultaría sencillo para las dos superpotencias alcanzar rápidamente un gran número de Estados para su incorporación al régimen del TNP. Sin embargo, como se mencionó anteriormente respecto de que la actividad nuclear compleja resulta una acción reducida a un selecto grupo, una gran mayoría de los países que precozmente ratificaron el TNP se explica a partir de las mínimas implicancias de éste en sus actividades, dado que su desarrollo nuclear era mínimo o inexistente. Es por ello que las mayores resistencias y oposiciones vendrían justamente de países con planes nucleares avanzados y que consideraban que sus derechos e intereses en la materia se veían socavados por las consideraciones previstas en el TNP, como el caso de Argentina y Brasil.

Para lograr comprender en profundidad el interés e influencia de las potencias nucleares en general, y de Estados Unidos en particular, respecto de evitar la proliferación nuclear horizontal, se debe dejar en claro las siguientes definiciones. En primer lugar, el concepto de no proliferar refiere a evitar la difusión de armas nucleares, tanto horizontal como verticalmente, es decir que no pasen al dominio de países que no las poseen, como así que tampoco se acreciente el arsenal y sofisticación de las naciones que sí lo hacen. En segundo lugar, el propósito del TNP radica en combatir y evitar únicamente un tipo de proliferación, la horizontal, es decir que dentro del tratado no se encuentra regulación alguna respecto de esta modalidad, permitiendo a las potencias nucleares continuar desarrollando y expandiendo sus arsenales.

Podemos decir que mientras la no proliferación hace referencia a un objetivo final de evitar cualquier tipo de propagación de armamento nuclear, es decir, a congelar el *statu quo* de la situación, el TNP es concebido como un medio para alcanzar parcialmente dicho objetivo, dado que prohíbe la proliferación horizontal pero se abstiene de regular la vertical, es decir que congela la aparición de armamento nuclear en nuevas manos pero no el desarrollo del arsenal ya alcanzado. En este punto es donde convergen las principales críticas, alegando que el TNP posee un carácter discriminatorio entre Estados que deberían gozar de una misma igualdad soberana, por lo que el tratado no hace más que legitimar dicha discriminación entre países nucleares y países no nucleares.

Esto permite explicar la actitud de muchos países, entre

ellos Argentina y Brasil, que mantienen posturas en apoyo a la no proliferación pero en contra del TNP, aludiendo a que se encuentran a favor del objetivo final mas no del medio elegido para alcanzarlo. Sin embargo, la estrategia utilizada por Estados Unidos ha sido la de confundir ambos conceptos en uno solo, convencidos de considerar sinónimos a la no proliferación y al TNP, por lo que quienes se encuentran en contra del tratado también se encuentran en contra de la no proliferación, ocultando el propósito de producir armas nucleares o por lo menos de reservarse la opción de hacerlo en un futuro (Carasales, 1987). Dicha concepción permite explicar el comportamiento norteamericano frente a países con un avanzado desarrollo nuclear que se encontraban en oposición a la ratificación del TNP.

En este sentido, resulta relevante destacar que en la literatura norteamericana vinculada a cuestiones nucleares y no proliferación casos como el argentino y brasileño son mencionados y seguidos con atención como una seria posibilidad de producir armamento nuclear dado su grado de avance en la materia y su postura ambigua respecto al TNP. Como menciona Walker (1984), “se han dedicado a adquirir la opción de armas nucleares y a evadir los controles internacionales sobre sus actividades”. Es por ello que frecuentemente suelen encontrarse las denominaciones de “Estados cuasi-nucleares sospechosos” o “Estados problema”, especialmente preocupantes a causa de sus capacidades desarrolladas y sospechosas intenciones (Donnelly y Pillat, 1983).

Los avances logrados a partir de la planta de enriquecimiento de uranio en Pilcaniyeu por parte de Argentina, convirtiéndose en el séptimo país del mundo en lograrlo hasta entonces, constituyeron un revés para los intereses de Estados Unidos en evitarlo. En este sentido, Spector (1984) expresa que los funcionarios norteamericanos vieron el desarrollo de la planta como una derrota importante de los esfuerzos de no proliferación, algunos incluso comparando su significación con la explosión atómica de la India en 1974. Otros estudios reconocen que Argentina carece de incentivos políticos y militares para producir armas nucleares, pero que en caso de así decidirlo cuenta con las bases científicas e industriales para desarrollarlas y producirlas.²

El mayor temor de Estados Unidos radica en una proliferación horizontal de las armas nucleares. Es por ello que a partir de los medios a su alcance buscó evitar el desarrollo de un plan nuclear autónomo y autosuficiente por parte de países

² Congressional Research Service, Environment and Natural Resources Policy Division (1985). *Nuclear proliferation factbook*. Washington, pp. 2 y 3.

que ya contaban con un avance científico-tecnológico en el sector, como los casos de Argentina y Brasil, dado que el dominio del ciclo del combustible nuclear les permitiría, en caso de así decidirlo, contar con las capacidades técnicas para desarrollar armamento nuclear. Esta cuestión responde directamente a la mencionada dualidad de las actividades nucleares, no permitiendo una distinción proliferante de los usos pacíficos hasta última instancia, lo que llevó a la incertidumbre y desconfianza sobre la actividad nuclear compleja en su totalidad, en manos de países no nucleares. En este sentido, como afirma Carasales (1997), “cuando sus intereses se vieron amenazados desde el exterior, los dos países fueron capaces de actuar en cooperación y apoyándose mutuamente” (p. 43).

En otros términos, la estrategia de Estados Unidos apuntaba en un primer momento a evitar que estos países logren el dominio nuclear para no depender de sus voluntades en caso de que en un futuro cuenten con intenciones proliferantes. Ello explica los obstáculos que en materia comercial y de transferencia tecnológica impulsó el país norteamericano desde el Club de Londres, a fin de evitar que países no nucleares con un gran adelanto tecnológico obtengan la capacidad de proliferar si así lo decidieran. En un segundo momento, en caso de que aun así hayan alcanzado dicha capacidad, se buscó que éstos se sometieran a las salvaguardias totales del régimen presente en el TNP, a fin de garantizar que sus capacidades nucleares no sean desviadas hacia fines bélicos.

III. 1. a) Nuclear Non-Proliferation Act

La explosión pacífica de la India en 1974 significó un punto de inflexión en la postura de las potencias nucleares respecto de los países con un avanzado desarrollo del sector que no se encontraban adheridos al régimen de control previsto en el TNP. El hecho de que un Estado no nuclear haya alcanzado la capacidad de efectuar una explosión de este tipo llevó un endurecimiento de las medidas de comercio y cooperación de parte del club nuclear, tal es así que en Estados Unidos significó la elaboración de un nuevo criterio y redefinición de su política nuclear nivel internacional. En 1978 fue sancionada por el Congreso la Nuclear Non-Proliferation Act, un documento con carácter de ley que institucionalizó una percepción negativa respecto de las capacidades nucleares de un país y la amenaza que ello supone para la seguridad nacional de Estados Unidos.

En palabras de Martínez Favini (1985), esta ley constituyó un complejo mecanismo jurídico-político para impedir o dificultar, a escala planetaria, la adquisición de capacidad

nacional de fabricar o disponer de artefactos nucleares explosivos y controlar y deprimir capacidad si ya está adquirida. En ese sentido, resulta relevante destacar que respecto de los acuerdos o contratos pactados con anterioridad se contempla la modificación unilateral por parte de Estados Unidos en cuanto a sus condiciones, afectando directamente las transferencias nucleares con otros países. El unilateralismo y el desconocimiento de compromisos adquiridos representan una constante en la política de algunas potencias proveedoras, en abierta contradicción no solo con los tratados en vigor sino con los principios del derecho internacional (Carasales, 1987).

El denominado Club de Londres, creado en 1975 a interés de Estados Unidos, reunió a los principales países exportadores de tecnología nuclear, buscando endurecer las condiciones del comercio nuclear a partir de lo ocurrido con la explosión pacífica de la India un año atrás. En ese sentido, para 1977 fueron aprobadas las denominadas Directivas de Londres, las cuales incluyeron restricciones en el comercio nuclear, que en algunos casos van más allá de las disposiciones del TNP, tales como la demanda de freno a la provisión de tecnología sensitiva y el requisito de consentimiento previo para el uso de elementos proporcionados a países receptores (Hackel, 1984).

Las medidas impulsadas desde el Club de Londres fueron criticadas no solo por los países receptores del comercio nuclear, sino también incluso por países proveedores. Sin embargo, el énfasis que puso Estados Unidos en la cuestión hizo muy difícil que posturas contrarias tengan lugar, principalmente a partir de la sanción de la mencionada Non-Proliferation Act, la cual expresaba en su espíritu el mensaje de que ya no solo la proliferación de dispositivos nucleares, sino también el hecho de contar con la capacidad necesaria para producirlo, supone una amenaza a los intereses de seguridad de Estados Unidos. Como se mencionó anteriormente, desde la postura norteamericana no se concebía dejar lugar a posibles voluntades proliferantes futuras a partir de capacidades adquiridas en el presente.

A su vez, en consonancia con el mencionado carácter discriminatorio del TNP respecto de la definición de países nucleares y no nucleares, el espíritu del endurecimiento de la política nuclear de Estados Unidos refuerza el criterio ambiguo y funcional de la posesión de un grado de desarrollo complejo de la actividad nuclear, entendiendo que la posesión de armamento nuclear en manos norteamericanas supone un instrumento fundamental y legítimo en su derecho a la defensa de sus intereses y seguridad nacional, mientras que esta misma capacidad en manos de países no nucleares hace cambiar su concepción y pasan a ser percibidos como una amenaza.

De todos modos, pese a la desconfianza y a las sospechas de la comunidad internacional en general y de Estados Unidos

en particular respecto de las intenciones de los programas nucleares argentino y brasileño, debe decirse que desde sus comienzos, en las décadas del 50 y 60, hasta la actualidad, el pacifismo ha sido el principio rector del desarrollo de sus respectivas actividades nucleares, es decir que los fines exclusivamente pacíficos de la energía nuclear han marcado el camino de ambos países en pos del dominio del ciclo del combustible nuclear.

III. 1. b) Uso exclusivamente pacífico de la energía nuclear

Tanto Argentina como Brasil han rechazado a lo largo de su historia tratados como el TNP o cualquier instrumento jurídico que limite el libre accionar y desarrollo de sus actividades nucleares, descansando en el principio de buena fe consagrado en la carta de las Naciones Unidas y sin que ello suponga desconfianza alguna de otros Estados respecto de sus planes nucleares. Ambos países sudamericanos han expresado en incontables ocasiones su postura respecto de la no proliferación de armas nucleares, apoyando reiteradamente ese principio pero rechazando los medios escogidos por la comunidad internacional para alcanzarlo. Ello explica el porqué de su oposición al TNP, entendiendo que la forma de llegar a éste no puede privar de ninguna manera a los países de su derecho al desarrollo pacífico de la energía nuclear.

En diversos foros y organismos internacionales, Argentina y Brasil han manifestado ininterrumpidamente sus posiciones. Entre ellas podemos encontrar, en marco del Comité de Desarme, en palabras del delegado brasileño Correa Da Costa (1967), que “Brasil no tiene intenciones de adquirir armas nucleares ni de fabricarlas, pero no renunciará a su derecho a investigar sin limitaciones, y eventualmente a fabricar o recibir explosivos nucleares pacíficos, para lograr el desarrollo económico y el bienestar del pueblo brasileño”.

Por su parte, el presidente de la Comisión Nacional De Energía Atómica, Castro Madero (1982), manifestó que

Argentina ha señalado a través de sus representantes en todos los foros internacionales su adhesión al esfuerzo mundial en aras de alcanzar un desarme nuclear y de evitar la proliferación nuclear tanto horizontal como vertical, pero a la vez ha señalado su decisión de no atarse ningún tipo de tratado de base neocolonialista ni de acuerdos que limiten su libertad de acción en el legítimo uso de la energía nuclear, orientada exclusivamente a mejorar la salud, el bienestar y la prosperidad de su pueblo.

Ambas declaraciones, pese haber tenido lugar en décadas distintas, reflejan fielmente el espíritu del desarrollo pacífico de

la energía nuclear en los respectivos países, tal es así que el proceso de cooperación nuclear iniciado por ambos a partir de 1985 incorpora como pilar fundamental del acercamiento esta modalidad de uso. Así lo celebra la Declaración Conjunta sobre Política Nuclear de Viedma en 1987, señalando: “Destacar el hito fundamental que, dentro del proceso de fomento de la confianza mutua y en el marco del inamovible compromiso de ambas naciones de utilizar la energía nuclear con fines exclusivamente pacíficos, significó la visita del presidente del Brasil, José Sarney, a la planta argentina de enriquecimiento de uranio de Pilcaniyeu”.

A su vez, la Declaración de Ezeiza de 1988 señala que “la inquebrantable vocación pacífica que anima sus respectivos programas nucleares y la firme convicción en los beneficios económicos y sociales que aquellos promueven”. Cabe destacar que, en la totalidad de los documentos emanados en conjunto por Argentina y Brasil, se hace presente reiteradamente el carácter y vocación exclusivamente pacífico de sus actividades nucleares, estableciendo incluso un sistema de contabilidad y control recíproco, ejecutado por ABACC, a partir del cual se asegura que ningún elemento nuclear sea desviado hacia actividades con fines no declarados. Como se desarrollará en detalle a continuación, el medio escogido por ambos países para garantizar y demostrar la finalidad pacífica de sus planes nucleares, sin ver limitadas y condicionadas sus posibilidades de desarrollo, fue la creación de un entramado institucional propio (SCCC Y ABACC), paralelo y compatible con el régimen de salvaguardias totales del TNP.

Como se mencionó en apartados anteriores, la creación de la Agencia Brasileño Argentina de Contabilidad y Control (ABACC) tuvo lugar en marco del Acuerdo de Guadalajara sobre el uso exclusivamente pacíficos de la energía nuclear firmado por ambos países en 1991 y sometido a ratificación parlamentaria. El acuerdo estableció cuatro compromisos fundamentales: 1) Utilización exclusivamente pacífica de todas las instalaciones y materiales nucleares, sometidos a la jurisdicción y control de los dos países; 2) Renuncia a realizar cualquier tipo de explosión nuclear con fines pacíficos mientras no exista una distinción técnica posible entre explosiones pacíficas y bélicas; 3) Establecimiento formal del Sistema Común de Contabilidad (SCC); y 4) Establecimiento de la Agencia Brasileño-Argentina de Contabilidad y Control (ABACC) con el fin de administrar y aplicar el SCC.

La ABACC se presenta entonces como el órgano ejecutivo del SCCC, ambos cuerpos normativos conformaron el entramado institucional que consagró el régimen de supervisión y control de todas las instalaciones y materiales nucleares en posesión de cada Estado. En cuanto a su estructura administrativa, el organismo cuenta con dos sedes, Buenos

Aires y Río de Janeiro, y es dirigido por dos secretarios, uno por cada país, que se alternan anualmente en el ejercicio de sus funciones, además de poseer un cuerpo de 80 inspectores que se encargan de desarrollar las tareas de control e inspección de instalaciones y materiales nucleares.

Lo llamativo e innovador del establecimiento de un sistema de control mutuo a nivel nuclear entre dos Estados radica en una serie de puntos a destacar. En primer lugar, es que al momento de su creación ya tenía vigencia un organismo como el OIEA, encargado de las mismas actividades a nivel internacional desde hacía 30 años (1957), por lo que la gran mayoría de los países o se encontraban bajo su sistema de salvaguardias, o no estaban sujetos a ningún tipo de supervisión externa (despertando la desconfianza de la comunidad internacional). En segundo término, hay que subrayar la condición de histórica rivalidad regional entre los países que lo llevaron adelante –si bien no se constituían como enemigos, siempre existió una percepción de disputa y desconfianza entre ambos– y cómo a partir de un proceso de acercamiento y cooperación pudieron reconvertir los términos de su vínculo. Por último, en tercer lugar, se debe destacar la velocidad y operatividad que alcanzó la agencia, tanto para su creación como para su puesta en práctica.

Como menciona Carasales (1987), el establecimiento de ABACC representó una innovación en materia de control de actividades nucleares. Ya no se trató de un mecanismo multilateral, con un órgano central de verificación (como el caso de la OIEA), sino de una institución binacional en la que dos socios se inspeccionan a sí mismos, significando en la práctica que cada uno controla al otro. Este es uno de los aspectos en que la experiencia argentino-brasileña es vista con mayor interés a nivel mundial.

A partir del Acuerdo Cuatripartito, celebrado en 1991 entre ambos países, ABACC y OIEA para la aplicación del sistema un sistema de salvaguardias conjunto llevado adelante por los dos organismos según lo previsto en el SCCC, se establecieron los “compromisos básicos” del tratado:

Los Estados Parte se comprometen, de conformidad con los términos del presente Acuerdo, a aceptar la aplicación de salvaguardias a todos los materiales nucleares en todas las actividades nucleares realizadas dentro de sus territorios, bajo su jurisdicción o efectuadas bajo su control en cualquier lugar, a efectos únicamente de verificar que dichos materiales no se desvían hacia armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos (ABACC, 1991).

De esta manera, tanto Argentina como Brasil sometieron sus instalaciones y materiales nucleares a los controles e inspecciones del sistema de salvaguardias establecido,

ejecutado conjuntamente por la ABACC y el OIEA. A partir de 1993, y desde entonces periódica e ininterrumpidamente, la ABACC realiza informes anuales en los cuales refleja el balance de la memoria obtenida producto de las inspecciones. Para fines de ese mismo año, el 94% de las instalaciones informadas no sujetas a salvaguardias del OIEA habían sido ya sometidas al control del nuevo sistema. De esta manera, en el primer período de control se realizaron un total de 46 inspecciones, mientras que hacia 1994 superaron por más del doble a las del año anterior, alcanzando el total de 186 misiones repartidas en 104 en Argentina y 82 en Brasil. En 1995 hubo un total de 149 inspecciones distribuidas en 77 de Argentina y 72 de Brasil.³

A raíz de lo expuesto anteriormente, puede observarse empíricamente el alto grado de cumplimiento de los compromisos básicos presentes en el tratado en el período inicial 1993-1995, en el cual ambos países colaboraron entregando información y registros primarios para la ejecución y conformación de bases de datos que permitieron desarrollar la aplicación de salvaguardias de forma efectiva. De este modo, los organismos de control tomaron conocimiento de todas las actividades, plantas y materiales nucleares en posesión de ambas naciones.

Resulta un elemento a destacar la cuestión de que, a partir de la firma del Acuerdo Cuatripartito, en el cual Argentina y Brasil aceptan el sistema de salvaguardias totales del OIEA, se pone fin a una histórica postura de oposición y rechazo a cualquier tipo de control externo sobre sus actividades nucleares y particularmente con el régimen del TNP (el cual aplica el mismo modelo de salvaguardias totales del OIEA). En ese sentido, Carasales (1997) menciona que con este acto las dos naciones abandonaron la negativa que durante décadas mantuvieron a la aceptación de controles foráneos sobre la totalidad de sus instalaciones y actividades nucleares presentes y futuras, fuesen éstas realizadas con ayuda exterior o desarrollo puramente autóctono.

Esta ambigüedad presente entre, por un lado, mantener la postura crítica y de rechazo al régimen de no proliferación establecido por el TNP, no habiéndolo ratificado ninguno de los dos países, y por otro, alcanzando un acuerdo de salvaguardias con el OIEA, que posee el mismo modelo de control e inspección que el aplicable a los miembros del TNP, permite explicar que más allá la de la postura de ambas naciones respecto de considerar que el tratado posee un carácter discriminatorio y que vela únicamente por la no proliferación horizontal, resulta compatible con defender el fin de la no proliferación pero no con

³ Informe Anual de la Agencia Brasileño-Argentina de Contabilidad y Control de materiales nucleares correspondiente a los períodos 1993, 1994 y 1995.

el medio escogido para hacerlo, sin tener ello nada de ambiguo. Este era el argumento por el cual no ratificaban el tratado, quedando así por fuera del control externo, sin embargo, al celebrar un acuerdo de salvaguardia totales con el OIEA e ingresar en la órbita de supervisión de éste, las implicancias prácticas de ratificar el TNP tendrían un impacto mínimo en cuanto a los controles sobre sus actividades.

Por lo tanto, el único argumento que tenían Argentina y Brasil para la no ratificación descansaba sobre bases morales y discursivas. Aunque no por ello menos valioso o importante, en términos pragmáticos resulta muy difícil de sostener, ya que los costos de salvaguardias serán los mismos si se ratifica el TNP o si se mantiene al margen, y pudiendo en caso de ingresar ostentar las credenciales no proliferantes bajo los parámetros primantes en la comunidad internacional. Esta situación permite explicar por qué algunos años más tarde, Argentina en 1995 y Brasil en 1997, ratificaron el tratado, ingresando así al régimen de no proliferación, del cual durante décadas anteriores habían sido firmes oponentes.

IV. Conclusiones finales

El proceso cooperativo en materia nuclear entre Argentina y Brasil se constituye como autónomo dentro de un esfuerzo integracionista mayor que ambas naciones llevaron adelante a partir del retorno de sus gobiernos democráticos en la década del 80, contemplando una integración gradual y compatible de diversos sectores, entre los que se encontraron cuestiones económicas, sociales, científicas e industriales. La vinculación de cuestiones mediante el entrelazamiento de las agendas nacionales, junto con la utilización de múltiples canales y actores, llevaron a una situación de penetración mutua entre ambos países. En ese sentido, el proceso fue adquiriendo una dinámica de retroalimentación propia, producto del sometimiento a diversos instrumentos y mecanismos de integración binacional, lo que permitió superar y reconvertir una histórica relación de desconfianza y rivalidad hacia un plano de cooperación y certidumbre.

Como se puso de manifiesto a lo largo del trabajo, la conducción presidencial se presentó desde el comienzo como el factor que dio impulso y consolidación al proceso. El liderazgo asumido por los distintos mandatarios de turno en sus respectivos países permite explicar la inusual velocidad con la que se desarrolló el acuerdo en un sector tan sensible como el nuclear. Las frecuentes visitas bilaterales, declaraciones y posiciones unificadas dieron origen a la institucionalización y consolidación de las voluntades manifestadas mediante la adopción de instrumentos jurídicos y creación de órganos

específicos que gestionen y ejecuten el sistema establecido.

A su vez, la conducción personal y directa que los mandatarios efectuaron hacia un rumbo de carácter jurídico obligatorio consagró a la cooperación nuclear entre ambos países como un proceso autónomo e independiente del factor personal ligado a la figura presidencial de turno, dotándolo así de instituciones y normas propias que generaron una retroalimentación interna dentro del sistema consagrado.

Si la primera etapa del proceso (1985-1990) sirvió de plataforma para delinear el rumbo que se debía adoptar, la segunda (1990-1995) cristalizó las voluntades manifestadas en instituciones y normativas de carácter permanente y de cumplimiento obligatorio. En ese sentido, en un periodo de diez años la relación Argentina-Brasil en general logró reconvertirse del conflicto y recelos regionales hacia la confianza y cooperación. Esta situación fue posible gracias a la penetración mutua que llevaron adelante ambos países en múltiples sectores y áreas, entre los que se destacan la solución de controversias, el establecimiento de una zona de libre comercio, la creación de un mercado común (Mercosur) y la coordinación de políticas nucleares.

El Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares (TNP), abierto a la firma en 1968, tuvo como objetivo fundamental evitar la proliferación horizontal de armamento nuclear, es decir que países no nucleares no desarrollen o adquieran esta capacidad. Sin embargo, en ningún apartado contempla la restricción o prohibición de una proliferación vertical, entendida como un aumento y sofisticación del arsenal de los países nucleares. A su vez, dada la imposibilidad de distinguir el carácter pacífico o bélico de las capacidades nucleares hasta última instancia, la detonación de las denominadas explosiones pacíficas queda prohibida para los países no nucleares, siendo las potencias nucleares las encargadas de realizar estas detenciones con el fin de investigar posibles desarrollos y beneficios.

Por lo anteriormente mencionado, el TNP consagra abiertamente un carácter discriminatorio entre países que poseen armamento nuclear y países que no, atentando contra el principio de igualdad soberana de los Estados previsto en la carta de Naciones Unidas, del mismo modo en que impide a los Estados el desarrollo científico autónomo del campo nuclear. Estos argumentos fueron esbozados y defendidos principalmente por países con un avanzado desarrollo en la materia, a quienes las restricciones previstas en el TNP afectaban directamente, como los casos de Argentina y Brasil. En ese sentido, ambas naciones manifestaban encontrarse a favor del principio de no proliferación pero en contra del medio escogido para hacerlo, lo que explica su negativa durante décadas de no ratificar el tratado.

La postura asumida por ambos países sudamericanos llevó a que la comunidad internacional en general y Estados Unidos en particular desconfien de sus declaradas intenciones pacíficas, principalmente porque la visión dominante reflejaba que todo país que se encontraba en oposición al TNP también lo hacía respecto de los fines no proliferantes. Como señala Carasales (1987), la estrategia utilizada por Estados Unidos ha sido la de considerar sinónimos a la no proliferación y al TNP, por lo que quienes están en contra del tratado también lo están de la no proliferación, ocultando el propósito de producir armas nucleares o por lo menos de reservarse la opción de hacerlo en un futuro.

Esta percepción se vio reforzada cuando en 1974 la India detonó, con declarados fines pacíficos, una explosión subterránea por fisión nuclear. Frente a ello la respuesta norteamericana fue llevar adelante un endurecimiento en los términos del comercio de tecnología y materiales nucleares, entre los que se encontraban medidas como solicitar amplios mecanismos de salvaguardias (aún más estrictos que los previstos por el OIEA) y el rompimiento unilateral de contratos celebrados. Esta postura fue impulsada por Estados Unidos tanto a nivel internacional, con la creación del Club de Londres (reuniendo a los principales países exportadores de tecnología nuclear) en 1975, como a nivel doméstico, a partir de la Ley de No Proliferación (Non Proliferation Act) de 1978.

Frente a un panorama internacional adverso para los países que contaban con programas nucleares avanzados y buscaban desarrollarlos de forma autónoma e independiente, sin limitaciones por parte de potencias nucleares o el OIEA, y que a su vez veían cuestionada la buena fe de sus actividades científicas por parte de la comunidad internacional, tuvo su origen entre Argentina y Brasil una sociedad de defensa mutua que implicó dejar de lado las rispideces y competencias regionales para así poder afrontar conjuntamente un contexto internacional con múltiples obstáculos impuestos por las potencias nucleares.

Dicho acercamiento en el sector se vio potenciado por un proceso integracionista, multisectorial y abarcativo, desarrollado casi paralelamente entre ambos países, por lo que el entendimiento y la primacía de la construcción de un clima de confianza y colaboración general entre ambas naciones facilitó el desarrollo del proceso de cooperación nuclear como una esfera autónoma dentro de éste.

De esta manera, en un periodo de diez años (1985-1995) tuvo lugar la instauración de un régimen institucional binacional de cooperación y controles mutuos, ejecutado mediante un órgano específico (ABACC), que en colaboración con el OIEA se encarga de garantizar el cumplimiento de las salvaguardias en ambos países. Como sostiene Carasales

(1997), Argentina y Brasil trascendieron las declaraciones conjuntas, promotoras de un proceso de integración sin precedentes, para pasar al plano de los compromisos jurídicamente obligatorios. Así lo explica el autor:

El mismo constituye un acontecimiento original en el devenir internacional, que dos países importantes, competidores y rivales, hayan depuesto años de recelos y desconfianzas para iniciar, luego consolidar y finalmente adquirir compromisos de cumplimiento obligatorio en un campo tan complejo y vinculado a la seguridad nacional como la tecnología y desarrollo nucleares representa un emprendimiento muy poco común que requirió capacidad imaginativa y una firme voluntad política por parte de sus propulsores (p.114).

La teoría fundamentada y las investigaciones en derecho: un ejemplo para su aplicación¹

Grounded Theory and Academic Legal Research: An example for the Application of the Grounded Theory to Legal Research Projects

Recibido: 11/12/2024 – **Aceptado:** 28/12/2024

Julián Hermida²

Universidad de Flores (Argentina) – Algoma University (Canadá)

Resumen

El descontento acerca de la investigación puramente dogmática y teórica que tradicionalmente ha prevalecido en las investigaciones jurídicas ha recibido importantes críticas por parte del movimiento *Law and Social Sciences* por no adoptar las estrategias metodológicas que predominan en la investigación en otras ciencias y que derivan en última instancia del método científico prevaleciente en las ciencias naturales. Este movimiento ha derivado en la exigencia de realizar investigaciones empíricas en derecho.

Este artículo tiene por objetivo explicitar cómo se investiga en una corriente de la investigación cualitativa, la teoría fundamentada, con el propósito de que quienes tengan que realizar una investigación sobre el derecho desde una perspectiva

¹ Este artículo es el resultado de un programa de investigación colaborativo con Laura Quintana sobre distintos aspectos de la investigación tanto cualitativa como hermenéutica, que ha dado lugar a distintos artículos publicados en inglés y en español, tal como el artículo publicado en este mismo número de *Aportes al Derecho*.

² Profesor de Derecho, Algoma University, Sault Ste. Marie (Canadá), de la Universidad de Flores (Argentina). LL.M, DCL (McGill) and Ph.D. en Universidad Católica de Córdoba (Argentina).

cualitativa tengan herramientas metodológicas para llevarla a cabo.

La teoría fundamentada permite integrar datos empíricos sobre las experiencias humanas a la investigación jurídica. Esta teoría resulta de gran utilidad para llevar a cabo investigaciones que tengan como propósito comprender experiencias y relaciones humanas. Se ha utilizado para investigaciones donde es necesario recolectar datos sobre el funcionamiento de normas jurídicas, los motivos de incumplimiento de una ley, así como para desarrollar argumentos para reformas legales, entre otros proyectos de investigación.

Palabras clave: teoría fundamentada; investigación cualitativa; investigación dogmática; derecho y ciencias sociales

Abstract

Discontent about the purely dogmatic and theoretical research that has traditionally prevailed in legal research has received significant criticism from the Law and Social Sciences movement, as academic legal research does not follow the methodological strategies that predominate in research in other sciences, which derive from the scientific method that prevails in the natural sciences. This movement demands that academic legal researchers use empirical research in legal research projects. This article aims to explain how the Grounded Theory can contribute to academic legal research. The Grounded Theory makes it possible to integrate empirical data about human experiences and relations into legal research. This theory has been applied in research about the enforcement of legal rules, the reasons for non-compliance with laws, and the development of arguments for legal reforms, among other research projects.

Keywords: Grounded Theory; qualitative research; legal research; Law and Social Sciences

I. Introducción

Existe un creciente descontento acerca de la investigación puramente dogmática y teórica que predomina en las investigaciones jurídicas. Esta investigación ha recibido fuertes críticas por parte del llamado movimiento *Law and Social Sciences* por su carácter no empírico y por carecer de las formalidades, métodos y alcance de las investigaciones que predominan en otras ciencias.

Por dicho motivo, las facultades de derecho en el mundo occidental, tales como en Europa, Estados Unidos, Canadá y más recientemente en Latinoamérica, promueven que sus docentes y estudiantes, particularmente los de posgrado, realicen investigaciones cualitativas para estudiar fenómenos jurídicos. No se trata de investigaciones interdisciplinarias, sino de investigaciones empíricas en derecho, en las cuales el investigador recolecta datos empíricos sobre fenómenos jurídicos, tales como el funcionamiento de una ley en la práctica, la aceptación social de una reforma legal o las experiencias e implicancias de una ley en determinados sectores de una comunidad, mediante métodos propios de las investigaciones cualitativas: entrevistas, grupos focales u observaciones, entre otros.

Sin entrar en el debate sobre la relevancia de estas exigencias que han sido objeto de otros trabajos (Hermida, 2024), este artículo tiene por objetivo explicitar cómo se investiga en una corriente de la investigación cualitativa, la teoría fundamentada, con el propósito de que quienes tengan que realizar una investigación sobre el derecho desde una perspectiva cualitativa tengan herramientas metodológicas para llevarla a cabo.

Para ello, en primer lugar, se examinarán los aspectos principales de la investigación jurídica dogmática y sus diferencias con las investigaciones cualitativas predominantes en el resto de las ciencias sociales. Luego, se sintetizarán los aspectos salientes de la metodología cualitativa en general y de la teoría fundamentada en particular. A continuación, se identificarán y examinarán críticamente cada uno de los componentes principales del proceso de investigación (Hernández Sampieri et al., 2014) en un artículo sobre enseñanza y aprendizaje investigado desde la teoría fundamentada (Barber, 2012). La elección de un trabajo fuera del ámbito jurídico permitirá apreciar con mayor distancia e imparcialidad la manera en que los investigadores cualitativos aproximan su estudio. Este análisis permitirá adentrarnos en el mundo de la metodología cualitativa, particularmente la teoría fundamentada, y reflexionar sobre su aplicación en el campo del derecho.

II. El movimiento *Law and Social Sciences*

El movimiento *Law and Social Sciences*, surgido en los Estados Unidos en la década del 80, ha criticado fuertemente el tipo de investigación llevada a cabo por los docentes de derecho. Para los investigadores de las ciencias sociales no existe un método de investigación en derecho y, por ende, argumentan que se debe utilizar el método que predomina en las ciencias sociales. Para quienes están fuera de la disciplina jurídica, el jurista tradicional enfocado en la investigación dogmática simplemente no investiga.

En el mundo universitario norteamericano estas críticas han generado importantes consecuencias en la investigación llevada a cabo por docentes de derecho, que luego se expandieron al resto del mundo occidental (Gibault, 2003). Dada la escasez de recursos que sufrió la universidad con las recesión de los años 90, los proyectos de investigación en derecho se vieron obligados a compartir los recursos con otras disciplinas universitarias y pasaron a ser evaluados para su financiación por comités de investigadores integrados mayoritariamente por miembros de otras disciplinas, quienes valoran el trabajo en equipo más que el trabajo aislado que caracteriza a la investigación del jurista tradicional, a la investigación empírica más que a la investigación dogmática o hermenéutica y al establecimiento de lazos con la industria más que a la investigación puramente teórica (Hutchinson y Duncan, 2012).

III. La investigación jurídica dogmática

La investigación jurídica académica o dogmática es una investigación basada en textos. El objeto de investigación, es decir, el ámbito en el que se centra, es un texto, generalmente una norma jurídica, un principio jurídico o una teoría jurídica. Y los datos utilizados para examinar la validez de dicho texto también son textos, lo que incluye otras normas legales, artículos de revistas especializadas, libros, documentos de políticas y debates parlamentarios, entre muchas otras fuentes textuales. En la investigación en derecho, el jurista discierne, jerarquiza, clasifica y revisa críticamente las normas jurídicas, las ubica dentro de una determinada categoría jurídica y evalúa su lugar dentro del orden jurídico. La pregunta crucial que se plantea el investigador con respecto a una norma jurídica es si es válida a la luz de su relación lógica con otras normas (orden jurídico). Para llevar a cabo esta interpretación normativa, el investigador jurídico académico sigue una especie de enfoque hermenéutico al que a veces se hace

referencia como análisis jurídico doctrinal o método dogmático. Se trata de un proceso sistemático de interpretación, análisis y evaluación crítica de la norma jurídica. La hermenéutica implica un proceso dialéctico en el que el investigador navega entre las partes y el todo del texto para lograr una comprensión adecuada del texto (círculo hermenéutico). En la investigación hermenéutica, el investigador explora la historia del texto, entabla un diálogo con el texto, lo interroga y busca respuestas a sus preguntas. El investigador jurídico dogmático hace uso de todas las dimensiones de la hermenéutica: lectura, explicación y traducción con el fin de lograr una comprensión profunda del texto y, así, avanzar en el conocimiento jurídico (Quintana y Hermida, 2020).

IV. El enfoque cualitativo

El enfoque cualitativo de investigación tiene por propósito comprender la realidad social de individuos, grupos y culturas en su ambiente natural y está basado en la premisa de que “toda cultura o sistema social tiene un modo único para entender situaciones y eventos” (Hernández Sampieri, et al., 2014, p. 10). Por ello, el abordaje cualitativo intenta interpretar fenómenos en los términos y significados que los propios sujetos les atribuyen a dichos fenómenos. Los investigadores cualitativos están interesados en comprender cuáles son esas interpretaciones en un determinado momento y en un contexto particular (Merriam, 2019).

La investigación cualitativa constituye una práctica social anclada en un contexto sociohistórico (Sirvent y Rigal, 2023) y busca no solo comprender, es decir, generar conocimiento científico, sino también resolver problemas y transformar la realidad social (Sirvent, 2018). Es más, en la perspectiva cualitativa, la realidad social se construye, es decir, la realidad social no es una realidad dada, ontológicamente objetiva (Berger y Luckmann, 1971; Hacking, 1999). Es más bien una realidad ontológicamente subjetiva que el investigador construye junto con los participantes, navegando con ellos en un espacio de realidad interpretada que es tan personal e individual y tan diverso como la multiplicidad de experiencias vividas que se investigan (Norton, 1999), por lo que existen múltiples construcciones e interpretaciones de la realidad que están en constante flujo y permanente cambio (Merriam, 2019).

Cabe destacar que la investigación cualitativa no ha adoptado un único método de recolección y análisis de datos, sino que toma métodos, técnicas e instrumentos de distintas disciplinas y

prácticas de investigación. Estos métodos incluyen la teoría fundamentada (Glaser y Strauss, 1967; Strauss y Corbin, 2002), las historias y relatos de vida (Kornblit, 2007), el grupo focal (Pettracci, 2007), el estudio de casos (Stake, 1998), la etnografía (Gobo y Molle, 2017), la observación, entrevistas, documentos, registros, materiales y artefactos (Hernández Sampieri, et al., 2014). De todas maneras, en la mayoría de los procesos de investigación, el investigador cualitativo combina múltiples métodos empíricos, perspectivas y herramientas (Jones, Manzelli y Pecheny, 2007), lo que proporciona amplitud y profundidad al trabajo de investigación (Denzin y Lincoln, 2000). Esto además implica que, por un lado, la investigación cualitativa no pertenece a ninguna disciplina en particular y, por el otro, que la investigación cualitativa carece de un conjunto de métodos que le sean absolutamente propios (Denzin y Lincoln, 2000).

El enfoque cualitativo comprende distintas variedades, aunque todas ellas comparten ciertas características en común, entre otras: la flexibilidad (Strauss y Corbin, 2002), la creatividad del investigador (Strauss y Corbin, 2002), el énfasis en la interpretación (Maxwell, 2005), la búsqueda de la comprensión (Vasilachis de Gialdino, 2006), el ambiente natural (Hernández Sampieri et al., 2014; Mendoza Torres, 2018), la pluralidad de métodos (Vasilachis de Gialdino, 2006), la triangulación de métodos de recolección de datos (Okuda Benavides y Gómez-Restrepo, 2005), la reflexividad del investigador (Guber, 2011), la subjetividad de los actores involucrados en la investigación (Flick, 2015), la importancia del proceso por sobre los resultados (Hernández Sampieri et al., 2014) y la diversidad de enfoques teóricos (Maxwell, 2005).

En el enfoque cualitativo, el investigador desempeña un rol primordial, dado que interpreta el significado de los datos en el marco de un proceso interactivo entre él y los participantes, lo que resulta crucial para el estudio de las experiencias de vida humana. Aún más, el investigador no solo recolecta datos, sino que él mismo constituye el instrumento mediante el cual se recolectan e interpretan dichos datos (Rew, Bechtel y Sapp, 1993). Esto requiere de una serie de cualidades y características especiales, las que incluyen una gran tolerancia a la ambigüedad, un alto grado de sensibilidad e intuición respecto a los pensamientos y sentimientos de los participantes y excelentes habilidades de comunicación, específicamente en las áreas de empatía, construcción de relaciones, cuestionamiento y escucha (Merriam, 2019). Rew, Bechtel y Sapp (1993) agregan las cualidades de idoneidad, autenticidad, credibilidad, intuición, receptividad, reciprocidad y sensibilidad. Strauss y Corbin (2002) completan este inventario de características de los investigadores cualitativos

con el convencimiento de que para ellos su trabajo de investigación resulta de importancia tanto para el mundo académico como para el no académico y que su labor los absorbe por completo, pasando a ser un aspecto importante de su propia vida.

V. La teoría fundamentada

La teoría fundamentada ha sido formulada originalmente por Glaser y Strauss (1967) y desarrollada luego, con algunas variantes (Andreu Abela, García-Nieto y Pérez Corbacho, 2007), por Strauss y Corbin (1990). Reconoce sus raíces históricas en el interaccionismo simbólico, que se centra en el significado que los acontecimientos y fenómenos tienen para los individuos en sus entornos naturales (Ritzer, 1983). Los propósitos principales de la teoría fundamentada, como han sido planteados en el trabajo fundacional de Glaser y Strauss (1967), fueron ofrecer una justificación para la teoría desarrollada a través de la interacción con datos recopilados en la investigación, sugerir la lógica y las características de la investigación fundamentada y legitimar la investigación cualitativa (Pursley Crotteau, McGuire Bunting y Draucker, 2001).

La teoría fundamentada es el descubrimiento de la teoría a partir de datos obtenidos sistemáticamente de la investigación social (Glaser y Strauss, 1967). El objetivo del enfoque de la teoría fundamentada es generar teorías que expliquen cómo funciona algún aspecto del mundo social, es decir, desarrollar una teoría que surja de la realidad y, por lo tanto, que esté conectada con la realidad que la teoría intenta explicar, lo que se contrapone con teoría generada mediante la lógica deductiva a partir de asunciones a priori (Glaser y Strauss, 1967). La teoría fundamentada busca no solo comprender, sino también construir una teoría sobre el fenómeno de interés.

En palabras de Strauss y Corbin (2002), esta teoría es una metodología general para desarrollar teoría fundamentada en datos sistemáticamente recolectados y analizados. La teoría evoluciona a medida que avanza la investigación mediante la continua interacción entre el análisis y la recolección de datos. Uno de los aspectos centrales de esta metodología es su método de análisis comparativo constante. Esta metodología tiene como propósito permitir al investigador generar conceptualizaciones teóricas, es decir, patrones de acciones e interacciones entre varios tipos de unidades sociales.

VI. La investigación de Barber sobre integración del aprendizaje

La capacidad de establecer conexiones entre elementos dispares de información, sintetizar conceptos de manera significativa y hacer que las ideas se muevan de un contexto es una habilidad necesaria para el éxito en la economía del conocimiento del siglo veintiuno. La habilidad de conectar información se ha vuelto cada vez más valorada en la sociedad y es una virtud crucial en la educación superior. A pesar del creciente deseo de los graduados universitarios de transferir y vincular conocimientos y habilidades, existe una falta de información detallada sobre las formas en que se integra el aprendizaje. Para llenar este vacío, Barber (2012) explora cómo los estudiantes universitarios de edad tradicional integran el aprendizaje. El objetivo de la investigación reportada en el artículo ha sido la de “investigar empíricamente las formas en que los estudiantes universitarios combinan conocimientos y experiencias para que los educadores puedan comprender mejor el aprendizaje de los estudiantes de grado y promover más intencionalmente la integración del aprendizaje” (Barber, 2012). Para investigar empíricamente las formas en que los estudiantes universitarios combinan conocimientos y experiencias, Barber (2012) recurrió a entrevistas con estudiantes de universidades de artes liberales.

VII. Identificación y análisis crítico de los componentes principales del proceso de investigación en Barber (2012)

VII. 1. Problema de investigación

El problema de investigación es un estado de cosas, eventos, situaciones o procesos, ya sean teóricos o empíricos, que se perciben como insatisfactorios o problemáticos. Los problemas son el punto focal de toda investigación (Laudan, 1977). Según Bachelard (1934), el problema refleja una contradicción con un conocimiento anterior, es decir, se conoce en contra de un conocimiento previo y la resolución del problema implica desafíos a los conocimientos previos de la ciencia, los cuales se convierten en obstáculos epistemológicos que deben ser cuestionados y superados.

Barber (2012) parte de su propia experiencia como docente universitario en el College of William and Mary, una prestigiosa universidad pública orientada a la investigación ubicada en el estado de Virginia, Estados Unidos. Barber (2012) decidió realizar el trabajo de investigación debido a su frustración por el hecho de

que sus estudiantes no integraban los conocimientos aprendidos en un curso en otras instancias posteriores ni en su vida fuera de la universidad, es decir, aprendían de manera superficial y no profunda (Bain, 2004). Esta postura inicial frente al problema de investigación se aparta de la concepción de Glaser (1978), quien insta a los investigadores a iniciar sus estudios centrándose en lo que sucede en el campo una vez iniciada la investigación. La postura de Barber (2012) coincide con la de Strauss y Corbin (2002), quienes ven puntos de partida para la investigación con una lente más amplia, los que incluyen otras influencias como experiencias personales y exigencias profesionales. También coincide con la concepción de Sirvent (2006) sobre el origen del problema de investigación. Según Sirvent (2018), un problema de investigación es un “conjunto de cuestiones que a un investigador lo preocupa, lo fascina, lo asombra, lo desconcierta, lo angustia, lo enfrenta con su ignorancia, lo deja perplejo y lo empuja, lo motiva para investigar. Es una suerte de espacio de interrogantes sin respuestas inmediatas que demandan un proceso de investigación” (Sirvent, 2018, p. 164).

Por otro lado, el problema de investigación implica un proceso de problematización de una realidad concreta y compleja, es decir, cuestionar la realidad críticamente para “desnaturalizar lo que aparece como natural” y “traspasar con una pregunta la apariencia de los fenómenos para descubrir la trama de los factores que dan cuenta de por qué las cosas son como son y no de otra manera, y por tanto pueden ser de otra manera” (Sirvent, 2018 p. 164). El trabajo de Barber (2012) problematiza la realidad universitaria y cuestiona la falta de transferencia e integración del conocimiento adquirido en unidades disciplinarias compartimentadas. Asimismo, parte del desarrollo del problema de investigación implica también problematizar el contexto, dado que, como se señaló, “la investigación científica es una práctica social anclada en un determinado contexto sociohistórico” (Sirvent, 2006, p. 6). Barber (2012) toma grandes recaudos para contextualizar el problema y lo hace a través de un pormenorizado recorrido por los procesos educativos de los estudiantes, focalizando en las conexiones con la realidad social.

Por otro lado, tal como se sugiere en la literatura sobre abordaje cualitativo (Hernández Sampieri et al., 2014), el investigador debe familiarizarse sobre el fenómeno o problema central a abordar (Blumer, 1969; Lofland y Lofland, 1995). Por ello, Barber (2012), dedica varios apartados de su trabajo a desarrollar los pasos seguidos para adentrarse en la literatura sobre el problema de la falta de integración del aprendizaje. Toma para ello distintas aristas del problema. Identifica claramente que si bien las universidades y fundaciones especializadas en

educación superior señalan la importancia de la integración como resultado de aprendizaje esperado, éstas no señalan de manera concreta eficiente el proceso para lograr tal resultado. Asimismo, Barber (2012) identifica algunas alternativas que se han propuesto en la literatura para alcanzar la integración del aprendizaje, tales como la interdisciplina (Mansilla, 2005) o los contextos cocurriculares (King y Van Hecke, 2006) sin que hayan logrado cumplir con el objetivo propuesto. Llama la atención, sin embargo, el hecho de que Barber no haya tomado en cuenta los vastos análisis que sobre el tema ha venido desarrollando la literatura sobre aprendizaje profundo (Bain, 2004; Hermida, 2014).

Conforme lo recomendado por Creswell (2009) y otros (Mertens, 1998) sobre la necesidad de transparentar la cosmovisión o paradigma del investigador, es decir, el conjunto básico de creencias que guían la acción del investigador, Barber (2012) ancla su investigación en el paradigma social constructivista, en la teoría fundamentada y en la posición epistemológica que sostiene que los individuos construyen significados de sus experiencias de manera diferente y, por lo tanto, construyen sus propias y únicas cosmovisiones.

El constructivismo social se basa en una ontología que sostiene que la realidad es creada por relaciones e interacciones sociales (Young y Collin, 2004; Burns, et al., 2000). Para el constructivismo social, la generación básica de significado es siempre social y surge de la interacción con una comunidad humana. Los constructivistas sociales sostienen que los individuos buscan la comprensión del mundo en el que viven y trabajan, por lo que desarrollan significados subjetivos de sus experiencias. Para Barber (2012, p. 595), el constructivismo social implica en su investigación “un auténtico respeto por la mirada de cada individuo y del significado personal que construyen de sus experiencias personales”. Por ello, el autor posiciona de manera explícita a los estudiantes que participan del estudio como coconstructores de la investigación.

Con respecto a la adopción del enfoque cualitativo, y más precisamente de la teoría fundamentada, Barber (2012) reconoce que el análisis de datos de su investigación no es ni puede ser objetivo, por lo que ha decidido hacer explícitas sus premisas, prejuicios y subjetividades y así facilitar la evaluación de su investigación.

VII. 2. Pregunta de investigación

La pregunta de investigación es el cuestionamiento principal y el motor que un proyecto de investigación se propone responder

y constituye el aspecto medular en una investigación. Delimita y guía el trabajo del investigador y refleja la dirección y los fundamentos epistemológicos del proceso, a la vez que condiciona las estrategias a seleccionar (Hernández Sampieri et al., 2014).

Como lo afirma Bachelard (1934), la pregunta es el origen de todo conocimiento, sin ella no puede haber conocimiento científico. En la investigación cualitativa, la pregunta de investigación busca explorar o describir fenómenos, sin proporcionar una explicación nomotética ordenada como en la investigación cuantitativa, por lo que se intenta comprender las experiencias, entendimientos y significados que las personas tienen sobre los conceptos presentes en la pregunta de investigación. En la teoría fundamentada es el proceso de investigación el que genera la pregunta, pues el investigador entra en el campo de estudio sin las preguntas de investigación, sin las hipótesis que resultan comunes en otras investigaciones, incluso en otras investigaciones cualitativas (Glaser, 1998). Los temas iniciales del investigador proporcionan un punto de partida para la exploración, pero no así una pregunta específica de investigación. Estas preguntas dependen de lo que surge en el campo y los relatos de los participantes. Debido a que la teoría fundamentada se basa en la emergencia, los investigadores deben permanecer abiertos a lo que sucede en el campo de investigación (Charmaz, 2008).

Barber (2012) parte de su preocupación sobre la falta de integración del aprendizaje en estudiantes universitarios sin tener al comienzo de su tarea una pregunta concreta y definida. La pregunta de investigación la formula recién cuando se adentra en la recolección de datos. A partir de las primeras entrevistas comienza a definir una pregunta: de qué manera los estudiantes integran o no integran el aprendizaje, la que luego va refinando con el transcurso del proceso de recolección y análisis de los primeros datos. Finalmente, llega a una pregunta de investigación central, la cual formula de la siguiente manera: ¿cómo los estudiantes universitarios de edad tradicional conectan el conocimiento y las experiencias de aprendizaje?

Esta manera de llegar a la pregunta de investigación en la que el experto entra al campo con una idea general de lo que quiere investigar sin una formulación específica y precisa es clave para establecer el foco de la investigación, a la vez que asegura el respeto de los participantes (Strauss y Corbin, 2002).

VII. 3. Justificación del problema

La justificación del problema explicita el porqué de la investigación y expone las razones sobre su relevancia. A través del aparatado de la justificación, el investigador demuestra la necesidad de su estudio y expone las razones que ameritan llevar adelante la investigación (Hernández Sampieri et al., 2014). Para Glaser (1998), un problema tiene relevancia si éste es relevante para los participantes o si se construye con ellos. Corbin y Strauss (2002) luego agregan que el problema de investigación puede ser también relevante para la situación de investigación profesional contemporánea.

Según Barber (2012), su investigación resulta de utilidad para los educadores dado que permitirá comprender cómo los estudiantes universitarios integran el aprendizaje, lo que, a su vez, permitirá adoptar medidas y estrategias para promover esta práctica. El problema de investigación resulta relevante, dado que los propios estudiantes así lo manifiestan (Barber, 2012). También resulta de importancia para la comunidad educativa en general, ya que la universidad cumple un rol preponderante en la sociedad como institución encargada de la producción de conocimiento.

VII. 4. Objetivos

Los objetivos de investigación son los logros específicos que el investigador espera obtener en y contribuyen a guiar las actividades a seguir (Hernández Sampieri et al., 2014). Los objetivos suelen dividirse en generales y específicos. El objetivo general es el enunciado global sobre el resultado final que se pretende alcanzar y los específicos son los pasos que se deben realizar para alcanzar ese objetivo general.

Por otro lado, los objetivos pueden ser descriptivos, teóricos, políticos, prácticos, personales o externos (Vasilachis de Gialdino, 2006).

El objetivo general planteado por Barber (2012) es el de investigar empíricamente las maneras en que los estudiantes universitarios integran conocimiento y experiencias. El autor no ha incluido objetivos específicos en su investigación, ya que dada la naturaleza de su pregunta de investigación resulta suficiente la adopción de un objetivo general único.

El tipo de objetivo perseguido en su investigación es el objetivo teórico (Barber, 2012), que intenta contribuir a la expansión de la teoría mediante la creación de nuevos conceptos (Vasilachis de Gialdino, 2006).

VII. 5. Marco teórico

El marco teórico es un sistema coherente de conceptos, teorías, postulados, definiciones, categorías y proposiciones que constituye la estructura que sustenta la teoría del proyecto de investigación y establece la perspectiva desde la cual se examina el problema. El encuadre teórico informa la formulación del problema, la justificación del estudio, las preguntas e hipótesis, la selección de instrumentos, la elección de métodos y el análisis de datos (Hernández Sampieri et al., 2014).

El desarrollo de la perspectiva teórica es a la vez un proceso y un producto. Como proceso, éste requiere adentrarse en la literatura relacionada con el problema de investigación. Como producto, el marco teórico ofrece una visión sobre dónde se sitúa el planteamiento del problema dentro del conocimiento general sobre el tema de la investigación (Hernández Sampieri et al., 2014).

En su versión original, la teoría fundamentada es un enfoque metodológico puramente inductivo que rechaza la idea de un marco teórico para guiar la investigación (Glaser y Strauss, 1967), como prevalece en la investigación cuantitativa en la cual se parte de un sistema teórico que se aplica a los datos empíricos (Goetz y LeCompte, 1984). Para Strauss y Corbin (2002), los marcos teóricos generales que intentan explicar una variedad casi infinita de fenómenos, tales como el marxismo, el feminismo o el psicoanálisis, no son teorías, sino que, en realidad, son meras posiciones filosóficas. Su valor se limita a brindar una perspectiva y a facilitar la generación de preguntas. Pero en ningún caso constituyen conceptos explicativos de cómo funciona el mundo, dado que no son un conjunto bien desarrollado y relacionado de conceptos explicativos, por lo que no se teoriza con solo aplicar un concepto o teoría de estas posiciones filosóficas a los datos propios.

Sin embargo, autores enrolados en posteriores desarrollos de la teoría fundamentada, tales como los adherentes a la *Constructivist Grounded Theory*, si bien reconocen que la teoría se fundamenta en las experiencias de los participantes y del investigador, admiten e incorporan a su investigación un marco teórico que facilite y guíe el estudio (Charmaz, 2006).

Esta es la postura de Barber (2012) sobre el marco teórico, ya que se apoya en las teorías sobre transferencia de aprendizaje y de aprendizaje experiencial para investigar el fenómeno de la integración del aprendizaje. El autor recurre a la teoría sobre transferencia de aprendizaje, la cual proporciona las bases para entender la movilidad del conocimiento (Bruner, 1960; Dewey, 1938; Thorndike, 1924). Asimismo, permite comprender cómo los individuos piensan sobre las ideas, creencias e información a la

vez que brinda una lente teórica para estudiar el desarrollo de la integración del conocimiento de los estudiantes universitarios (Barber, 2012).

La teoría del aprendizaje experiencial ofrece una base de conocimiento acerca de los contextos y condiciones que facilitan el aprendizaje (Kolb, 1984; Lewin, 1936). Sin embargo, Barber (2012) concluye que estas conceptualizaciones teóricas son insuficientes para comprender cabalmente el proceso de integración del aprendizaje de los estudiantes universitarios. Por ello, no parte de estas teorías para su investigación cualitativa, sino que su trabajo se basa en el estudio del fenómeno de la integración. A diferencia de las investigaciones hipotético-deductivas, que comienzan con un sistema teórico, desarrollan definiciones operacionales de las proposiciones y conceptos de la teoría y luego las aplica a los datos empíricos (Goetz y LeCompte, 1984), Barber (2012) recurre a la teoría como un instrumento que le facilite, por un lado, la generación de preguntas y, por el otro, la explicación de sus propios datos.

VII. 6. Metodología

Barber (2012) reconoce el uso de la teoría fundamentada como la metodología más adecuada para construir su teoría sobre la integración del conocimiento de los estudiantes universitarios, para lo cual recurrió al campus de cada una de las dos instituciones en las que se desempeñan los estudiantes seleccionados para las entrevistas. Éstas demandaron cerca de 300 horas de conversación con los estudiantes en su ámbito natural, por lo que la teoría resultante se halla firmemente fundamentada en las experiencias de los participantes del estudio, con las limitaciones señaladas más adelante en las consideraciones finales y conclusiones de este trabajo.

VII. 7. Tipo de diseño

El diseño de la investigación es el “plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea con el fin de responder al planteamiento del problema” (Hernández Sampieri et al., 2014). El diseño incluye los procedimientos de investigación que abarcan las decisiones, desde supuestos amplios hasta métodos detallados de recopilación y análisis de datos (Creswell, 2009). El diseño articula lógicamente y coherentemente todos y cada uno de los distintos componentes de la investigación para garantizar su calidad (Mendizábal, 2006) y “permite visualizar la manera práctica y

concreta de contestar las preguntas de investigación, además de cumplir con los objetivos fijados. Esto implica seleccionar o desarrollar uno o más diseños de investigación y aplicarlos al contexto particular de su estudio” (Hernández Sampieri et al., 2014).

Todo diseño se encuentra en un punto del continuo subjetivo-objetivo (Goetz y LeCompte, 1984). De acuerdo con el grado de rigidez del plan de investigación, los diseños pueden ser estructurados o flexibles. El diseño estructurado es un plan lineal, riguroso, con una secuencia unidireccional cuyos pasos se suceden de manera secuencial y no son modificados a lo largo del proceso de investigación. En el diseño flexible, los elementos se articulan de manera interactiva, móvil y no lineal, lo que permite que pueda ser modificado a lo largo del proceso de investigación. La investigación se lleva a cabo en forma circular, donde los elementos dialogan entre sí y los cambios son frecuentes tanto en el proyecto de investigación como en el proceso mismo de investigación (Mendizábal, 2006).

La decisión sobre qué tipo de diseño se debe utilizar para estudiar un tema depende de la cosmovisión del investigador, las estrategias de investigación y los métodos específicos de recopilación, análisis e interpretación de datos. La selección del diseño de investigación también se basa en la naturaleza del problema a abordar, las experiencias personales del investigador y la audiencia del estudio (Creswell, 2009). Barber (2012) optó por un diseño cualitativo con instancias participativas. Y si bien no lo menciona explícitamente, su diseño es del tipo flexible (Creswell, 2009) y se halla hacia el polo subjetivo dentro del continuo subjetivo-objetivo (Goetz y LeCompte, 1984).

VII. 8. Muestreo e instrumentos

VII. 8. a) Muestreo

El muestreo en la investigación cualitativa es la selección de un grupo de participantes que puedan proporcionar información valiosa sobre el problema de investigación. En la investigación cualitativa el tamaño de muestra no resulta de interés desde el punto de vista estadístico, dado que no se busca generalizar los resultados de la investigación a una población más amplia (Hernández Sampieri et al., 2014).

Barber (2012) se pregunta qué casos le interesan y dónde encontrarlos. En primer lugar, solo quiere investigar a estudiantes de universidades que adoptaron a la integración del conocimiento como uno de sus resultados de aprendizaje esperados a nivel

institucional de manera explícita. Es decir, busca universidades que enseñen –o al menos esperen que sus estudiantes aprendan– a integrar el conocimiento. De esta manera, recurre a un muestreo intencional de las universidades que explícitamente forman en integración del conocimiento en las carreras de grado en instituciones focalizadas en las artes liberales. Hernández Sampieri et al. (2014) definen al muestreo intencional o dirigido como aquel en el que el investigador puede elegir ciertos casos, analizarlos y, más adelante, seleccionar casos adicionales para confirmar o no los primeros resultados. Posteriormente, puede seleccionar casos homogéneos y luego heterogéneos para probar los límites y alcances de sus resultados (Hernández Sampieri et al., 2014).

Las instituciones participantes fueron elegidas mediante un proceso de dos pasos. Inicialmente, se seleccionaron 19 universidades de más de 60 instituciones que incluyen a la integración del aprendizaje como uno de sus objetivos institucionales para todos sus estudiantes. Los criterios de selección incluyeron el compromiso y el éxito en la implementación de prácticas de integración en instituciones universitarias focalizadas en artes liberales. Asimismo, se buscó que las universidades incluyeran diversidad de tipos (universidades enfocadas en la enseñanza y universidades enfocadas en la investigación), tamaños y ubicaciones geográficas. De éstas, se seleccionaron inicialmente seis universidades y luego el número se redujo a dos. Este muestro intencional resulta más rico que otros, tales como muestreos al azar, dado que los datos permiten expresar múltiples voces (Hernández Sampieri et al., 2014) y responde a los señalamientos de Mertens (2005), quien destaca que en el muestreo cualitativo es usual comenzar con la identificación de ambientes propicios, luego de grupos y, finalmente, de individuos.

Luego de haber elegido las dos universidades, los participantes fueron seleccionados entre los que indicaron interés en participar en una entrevista individual sobre sus experiencias en la universidad, es decir, se recurrió a una muestra de participantes voluntarios o autoseleccionada, ya que los mismos estudiantes respondieron activamente a la invitación del investigador para participar en el estudio (Hernández Sampieri et al., 2014). De esta manera, Barber (2012) obtuvo una muestra de 315 estudiantes de primer año que fueron entrevistados en el primer año la investigación y, de ellos, 228 fueron entrevistados al año siguiente. Aproximadamente un tercio de estos estudiantes se identificaron como estudiantes de color (afroamericanos/negros, hispanos o asiáticos/isleños del Pacífico); el resto se identificó como blancos. Alrededor del 10% nacieron fuera de Estados

Unidos. Esta diversidad intencional buscada por Barber (2012) constituye una muestra de máxima variación, porque se intenta mostrar distintas perspectivas y representar la complejidad del fenómeno de la integración del aprendizaje (Hernández Sampieri et al., 2014).

Si bien en un estudio cualitativo la muestra puede contener cierto tipo definido de unidades iniciales, es posible incluir nuevas unidades y descartar las anteriores (Hernández Sampieri et al., 2014). Sin embargo, Barber (2012) mantuvo incólume su muestreo. La diferencia de los estudiantes entrevistados en el segundo año se debe a que no pudo localizar a 87 alumnos por distintos motivos, tales como el cambio de universidad o el abandono de sus estudios.

VII. 8. b) Instrumentos

La técnica o método de obtención de información empírica es el proceso sistemático de recolectar datos empíricos determinado por la perspectiva del investigador y el enfoque que la orienta. Existe una gran proliferación de instrumentos, los que incluyen entrevistas, grupos focales, observación, investigación-acción, etnografía, monitoreo de redes sociales y el mencionado método comparativo constante, entre muchos otros (Denzin y Lincoln, 2000).

Barber (2012) recurre a la entrevista semiestructurada como el principal instrumento para su estudio. La entrevista es probablemente la técnica más frecuente de recolectar datos en la investigación cualitativa (Marton, 1986).

Las entrevistas tuvieron lugar en la universidad de sus participantes, es decir, su ambiente natural y cotidiano. Los métodos de recolección de datos empíricos ocurren en los entornos naturales y cotidianos de los participantes (Hernández Sampieri et al., 2014). Esto significa que el investigador cualitativo estudia las cosas tal como son sin manipular el medio ambiente ni efectuar ningún tipo de intervención en el entorno estudiado. Tampoco hay grupos experimentales ni de control y no se manipulan las variables (Creswell, 2003).

Tal como lo explicita Vasilachis de Gialdino (2006), en la investigación cualitativa el investigador

se aproxima a situaciones, a acciones, a procesos, a acontecimientos reales, concretos, a interacciones espontáneas que, o bien son preexistentes, o bien, en parte tuvieron lugar, o bien se desarrollan durante su presencia en el campo y pueden continuar en su ausencia. Los investigadores observan, analizan esas situaciones, esos

procesos, esos sucesos y/o sus consecuencias, esas acciones, y tratan de captarlos, tan completamente como les sea posible, en toda su complejidad y tal como realmente ocurren, intentando no controlarlos, no influir sobre ellos, no alterarlos, no modificarlos (p. 4).

El diseño de las entrevistas se basó en el protocolo de Baxter Magolda y King's (2007), el cual consta de tres secciones. La primera tiene por objetivo establecer una relación con los participantes, la segunda busca el acceso a los procesos para la construcción de significados a través de preguntas sobre las experiencias significativas y desafiantes, las que revelan cómo piensan e interpretan estas experiencias, y la tercera pone énfasis en la síntesis de información y la evaluación de la integración del aprendizaje. Dado el tono conversacional y flexible del diseño, en distintos momentos de las entrevistas Barber (2012) incluyó otras preguntas o ejemplos sobre integración del aprendizaje a sus entrevistados.

Por otro lado, para dar contextualización a los relatos de los estudiantes, Barber (2012) trianguló las entrevistas con observación de clases. La observación cualitativa no es mera contemplación, ya que implica adentrarse en profundidad a situaciones sociales y una reflexión permanente (Hernández Sampieri et al., 2014). El papel de Barber (2012) ha sido el de participación pasiva, es decir, el observador está presente, pero no interactúa con los participantes durante la observación (Hernández Sampieri et al., 2014).

La triangulación cumple un rol preponderante en la investigación cualitativa (Sirvent, Llosa y Stein, 2018). La triangulación es una estrategia que implica el uso de múltiples perspectivas para recolectar y analizar los datos empíricos. Esta estrategia permite reducir los riesgos de prejuicios del investigador, a la vez que facilita una comprensión más amplia del fenómeno investigado. Cabe aclarar que la triangulación no busca corroborar los resultados obtenidos mediante los métodos empleados, ya que esto implicaría una visión del mundo social donde habría una sola realidad social objetiva y cognoscible, lo que reduciría la tarea del investigador a medir y validar el fenómeno social. Por el contrario, los fenómenos sociales son multidimensionales y mediante la triangulación se logra captar las diferentes dimensiones de dicho fenómeno. Asimismo, los métodos no son estandarizados, sino que se trabaja con múltiples fuentes de datos (Hernández Sampieri et al., 2014). Esta variedad de enfoques diferentes deriva de líneas evolutivas distintas en la historia de la investigación que evolucionaron parcialmente en paralelo y parcialmente de manera secuencial (Flick, 2015).

Asimismo, Barber (2012) les ofreció a los participantes una copia de la transcripción de la entrevista de cada año y los invitó a hacer correcciones, completar palabras que eran inaudibles y ofrecer comentarios o ideas adicionales después de recibir la transcripción. Estas sesiones de *feedback* con los estudiantes constituyen “situaciones de triangulación metodológica *in situ*, [dado que] combinan diferentes nutrientes de información y conocimiento en el estudio del mismo fenómeno en un espacio de diálogo vivido” (Sirvent, 2018, p. 174).

VII. 9. Procedimiento para el análisis de datos

El principal método de análisis de datos empíricos del trabajo de Barber (2012) es el método comparativo constante de la teoría fundamentada. En este enfoque metodológico la teoría no surge espontáneamente, por el contrario, se genera y desarrolla a través de la aplicación por parte del investigador del método comparativo constante. Éste permite analizar datos con el fin de desarrollar una teoría fundamentada (Glaser y Strauss, 1967). Para la teoría fundamentada, el método comparativo constante es mucho más que un conjunto de procedimientos: es una manera de pensar y mirar el mundo (Strauss y Corbin, 2002).

De esta manera, la generación de teoría a partir de los datos significa que las hipótesis y los conceptos no solo provienen de los datos empíricos, sino también que son trabajados sistemáticamente en relación con los datos durante todo el proceso de investigación. Este método implica: 1) identificar un fenómeno, objeto, evento o escenario de interés; 2) identificar algunos conceptos locales, principios, características estructurales o de proceso de la experiencia o fenómeno de interés; 3) tomar decisiones con respecto a la recopilación inicial de datos con base en la comprensión inicial del fenómeno; 4) efectuar el muestreo teórico, donde la pregunta clave es a qué grupo o subgrupos recurre el investigador para recopilar datos; y 5) seleccionar racionalmente los grupos de comparación como relevancia teórica para fomentar el desarrollo de categorías emergentes (Glaser y Strauss, 1967).

La esencia del método de comparación constante radica en su proceso iterativo. El investigador recopila datos, los analiza y luego utiliza lo que aprende para informar una nueva recopilación de datos. Este proceso dinámico de recopilación y análisis de datos garantiza que la teoría emergente esté profundamente arraigada en los datos mismos (Strauss y Corbin, 2002). El proceso implica dividir los datos en partes discretas, codificarlos y comparar estos códigos para encontrar similitudes y diferencias. Strauss y Corbin

(2002) recomiendan iniciar este proceso con un microanálisis, es decir, un detallado y minucioso análisis línea por línea, incluso a menudo frase por frase y a veces palabra por palabra. Este microanálisis genera categorías iniciales con sus propiedades y dimensiones y permite descubrir las relaciones entre los conceptos. En este microanálisis intervienen los datos, es decir, el relato de los participantes sobre el fenómeno en estudio, las interpretaciones de los observadores y los actores de ese fenómeno y la interacción entre los datos y el investigador en el proceso de recolección y análisis de éstos.

El segundo paso del método es la codificación abierta, proceso analítico por medio del cual se identifican los conceptos y se descubren sus propiedades y dimensiones. La codificación abierta implica abrir el texto, descomponer los datos en partes discretas, examinarlos minuciosamente y compararlos buscando similitudes y diferencias. Los acontecimientos que se consideran conceptualmente similares o relacionados en su significado se agrupan bajo conceptos más abstractos denominados categorías. Este proceso de conceptualización consiste en poner una etiqueta o encabezamiento clasificatorio común a un fenómeno identificado como significativo en los datos (Strauss y Corbin, 2002). Una vez que los conceptos se acumulan, el investigador comienza un proceso de agruparlos o categorizarlos en categorías más abstractas. Como señala Vasilachis de Gialdino (2006), un concepto es una abstracción teórica relevante que emerge del análisis de los hechos, pero no es igual a esos hechos. Luego, se construyen categorías y subcategorías (categorías que responden a las preguntas sobre los fenómenos tales como cuándo, dónde, por qué, quién, cómo y con qué consecuencias) en términos de sus propiedades, es decir, las características generales o específicas, y dimensiones, las que representan la localización o variación de una propiedad durante un continuo.

El procedimiento continúa con la codificación axial, donde se establecen relaciones de las categorías con sus subcategorías en el cual se entrelazan las categorías en cuanto a sus propiedades y dimensiones. En este método, cada paso implica una constante revisión y comparación de datos, códigos y categorías, lo que permite incorporar refinamiento y complejidad a la teoría emergente (Heath y Cowley, 2004). Finalmente, en la codificación selectiva se refinan e integran las categorías y se las organiza alrededor de un concepto explicativo central, momento en el cual el investigador refina la teoría y la valida comparándola con los datos brutos y presentándosela a los entrevistados (Strauss y Corbin, 2002). De esta manera, el método de comparación constante organiza e integra la recolección de datos mediante la construcción sistemática de comparaciones a lo largo de la

investigación de datos con datos, datos con código, código con código, código con categoría y categoría con categoría (Charmaz, 2008).

Cabe resaltar, como lo advierten Strauss y Coribin (2002) y Mendizábal (2006), que un elemento esencial dentro de este método (y todos los demás) de análisis de datos empíricos es la creatividad, mediante la cual se desafía al conocimiento existente, se cuestiona a los datos empíricos con preguntas originales, se consideran situaciones contrarias y antagónicas a las analizadas y se incorporan ideas no convencionales que permiten la producción de la ruptura epistemológica (Bachelard, 1934).

El método comparativo constante (Glaser y Strauss, 1967) le permitió a Barber (2012) desarrollar teoría derivada inductivamente de los datos empíricos y generar categorías de análisis.

Barber partió del microanálisis, etapa en la que identificó 662 categorías de ejemplos de distintos aspectos de la manera en que los estudiantes integran conocimiento. En las sucesivas etapas de codificación abierta, axial y selectiva redujo sus categorías a tres centrales: 1) conexión, 2) aplicación y 3) síntesis. A ellas llegó, como se señaló anteriormente, mediante una serie sistemática de procedimientos, lo que le ha permitido desarrollar teoría derivada inductivamente de la información empírica, por medio de un análisis en espiral, combinando la obtención de información con el análisis de ésta (Strauss y Corbin, 2002). Cabe resaltar que estas categorías constituyen un elemento esencial de la teoría que desarrolla, pero no son datos empíricos sino conceptos indicados por los datos (Glaser y Strauss, 1967). Asimismo, es de destacar que Barber (2012) no explicita haber tenido en cuenta las propiedades y dimensiones de las categorías adoptadas (Strauss y Corbin, 2002).

VII. 10. Resultados

Hernández Sampieri et al. (2014) recomiendan que el reporte de los resultados contenga la narrativa o historia general, el soporte de las categorías con ejemplos y los elementos gráficos. Barber (2012) incluye los tres componentes en su discusión de los resultados.

Como parte de su narrativa general, Barber (2012, p. 613) reporta que la “integración del aprendizaje es la capacidad demostrada para conectar, aplicar y/o sintetizar información de manera coherente desde contextos y perspectivas dispares, y hacer uso de estos nuevos conocimientos en múltiples contextos”.

Retoma, además, las categorías centrales identificadas mediante la aplicación del método de comparación constante.

VII. 10. a) Conexión

La categoría del establecimiento de una conexión implica la identificación de un hilo similar o común entre ideas, habilidades o información. Barber (2012) sustenta esta categorización mediante varios ejemplos de estudiantes que reportan darse cuenta de que dos o más ideas tienen un elemento en común. Una de las estudiantes relata encontrar coincidencias entre diversos cursos que tomó en la universidad. Otra estudiante da cuenta de similitudes entre su experiencia como estudiante extranjera y un curso en su propia universidad. La característica principal de todas las experiencias de los estudiantes es el establecimiento de un vínculo que asocia dos o más ideas en la mente de los estudiantes.

Los gráficos proveen más ejemplos del lenguaje utilizado por los entrevistados para referirse a esta categoría, tales como, comparar, comparar y contrastar, conectar, relacionar, usar analogías, etc.

VII. 10. b) Aplicación

Esta categoría se refiere a la aplicación de conocimiento, ideas o habilidades aprendidos en un determinado contexto, como el aula universitaria o la familia, a diferentes contextos. Barber (2012) ejemplifica esta categoría mediante el testimonio de distintos estudiantes. Uno de ellos relata su experiencia en aplicar las habilidades de construcción adquiridas durante su adolescencia cuando ayudaba a su padre en proyectos de construcción en el diseño de un vehículo para la universidad en su primer año de estudios. Otro estudiante aplica ciertas ideas desarrolladas en un curso de escritura en la universidad en la realización de esculturas en su tiempo libre. La característica común de estos relatos es la movilidad del conocimiento. Como lo demuestran los gráficos incluidos en el artículo bajo estudio, el lenguaje más utilizado por los estudiantes para hablar de esta categoría incluye los términos “aplicar, usar y transferir” (Barber, 2012, p. 601).

VII. 10. c) Síntesis

La síntesis es el proceso fundacional para construir nuevos conocimientos o habilidades. Esta categoría es la menos concreta e incluye instancias cuando dos o más ideas se unen para formar una nueva idea o concepto (Barber, 2012). Tom, un estudiante blanco de segundo año, relata que: “Cuando tengo que hablar simplemente sobre lo que pienso sobre algo, y luego, mientras hablo, el pensamiento se despliega sobre sí mismo y me lleva a alguna parte y no me lleva a ninguna parte a menos que alguien más lo recoja y lo lleve a alguna parte” (Barber, 2012, p. 606).

Otro estudiante, Colin, cuenta que cuando se enfrenta a diferentes opiniones las mastica y luego las manda a un proceso digestivo mental mediante el cual compara nueva información con ideas previas y decide qué adicionar, qué sustraer y cómo reconciliar estas ideas opuestas (Barber, 2012). La característica central del relato de los estudiantes es la fusión de dos o más ideas o perspectivas para formar una nueva visión, que es mayor a la suma de las partes. El lenguaje reflejado en la representación gráfica del relato de los estudiantes hace referencia a términos tales como incorporar, adaptar, colaborar, interpretar, etc. (Barber, 2012).

VIII. Aplicabilidad a la investigación en derecho

La teoría fundamentada permite integrar datos empíricos sobre las experiencias humanas a la investigación jurídica. Esta teoría resulta de suma utilidad para llevar a cabo investigaciones que tengan como propósito comprender experiencias y relaciones humanas. Se ha utilizado para investigaciones donde es necesario recolectar datos sobre el funcionamiento de normas jurídicas, los motivos de incumplimiento de una ley, costumbres y prácticas sociales reguladas por distintas normas, así como para desarrollar argumentos para reformas legales. Asimismo, resulta de especial utilidad para investigar el grado de aceptación social de una reforma legal o las experiencias e implicancias de una ley en determinados sectores de una comunidad. De esta manera, resulta de utilidad para interrogar al sistema legal y para indagar sobre las causas de fenómenos jurídicos (Bentzon, 1998).

Por otro lado, las investigaciones jurídicas basadas en la teoría fundamentada cumplen también con los requisitos de investigación empírica exigidos por organismos de financiamiento de investigaciones, órganos de evaluación de investigaciones docentes y reglamentos de tesis para investigaciones de posgrado en derecho.

IX. Conclusiones

El descontento acerca de la investigación puramente dogmática y teórica que tradicionalmente ha prevalecido en las investigaciones jurídicas ha recibido importantes críticas por parte del movimiento *Law and Social Sciences* por no adoptar las estrategias metodológicas que predominan en la investigación en otras ciencias y que derivan en última instancia del método científico prevaleciente en las ciencias naturales. Este movimiento ha impulsado la exigencia de realizar investigaciones empíricas en derecho.

La teoría fundamentada, creada por Glaser y Strauss, cuyo propósito es generar teorías a partir de datos obtenidos empíricamente que expliquen cómo funciona algún aspecto del mundo social, puede ser aplicada a distintas investigaciones en el campo del derecho.

X. Referencias bibliográficas

- Andreu Abela J., García-Nieto, A. y Pérez Corbacho, A. M. (2007). Componentes clave de la Grounded Theory. *Evolución de la Teoría Fundamentada como técnica de análisis cualitativo*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Bachelard, G. (1934). *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*. París: Librairie Philosophique J. VRIN.
- Barber, J. (2012). Integration of Learning: A Grounded Theory Analysis of College Students' Learning. *American Educational Research Journal*, 49(3), pp. 590-617.
- Baxter Magolda, M. B. y King, P. M. (2007). Constructing conversations to assess meaning-making: Self-authorship interviews. *Journal of College Student Development*, 48, pp. 491-508.
- Bentzon, A. W., Hellum, A., Stewart J., Ncube, W. y Agersnap, T. (1998). *Pursuing Grounded Theory in Law: South-North Experiences in Developing Women's Law*. Oslo: Tano Aschehoug.

- Berger, P. L. y Luckmann, T. (1971). *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*. Harmondsworth: Penguin.
- Blumer, H. (1969). *Symbolic Interactionism: Perspective and method*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- Bruner, J. S. (1960). *The Process of Education*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Burns, M., Bally, J., Burles, M., Holtslander, L. y Peacock, S. (2022). Constructivist Grounded Theory or Interpretive Phenomenology? Methodological Choices Within Specific Study Contexts. *International Journal of Qualitative Methods*, 21.
- Charmaz, K. (2006). Grounded Theory as an Emergent Method. En Hesse-Biber, S. N. y Leavy, P. (Eds.). *Handbook of emergent methods* (pp. 155-170). Nueva York: The Guilford Press.
- Creswell, J. (2013). *Qualitative inquiry and research design: Choosing among five approaches*. 2° edición. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, Inc.
- Creswell, J. W. (2003) *Research Design: Qualitative, Quantitative and Mixed Methods Approach*. 2° edición. Londres: Sage Publications.
- Creswell, J. W. (2009). The Selection of Research Design. En J. W. Creswell. *Research Design. Qualitative, Quantitative and Mix Methods Approaches*, pp. 3-19. City Road: SAGE Publications.
- Denzin, N. K. y Lincoln, Y. S. (2000). *Handbook of Qualitative Research*. 2° edición. Londres: Sage.
- Denzin, N. y Lincoln, Y. (2011). The discipline and practice of qualitative research. En Denzin, N. y Lincoln, Y. (eds.). *The Sage handbook of qualitative research*. 4° edición, pp. 1-19. Thousand Oaks, CA: Sage.
- Dewey, J. (1916). *Democracy and education: An introduction to the philosophy of education*. Nueva York: Macmillan.

- Flick, U. (2015). *Introducing Research Methodology: A Beginner's Guide to Doing a Research Project*. 2ª edición. Thousand Oaks, CA: SAGE.
- Gibault, M. (2003). The Law and Movement: The GI Movement during the Vietnam War and Its Use of Legal Resources. *Le Mouvement Social*, 203, pp. 33-53.
- Glaser, B. (1978). *Theoretical Sensitivity: Advances in the Methodology of Grounded Theory*. Mill Valley: Sociology Press.
- Glaser, B. (1998). *Doing Grounded Theory: Issues and Discussions*. Mill Valley, CA: Sociology Press.
- Glaser, B. G. y Strauss, A. L. (1967). *The discovery of grounded theory: Strategies for qualitative research*. Nueva York: Routledge.
- Gobo, G., y Molle, A. (2017). *Doing Ethnography*. Vols. 1-0. City Road: SAGE Publications Ltd.
- Goetz, J. P. y LeCompte, M. D. (1984). *Ethnography and Qualitative Design in Educational Research*. Nueva York: Academic Press.
- Guber, R. (2011). *La etnografía. Método, campo y reflexividad*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Hacking, I. (1999). *The Social Construction of What?* Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Heath, H. y Cowley, S. (2004). Developing a grounded theory approach: A comparison of Glaser and Strauss. *International Journal of Nursing Studies*, 41(3), pp. 141-150.
- Hermida, J. (2014). *Facilitating Deep Learning: Pathways to Success for University and College Teachers*. Nueva York: Apple Academic Press.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw Hill.
- Hutchinson, T. y Duncan, N. (2012). Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research. *Deakin Law Review*, 17(1), pp. 83-119.

- Kolb, D. A. (1984). *Experiential learning: Experience as the source of learning and development*. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall.
- Kornblit, A. L. (2007). *Metodologías cualitativas en ciencias sociales*. Buenos Aires: Biblos.
- Laudan, L. (1977). *Progress and Its Problems: Towards a Theory of Scientific Growth*. Berkeley y Los Angeles: University of California Press.
- Lewin, K. (1936). *Principles of topological psychology*. Nueva York: McGraw-Hill.
- Lofland, J. y Lofland, L. H. (1995). *Analyzing Social Settings: A Guide to Qualitative Observation and Analysis*. 3° edición. Belmont, CA: Wadsworth.
- Mansilla, V. (2010). Assessing Student Work at Disciplinary Crossroads. *Change: The Magazine of Higher Learning*, 37, pp. 14-21.
- Marton, F. (1986). Phenomenography: A research approach to investigating different understandings of reality. *Journal of Thought*, 21(3), pp. 28-49.
- Maxwell, J. A. (2005). *Qualitative Research Design: An Interactive Approach*. Thousand Oaks, CA: SAGE Publications.
- Mendizábal, N. (2006). Los componentes del diseño flexible en la investigación cualitativa. En Vasilachis de Gialdino, I. (Coord). *Estrategias de investigación cualitativa*, pp. 65-106. Barcelona: Gedisa.
- Merriam, S. B. (2009). *Qualitative research: A guide to design and implementation*. San Francisco, CA: Jossey-Bass.
- Mertens, D. (2020). *Research and evaluation in education and Psychology: Integrating Diversity with Quantitative, Qualitative, and Mixed methods*. 5° edición. Nueva Delhi: SAGE.

- Norton, L. (1999). The philosophical bases of grounded theory and their implications for research practice. *Nurse Researcher*, 7(1), pp. 31-43.
- Okuda Benavides, M. y Gómez-Restrepo, C. (2005). Métodos en investigación cualitativa: triangulación. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, XXXIV(1), pp.118-124
- Pecheny, M., Manzelli, H. y Jones, D. (2007). The Experience of Stigma: People Living with HIV/AIDS and Hepatitis C in Argentina. *Interamerican Journal of Psychology*, 41(1), pp. 17-30.
- Petracci, M. (2007). La agenda de la opinión pública a través de la discusión grupal. Una técnica de investigación cualitativa: el grupo focal. En Kornblit, A. L. *Metodologías cualitativas en ciencias sociales. Modelos y procedimientos de análisis*. Buenos Aires: Biblos.
- Pursley-Crotteau, S., McGuire Bunting, S. y Burke Draucker, C. (2001). Grounded theory and hermeneutics: Contradictory or complementary methods of nursing research? En Schreiber, R. S. y Stern, P. N. (Eds.). *Using grounded theory in nursing*. pp. 191-209. New York: Springer.
- Quintana, L. y Hermida, J. (2020). La hermenéutica como método de interpretación de textos en la investigación psicoanalítica. *Perspectivas en Psicología. Revista de Psicología y Ciencias Afines*, 16(2), pp. 73-80.
- Rew, L., Bechtel, D. y Sapp, A. (1993). Self-as-instrument in qualitative research. *Nursing research*, 42(5), pp. 300-301.
- Ritzer, G. (1983). *Contemporary social theory*. 2º edición. Nueva York: Alfred A. Knopf
- Sirvent, M. (2003). *El proceso de investigación, las dimensiones de la metodología y la construcción del dato científico*. Cuadernos de la Oficina de Publicaciones de la Facultad de Filosofía y Letras (Opfyl).
- Sirvent, M. (2003). *El proceso de investigación, las dimensiones de la metodología y la construcción del dato científico*. Buenos Aires: Cuadernos de la Oficina de Publicaciones de la Facultad de Filosofía y Letras (Opfyl).

- Sirvent, M. T. (2006). *El Proceso de Investigación. Investigación y Estadística I*. Buenos Aires: Cuadernos de la Oficina de Publicaciones de la Facultad de Filosofía y Letras (Opfyl).
- Sirvent, M. T. (2018). Desafíos epistemológicos, metodológicos y pedagógicos en relación con la naturaleza de la investigación en ciencias sociales La génesis de una investigación y su complejidad. En Reyes Suárez, A., Piovani, J. I. y Potaschner, E. (coord.). *La investigación social y su práctica. Aportes Latinoamericanos a los debates metodológicos de las ciencias sociales*. Buenos Aires: Teseo.
- Sirvent, M. T. y Rigal, L. (2023). *La investigación social en educación. Diferentes caminos epistemológicos, lógicos y metodológicos de producción de conocimiento*. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- Sirvent, M. T., Llosa, S. M. y Stein, A. (2018). La triangulación metodológica en investigación biográfica: aportes y desafíos en el estudio de la construcción de demandas educativas a lo largo de la vida. *Pesquisa (auto) biográfica: diálogos epistémico-metodológicos*. pp. 107-25. San Pablo: CRV Editora.
- Stake, R. (1998). Case studies. En Denzin, N. y Lincoln, Y. (Eds.). *Strategies of qualitative inquiry*, pp. 86-109. Thousand Oaks, CA: Sage.
- Strauss, A. y Corbin, J. (2002). *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y Procedimientos para Desarrollar la Teoría Fundamentada*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Strauss, A. L. (1996). *Qualitative Analysis for Social Scientists*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Thorndike, E. L. (1924). Mental discipline in high school studies. *Journal of Educational Psychology*, 15(1), pp. 1-22.
- Vasilachis de Gialdino, I. (2006). La investigación cualitativa. En Vasilachis de Gialdino, I. (coord.). *Estrategias de investigación cualitativa*, pp. 23-64. Barcelona: Gedisa.

Young, R. A. y Collin, A. (2004). Introduction: Constructivism and social constructionism in the career field. *Journal of Vocational Behavior*, 64(3), pp. 373-388.

Copyright Law and AI. Sufficient for an Artificially Intelligent Future? History, Justification, Analysis

Derecho de autor e inteligencia artificial. ¿Suficiente para el futuro de la inteligencia artificial? Historia, justificación y análisis

Recibido: 20/9/2024 – **Aceptado:** 16/11/2024

Adam Nieuwenhuysen
Algoma University (Canadá)

Abstract

The article explores the evolution of copyright law in order to determine whether work created by artificial intelligence can be copyrightable. It examines US and European intellectual property and its historical evolution. It is concluded that any work created by AI should be in the public domain. In consonance with European Union interpretation of copyright law, there should also be a legal requirement that the work be branded as work created in partnership with an AI.

Keywords: copyright; artificial intelligence; human element; derivative works

Resumen

El artículo explora la evolución del derecho de autor para determinar si el trabajo creado por inteligencia artificial puede estar protegido legalmente. Para ello, se examina la el derecho de propiedad intelectual estadounidense y de la Unión Europea y su evolución histórica. Se concluye que cualquier obra creada por IA debería ser de dominio público. En consonancia con la interpretación del derecho de autor de la Unión Europea, también debería existir un requisito legal de que la obra creada por

inteligencia artificial sea catalogada como obra creada en asociación con una IA.

Palabras clave: derecho de autor; inteligencia artificial; creación humana; obras derivadas

I. Introduction

Since ancient times, mankind has struggled with the issues of private property —of proving ownership of not just physical property but intellectual property. Who owns what and how can that be verified? It is one thing to lay claim to a piece of property. You could produce a deed or show that your family has had continuous use and occupation of the land for four generations. But how can you lay claim to an idea, of all things, when an idea has no tangible component? These are questions that we have struggled to answer for millennia. Our solution, at least with respect to physical property, came with the codification of law, during the time of the Romans, around 450 BCE, when, for the first time in ancient civilization, laws were transcribed for all to see. A group of ten men, both patricians and plebeians, produced what came to be called “the Twelve Tables” (Patterson, 1983, p. 89). Up until that point law mostly had been determined by unwritten tradition and moral code.

Our understanding of legal systems has come a long way since 450 BCE, with the first Industrial Revolutions of the eighteenth and nineteenth centuries, and the modern technological advancements of the twentieth and twenty-first centuries. It was at the dawn of science-fiction that we first read about predictions of a hostile takeover by machines. The forecast for the future in H.G. Wells’ *The War of the Worlds* (1898) involved hostile alien invaders whose advanced technology, including giant fighting machines, threatens humanity's existence. The term “robot” was introduced in 1920 by Karel Čapek in *R.U.R.* (Rossum's Universal Robots), a play that explored the idea of artificial beings rebelling against their creators. Science fiction became more optimistic during the 1940s, the Golden Age of Science Fiction. Authors envisioned futuristic societies shaped by scientific and technological advancements, and we saw rocket ships, flying cars, futuristic megacities, and robots that had eliminated menial tasks and chores around the house, in short, a happy-go-lucky *Jetsons* retro-future. The optimism didn’t last, however, and before too long books, films, and other media were depicting scenarios where artificial intelligence or robots gain sentience and pose a threat to humanity. One such work, Philip K. Dick’s 1968 *Do Androids Dream of Electric Sheep?* (the basis for Ridley Scott’s *Blade Runner* [1982]), features replicants — bioengineered beings virtually indistinguishable from humans— that had rebelled against their creators and thus became outlawed on Earth.

Today, we've set our sights on AI, the end goal something straight out of *Terminator's* Skynet. But if there's one lesson science fiction has taught us, it's that you never want to give robots a conscience: the implication being that sentient, sapient machines will be the end of humanity. The term AI is an acronym, which stands for "artificial intelligence" and was coined in the summer of 1956 at the Artificial Intelligence Conference, held at Dartmouth College in New Hampshire. This conference is considered the birthplace of artificial intelligence as a field of study. During the conference, John McCarthy (who co-hosted the conference with Marvin Minsky) proposed the term "artificial intelligence" to describe the endeavor of creating machines capable of performing tasks that typically require human intelligence (Anyoha, 2017). The term quickly gained traction and became widely used to refer to the field dedicated to developing intelligent machines and systems. Since then, AI has grown into a diverse and rapidly advancing field with applications ranging from robotics and natural language processing to machine learning and computer vision. AI is still in its very early stages, but it's already made leaps and bounds beyond what was thought possible only several years ago and is not something that the law ever accounted for when it was written —how could it, things such as AI only existed in sci-fi flicks and novels. This paper will argue that current copyright law is ill-equipped to deal with an increasingly digitized future and that not only do the laws of copyright need to be revised, but the very idea of ownership itself needs rethinking.

II. Historical Background of Copyright Law

While the Twelve Tables of the ancient Romans covered many areas of law, for example, wills, succession, property, contracts, torts, and criminal, to list a few, many legal scholars would argue that the real beginning of copyright law as we know it, came in 1710 with the Statute of Anne. Also known as the Copyright Act 1710, the Statute of Anne was a landmark piece of legislation in the history of copyright law. It was enacted by the Parliament of Great Britain during the reign of Queen Anne in 1710 "for the Encouragement of Learning" (Stephens, 2023b, p. 27). The statute is widely regarded as the first copyright law in the modern sense and served as a model for subsequent copyright legislation in other countries. The Statute of Anne addressed the growing concerns of authors and publishers regarding the unauthorized reproduction and distribution of their works. It aimed to balance the interests of authors, publishers, and the public by establishing a legal

framework for copyright protection, while also promoting the dissemination of knowledge and culture. Key provisions of the Act include copyright protection, initially lasting fourteen years, which could be subsequently renewed for another fourteen years if the author was still alive when it expired, as well as the idea of a public domain, which is still a relevant concern today (Stephens, 2023b, p. 28). For example, Steamboat Willie, an earlier version of Disney's mascot Mickey Mouse, entered the public domain at the beginning of 2024. What that means is that anyone today can use Steamboat Willie in their works without permission from Disney; however, any other iteration of Mickey is still protected by copyright.

Copyright originally protected only literary works, but in the years since the Statute of Anne, copyright has come to protect other types of works, “beginning with photography and going on to include player piano music rolls, recorded music in various formats, broadcasts, films, television programs, and computer programs” (Stephens, 2023b, p. 32). However, throughout the eighteenth century and well into the nineteenth century, copyright laws applied only to the “nationals of the country concerned or to works first published in that country”. This meant, for example, that if you were a British author who published in Britain, your work was protected only in Britain (and the British Empire) and could be “freely reprinted” in the United States and elsewhere” (Stephens, 2023a).

Things started to change, however, in 1886 when the first international copyright treaty, the Berne Convention, was signed by eight states. There are now 181 members of this Convention (Stephens, 2023b, p. 48), which requires member countries to treat authors from other member countries the same way they treat their own nationals concerning copyright protection. This means that foreign authors receive the same level of copyright protection as domestic authors in each member country. As well, the Berne Convention sets a minimum duration for copyright protection, which is the life of the author plus fifty years after their death. However, many countries, including Canada, the US, and those in the European Union, have extended this duration to life plus seventy years or more. Today, Canada is a signatory, not only to Berne, but to many other specialized international copyright treaties and bilateral agreements (Stephens, 2023a). Clearly, as Stephens' re-phrasing of John Donne's “no man is an island” suggests, where copyright is concerned, “no nation is an island” (Stephens, 2023a), and this is particularly the case when it comes to AI and related technological advances.

III. Genie out of the Bottle

We've had fairly primitive and dumb AI for years, and chatbots have been a thing since ELIZA, which was nothing more than a mainframe connected to a typewriter, was created in the mid-1960s by Joseph Weizenbaum, a computer scientist at the Massachusetts Institute of Technology (MIT). ELIZA, named after Eliza Doolittle in George Bernard Shaw's *Pygmalion*, was designed to simulate a conversation with a psychotherapist by using pattern matching and scripted responses. It could engage users in text-based exchanges, asking questions and providing responses based on keywords and phrases in the user's input. ELIZA's simple yet effective design laid the groundwork for future chatbots and natural language processing systems (Tarnoff, 2023). For its time this was astounding, a novel idea, but it had a long way to go before it could be considered AI.

Fast-forward to 2010, to the present, and advances in chatbots have been remarkable. For example, Apple's Siri, or, much more recently, Amazon's Alexa, and Google Home are all chatbots that have no doubt contributed greatly to the development of these new modern AIs in their responsiveness and versatility. Demonstrating some of the potential pitfalls of AI, Microsoft's Tay AI—a chatbot set up to learn from users on Twitter (rebranded as X since Elon Musk acquired the site in April of 2022)—was unveiled to the public in 2016. This was an incredibly foolish idea on Microsoft's part, as it turned out, and to anyone with a working brain who knows what the Twitter/X landscape is like the outcome was most certainly foreseeable. Within less than 24 hours, Tay was taken off the air as malicious Twitter users had taught the unfiltered chatbot all manner of racist, sexist, bigoted language, and turned Tay into a Holocaust-denying monster. This, I think, is when the word AI began being tossed around to describe these chatbots capable of some degree of learning colloquially.

After the world had forgotten about Tay, with AI once again fading into obscurity, OpenAI quietly took to the stage in late 2022 with a new and improved chatbot, the chatbot which we've all come to know as ChatGPT. Confident in their AI's success, or perhaps just in need of willing testers to iron out the kinks, OpenAI released ChatGPT to the public and quickly reined in the chatbot to prevent another Tay incident. OpenAI saw much success in ChatGPT, a breakthrough in the AI market, with the big tech businesses of the world watching closely as ChatGPT paved a new frontier for AI as we know it.

With the meteoric rise of AI in the West and abroad, with the largest AI startup OpenAI releasing its revolutionary chatbot and

large language model ChatGPT to the public, the world quickly began to take notice of the pros and cons of AI. Its ability to carry a conversation and remember what was said is remarkable and certainly the first of its kind in this field, and the sheer wealth of information it possesses is staggering, but that's because it draws this information from the World Wide Web. ChatGPT doesn't think for itself; you give it a prompt and it pulls relevant data from the Web to answer your question. Then, when you use that data to, say, write an academic essay, that's no different than plagiarizing the information from the Web yourself or paying someone to write it for you. Not only that, but ChatGPT is far from infallible and has been caught multiple times making up complete nonsense (or "hallucinating", as the techies refer to this), as one Canadian lawyer, Chong Ke, learned earlier this year, when she used the tool to cite cases relevant to her client's case, only to discover later that the cases shared with her by ChatGPT were fictitious. Ke claims she had no idea that ChatGPT could simply fabricate information, which seems to be a commonality amongst many users of the software who don't fact-check the information provided and take it *prima facie* (Proctor, 2024). Chris Moran, head of editorial innovation at *The Guardian*, discovered something similar, after one of the newspaper's journalists was asked by a researcher about an article that the journalist had, according to ChatGPT, written. The article "sounded like something they would have written. It was a subject they were identified with and had a record of covering", explains Moran. But the article did not exist, because the reporter had never written it. ChatGPT was making up *Guardian* articles (Moran, 2023), just as it had fabricated legal cases.

IV. AI Goes Viral

With the success of AI in the form of ChatGPT, it was only a matter of time before other businesses in the tech sector wanted a piece of the pie. AI was the hot new commodity, a turning point in the tech industry, a paradigm shift that made it very clear this was the next big thing —adapt or die. It wasn't long before companies like Microsoft, having learned from their failed Tay experiment, as well as Google, got involved in the AI arms race with their Copilot and Bard (now Gemini) AIs, respectively. OpenAI was leagues ahead and the rest of the tech companies, now seeing the potential of AI, were playing catchup. OpenAI continued to stay ahead of the curve by offering services beyond the ChatGPT chatbot model emulated by other companies, including a text-to-image

generation tool dubbed DALL-E, which is a tool that allows users to generate images via a text prompt. ChatGPT and DALL-E have been called “game changers”. DALL-E is “a deep-learning artificial intelligence system capable of generating original and detailed creative images of any kind from mere textual inputs”. It can “generate original picasso-esk and michaelangelo-esk images in seconds” (Bahuch, 2023). The results are a mixed bag, and DALL-E has safeguards in place to prevent it generating anything too risqué or from infringing on popular IPs, for example, Disney characters. Image generators that followed in its footsteps, however, did not.

V. AI Versus Artists

Stability AI and Midjourney, Inc. came up with their own version of text-to-image generators which they offered to the public. The use of Midjourney by Jason M. Allen to generate an image and submit it to the Colorado State Fair’s annual art competition brought many eyes onto the legal issues propagated by AI when the piece in question, “Théâtre D’opéra Spatial”, submitted under “Jason M. Allen via Midjourney”, was awarded first place for emerging digital artists by the judges in the contest. Up until this point, most artists wouldn’t consider AI to be capable of making real art, as any work produced by AI would lack the soul and vision of a genuine piece of art made by a human. The fact that a machine was able, with minimal effort, to beat out for first prize humans who had dedicated months, even years, of their lives to becoming talented artists was most definitely disheartening. The artists argue that Allen cheated by submitting AI artwork, as he had no hand in creating the artwork outside of creating the prompt. Allen argues that he did nothing wrong, as he didn’t omit anything or lie about the fact that he used Midjourney in creating his submission. A spokesperson for the State Fair agreed, but added that the judges, while they knew that Allen had used Midjourney, “did not know that Midjourney was an AI program” (Roose, 2022).

Adding fuel to the fire, Stability AI’s Stable Diffusion, unveiled in August of 2021, was an incredibly divisive tool amongst artists and non-artists/would-be-artists. The major complaint comes from the fact that Stable Diffusion and Midjourney have been trained on the LAION (Large-scale Artificial Intelligence Open Network), which is a web-crawl dataset comprised of over 5.8 billion image and text pairs for AI research purposes, funded in-part by Stability AI. The images contained within LAION include

not only allegedly copyright-infringing material but also private medical records; the faces of just about anyone who has ever put their face online, for example, on a social media platform like Facebook or Twitter/X; non-consensual pornography; and, according to Stanford researchers, child sexual abuse: “The discovery was made by the Stanford Internet Observatory, or SIO, which detailed its findings in a Tuesday report. SIO researchers have identified more than 1,000 exploitative images of children in LAION-5B” (Deutscher, 2023). By using this data, Stable Diffusion’s algorithm can generate images based off copyrighted, confidential, and even illegal material, depending on the user’s request. After the Stanford findings were released, the people behind LAION went on record to say that illegal imagery won’t be tolerated, and, according to a statement on LAION’s website, they have revised their datasets to delete instances of child sexual abuse material (CSAM): “LAION has a zero tolerance policy for illegal content and in an abundance of caution, we are temporarily taking down the LAION datasets to ensure they are safe before republishing them” (LAION, 2023).

Stability AI’s Stable Diffusion is also open source, meaning anyone can have their own version of Stable Diffusion without safeguards running on their machine and tweak just about every aspect of the software. By feeding it new images, for example, of the Disney characters, Stable Diffusion can learn to generate images based on Disney’s or any given artist’s style, and there are tutorials all over the Web about how to use the software to copy the style of other artists, which is another big reason why artists are up in arms against AI (at the time of writing this, the first results for the query “stable diffusion copy artist style” return a Reddit thread with a user asking how to use the software to copy an art style, and just underneath that multiple videos teaching AI users how to “copy”, “clone”, and “train” the AI in any style).

AI art supporters will argue that what the AI does is no different than what a human does when they see a piece of art and interpret it for use in their own artwork, but artists argue that AI does not function the way a human brain does, that even the most complex state-of-the-art AI in its current state is a flaccid imitation of human brain function. AI art could not exist if artists did not post their art online, and so many artists, as a result of the possibility of an AI being fed their artwork, have privatised or paywalled their artwork to deter such practices. In regard to whether diffusion models, like Stable Diffusion, create unique works of art or replicate their training data, a study by the University of Maryland concludes that

diffusion models are capable of reproducing high-fidelity content from their training data [...] While typical images from large-scale models do not appear to contain copied content that was detectable using our feature extractors, copies do appear to occur often enough that their presence cannot be safely ignored (Somepalli, 2023, p. 10).

While this is only one study, and the researchers were working with the smaller LAION 12M database rather than the 5B, this proves that AI cannibalizes its training data instead of making something new as a human could.

VI. Copyright Law and AI: The Current Situation in Canada and the U.S.

It is a hot topic of debate in the legal field right now, and an ever-evolving discussion, of who exactly owns AI generated work—is it the end user, the AI, or the person who created the AI? Should AI generated content even be copyrightable, or should it fall under the public domain? We already have seen some attempts in Canada and the U.S. by AI users to copyright AI's outputs.

VI. 1. The Canadian Context

Like most other jurisdictions, Canadian copyright law generally attributes authorship to human creators, although it doesn't explicitly forbid non-human entities to be authors. The wording in Section 5a of the Copyright Act reads as follows: "in the case of any work, whether published or unpublished, including a cinematographic work, the author was, at the date of the making of the work, a citizen or subject of, or a person ordinarily resident in, a treaty country". The phrase "citizen or subject of, or a person" would appear to refer to a human author, so, given that AI is not human, AI is seemingly excluded from authorship. As well, that the Copyright Act ties the copyright term to the life and death of an author suggests that authorship must be attributed to a human person.

A 2004 Supreme Court decision, *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, held that an original work must "be the product of an author's exercise in skill and judgment" and not simply "a purely mechanical exercise" (Pimienta, 2022). The Canadian Government's "Consultation Paper: Consultation on Copyright in the Age of Generative Artificial Intelligence" suggests that this means that as long as a human has contributed

“sufficient skill and judgment in a work produced with the assistance of AI technologies”, this human can be “considered the author of the work”, but warns that “it is far less probable that this criterion would be met for works produced by generative AI systems, such as ChatGPT and DALL-E, based solely on short instructions by human users” (Innovation, Science and Economic Development Canada, 2023).

VI. 2. The U.S. Context

Copyright law in the U.S. more explicitly requires a human author for a work to be eligible for copyright protection, especially after *Naruto v. Slater* (2016), where David Slater, a British photographer, took a trip to Indonesia to photograph crested black macaques. Slater bonded with the macaques and gave one of them (dubbed “Naruto”) the opportunity to press the button on his camera to take the photo. Naruto went on to take a series of photos, some of which Slater published. The People for the Ethical Treatment of Animals (PETA) organization sued Slater on behalf of Naruto, “alleging that, by publishing the photograph that the monkey had taken, Slater had violated the monkey’s copyright” (Canadian Bar Association, 2018, p. 8). The case was dismissed, with presiding Judge William Orrick of the United States District Court reasoning that the “Copyright Act does not ‘plainly’ extend the concept of authorship or statutory standing to animals”. The Canadian Copyright Act shares Orrick’s sentiment, in that it offers no language that would allow non-human entities, AI or otherwise, to be authors.

The previously mentioned case of the Midjourney author/artist, Jason M. Allen, offers another example of the U.S. situation. After winning first prize in the contest, Allen sought to copyright “Théâtre D’opéra Spatial” in September of 2023, a year after the contest. Unfortunately for Allen, the U.S. Copyright Office held firm in their stance that any work not created by a human would not be entitled to copyright, going so far as to rescind copyright previously granted to an AI-generated comic “for images that artist Kris Kashtanova created using Midjourney for a graphic novel called ‘Zarya of the Dawn’, dismissing the argument that the images showed Kashtanova’s own creative expression” (Brittain [b], 2023). The Copyright Office asked Allen for more information about the parts of “Théâtre D’opéra Spatial” the AI (Midjourney) was involved in, but, despite Allen telling the office that he “input numerous revisions and text prompts at least 624 times to arrive at the initial version of the image,” Allen “declined” the Office’s

request for him to disclaim the parts of the image for which Midjourney was responsible, and his claim was denied. The Copyright Review Board affirmed the decision that the image was not copyrightable because it contained more than minimal AI involvement. Allen says he expected the outcome, but is determined that “[he] will win in the end” (Brittain [b], 2023). However, it can be safely assumed that works created by AI will not be eligible for copyright protection in the U.S. anytime soon.

VII. The Key Issues

From what we’ve learned so far, and based on what others have said, we can extrapolate the key issues in the AI copyright debate as follows:

VII. 1. Ownership and Authorship

One significant issue is in determining the ownership/authorship of works created by AI. Traditionally, copyright law attributes the ownership to human creators, but with AI-generated work, it’s less clear-cut. Should the AI itself be considered the author, or should it be the programmer, the person/org that owns the AI, or a combination thereof? In terms of Canadian law, the precedent set by *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* (2004) seems the most likely candidate for the AI Oakes test, where plaintiffs will have to convince the court and the Canadian Intellectual Property Office (CIPO) that the interrelationship of human and AI demonstrates the legal standard of “an author’s exercise in skill and judgment”. In U.S. law, there’s been a much more hardline stance against AI works, as demonstrated by the case of the Midjourney artist, where, seemingly, any work containing more than minimal AI-generated material will not be awarded copyright in the United States. Also considering the case of *Naruto v. Slater* (2016), I very much doubt that AI will be given copyright, so that leaves only the option of the copyright going to the user, the creator of the AI, or the work being public domain.

VII. 2. Originality and Creativity

As was shown in the University of Maryland machine learning study, text-to-image generators and, indeed, LLMs (large-language

models) like ChatGPT do not *create* new information, but rather *recompile* it, and it is not uncommon for the AI to amalgamate multiple images from its training data in ways that bear a close resemblance to said original training data. In ChatGPT's case, information in the output is pulled from the Web, while a text-to-image generator like Stable Diffusion relies heavily on relevant training data. Creativity requires an imagination, which is something machines are not yet capable of replicating. When an artist paints or draws, say, a dog, they draw on all the concepts in their head that make up or are associated with a dog—all the shapes, sizes, forms and functions, and whatever individual connotations a dog might have for them, based on life experience and interactions with dogs. A human author of a literary work does the same thing as the artist, albeit with words. An AI does not do any of this; it cannot do any of this because it can only use what is available in its training data; it does not experience or interpret or abstract or imagine the way a human mind does.

VII. 3. Fair Use/Dealing and Derivative Works

Fair use (US) and fair dealing (Canada) are exceptions to copyright protections, granting limited use of copyrighted material. The Canadian Copyright Act, § 29, states, “Fair dealing for the purpose of research, private study, education, parody or satire does not infringe copyright”, with the added caveat that both the source and author/maker are mentioned. AI often does not give credit to the source it's pulling from, which leads to the widespread use of AI in academia being rightly labelled as plagiarism. While some works of AI may fall under the parody or satire category of fair dealing, works that are purposefully trying to emulate the style of another artist without doing anything transformative would certainly not. The United States Code, Chapter 1, § 107, states,

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright.

Similarly to the Canadian Copyright Act, the U.S. Code's definition of fair use only protects the ability to use copyrighted work for transformative or educational purposes.

So, when is AI-generated content considered transformative enough to be fair use? These are questions that remain unanswered, for the time being; after all this is a relatively new frontier in the legal field. Since AI draws directly from numerous copyrighted materials in most cases, Stable Diffusion for example, and mashes them together in different ways, it's hard if not impossible to pin down all the references that the AI used in its output, so perhaps some kind of AI works cited would be required to judge whether the work meets the requirement for transformative content or not; either way it would help rein in the blatant plagiarism. From there, it might become a numbers game, similar to the researches from the University of Maryland, relying on a program to determine and cross-reference how much of an AI generated work closely resembles existing works, which, as the researchers discovered, varies depending on the prompt (Somepalli, 2023, p. 9).

VII. 4. Public Domain and Open Access

While the Statute of Anne served as the modern foundation of copyright law, the original intent was not only to protect the author but also to allow their works via the public domain, presumably after their death, to contribute to the cultural spread of knowledge and allow new projects and inspirations to spring forth from the author's works (since, what use do they have for copyright after they're dead?). While 14 years may have been a bit on the short side, I think it's safe to say that copyright protection has gone too far in the opposite direction now, with the protection lasting not just until the author's death but almost an entire lifetime after their death, so if someone wants to take a popular IP like *Lord of the Rings*, even though Tolkien shuffled off this mortal coil in 1973, his work remains protected by copyright until 2043.

Some have argued—and I am inclined to agree—that AI shouldn't get any copyright protection, given that, as we've seen time and time again and will no doubt continue to see, there are many examples of AI flagrantly copying the work of others. Not to mention, AI has the potential to automate vast amounts of content, which is causing artists to fear the death of artistry as their once respected skilled profession could be replaced by a machine that can output results much faster and in bulk. Further, copyright could be a determining factor in the adoption of AI in the workplace when it comes to things like graphic design. It might even discourage new would-be artists from trying their hand at the craft, fostering a nihilistic mentality amongst aspiring artists that

they shouldn't waste their time since not only are they competing with other humans now but machines as well, which makes the skill gap in that line of work that much larger.

VII. 5. Liability and Accountability

If AI-generated content infringes copyright, the question must be asked, who should be liable? If Disney found that Stable Diffusion was capable of replicating its copyrighted characters and that it did so frequently, would it be the organization which would be responsible for damages, the programmer, or some other party? There's already been attempts made by artists and authors alike to sue AI startups Stability AI, Midjourney, and OpenAI. A class-action lawsuit was filed against Midjourney, Stability AI, and DeviantArt—which is not an AI but a digital art gallery for all artists, amateur and professional, that came under fire for its implementation of a Stable Diffusion-inspired text-to-image generator trained on all the images posted to DeviantArt without users' consent.

In the fall of last year, U.S. District Judge William Orrick (the same Orrick from the Naruto case) dismissed some of the claims brought by plaintiffs Sarah Andersen, Kelly McKernan, and Karla Ortiz against the defendants DeviantArt, Midjourney, and Stability AI, and dismissed McKernan and Ortiz's claims entirely (they did not file for copyright with the U.S. Copyright Office), while allowing Andersen to pursue her claims against Stability AI, since both DeviantArt and Midjourney allegedly use Stable Diffusion (Brittain [a], 2023). The arguments brought against Stability AI were sufficient for the court to weigh in favor of Andersen in terms of a direct copyright infringement claim, after being able to find copies of her artwork using a website that searches AI databases for matches to existing work (haveibeen trained.com), but the claims brought against Midjourney and DeviantArt lacked substance, according to Orrick. While all defendants moved to dismiss, the proceedings continued against Stability AI specifically (Brittain [a], 2023). To my knowledge, the case is still ongoing, but the defendants named in this lawsuit are the organizations behind the AI, so that looks to be the direction we're headed in in terms of who's liable.

VII. 6. Licensing and Royalties

The waters get even murkier when we consider AI-generated content not only being copyrighted and publicized but monetized. AI-generated content might be used in various commercial contexts, which raises questions about how licensing should work and how royalties would be distributed. Seeing as it's been unofficially decided that the AI, at least at its current state, is not capable of authorship, it's likely that AI also won't be considered when it comes to divvying up the royalties from commercialized work. If the end user of the AI is to be the author, then it makes sense that the royalties should go to them, but this neglects the programmer and organization that publicized the AI and allowed the work to be made. What about the people whose work the AI has been trained on, in most cases without their consent; should they be given royalties any time their work is used in a generative prompt? The AI art scene has been rather silent on this matter, with both OpenAI and Midjourney relying on the fact that training an AI on an enormous dataset of images is not technically illegal right now, but that could change in the future.

The music scene, however, is another story. While most artists are against AI, some musicians are adopting a different approach. Canadian singer-songwriter Grimes is allowing AI enthusiasts to use her voice "without penalty" in their songs, so long as Grimes "approves the collaboration" and they give the appropriate credit to GrimesAI, the proprietary software used to modify the voiceprint, and, if the song is successful, a 50% cut of the royalties to Grimes. The artist even encourages the radical idea of "open sourcing all art and killing copyright" (Pequeño IV, 2023). Toronto rapper Killy feels much the same way as Grimes and tweeted this: "I'll split 50% royalties on any successful AI generated song that uses my voice. Same deal as I would with any artist i collab with" (Lau, 2023). Their opinions are a hot take in the music industry; however, most music artists are outspoken against letting an AI be trained on their work. Sting, for example, said this in a BBC interview: "The building blocks of music belong to us, to human beings", and, in regard to AI threatening artist's copyright, "That's going to be a battle we all have to fight in the next couple of years: Defending our human capital against AI" (Savage, 2023).

VIII. What I Propose as a Way Forward

The world wasn't ready for AI, and it might well never be ready, but it's too late to turn back now. The idea that copyright can be applied to works created by a machine, with the machine

labelled as the “co-author” when it did more work than the human author, is ludicrous and an affront to the idea of human creativity. Regarding artists, the ability to mass produce images in an ungodly quantity on an inhuman scale hurts the ability of artists to find employment, as even the best artists will never be able to compete with the mass output of which a machine is capable.

I side with the U.S. interpretation of the legal debate here, in that the “human element” required in order to lay copyright claim to a work is not sufficient in the case of an AI generated work, regardless of how long it took to come up with the prompt. An AI cannot read your mind (yet, anyway) and so whatever it churns out will be the AI’s interpretation of the user prompt. This is no different than commissioning an artist to create an artwork for you, and, in such a situation, the artist retains the copyright to the work that you commissioned unless it is specified otherwise in a written contract. Now, I’m not saying AI should own the copyright either, given the legal greyness of AI as it is with it creating and pulling information from all across the Web without consent of the authors. Moreover, with AI not being a human, giving it copyright isn’t much different than giving Naruto the macaque copyright of his own images at this current stage. If Aviv Gaon is correct in his prediction and AI reaches superintelligence and “singularity”, then perhaps this discussion can be reopened (Gaon, 2021). For now, I think that any work created by AI should be in the public domain, and, as well, there should be a legal requirement that the work be branded as work created in partnership with an AI (with which, the EU seems to agree) because, while many people do label their work as being created or partially created by an AI, there are many, many users who try to pass the work of an AI off as their own without any acknowledgement of AI involvement.

IX. Conclusion

At a time not so long ago, AI was confined to the realm of science fiction —the idea that a machine could learn and carry on human-like conversations was a product of vivid human imagination. But technology is always advancing, so just as the Wright brothers gave humanity wings and Apollo 11 put man on the moon, it is only a matter of time before the fiction of machines with human-like intelligence, or, indeed, beyond human powers of reasoning becomes our reality. We need to be prepared for that eventuality and it is, I think, paramount to the survival of the human race that we learn from the science fiction that has slowly

seeped into reality, that we take notes from Isaac Asimov’s “Three Laws of Robotics,” in order to ensure the protection of humanity first and foremost.

As for the law, perhaps it is David Vaver, in his “Preface” to Gaon’s book, who puts it best when he says, “Law tends to look backwards. It deals better with the past than the future, especially when it comes to the new-fangled” (Gaon, 2021). The justice system is ever so cautious about adopting new ideas, preferring to rely in many cases on long-standing precedent when deciding what the law should be, and with there being none for nonhuman copyright, no one wants to make the first move. That being said, the law needs to think seriously right now about machine policy and ethics, and about how “to strike a balance between protecting creativity and skills, on the one hand, and not restricting the use of works that do not deserve such protection, on the other” (Fricke, 2022).

There is much uncertainty about what the future holds for us in the age of artificial intelligence. Rockwell Anyoha predicts that AI will dismantle the language barrier, allowing every human to become a polyglot, and that, as well, the often toyed with idea of driverless cars will become a reality, conservatively, in the next twenty years (Anyoha, 2017). Hopefully by that point we’ve solved, in part or in full, the trolley problem that is currently impeding having driverless cars on the road (though I strongly believe we should never give artificial intelligence of any flavor jurisdiction over human life in any manner). The question of what AI work, if any, deserves copyright, will be a question for the legislators of tomorrow to grapple with, and once AI is given a body—something akin to the body of the replicants of Philip K. Dick’s dystopian Los Angeles setting, perhaps—we may be called to reconsider the personhood and property rights of an AI. Given that you can’t put the genie back in the bottle, right now legislators would be wise to keep a close eye on developments in the tech industry, especially those pertaining to intelligence of the artificial variety, while we, to borrow Anyoha’s phrasing, “allow AI to steadily improve and run amok in society”.

X. Bibliography

Anyoha, R. (2017). The History of Artificial Intelligence. *Science in the News* (blog). August 28, 2017. <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/>.

- Bahuch, T., and Koulack, S. (2024). Getting the Law Up to Speed on AI. *CBA National - Canadian Legal Affairs*. Accessed April 22, 2024. <https://www.nationalmagazine.ca/en-ca/articles/law/opinion/2023/getting-up-to-speed-on-ai>.
- Brittain, B. (a). (2023). Judge Pares Down Artists' AI Copyright Lawsuit Against Midjourney, Stability AI. *Reuters*. Last modified October 30, 2023. <https://www.reuters.com/legal/litigation/judge-pares-down-artists-ai-copyright-lawsuit-against-midjourney-stability-ai-2023-10-30/>.
- Brittain, B. (b). US Copyright Office Denies Protection for Another AI-created Image. *Reuters*. Last modified September 6, 2023. <https://www.reuters.com/legal/litigation/us-copyright-office-denies-protection-another-ai-created-image-2023-09-06/>.
- Canadian Bar Association (2018). State of the Arts: How Should Canadian Copyright Law Treat Works Generated by Artificial Intelligence? *Canadian Bar Association*. https://www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba_na/PDFs/Sections/IP-Copyright-of-AI-created-works-AODA.pdf.
- Claypoole, T. (2019). *The Law of Artificial Intelligence and Smart Machines: Understanding A.I. and the Legal Impact*. Chicago: ABA Book Publishing. *Copyright Act* (R.S.C., 1985, c. C-42). Last amended April 27, 2023. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/Index.html>.
- Craig, C. J. (2021). AI and Copyright. *Artificial Intelligence and the Law in Canada*. Toronto: LexisNexis Canada.
- Craig, C. J. (2011). *Copyright, Communication and Culture: Towards a Relational Theory of Copyright Law*. Gloucestershire: Edward Elgar Publishing.
- Craig, C. J., and Kerr, I. R. (2019). The Death of the AI Author. *Ottawa Law Review*, 52 (1), pp. 31-86.
- Deutscher, M. (2023). Researchers Find Child Sexual Abuse Images in LAION-5B AI Training Dataset. *SiliconANGLE*. Last modified December 20, 2023. <https://siliconangle.com/2023/12/20/researchers-find-csam-images-laion-5b-ai-training->

[dataset/#:~:text=The%20discovery%20was%20made%20by,of%20children%20in%20LAION%2D5B.](#)

Fricke, V. (2022). The End of Creativity?! – AI-Generated Content Under the Canadian Copyright Act. *McGill Business Law Platform*. Last modified October 17, 2022. <https://www.mcgill.ca/business-law/article/end-creativity-ai-generated-content-under-canadian-copyright-act>.

Gaon, A. H. (2021). *The Future of Copyright in the Age of Artificial Intelligence*. Gloucestershire: Edward Elgar Publishing.

Goldenberg, A. (2019). The Year of Robot Justice. *Macleans*, January 2019. <https://go-gale-com.ezproxy.algomau.ca/ps/i.do?p=AONE&u=saul58289&iid=GALE%7CA584496310&v=2.1&it=r&aty=ip>.

Innovation, Science and Economic Development Canada (2023). *Consultation Paper: Consultation on Copyright in the Age of Generative Artificial Intelligence*. December 1, 2023. <https://ised-isde.canada.ca/site/strategic-policy-sector/en/marketplace-framework-policy/consultation-paper-consultation-copyright-age-generative-artificial-intelligence>.

LAION (2023). Safety Review for LAION 5B. *LAION*. Last modified December 19, 2023. <https://laion.ai/notes/laion-maintenance/>.

Lau, M. (2023). “You Can Try to Fight It or Adapt”: How Canadian Musicians Are Responding to AI’s Rapid Advancements. *CBC*. Last modified August 17, 2023. <https://www.cbc.ca/music/canadian-musicians-ai-artificial-intelligence-advancements-feature.1.6936092#:~:text=But%20as%20Pemberton%20and%20a,offensive%20art%20using%20her%20voice>.

Macnab, A. (2023). For AI, Intellectual Property Must Now Reward and Incentivize Creativity and Inventiveness: Lawyer. *Canadian Lawyer*. Last modified May 26, 2023. <https://www.canadianlawyermag.com/practice-areas/intellectual-property/for-ai-intellectual-property-must-now-reward-and-incentivize-creativity-and-inventiveness-lawyer/376271>.

- Moran, C. (2023). ChatGPT is Making up Fake Guardian Articles. *The Guardian* (London), April 6, 2023. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/apr/06/ai-chatgpt-guardian-technology-risks-fake-article>.
- Patterson, J. L. (1983). The Development of the Concept of Corporation from Earliest Roman Times To A.D. 476. *Accounting Historians Journal*, 10(1), pp. 87-98.
- Pequeño IV, A. (2023). Grimes Helps Artists Distribute Songs Using Her AI Voice—If They Split Royalties. Here’s How It Works. *Forbes*. Last modified June 12, 2023. <https://www.forbes.com/sites/antoniopequenoiv/2023/06/12/grimes-helps-artists-distribute-songs-using-her-ai-voice-if-they-pay-royalties-heres-how-it-works/?sh=55253a2649ae>.
- Pimienta, S. (2022). Artificial Intelligence Systems As Instruments of Human Innovation: The Case for Copyright Law Reform in Canada. *McGill Business Law Platform*. Last modified April 5, 2022. <https://www.mcgill.ca/business-law/article/artificial-intelligence-systems-instruments-human-innovation-case-copyright-law-reform-canada>.
- Proctor, J. (2024). B.C. Lawyer Reprimanded for Inserting Fake Cases Invented by ChatGPT into Court Documents. *CBC*. Last modified February 26, 2024. <https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/lawyer-chatgpt-fake-precedent-1.7126393>.
- Roose, K. (2022). An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. Artists Aren’t Happy. *The New York Times*, September 2, 2022. <https://www.nytimes.com/2022/09/02/technology/ai-artificial-intelligence-artists.html>.
- Savage, M. (2023). Sting Warns Against AI Songs As He Wins Prestigious Music Prize. *BBC News*. Last modified May 17, 2023. <https://www.bbc.com/news/entertainment-arts-65627089>.
- Somepalli, G., Singla, V., Goldblum, M., Geiping, J., and Goldstein, T. (2023). Diffusion Art or Digital Forgery? Investigating Data Replication in Diffusion Models. 2023

IEEE/CVF Conference on Computer Vision and Pattern Recognition (CVPR),

Spindler, G. (2019). Copyright Law and Artificial Intelligence. *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 50(9), pp. 1049-1051.

Stephens, H. (a) (2023). As Creator's Rights Face New Challenges, Canada Needs to Keep Pace with International Developments. *Open Canada*. Last modified November 20, 2023. <https://opencanada.org/as-creators-rights-face-new-challenges-canada-needs-to-keep-pace-with-international-developments/>.

Stephens, H. (b). (2023). *In Defence of Copyright*. Toronto: Cormorant Books.

Tarnoff, B. (2023). Weizenbaum's Nightmares: How the Inventor of the First Chatbot Turned Against AI. *The Guardian*. Last modified July 25, 2023. <https://www.theguardian.com/technology/2023/jul/25/joseph-weizenbaum-inventor-eliza-chatbot-turned-against-artificial-intelligence-ai#:~:text=In%201966%2C%20an%20MIT,the%20%E2%80%9Cpsychotherapist%E2%80%9D%20would%20reply.>

Turner, J. (2018). *Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence*. Basingstoke: Springer.

United States Code: Copyright Office (2022). *Copyright Law of the United States*. Last modified December 2022. <https://www.copyright.gov/title17/>.

La teoría fundamentada y las investigaciones no empíricas. Análisis crítico de los componentes del proceso de investigación cualitativa¹

The Grounded Theory and Non-empirical Research. Critical Analysis of the Components of the Qualitative Research Process

Recibido: 16/8/2024 – **Aceptado:** 9/11/2024

Laura Quintana²
Universidad del Aconcagua (Argentina)

Julián Hermida³
Universidad de Flores (Argentina) – Algoma University (Canadá)

Resumen

La investigación cualitativa constituye una práctica social anclada en un contexto sociohistórico, que busca comprender la realidad social y generar conocimiento científico mediante la recolección empírica de datos. Por ello, el abordaje cualitativo intenta interpretar fenómenos en los términos y significados que los propios sujetos les atribuyen.

¹ Este artículo es el resultado de un programa de investigación colaborativo entre ambos autores sobre distintos aspectos de la investigación tanto cualitativa como hermenéutica, que ha dado lugar a distintos artículos publicados en inglés y en español, tal como el artículo publicado en este mismo número de *Aportes al Derecho*.

² Licenciada en Psicología y Doctoranda en Psicología en Universidad del Aconcagua (Argentina).

³ Profesor de Derecho, Algoma University, Sault Ste. Marie (Canadá), de la Universidad de Flores (Argentina). LL.M, DCL (McGill) and Ph.D. en Universidad Católica de Córdoba (Argentina).

El presente artículo examina una de las aristas de la investigación cualitativa: la teoría fundamentada, formulada originalmente por Glaser y Strauss y desarrollada luego, con algunas variantes, por Strauss y Corbin. Ella permite la generación de teoría a partir de datos sistemáticamente recolectados y analizados. Para este análisis, el artículo se vale de un trabajo de investigación sobre la integración del aprendizaje.

La investigación en psicoanálisis en el contexto epistemológico de justificación o validación comparte con la investigación dogmática en derecho el hecho de ser investigaciones teóricas, es decir, no empíricas, donde el corpus de datos está constituido por textos y el análisis de éstos se basa en una interpretación hermenéutica. Como ocurre en el campo del derecho, existe una tendencia a exigir investigaciones empíricas en psicoanálisis. Asimismo, el psicoanálisis aporta una mirada crítica a la teoría fundamentada. La teoría fundamentada no puede escapar a los prejuicios y subjetividades del investigador ni a la influencia del discurso hegemónico que predomina en el contexto en el cual tiene lugar la investigación. Tampoco a las vicisitudes de la transferencia que se presenta entre el entrevistado y el entrevistador.

Palabras clave: teoría fundamentada; método comparativo constante; psicoanálisis; discurso hegemónico

Abstract

Qualitative research constitutes a social practice anchored in a socio-historical context, which seeks to understand social reality and generate scientific knowledge through the collection of empirical data. Therefore, the qualitative approach to research attempts to interpret phenomena in in light of the meanings that research participants attribute to their actions and experiences.

This article examines a qualitative research methodology: The Grounded Theory, originally formulated by Glaser and Strauss and later developed, with some variants, by Strauss and Corbin. The Grounded Theory allows the generation of theory from systematically collected and analyzed data. For this examination, the article uses research work on the integration of learning.

Like academic legal research, Psychoanalytical research in the epistemological context of justification is theoretical research, i.e., non-empirical, where the data are texts and data analysis is based on a hermeneutical interpretation. As is the case with

research in the legal fields, there is a tendency to demand empirical research in Psychoanalysis. Additionally, Psychoanalysis offers a critical look at Grounded Theory. The Grounded Theory cannot escape the bias and subjectivities of the researcher or the influence of the hegemonic discourse that predominates in the context in which the research takes place. Neither can it escape the vicissitudes of the transference between the researcher and the research participants.

Keywords: Grounded Theory; Constant Comparative method; Psychoanalysis; hegemonic discourse

I. Introducción

La investigación cualitativa constituye una práctica social que busca comprender la realidad social y generar conocimiento científico mediante la recolección empírica de datos. El presente artículo examina una de las aristas de la investigación cualitativa: la teoría fundamentada, formulada originalmente por Glaser y Strauss y desarrollada luego, con algunas variantes, por Strauss y Corbin.

La investigación en psicoanálisis en el contexto epistemológico de justificación o validación comparte con la investigación dogmática en derecho el hecho de ser investigaciones teóricas, es decir, no empíricas, donde el corpus de datos está constituido por textos y el análisis de éstos se basa en una interpretación hermenéutica. Como ocurre en el campo del derecho, existe una tendencia a exigir investigaciones empíricas en psicoanálisis. Asimismo, el psicoanálisis aporta una mirada crítica a la teoría fundamentada.

Este trabajo tiene por objetivo analizar la metodología utilizada en el artículo de Barber (2012) para ilustrar cómo se trabaja con esta perspectiva cualitativa, lo cual permitirá a quienes efectúen investigaciones teóricas en campos tales como el psicoanálisis o el derecho obtener nuevas herramientas para satisfacer la creciente demanda de realizar investigaciones empíricas.

En primer lugar, a modo de aproximación al trabajo, se sintetizarán los aspectos salientes de la metodología cualitativa. Luego, se expondrán brevemente los principales aspectos del mencionado artículo para mejor comprensión del posterior análisis. A continuación, se identificarán y examinarán críticamente cada uno de los componentes principales del proceso de investigación (Mendizábal, 2006; Hernández Sampieri et al., 2014) en el mencionado trabajo. Luego, se efectuará un breve examen de la relación entre la teoría fundamentada y el psicoanálisis. Finalmente, se analizarán críticamente las limitaciones de la teoría fundamentada, es decir, las subjetividades del investigador y la influencia del discurso hegemónico en la generación de teoría.

II. El enfoque cualitativo

El enfoque cualitativo de investigación tiene por propósito comprender la realidad social de individuos, grupos y culturas en

su ambiente natural y está basado en la premisa de que “toda cultura o sistema social tiene un modo único para entender situaciones y eventos” (Hernández Sampieri, et al., 2014, p. 10). Por ello, el abordaje cualitativo intenta interpretar fenómenos en los términos y significados que los propios sujetos les atribuyen. Los investigadores cualitativos están interesados en comprender cuáles son esas interpretaciones en un determinado momento y en un contexto particular (Merriam, 2019).

La investigación cualitativa constituye una práctica social anclada en un contexto sociohistórico (Sirvent y Rigal, 2023) y busca no solo comprender, es decir, generar conocimiento científico, sino también resolver problemas y transformar la realidad social (Sirvent, 2018). Es más, en la perspectiva cualitativa, la realidad social se construye, es decir, la realidad social no es una realidad dada, ontológicamente objetiva (Berger y Luckmann, 1968; Hacking, 1999). Es más bien una realidad ontológicamente subjetiva que el investigador construye junto con los participantes, navegando con ellos en un espacio de realidad interpretada que es tan personal e individual y tan diverso como la multiplicidad de experiencias vividas que se investigan (Norton, 1999), por lo que existen múltiples construcciones e interpretaciones de la realidad que están en constante flujo y permanente cambio (Merriam, 2019).

Cabe destacar que la investigación cualitativa no ha adoptado un único método de recolección y análisis de datos, sino que toma métodos, técnicas e instrumentos de distintas disciplinas y prácticas de investigación. Estos métodos incluyen la teoría fundamentada (Glaser y Strauss, 1967; Strauss y Corbin, 2002), las historias y relatos de vida (Kornblit, 2007), el grupo focal (Petracci, 2007), el estudio de casos (Stake, 1998), la etnografía (Gobo y Molle, 2017), la observación, entrevistas, y documentos, registros, materiales y artefactos (Hernández Sampieri, et al., 2014). De todas maneras, en la mayoría de los procesos de investigación, el investigador cualitativo combina múltiples métodos empíricos, perspectivas y herramientas (Jones, Manzelli y Pecheny, 2007), lo que proporciona amplitud y profundidad al trabajo de investigación (Denzin y Lincoln, 2000). Esto además implica que, por un lado, la investigación cualitativa no pertenece a ninguna disciplina en particular y, por el otro, que la investigación cualitativa carece de un conjunto de métodos que le sean absolutamente propios (Denzin y Lincoln, 2000).

El enfoque cualitativo comprende distintas variedades, aunque todas ellas comparten ciertas características en común, entre otras: la flexibilidad (Strauss y Corbin, 2002), la creatividad

del investigador (Strauss y Corbin, 2002), el énfasis en la interpretación (Maxwell, 2005), la búsqueda de la comprensión (Vasilachis de Gialdino, 2006), el ambiente natural (Hernández Sampieri et al., 2014), la pluralidad de métodos (Vasilachis de Gialdino, 2006), la triangulación de métodos de recolección de datos (Benavides y Gómez-Restrepo, 2005), la reflexividad del investigador (Guber, 2011), la subjetividad de los actores involucrados en la investigación (Flick, 2015), la importancia del proceso por sobre los resultados (Hernández Sampieri et al., 2014) y la diversidad de enfoques teóricos (Maxwell, 2005), entre otras.

En el enfoque cualitativo, el investigador desempeña un rol primordial, dado que interpreta el significado de los datos en el marco de un proceso interactivo entre él y los participantes, lo que resulta crucial para el estudio de las experiencias de vida humana. Aún más, el investigador no solo recolecta datos, sino que él mismo constituye el instrumento mediante el cual se recolectan e interpretan dichos datos (Rew, Bechtel y Sapp, 1993). Esto requiere de una serie de cualidades y características especiales, las que incluyen una gran tolerancia a la ambigüedad, un alto grado de sensibilidad e intuición respecto a pensamientos y sentimientos de los participantes y excelentes habilidades de comunicación, específicamente en las áreas de empatía, construcción de relaciones, cuestionamiento y escucha (Merriam, 2019). Rew, Bechtel y Sapp (1993) agregan las cualidades de idoneidad, autenticidad, credibilidad, intuición, receptividad, reciprocidad y sensibilidad. Strauss y Corbin (2002) completan este inventario de características de los investigadores cualitativos con el convencimiento de que para ellos su trabajo resulta de importancia tanto para el mundo académico como para el no académico, al mismo tiempo que los absorbe por completo, pasando a ser un aspecto importante de su vida personal.

III. La integración del aprendizaje en Barber

La capacidad de establecer conexiones entre elementos dispares de información, sintetizar conceptos de manera significativa y hacer que las ideas se muevan de un contexto es una habilidad necesaria para el éxito en la economía del conocimiento del siglo veintiuno. La capacidad de conectar información se ha vuelto cada vez más valorada en la sociedad y es una habilidad crucial en la educación superior. A pesar del creciente deseo de los graduados universitarios de transferir y vincular conocimientos y habilidades, existe una falta de

información detallada sobre las formas en que se integra el aprendizaje. Para llenar este vacío, Barber (2012) explora cómo los estudiantes universitarios de edad tradicional integran el aprendizaje. El objetivo de la investigación reportada en el artículo ha sido la de “investigar empíricamente las formas en que los estudiantes universitarios combinan conocimientos y experiencias para que los educadores puedan comprender mejor el aprendizaje de los estudiantes de grado y promover más intencionalmente la integración del aprendizaje” (Barber, 2012). Para investigar empíricamente las formas en que los estudiantes universitarios combinan conocimientos y experiencias, Barber (2012) recurrió a entrevistas con estudiantes de universidades de artes liberales a la luz de la teoría fundamentada.

IV. Identificación y análisis crítico de los componentes principales del proceso de investigación en Barber

IV. 1. Problema de investigación

El problema de investigación es un estado de cosas, eventos, situaciones o procesos, ya sean teóricos o empíricos, que se perciben como insatisfactorios o problemáticos. Los problemas son el punto focal de toda investigación (Laudan, 1977). Según Bachelard (2000), el problema refleja una contradicción con un conocimiento anterior, es decir, se conoce en contra de un conocimiento previo y la resolución del problema implica desafíos a los conocimientos previos de la ciencia, los cuales se convierten en obstáculos epistemológicos que deben ser cuestionados y superados.

Barber (2012) parte de su propia experiencia como docente universitario en el College of William and Mary, una prestigiosa universidad pública orientada a la investigación ubicada en el estado de Virginia, Estados Unidos. Barber (2012) decidió realizar el trabajo de investigación debido a su frustración por el hecho de que sus estudiantes no integraban los conocimientos aprendidos en un curso en otros posteriores ni en su vida fuera de la universidad, es decir, aprendían de manera superficial y no profunda (Bain, 2004). Esta postura inicial frente al problema de investigación se aparta de la concepción de Glaser (1978), quien insta a los investigadores a iniciar sus estudios centrándose en lo que sucede en el campo una vez iniciada la investigación. La postura de Barber (2012) coincide con la de Strauss y Corbin (2002), quienes ven puntos de partida para la investigación con

una lente más amplia, los que incluyen otras influencias, como experiencias personales y exigencias profesionales. También coincide con la concepción de Sirvent (2006) sobre el origen del problema de investigación. Según Sirvent (2018), un problema de investigación es un “conjunto de cuestiones que a un investigador lo preocupa, lo fascina, lo asombra, lo desconcierta, lo angustia, lo enfrenta con su ignorancia, lo deja perplejo y lo empuja, lo motiva para investigar. Es una suerte de espacio de interrogantes sin respuestas inmediatas que demandan un proceso de investigación” (p. 164).

Por otro lado, el problema de investigación implica un proceso de problematización de una realidad concreta y compleja, es decir, cuestionar la realidad críticamente para “desnaturalizar lo que aparece como “natural; [y] traspasar con una pregunta la apariencia de los fenómenos para descubrir la trama de los factores que dan cuenta de por qué las cosas son como son y no de otra manera, y por tanto pueden ser de otra manera” (Sirvent, 2018, p. 164).

El trabajo de Barber (2012) problematiza la realidad universitaria y cuestiona la falta de transferencia e integración del conocimiento adquirido en unidades disciplinarias compartimentadas. Asimismo, parte del desarrollo del problema de investigación implica también problematizar el contexto, dado que, como se señaló, “la investigación científica es una práctica social anclada en un determinado contexto sociohistórico” (Sirvent, 2006, p. 6). Por este motivo, Barber (2012) toma grandes recaudos para contextualizar el problema y lo hace a través de un pormenorizado recorrido por los procesos educativos de los estudiantes, focalizando en las conexiones con la realidad social.

Por otro lado, tal como se sugiere en la literatura sobre abordaje cualitativo (Hernández Sampieri et al., 2014), el investigador debe familiarizarse sobre el fenómeno o problema central a abordar (Blumer, 1969; Lofland y Lofland, 1995). Por ello, Barber (2012) dedica varios apartados de su trabajo a desarrollar los pasos seguidos para adentrarse en la literatura sobre el problema de la falta de integración del aprendizaje. Toma para ello distintas aristas del problema. Identifica claramente que si bien las universidades y fundaciones especializadas en educación superior señalan la importancia de la integración como resultado de aprendizaje esperado, éstas no señalan de manera concreta el proceso para lograr tal resultado. Asimismo, Barber (2012) identifica algunas alternativas que se han propuesto en la literatura para alcanzar la integración del aprendizaje, tales como la interdisciplina (Mansilla, 2005) o los contextos cocurriculares

(King y Van Hecke, 2006) sin que hayan logrado cumplir con el objetivo propuesto. Llama la atención, sin embargo, el hecho de que Barber no haya tomado en cuenta los vastos análisis que sobre el tema ha venido desarrollando la literatura sobre aprendizaje profundo (Bain, 2004).

Conforme lo recomendado por Creswell (2009) y otros (Mertens, 1998) sobre la necesidad de transparentar la cosmovisión o paradigma del investigador, es decir, el conjunto básico de creencias que guían la investigación, Barber (2012) ancla su estudio en el paradigma social constructivista, en la teoría fundamentada y en la posición epistemológica que sostiene que los individuos construyen significados de sus experiencias de manera diferente y, por lo tanto, construyen sus propias y únicas cosmovisiones.

El constructivismo social se basa en una ontología que sostiene que la realidad es creada por relaciones e interacciones sociales (Young y Collin, 2004; Burns, et al., 2000). Para el constructivismo social, la generación básica de significado es siempre social y surge de la interacción con una comunidad humana. Los constructivistas sociales sostienen que los individuos buscan la comprensión del mundo en el que viven y trabajan, por lo que desarrollan significados subjetivos de sus experiencias. Para Barber (2012, p. 595), el constructivismo social implica en su investigación “un auténtico respeto por la mirada de cada individuo y del significado personal que construyen de sus experiencias personales.” Por ello, el autor posiciona de manera explícita a los estudiantes que participan del estudio como coconstructores de la investigación.

Con respecto a la adopción del enfoque cualitativo, y más precisamente de la teoría fundamentada, Barber (2012) reconoce que el análisis de datos de su investigación no es ni puede ser objetivo, por lo que ha decidido hacer explícitas sus premisas, prejuicios y subjetividades y así facilitar la evaluación de su investigación.

IV. 2. Pregunta de investigación

La pregunta de investigación es el cuestionamiento principal y el motor que un proyecto se propone responder y constituye el aspecto medular en una investigación. Delimita y guía el trabajo del investigador y refleja la dirección y los fundamentos epistemológicos del proceso de investigación, a la vez que

condiciona las estrategias a seleccionar (Hernández Sampieri et al., 2014).

Como lo afirma Bachelard (2000), la pregunta es el origen de todo conocimiento, sin ella no puede haber conocimiento científico. En la investigación cualitativa, la pregunta de investigación busca explorar o describir fenómenos, sin proporcionar una explicación nomotética ordenada como en la investigación cuantitativa, por lo que se intenta comprender las experiencias, entendimientos y significados que las personas tienen sobre los conceptos presentes en la pregunta de investigación. En la teoría fundamentada es el proceso de investigación el que genera la pregunta, pues el investigador entra en el campo de estudio sin las preguntas de investigación, sin las hipótesis que resultan comunes en otras investigaciones, incluso en otras investigaciones cualitativas (Glaser, 1998). Los temas iniciales del investigador proporcionan un punto de partida para la exploración, pero no así una pregunta específica de investigación. Estas preguntas dependen de lo que surge en el campo y los relatos de los participantes. Debido a que la teoría fundamentada se basa en la emergencia, es decir, la construcción de una comprensión inductiva del mundo empírico a medida que se desarrollan los acontecimientos y el conocimiento se acumula, los investigadores deben permanecer abiertos a lo que sucede en el campo de investigación (Charmaz, 2006).

Barber (2012) parte de su preocupación sobre la falta de integración del aprendizaje en estudiantes universitarios sin tener al comienzo de su tarea una pregunta concreta y definida. La pregunta de investigación la formula recién cuando se adentra en la recolección de datos. A partir de las primeras entrevistas comienza a definir una pregunta: de qué manera los estudiantes integran o no integran el aprendizaje, la que luego va refinando con el transcurso del proceso de recolección y análisis de los primeros datos. Finalmente, llega a una pregunta de investigación central, la cual formula de la siguiente manera: ¿cómo los estudiantes universitarios de edad tradicional conectan el conocimiento y las experiencias de aprendizaje?

Esta manera de llegar a la pregunta de investigación en la que el investigador entra al campo con una idea general de lo que quiere investigar sin una formulación específica y precisa es clave para establecer el foco de la investigación, a la vez que asegura el respeto de los participantes (Strauss y Corbin, 2002).

IV. 3. Justificación del problema

La justificación del problema explicita el porqué de la investigación y expone las razones sobre su relevancia. A través del aparatado de la justificación, el investigador demuestra la necesidad de su estudio y expone las razones que ameritan llevar adelante la investigación (Hernández Sampieri et al., 2014). Para Glaser (1998), un problema tiene relevancia si éste es relevante para los participantes o si se construye con ellos. Corbin y Strauss (2002) luego agregan que el problema de investigación puede ser también relevante para la situación de investigación profesional contemporánea.

Según Barber (2012), su investigación resulta de utilidad para los educadores dado que permitirá comprender cómo los estudiantes universitarios integran el aprendizaje, lo que, a su vez, permitirá adoptar medidas y estrategias para promover esta integración. El problema de investigación resulta relevante, dado que los propios estudiantes así lo manifiestan (Barber, 2012). También resulta de importancia para la comunidad educativa en general, ya que la universidad cumple un rol preponderante en la sociedad como institución encargada de la producción de conocimiento.

IV. 4. Objetivos

Los objetivos de investigación son los logros específicos que el investigador espera obtener y contribuyen a guiar las actividades (Hernández Sampieri et al., 2014). Los objetivos suelen dividirse en objetivos generales y específicos. El objetivo general es el enunciado global sobre el resultado final que se pretende alcanzar y los específicos son los pasos que se deben realizar para alcanzar ese objetivo general.

Por otro lado, los objetivos pueden ser descriptivos, teóricos, políticos, prácticos, personales o externos (Vasilachis de Gialdino, 2006).

El objetivo general planteado por Barber (2012, p. 591) es el de “investigar empíricamente las maneras en que los estudiantes universitarios integran conocimiento y experiencias”. El autor no ha incluido objetivos específicos en su investigación. Dada la naturaleza de su pregunta de investigación resulta suficiente la adopción de un objetivo general único sin la necesidad de incluir objetivos específicos.

El tipo de objetivo perseguido en su investigación es el objetivo teórico (Barber, 2012), que intenta contribuir a la

expansión de la teoría mediante la creación de nuevos conceptos (Vasilachis de Gialdino, 2006).

IV. 5. Marco teórico

El marco teórico es un sistema coherente de conceptos, teorías, postulados, definiciones, categorías y proposiciones que constituye la estructura que sustenta la teoría del proyecto de investigación y establece la perspectiva desde la cual se examina el problema. El encuadre teórico informa la formulación del problema, la justificación del estudio, las preguntas e hipótesis, la selección de instrumentos, la elección de métodos y el análisis de datos (Hernández Sampieri et al., 2014).

El desarrollo de la perspectiva teórica es a la vez un proceso y un producto. Como proceso, este requiere adentrarse en la literatura relacionada con el problema de investigación. Como producto, el marco teórico ofrece una visión sobre dónde se sitúa el planteamiento del problema dentro del conocimiento general sobre el tema de la investigación (Hernández Sampieri et al., 2014).

La Teoría Fundamentada en su versión original es un enfoque metodológico puramente inductivo que rechaza la idea de un marco teórico para guiar la investigación (Glaser y Straus, 1967), como prevalece en la investigación cuantitativa en la cual se parte de un sistema teórico que se aplica a los datos empíricos (Goetz y LeCompte, 1984). Para Strauss y Corbin, (2002), los marcos teóricos generales que intentan explicar una variedad casi infinita de fenómenos, tales como el marxismo, el feminismo o el psicoanálisis, no son teorías, sino que, en realidad, son meras posiciones filosóficas. Su valor se limita a brindar una perspectiva y a facilitar la generación de preguntas. Pero, en ningún caso constituyen conceptos explicativos de cómo funciona el mundo dado que no son un conjunto bien desarrollado y relacionado de conceptos explicativos, por lo que no se teoriza con sólo aplicar un concepto o teoría de estas posiciones filosóficas a los datos propios.

Sin embargo, autores enrolados en posteriores desarrollos de la Teoría Fundamentada, tales como los adherentes a la *Constructivist Grounded Theory*, si bien reconocen que la teoría se fundamenta en las experiencias de los participantes y del investigador, admiten e incorporan a su investigación un marco teórico que facilite y guíe el estudio (Charmaz, 2006).

Esta es la postura de Barber (2012) sobre el marco teórico, ya que se apoya en las teorías sobre transferencia de aprendizaje y de aprendizaje experiencial para investigar el fenómeno de la integración del aprendizaje. Barber (2012) recurre a la teoría sobre transferencia de aprendizaje, la cual proporciona las bases para entender la movilidad del conocimiento (Bruner, 1960; Dewey, 1938; Thorndike, 1924). Asimismo, permite comprender cómo los individuos piensan sobre las ideas, creencias e información a la vez que brinda una lente teórica para estudiar el desarrollo de la integración del conocimiento de los estudiantes universitarios (Barber, 2012).

La teoría del aprendizaje experiencial ofrece una base de conocimiento acerca de los contextos y condiciones que facilitan el aprendizaje (Kolb, 1984; Lewin, 1936). Sin embargo, Barber (2012) concluye que estas conceptualizaciones teóricas son insuficientes para comprender cabalmente el proceso de integración del aprendizaje de los estudiantes universitarios. Por ello, no parte de estas teorías para su investigación cualitativa, sino que su trabajo se inicia con el estudio del fenómeno de la integración. A diferencia de las investigaciones hipotético-deductivas, que comienzan con un sistema teórico, desarrollan definiciones operacionales de las proposiciones y conceptos de la teoría y luego las aplica a los datos empíricos (Goetz y LeCompte, 1984), Barber (2012) recurre a la teoría como un instrumento que le facilite, por un lado, la generación de preguntas y, por el otro, la explicación de sus propios datos.

IV. 6. Metodología

La estrategia metodológica que Barber (2012) ha seguido es, como se ha señalado, la teoría fundamentada, formulada originalmente por Glaser y Strauss (1967) y desarrollado luego, con algunas variantes (Andreu Abela, García-Nieto y Pérez Corbacho, 2007) por Strauss y Corbin (2002). Reconoce sus raíces históricas en el interaccionismo simbólico, que se centra en el significado que los acontecimientos y fenómenos tienen para los individuos en sus entornos naturales (Ritzer, 1983). Los propósitos principales de la teoría fundamentada, como han sido planteados en el trabajo fundacional de Glaser y Strauss (1967), fueron ofrecer una justificación para la teoría desarrollada a través de la interacción con datos recopilados en la investigación, sugerir la lógica y las características de la investigación fundamentada y

legitimar la investigación cualitativa (Pursley Crotteau, McGuire Bunting y Draucker, 2001).

La teoría fundamentada es el descubrimiento de la teoría a partir de datos obtenidos sistemáticamente de la investigación social (Glaser y Strauss, 1967). El objetivo del enfoque de la teoría fundamentada es generar teorías que expliquen cómo funciona algún aspecto del mundo social, es decir, desarrollar una teoría que surja de la realidad y, por lo tanto, que esté conectada con la realidad que la teoría intenta explicar, lo que se contrapone con teoría generada mediante la lógica deductiva a partir de asunciones a priori (Glaser y Strauss, 1967). La teoría fundamentada busca no solo comprender, sino también construir una teoría sobre el fenómeno de interés.

En palabras de Strauss y Corbin (2002), esta teoría es una metodología general para desarrollar teoría fundamentada en datos sistemáticamente recolectados y analizados. La teoría evoluciona a medida que avanza la investigación mediante la continua interacción entre el análisis y la recolección de datos. Uno de los aspectos centrales de esta metodología es su método de análisis comparativo constante. Esta metodología tiene como propósito permitir al investigador generar conceptualizaciones teóricas, es decir, patrones de acciones e interacciones entre varios tipos de unidades sociales.

Barber (2012) reconoce el uso de la teoría fundamentada como la metodología más adecuada para construir su teoría sobre la integración del conocimiento de los estudiantes universitarios, para lo cual recurrió al campus de cada una de las dos instituciones en las que se desempeñan los seleccionados para las entrevistas, las cuales demandaron cerca de 300 horas de conversación. La teoría resultante se halla firmemente fundamentada en las experiencias de los participantes del estudio, con las limitaciones señaladas más adelante y en las conclusiones de este trabajo.

IV. 7. Tipo de diseño

El diseño de la investigación es el “plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea con el fin de responder al planteamiento del problema” (Hernández Sampieri et al., 2014, p.120). El diseño incluye los procedimientos de investigación que abarcan las decisiones desde supuestos amplios hasta métodos detallados de recopilación y análisis de datos (Creswell, 2009). El diseño articula lógica y coherentemente todos y cada uno de los

distintos componentes de la investigación para garantizar su calidad (Mendizábal, 2006) y “permite visualizar la manera práctica y concreta de contestar las preguntas de investigación, además de cumplir con los objetivos fijados. Esto implica seleccionar o desarrollar uno o más diseños de investigación y aplicarlos al contexto particular de su estudio” (Hernández Sampieri et al., 2014, p.120).

Todo diseño se encuentra en un punto del continuo subjetivo-objetivo (Goetz y LeCompte, 1984). De acuerdo con el grado de rigidez del plan de investigación, los diseños pueden ser estructurados o flexibles. El diseño estructurado es un plan lineal, riguroso, con una secuencia unidireccional cuyos pasos se suceden de manera secuencial y no son modificados a lo largo del proceso de investigación. En el diseño flexible, los elementos se articulan de manera interactiva, móvil y no lineal, lo que permite que el diseño pueda ser modificado a lo largo del proceso de investigación. La investigación se lleva a cabo en forma circular, donde los elementos dialogan entre sí y los cambios son frecuentes tanto en el proyecto de investigación como en el proceso mismo de investigación (Mendizábal, 2006).

La decisión sobre qué tipo de diseño se debe utilizar para estudiar un tema depende de la cosmovisión del investigador, las estrategias de investigación y los métodos específicos de recopilación, análisis e interpretación de datos. La selección del diseño de investigación también se basa en la naturaleza del problema a abordar, las experiencias personales del investigador y la audiencia del estudio (Creswell, 2009).

Barber (2012) optó por un diseño cualitativo con instancias participativas. Y si bien no lo menciona explícitamente, su diseño es del tipo flexible (Creswell, 2009) y se encuentra localizada hacia el polo subjetivo dentro del continuo subjetivo-objetivo (Goetz y LeCompte, 1984).

IV. 8. Muestreo e instrumentos

IV. 8. a) Muestreo

El muestreo en la investigación cualitativa es la selección de un grupo de participantes que puedan proporcionar información valiosa sobre el problema de investigación. En la investigación cualitativa, el tamaño de la muestra no resulta de interés desde el punto de vista estadístico, dado que no se busca generalizar los

resultados de la investigación a una población más amplia (Hernández Sampieri et al., 2014).

Barber (2012) se pregunta qué casos le interesan y dónde encontrarlos. En primer lugar, solo quiere investigar a estudiantes de universidades que adoptaron a la integración del conocimiento como uno de sus resultados de aprendizaje esperados a nivel institucional de manera explícita. Es decir, busca universidades que enseñen –o al menos esperen que sus estudiantes aprendan– a integrar el conocimiento. De esta manera, recurre a un muestreo intencional de las universidades que explícitamente forman en integración del conocimiento en las carreras de grado en instituciones focalizadas en las artes liberales. Hernández Sampieri et al. (2014) definen al muestreo intencional o dirigido como aquel en el que el investigador puede elegir ciertos casos, analizarlos y, más adelante, seleccionar casos adicionales para confirmar o no los primeros resultados. Posteriormente, puede seleccionar casos homogéneos y luego heterogéneos para probar los límites y alcances de sus resultados (Hernández Sampieri et al., 2014).

Las instituciones participantes fueron elegidas mediante un proceso de dos pasos. Inicialmente, se seleccionaron 19 universidades de más de 60 instituciones que incluyen a la integración del aprendizaje como uno de sus objetivos institucionales para todos sus estudiantes. Los criterios de selección incluyeron el compromiso y el éxito en la implementación de prácticas de integración en instituciones universitarias focalizadas en artes liberales. Asimismo, se buscó que las universidades incluyeran diversidad de tipos (universidades enfocadas en la enseñanza y universidades enfocadas en la investigación), tamaños y ubicaciones geográficas. De éstas, se seleccionaron inicialmente seis universidades y luego el número se redujo a dos. Este muestro intencional resulta más rico que otros, tales como muestreos al azar, dado que los datos permiten expresar múltiples voces (Hernández Sampieri et al., 2014) y responde a los señalamientos de Mertens (2005), quien destaca que en esta clase de muestreo es usual comenzar con la identificación de ambientes propicios, luego de grupos y, finalmente, de individuos.

Luego de haber elegido las dos universidades, los participantes fueron seleccionados entre los que indicaron interés en participar en una entrevista individual sobre sus experiencias en la universidad, es decir, se recurrió a una muestra de participantes voluntarios o autoseleccionada, ya que los estudiantes mismos respondieron activamente a la invitación para

participar (Hernández Sampieri et al., 2014). De esta manera, Barber (2012) obtuvo una muestra de 315 estudiantes de primer año que fueron entrevistados en el primer año de la investigación y de ellos 228 fueron entrevistados al año siguiente. Aproximadamente un tercio de estos estudiantes se identificaron como estudiantes de color (afroamericanos, hispanos o asiáticos/isleños del Pacífico); el resto se identificó como blancos. Alrededor del 10% nacieron en países distintos de Estados Unidos. Esta diversidad intencional buscada por Barber (2012) constituye una muestra de máxima variación, porque se intenta mostrar distintas perspectivas y representar la complejidad del fenómeno de la integración del aprendizaje (Hernández Sampieri et al., 2014).

Si bien en un estudio cualitativo la muestra puede contener cierto tipo definido de unidades iniciales, es posible incluir nuevas unidades y descartar las anteriores (Hernández Sampieri et al., 2014). Sin embargo, Barber (2012) mantuvo incólume su muestreo. La diferencia de los estudiantes entrevistados en el segundo año se debe a que no pudo localizar a 87 alumnos por distintos motivos, tales como el cambio de universidad o el abandono de sus estudios.

IV. 8. b) Instrumentos

La técnica o método de obtención de información empírica es el proceso sistemático de recolectar datos empíricos determinado por la perspectiva del investigador y el enfoque que orienta la investigación. Existe una gran proliferación de instrumentos, los que incluyen entrevistas, grupos focales, observación, investigación-acción, etnografía, monitoreo de redes sociales e historias de vida, entre muchos otros (Denzin y Lincoln, 2012).

Barber (2012) recurre a la entrevista semiestructurada como el principal instrumento para su estudio. La entrevista es probablemente la técnica más frecuente de recolectar datos en la investigación cualitativa (Marton, 1986).

Las entrevistas tuvieron lugar en la universidad de sus participantes, su ambiente natural y cotidiano. Los métodos de recolección de datos empíricos ocurren en los entornos naturales y cotidianos de los participantes (Hernández Sampieri, et al., 2014). Esto significa que el investigador cualitativo estudia las cosas tal como son sin manipular el medio ambiente ni efectuar ningún tipo de intervención en el entorno estudiado. Tampoco hay

grupos experimentales ni de control y no se manipulan las variables (Creswell, 2003).

Tal como lo explicita Vasilachis de Gialdino (2006), en la investigación cualitativa el investigador

se aproxima a situaciones, a acciones, a procesos, a acontecimientos reales, concretos, a interacciones espontáneas que, o bien son preexistentes, o bien, en parte tuvieron lugar, o bien se desarrollan durante su presencia en el campo y pueden continuar en su ausencia. Los investigadores observan, analizan esas situaciones, esos procesos, esos sucesos y/o sus consecuencias, esas acciones, y tratan de captarlos, tan completamente como les sea posible, en toda su complejidad y tal como realmente ocurren, intentando no controlarlos, no influir sobre ellos, no alterarlos, no modificarlos (Vasilachis de Gialdino, 2006, p.4).

El diseño de las entrevistas se basó en el protocolo de Baxter Magolda y King's (2007), el cual consta de 3 secciones. La primera tiene por objetivo establecer una relación con los participantes, la segunda busca el acceso a los procesos para la construcción de significados a través de preguntas sobre las experiencias significativas y desafiantes, las que revelan cómo piensan e interpretan estas experiencias y la tercera sección pone énfasis en la síntesis de información y la evaluación de la integración del aprendizaje. Dado el tono conversacional y flexible del diseño, en distintos momentos de las entrevistas, Barber (2012) incluyó otras preguntas o ejemplos sobre integración del aprendizaje para sus entrevistados.

Por otro lado, para dar contextualización a los relatos de los estudiantes, Barber (2012) trianguló las entrevistas con observación de clases. La observación cualitativa no es mera contemplación; implica adentrarse en profundidad a situaciones sociales y una reflexión permanente (Hernández Sampieri et al., 2014). El papel de Barber (2012) ha sido el de participación pasiva; es decir el observador está presente, pero no interactúa con los participantes durante la observación (Hernández Sampieri et al., 2014).

La triangulación cumple un rol preponderante en la investigación cualitativa (Benavides y Gómez-Restrepo, 2005). La triangulación es una estrategia que implica el uso de múltiples perspectivas para recolectar y analizar los datos empíricos para el estudio de un mismo fenómeno. Además, permite que las debilidades de una estrategia no se acumulen con las de otras (Benavides y Gómez-Restrepo, 2005). Cabe aclarar que la triangulación no busca corroborar los resultados obtenidos

mediante los métodos empleados, ya que esto implicaría una visión del mundo social donde habría una sola realidad social objetiva y cognoscible, lo que reduciría la tarea del investigador a medir y validar el fenómeno social. Por el contrario, los fenómenos sociales son multidimensionales y mediante la triangulación se logra captar las diferentes dimensiones de dicho fenómeno. Asimismo, los métodos no son estandarizados, sino que se trabaja con múltiples fuentes de datos (Hernández Sampieri et al., 2014). Esta variedad de enfoques diferentes deriva de líneas evolutivas distintas en la historia de la investigación que evolucionaron parcialmente en paralelo y parcialmente de manera secuencial (Flick, 2015).

La triangulación seguida por Barber (2012) es una triangulación metodológica a través de la cual busca analizar el fenómeno en estudio mediante diversos acercamientos (Benavides y Gómez-Restrepo, 2005). Asimismo, Barber (2012) les ofreció a los participantes una copia de la transcripción de la entrevista de cada año y los invitó a hacer correcciones, completar palabras que eran inaudibles y ofrecer comentarios o ideas adicionales después de recibir la transcripción. Estas sesiones de *feedback* con los estudiantes constituyen “situaciones de triangulación metodológica in situ, [dado que] combinan diferentes nutrientes de información y conocimiento en el estudio del mismo fenómeno en un espacio de diálogo vivido” (Sirvent, 2018 p. 174).

IV. 9. Procedimiento para el análisis de datos

El principal método de análisis de datos empíricos del trabajo de Barber (2012) es el método comparativo constante de la teoría fundamentada. En este enfoque metodológico, la teoría no surge espontáneamente. Por el contrario, se genera y desarrolla a través de la aplicación por parte del investigador del método comparativo constante. Este permite analizar datos con el fin de desarrollar una teoría fundamentada (Glaser y Strauss, 1967). Para la teoría fundamentada, el método comparativo constante es mucho más que un conjunto de procedimientos: es una manera de pensar y mirar el mundo (Strauss y Corbin, 2002).

De esta manera, la generación de teoría a partir de los datos significa que las hipótesis y los conceptos no solo provienen de los datos empíricos, que sino también son trabajados sistemáticamente en relación con los datos durante todo el proceso de investigación. Este método implica: 1) identificar un fenómeno, objeto, evento o escenario de interés; 2) identificar

algunos conceptos locales, principios, características estructurales o de proceso de la experiencia o fenómeno de interés; 3) tomar decisiones con respecto a la recopilación inicial de datos con base en la comprensión inicial del fenómeno; 4) efectuar el muestreo teórico, donde la pregunta clave es a qué grupo o subgrupos recurre el investigador para recopilar datos; y 5) seleccionar racionalmente los grupos de comparación como relevancia teórica para fomentar el desarrollo de categorías emergentes (Glaser y Strauss, 1967).

La esencia del método de comparación constante radica en su proceso iterativo. El investigador recopila datos, los analiza y luego utiliza lo que aprende para informar una nueva recopilación de datos. Este proceso dinámico de recopilación y análisis de datos garantiza que la teoría emergente esté profundamente arraigada en los datos mismos (Strauss y Corbin, 2002). El proceso implica dividir los datos en partes discretas, codificarlos y comparar estos códigos para encontrar similitudes y diferencias. Strauss y Corbin (2002) recomiendan iniciar este proceso con un microanálisis, es decir, un detallado y minucioso análisis línea por línea, incluso a menudo frase por frase y a veces palabra por palabra. Este microanálisis genera categorías iniciales con sus propiedades y dimensiones y permite descubrir las relaciones entre los conceptos. En este microanálisis intervienen los datos, es decir, el relato de los participantes sobre el fenómeno en estudio, las interpretaciones de los observadores y los actores de ese fenómeno y la interacción entre los datos y el investigador en el proceso de recolección y análisis de los mismos.

El segundo paso del método es la codificación abierta, proceso analítico por medio del cual se identifican los conceptos y se descubren sus propiedades y dimensiones. La codificación abierta implica abrir el texto, descomponer los datos en partes discretas, examinarlos minuciosamente y compararlos buscando similitudes y diferencias. Los acontecimientos que se consideran conceptualmente similares o relacionados en su significado se agrupan bajo conceptos más abstractos denominados categorías. Este proceso de conceptualización consiste en poner una etiqueta o encabezamiento clasificativo común a un fenómeno identificado como significativo en los datos (Strauss y Corbin, 2002). Una vez que los conceptos se acumulan, el investigador comienza un proceso de agruparlos o categorizarlos en categorías más abstractas. Como señala Vasilachis de Gialdino (2006), un concepto es una abstracción teórica relevante que emerge del análisis de los hechos, pero no es igual a esos hechos. Luego, se construyen categorías y subcategorías (categorías que responden

a las preguntas sobre los fenómenos tales como cuándo, dónde, por qué, quién, cómo y con qué consecuencias) en términos de sus propiedades, es decir, las características generales o específicas, y dimensiones, las que representan la localización o variación de una propiedad durante un continuo.

El procedimiento continúa con la codificación axial, donde se establecen relaciones de las categorías con sus subcategorías en el cual se entrelazan las categorías en cuanto a sus propiedades y dimensiones. En este método, cada paso implica una constante revisión y comparación de datos, códigos y categorías, lo que permite incorporar refinamiento y complejidad a la teoría emergente (Heath y Cowley, 2004). Finalmente, en la codificación selectiva se refinan e integran las categorías y se las organizan alrededor de un concepto explicativo central, momento en el cual el investigador refina la teoría y la valida comparándola con los datos brutos y presentándosela a los entrevistados (Strauss y Corbin, 2002). De esta manera, el método de comparación constante organiza e integra la recolección de datos mediante la construcción sistemática de comparaciones a lo largo de la investigación de datos con datos, datos con código, código con código, código con categoría y categoría con categoría (Charmaz, 2008).

Cabe resaltar, como lo advierten Strauss y Corbin (2002) y Mendizábal (2006), que un elemento esencial dentro de este y todos los demás métodos de análisis de datos empíricos es la creatividad, mediante la cual se desafía al conocimiento existente, se cuestiona a los datos empíricos con preguntas originales, se consideran situaciones contrarias y antagónicas a las analizadas y se incorporan ideas no convencionales que permiten la producción de la ruptura epistemológica (Bachelard, 2000).

El método comparativo constante (Glaser y Strauss, 1967) le permitió a Barber (2012) desarrollar teoría derivada inductivamente de los datos empíricos y generar categorías de análisis.

Barber partió del microanálisis, etapa en la que identificó 662 categorías de ejemplos de distintos aspectos de la manera en que los estudiantes integran conocimiento. En las sucesivas etapas de codificación abierta, axial y selectiva redujo sus categorías a tres centrales: 1) conexión, 2) aplicación y 3) síntesis. A ellas llegó, como se señaló anteriormente, mediante una serie sistemática de procedimientos, lo que le ha permitido desarrollar teoría derivada inductivamente de la información empírica, por medio de un análisis en espiral, combinando la obtención de información con el análisis de la misma (Strauss y Corbin, 2002). Cabe resaltar que

estas categorías constituyen un elemento esencial de la teoría que desarrolla, pero no son datos empíricos sino conceptos indicados por los datos (Glaser y Strauss, 1967). Asimismo, es de destacar que Barber (2012) no explicita haber tenido en cuenta las propiedades y dimensiones de las categorías adoptadas (Strauss y Corbin, 2002).

IV. 10. Resultados

Hernández Sampieri et al. (2014) recomiendan que el reporte de los resultados contenga la narrativa o historia general, el soporte de las categorías con ejemplos y los elementos gráficos. Barber (2012) incluye los tres componentes en su discusión de los resultados.

Como parte de su narrativa general, Barber (2012, p. 613) reporta que la “integración del aprendizaje es la capacidad demostrada para conectar, aplicar y/o sintetizar información de manera coherente desde contextos y perspectivas dispares, y hacer uso de estos nuevos conocimientos en múltiples contextos”. Retoma, además, las categorías centrales identificadas mediante la aplicación del método de comparación constante.

IV. 10. a) Conexión

La categoría del establecimiento de una conexión implica la identificación de un hilo similar o común entre ideas, habilidades o información. Barber (2012) sustenta esta categorización mediante varios ejemplos de estudiantes que reportan darse cuenta de que dos o más ideas tienen un elemento en común. Una de las estudiantes relata encontrar similitudes entre diversos cursos que tomó en la universidad. Otra estudiante da cuenta de similitudes entre su experiencia como extranjera y un curso en su propia universidad. La característica principal de todas las experiencias de los estudiantes es el establecimiento de un vínculo que asocia dos o más ideas.

Los gráficos proveen más ejemplos del lenguaje utilizado por los entrevistados para referirse a esta categoría, tales como comparar, comparar y contrastar, conectar, relacionar, usar analogías, etc.

IV. 10. b) Aplicación

Esta categoría se refiere a la aplicación de conocimiento, ideas o habilidades aprendidos en un determinado contexto, como el aula universitaria o la familia, a diferentes contextos. Barber (2012) ejemplifica esta categoría mediante el testimonio de distintos estudiantes. Uno de ellos relata su experiencia en aplicar las habilidades de construcción adquiridas durante su adolescencia cuando ayudaba a su padre en proyectos de construcción en el diseño de un vehículo para la universidad en su primer año de estudios. Otro estudiante aplica ciertas ideas desarrolladas en un curso de escritura en la universidad en la realización de esculturas en su tiempo libre. La característica común de estos relatos es la movilidad del conocimiento. Como lo demuestran los gráficos incluidos en el artículo bajo estudio, el lenguaje más utilizado por los estudiantes para hablar de esta categoría incluye los términos “aplicar, usar y transferir” (Barber, 2012, p. 601).

IV. 10. c) Síntesis

La síntesis es el proceso fundacional para construir nuevos conocimientos o habilidades. Esta categoría es la menos concreta e incluye instancias cuando dos o más ideas se unen para formar una nueva idea o concepto (Barber, 2012). Tom, un estudiante blanco de segundo año, relata que:

Cuando tengo que hablar simplemente sobre lo que pienso sobre algo, y luego, mientras hablo, el pensamiento se despliega sobre sí mismo y me lleva a alguna parte y no me lleva a ninguna parte a menos que alguien más lo recoja y lo lleve a alguna parte (Barber, 2012, p. 606).

Otro estudiante, Colin, relata que cuando se enfrenta a diferentes opiniones las mastica y luego las manda a un proceso digestivo mental mediante el cual compara nueva información con ideas previas y decide qué adicionar, qué sustraer y cómo reconciliar estas ideas opuestas (Barber, 2012). La característica central del relato de los estudiantes es la fusión de dos o más ideas o perspectivas para formar una nueva visión, que es mayor a la suma de las partes. El lenguaje reflejado en la representación gráfica del relato de los estudiantes hace referencia a términos tales como incorporar, adaptar, colaborar, interpretar, etc. (Barber, 2012).

IV. 11. Limitaciones de la teoría fundamentada

Con excepción de los señalamientos efectuados a lo largo del presente análisis, tales como la ausencia de consideración de las propiedades y dimensiones de las categorías y subcategorías para la codificación o la falta de revisión de literatura más específica sobre la transferencia de aprendizaje, el artículo seleccionado presenta de manera correcta el procedimiento metodológico al que adscribe. Cumple, además, con los tres criterios de todo trabajo científico derivado de una investigación cualitativa, es decir, 1) la significatividad de los datos y su contextualización, 2) suficiencia de los datos y alcance del análisis y 3) la transparencia y la replicabilidad del análisis (Suárez Relinque et al., 2013).

Así, Barber (2012) plantea el problema de investigación en el que cuestiona la falta de transferencia e integración del conocimiento adquirido en unidades disciplinarias compartimentadas en la universidad y entra al campo de investigación con una idea general de lo que quiere investigar y a medida que avanza en su estudio formula y refina su pregunta de investigación. Su problema es relevante para los propios participantes, así como para la disciplina y los docentes universitarios. La estrategia metodológica adoptada, la teoría fundamentada, le ha permitido arribar a tres categorías centrales sobre la integración del aprendizaje mediante un minucioso y detallado proceso de codificación abierta, axial y selectiva.

Asimismo, la comunicación de su investigación es presentada conforme a los usos y prácticas seguidos para la difusión de la mayoría de los trabajos científicos (Suárez Relinque et al., 2013).

Sin embargo, la investigación de Barber (2012) adolece de las mismas limitaciones de toda investigación basada en la teoría fundamentada (Glaser y Strauss, 1967), esto es, que la teoría generada no puede escapar a los prejuicios, sesgos y subjetividades del investigador. Es más, tampoco puede hacerlo a la influencia del discurso hegemónico que predomina en el contexto en el cual tiene lugar la investigación.

El proceso de investigación depende y está severamente influido por la subjetividad de los investigadores. Sus subjetividades afectan el proceso de codificación de datos e inevitablemente influyen en la generación de las categorías y conceptos principales (Moghaddam, 2006).

Tomando el ejemplo de Strauss y Corbin (2002), donde su entrevistada afirma “a mí me parece que los adolescentes usan la droga para liberarse de sus padres”, Strauss y Corbin (2002) codifican esto primero como “acto rebelde” y luego, a medida que

avanzan en la codificación, como “experimentación limitada”. Nada en la teoría fundamentada lleva indefectiblemente a este concepto, que proviene de la subjetividad del investigador. Otros investigadores podrían codificar esta frase como “delito”, “infracción”, “exageración” o “adicción”, entre muchas otras posibilidades. Estas categorías también podrían ser tan válidas como la de “experimentación limitada”.

Strauss y Corbin (2002, p. 150) son conscientes de ello y reconocen “el elemento humano en el análisis y la posibilidad de distorsión del significado”.

Por eso consideramos importante que los analistas validen sus interpretaciones por medio de la comparación permanente de unos datos con otros (p. 150).

En la misma sintonía, Glaser (1978) aspira a solucionar la subjetividad del investigador a través de la observación de un gran número de casos. Sin embargo, la solución que proponen tanto Glaser (1978) como Strauss y Corbin (2002) es más de lo mismo. Más interpretación de datos tampoco implica poder liberarse de las subjetividades –la mayoría inconscientes– del investigador (Charmaz, 2006).

La premisa subyacente al método de comparación constante es que los datos determinan la interpretación. Dicho en otros términos, para la teoría fundamentada los datos condicionan y restringen las posibilidades de interpretar, por lo que dado un conjunto de datos el investigador podrá lograr una adecuada interpretación de los mismos.

Rorty (Eco et al., 1992) rechaza el concepto de que un texto (dato) pueda condicionar la interpretación. No hay nada en un texto (dato) que implique que una interpretación sea posible y otra no lo sea. Rorty (Eco et al., 1992) rechaza la noción de que un texto tiene una naturaleza esencial y que la interpretación legítima implica intentar iluminar esa naturaleza. Por ello, toda interpretación es válida y lo importante es el grado de utilidad que tiene la interpretación para servir el propósito del intérprete (Eco et al., 1992). De manera similar, Todorov (1982, p. 2) grafica que “el texto es solo un picnic donde el autor aporta las palabras y los lectores, el sentido”.

Aun Eco, quien se encuentra en las antípodas de Rorty (Eco et al., 1992) y de Todorov (1982), sostiene que a pesar de que el texto tiene una *intentio operis* que cumple un rol importante como fuente de significado, la interpretación de un texto, que implica una compleja transacción entre el lector y la *intentio operis*, es potencialmente infinita (Eco et al., 1992).

Siguiendo con el ejemplo, Strauss y Corbin (2002) se deciden, consciente o inconscientemente, por la categoría “experimentación limitada”, pues ésta sirve al propósito de su explicación. De la misma manera, las experiencias narradas por los entrevistados de Barber (2012) podrían haberse codificado de forma distinta. En lugar de conexiones, aplicaciones y síntesis, Barber podría perfectamente haber llegado a conceptos tales como comparación, clasificación y diseño o ejemplificación, análisis crítico e inferencia, entre muchos otros. Nada en los datos puede descalificar estas interpretaciones alternativas (Becker, 1993).

La otra manera de validar, en el sentido cualitativo, para Strauss y Corbin (2002), es contarles la interpretación de los datos a los entrevistados y pedirles su opinión sobre si ésta encaja en sus casos. Si bien reconocen que “no todos los aspectos de cada caso pueden encajar porque la teoría es una reducción de los datos [...] en un sentido más amplio, los participantes deben ser capaces de reconocerse en la historia que se está contando y de percibir que es una explicación razonable de lo que sucede” (p. 175).

Esta manera de validar presupone que el relato de todos los entrevistados puede verse reflejado en la interpretación del investigador. Barber (2012) entrevistó a alrededor de 300 estudiantes. No es razonable pensar que todos los estudiantes se vean reflejados en las categorías de conexión, aplicación y síntesis. Los 300 entrevistados no tienen una visión uniforme por más abstractos que sean los conceptos para intentar abarcar todas las voces, salvo que, en realidad, los entrevistados estén reflejando el discurso hegemónico imperante en su comunidad (Fairclough y Wodak, 1997).

Precisamente, esta es la otra importante falencia de la teoría fundamentada, dado que ésta no toma en cuenta la influencia del discurso hegemónico en los distintos grupos sociales. La teoría fundamentada presupone que los participantes en sus entrevistas expresan sus propias ideas y no que replican las ideas que hegemónicamente el poder les impone. El discurso hegemónico implica someter y cooptar a las disidentes voces a través de la difusión sutil de la perspectiva del grupo dominante como universal y natural hasta el punto de que las creencias y las prácticas dominantes se convierten en un componente inextricable del sentido común (Litowitz, 2000).

La hegemonía incluye procesos sutiles que permiten la construcción persuasiva de consenso sobre el orden social mediante la manipulación de las mentes de los ciudadanos. La hegemonía ideológica en su máxima expresión se produce cuando los grupos dominados son incapaces de distinguir entre sus

propias ideas e intereses y las ideas e intereses de los grupos dominantes (van Dijk, 1998). En un régimen hegemónico, se internalizan la ideología y el orden social del grupo dominante, los que son reforzados infinitamente en los aparatos ideológicos del Estado, tales como las escuelas, las iglesias, las instituciones sociales, las universidades, los medios de comunicación y la cultura popular (Gramsci 1980).

La Escuela de Análisis Crítico de Discurso (Balsa, 2021) ha desarrollado herramientas metodológicas para la identificación del discurso hegemónico en textos (Laclau y Mouffe, 2001). Para esta escuela, así como para la corriente laclausiana, el discurso no se entiende simplemente como una cuestión de texto lingüístico estructural, sino que se entiende en sentido amplio como una práctica social completa, donde la estructura social influye y condiciona las prácticas del discurso (Laclau, 2005). En el análisis del discurso lo que se convierte en objeto (la fuente de los datos en el estudio) no se presenta únicamente en forma de voz o texto lingüístico, sino en forma de una práctica social interrelacionada que incluso es material (no lingüística) (Balsa, 2021). Estas perspectivas permiten comprender que el discurso nunca se articula en situaciones inmunes, neutrales y autónomas o, en otras palabras, que las voces de los individuos o grupos estudiados no son realmente sus propias voces sino las del discurso hegemónico (Balsa, 2021).

A simple modo de ejemplo, en una investigación sobre la aceptación social de las parejas del mismo sexo llevada a cabo en 34 países donde los investigadores entrevistaron a cerca de 40.000 individuos, la aceptación de la homosexualidad⁴ se encuentra tajantemente dividida por el país y región en el que viven los entrevistados (Poushter y Kent, 2020). Los participantes que habitan en Europa occidental y América generalmente aceptan la homosexualidad, lo que coincide con el discurso que prevalece en las instituciones educativas, medios de comunicación y poder

⁴ Freud construye un nuevo concepto de sexualidad a partir del término pulsión (Freud 1905), entonces la sexualidad es pulsional. Para él, lo masculino y lo femenino se mezclan en cada quien con proporciones diferentes y oscilaciones, por esto habla de la disposición bisexual. Entonces “la masculinidad y la femineidad puras son construcciones teóricas de contenido incierto” (Freud, 1925, p. 276). Finalmente, en *Tres ensayos de una teoría sexual* afirma: “La investigación psicoanalítica se opone terminantemente a la tentativa de separar a los homosexuales como una especie particular de seres humanos. En la medida en que estudia otras excitaciones sexuales además de las que se dan a conocer de manera manifiesta, sabe que todos los hombres son capaces de elegir un objeto de su mismo sexo, y aun lo han consumado en el inconsciente.” (1915, p, 132).

político en dichas jurisdicciones. En cambio, la aceptación de la homosexualidad por parte de los entrevistados en Europa oriental, Rusia, Ucrania, Oriente Medio y África subsahariana es considerablemente menor que la reportada en Europa occidental y Estados Unidos, lo que también coincide con el discurso que proviene del estado y de los aparatos ideológicos del estado en esas regiones (Gramsci, 1980).

Esto demuestra la influencia que la clase hegemónica que ejerce el liderazgo político tiene sobre el discurso individual de los participantes entrevistados (Poushter y Kent, 2020).

Una investigación cualitativa que se proponga analizar el discurso, las voces y los relatos de sus entrevistados no puede ignorar el rol del discurso hegemónico ni dejar de adoptar herramientas para detectarlo, tal como las que proponen la Escuela de Análisis Crítico de Discurso y las corrientes laclausianas (Laclau, 2007).

La teoría fundamentada, con su afán de desentrañar los significados de las interacciones, acciones sociales y experiencias de los participantes basadas en sus propias explicaciones o en sus explicaciones tamizadas a través del investigador, está lejos de poder comprender la apropiación de tales experiencias y relatos por parte de las clases dominantes si no incorpora las herramientas para la identificación del discurso hegemónico (Guntur Narwaya, 2021).

V. Relación de la teoría fundamentada con el psicoanálisis

El psicoanálisis tiene un estatus bastante negativo dentro del campo de la investigación cualitativa. Una simple lectura de los índices de los principales textos sobre metodología cualitativa ni siquiera mencionan al enfoque psicoanalítico. Es más, el paradigma cualitativo surgió, en gran parte, en oposición al psicoanálisis freudiano (Midgley, 2006). Strauss y Corbin (2002) expresamente rechazan al psicoanálisis como metodología válida por la ausencia de investigación empírica y por el hecho de que las ideas preconcebidas de la teoría freudiana condicionan la interpretación.

En su mayor parte, la teoría de una disciplina tiende a enfocar a quienes la usan en ciertos problemas y les da una perspectiva para su interpretación. Por ejemplo, una persona que viene de la perspectiva freudiana puede estar más preocupada por los motivos ocultos y los significados psicológicos profundos que un sociólogo organizacional, que

está más interesado en los procesos y la estructura social de las organizaciones. Lo importante es ser conscientes de que tener una sola perspectiva puede impedir el descubrimiento; o sea, poner nuestra propia perspectiva en los datos (interpretarlos todos desde el punto de vista freudiano) en vez de dejar que hablen por sí mismos (que vaya desplegándose el significado) limita el descubrimiento. [...] Para resumir, la teoría psicoanalítica o cualquiera otra debe pasar la prueba empírica (p. 318).

Sin embargo, existen algunos puntos de contacto entre el enfoque psicoanalítico, tanto en su teoría como en su metodología, y la teoría fundamentada. En principio, si bien ambas posturas difieren en la manera de tratar la subjetividad, ambas cuentan con un investigador que reconoce que el elemento humano en el análisis puede llegar a distorsionar el significado de los datos (Strauss y Corbin, 2002). En la teoría fundamentada, la solución adoptada es la profundización de la codificación de los datos a través del método de comparación constante. En el campo psicoanalítico se utiliza el propio análisis del psicoanalista para estar advertido de la existencia del inconsciente, así como de sus propias resistencias y puntos ciegos (Freud, 1912). Asimismo, el psicoanálisis recurre a las supervisiones para la praxis analítica, también tendientes a ubicar las represiones, prejuicios y sesgos del analizante. En esta línea, el analista guía la cura teniendo como faro el deseo del paciente. Al respecto, Lacan apela a “las coordenadas que el analista debe ser capaz de alcanzar simplemente para ocupar ese lugar que es el suyo, el cual se define como el lugar que él debe ofrecer vacante al deseo del paciente” (p. 125).

El énfasis de la teoría fundamentada en el poder explicativo por sobre la generalización de las categorías y conceptos centrales (Strauss y Corbin, 2002) podría conectarse con la modalidad de trabajo terapéutica del “caso por caso”, pues no existe una receta única para los tratamientos psicoanalíticos con los pacientes. De hecho, en un mismo tratamiento la transferencia puede cambiar y el analista pasa a optar por otro tipo de intervenciones. Por ejemplo, podría suceder que en la primera parte del análisis un sujeto repita en transferencia aquello reprimido, pero posteriormente se presente una transferencia salvaje que denota una irrupción pulsional por fuera de la cadena asociativa.

Una cuestión a destacar en las investigaciones de la teoría fundamentada es la importancia y el lugar que se le otorga a la opinión de los entrevistados. Como se señaló anteriormente, uno de los modos para validar los resultados es comentarles la interpretación de los datos y pedirles su opinión para ver si logran

reconocerse en dicha interpretación (Strauss y Corbin, 2002). Así, en la investigación de Barber (2012) se observa cómo los entrevistados son coconstructores de ésta. Barber (2012) les facilitó a los participantes una copia de la transcripción de la entrevista y los invitó a hacer correcciones, completar palabras que eran inaudibles y ofrecer comentarios o ideas adicionales después de recibir la transcripción. Todo este *feedback* demuestra la importancia que se le otorga en la teoría fundamentada a la palabra, a la percepción y al significado personal de las situaciones para los entrevistados. Quizás Freud fue más radical respecto de la palabra del paciente, pero parece estar en sintonía con aquello planteado por esta teoría. Freud utiliza por primera vez el término interpretación (*deutung*) en *La interpretación de los sueños*. Allí se aleja de antiguas concepciones sobre cómo interpretar los sueños, las cuales sostenían que los éstos podían predecir el futuro, pero la clave para su interpretación se encontraba en el onirocrítico. El soñante solo relataba el sueño y el saber se encontraba en quien interpretaba. Freud (1900) nos enseña que para interpretar un sueño debemos dividir al mismo en fragmentos y pedirle al paciente que asocie con cada uno de los elementos del relato del sueño. Así, su interpretación depende de la colaboración del soñante. En el mencionado texto dice Freud (1900):

La técnica que expongo en lo que sigue se aparta de la de los antiguos en un punto esencial, a saber, que defiere al propio soñante el trabajo de interpretación. No quiere tomar en cuenta lo que se le ocurre al intérprete, sino lo que se le ocurre al soñante sobre el elemento correspondiente del sueño (p. 120).

Las diferencias fundamentales, sin embargo, están en la forma en que el psicoanalista clínico puede realizar una interpretación dentro de la entrevista, en contraposición a emplearla durante el proceso de análisis de datos y en el hecho de que el objeto del psicoanálisis clínico es un sujeto en particular, mientras que el investigador cualitativo suele tener un interés social más amplio (Hollway y Jefferson, 2000). Asimismo, varias voces dentro de la literatura psicoanalítica han expresado otros aspectos en los cuales el enfoque psicoanalítico tiene la posibilidad de contribuir a la investigación cualitativa, incluyendo a la teoría fundamentada (Kvale, 1986). Por ejemplo, las entrevistas entre el investigador y el participante pueden pensarse en los términos psicoanalíticos de transferencia.

El psicoanálisis está advertido sobre la presencia de la transferencia en la relación entrevistador-entrevistado, pues ella

se manifiesta en los vínculos entre los sujetos. La transferencia es uno de los conceptos centrales del psicoanálisis, pero ella no es una creación del psicoanálisis, existe fuera de éste y se produce con la misma intensidad en distintos ámbitos, a saber: médico, laboral, educacional, etcétera.

Las tempranas relaciones con los objetos primordiales (figuras parentales) se fijarán en el sujeto como arquetipos o clisés que se repetirán con vínculos posteriores, se transferirán a nuevos lazos que ahora serán observados desde los antiguos clisés. El sujeto repetirá así parte de su biografía olvidada en diferentes situaciones, transfiriendo distintos sentimientos hacia los nuevos objetos que serán tomados como nuevos objetos de su libido. De este modo pretéritas posiciones libidinales, inhibiciones, rasgos de carácter y aquello reprimido retornarán por la vía de la transferencia entendida, desde una de sus aristas, como una formación del inconsciente (tal como los síntomas, fallidos, chistes, etcétera). La transferencia es una pieza de la repetición de aquello pasado y olvidado, pero, vale aclarar, nadie está advertido de su presencia.

Volviendo al tema del entrevistado-entrevistador, ahora anoticiados de la transferencia, será importante respecto a la construcción de las respuestas obtenidas en las investigaciones, por ejemplo, dónde ubica el entrevistado a su entrevistador. Será muy valioso el establecimiento de un vínculo de transferencia positiva, pues ella será un motor para el trabajo del entrevistado. La transferencia positiva supone confianza y posibilita la colaboración y además el despliegue de la cadena asociativa por parte de este último. En cambio, si prima la transferencia negativa se presentará el cierre de las asociaciones y cierta hostilidad para con el entrevistador.

VI. Conclusiones

El enfoque cualitativo de investigación tiene por propósito comprender la realidad social de individuos, grupos y culturas en su ambiente natural. La teoría fundamentada facilita la realización de investigaciones cualitativas emergentes que construyen una comprensión inductiva del mundo empírico a medida que se desarrollan los acontecimientos y se acumula el conocimiento. El método comparativo constante constituye el núcleo del análisis cualitativo en el enfoque de la teoría fundamentada. Este método es utilizado para desarrollar conceptos mediante la codificación y el análisis simultáneo de los datos empíricos para generar teoría.

La teoría fundamentada no puede escapar a los prejuicios, sesgos y subjetividades del investigador ni tampoco a la influencia del discurso hegemónico que predomina en el contexto en el cual tiene lugar la investigación. Por otra parte, el psicoanálisis nos advierte sobre la presencia de la transferencia en el vínculo entre el entrevistado y entrevistador. Esto seguramente condicionará las respuestas y la colaboración del entrevistado, por lo cual los datos empíricos resultan influenciados por los clisés previos de este último. Sin embargo, la teoría fundamentada no sopesa cómo la transferencia puede condicionar los datos que brinda el participante.

De todas maneras, la teoría fundamentada, particularmente cuando es informada por el constructivismo social como en el estudio de Barber, constituye una alternativa más que interesante que puede proporcionar una explicación sofisticada para un proceso, acción o interacción situado dentro de un tiempo y contexto particular mediante las interacciones entre el investigador y los participantes y fundamentada en datos empíricos.

VII. Referencias bibliográficas

- Andreu Abela J., García-Nieto, A. y Pérez Corbacho, A. M. (2007). Componentes clave de la Grounded Theory. *Evolución de la Teoría Fundamentada como técnica de análisis cualitativo*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Bachelard, G. (2000). *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*. México: Siglo XXI.
- Bain, K. (2004). *What the Best College Teachers Do*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Balsa, J. (2020). Chapter 2 The Concept of Hegemony in Discourse Analysis. *Cultural Hegemony in a Scientific World*. Leiden, The Netherlands: Brill
- Barber, J. (2012). Integration of Learning: A Grounded Theory Analysis of College Students' Learning. *American Educational Research Journal*, 49(3), pp. 590-617.

- Baxter Magolda, M. B. y King, P. M. (2007). Constructing conversations to assess meaning-making: Self-authorship interviews. *Journal of College Student Development*, 48, pp. 491-508.
- Becker, P. H. (1993). Common pitfalls of published grounded theory research. *Qualitative Health Research*, 3(2), pp. 254-260.
- Benavides, M. O. y Gómez-Restrepo, C. (2005). Métodos en investigación cualitativa: triangulación. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 34(1), pp. 118-124.
- Berger, P. L., y Luckmann, T. (1968). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Burns, M., Bally, J., Burles, M., Holtslander, L. y Peacock, S. (2022). Constructivist Grounded Theory or Interpretive Phenomenology? Methodological Choices Within Specific Study Contexts. *International Journal of Qualitative Methods*, 21.
- Charmaz, K. (2006). Grounded Theory as an Emergent Method. In S. N. Hesse-Biber & P. Leavy (Eds.), *Handbook of emergent methods* (pp. 155–170). Nueva York: The Guilford Press.
- Creswell, J. (2013). *Qualitative inquiry and research design: Choosing among five approaches*. (2nd edition). Thousand Oaks, CA: Sage Publications, Inc
- Creswell, J. W. (2003) *Research Design: Qualitative, Quantitative and Mixed Methods Approach*. 2° edición. Londres: Sage Publications.
- Creswell, J.W. (2009). The Selection of Research Design. En Creswell, J. W. *Research Design. Qualitative, Quantitative and Mix Methods Approaches*, pp. 3-19. City Road: SAGE Publications.
- Denzin, N. K. y Lincoln, Y. S. (2012). *Manual de investigación cualitativa*. Madrid: Gedisa.

- Eco, U., Culler, J., Rorty, R. y Brooke-Rose, C. (1992). En Collini, S. (Ed.). *Interpretation and Overinterpretation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fairclough, N. y Wodak, R. (1997). Critical discourse analysis. En Van Dijk, T. A. (Ed.). *Discourse as social interaction: Discourse studies: A multidisciplinary introduction*, Vol. 2, pp. 258–284. Sage Publications, Inc.
- Flick, U. (2015). *Introducing Research Methodology: A Beginner's Guide to Doing a Research Project*. 2° edición. Thousand Oaks, CA: SAGE.
- Freud, S. (1986) [1900]. La interpretación de los sueños. *Obras completas*. 2° edición. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Freud, S. (1986) [1912]. Consejos al médico sobre el tratamiento psicoanalítico. *Obras completas*. 2° edición. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Freud, S. (1986) [1925]. Algunas consecuencias psíquicas de la diferencia anatómica. *Obras completas*. 2° edición. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Glaser, B. (1978) *Theoretical Sensitivity: Advances in the Methodology of Grounded Theory*. Mill Valley: Sociology Press.
- Glaser, B. (1998). *Doing Grounded Theory: Issues and Discussions*. Mill Valley, CA: Sociology Press.
- Glaser, B. G. y Strauss, A. L. (1967). *The discovery of grounded theory: Strategies for qualitative research*. Nueva York: Routledge.
- Gobo, G., y Molle, A. (2017). *Doing Ethnography*. Vols. 1-0. City Road: SAGE Publications Ltd.
- Goetz, J. P. y LeCompte, M. D. (1984). *Ethnography and Qualitative Design in Educational Research*. Nueva York: Academic Press.
- Gramsci, A. (1980). *Selections from the prison notebooks of Antonio Gramsci*. Nueva York: International Publishers.

- Guber, R. (2011). *La etnografía. Método, campo y reflexividad*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Hacking, I. (1999). *The Social Construction of What?* Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Hollway, W. y Jefferson, T. (2000). *Doing qualitative research differently*. Londres: SAGE Publications Ltd.
- Heath, H. y Cowley, S. (2004). Developing a grounded theory approach: A comparison of Glaser and Strauss. *International Journal of Nursing Studies*, 41(2), pp. 141-150.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw Hill.
- Kvale, S. (1986). Psychoanalytic therapy as qualitative research. En Ashworth, P., Giorgi, A. y De Koning, A. (Eds). *Qualitative research in psychology*. Pittsburgh: Duquesne University Press.
- Kornblit, A. L. (2007). *Metodologías cualitativas en ciencias sociales*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- Lacan, J. (2011). *El seminario, La transferencia*. Buenos Aires: Paidós.
- Laclau, E. (2005). *On populist reason*. Nueva York: Verso Books.
- Laclau, E. (2007). *Emancipation(s)*. Nueva York: Verso Books.
- Laclau, E. y Mouffe, C. (2001). *Hegemony and socialist strategy: Towards a radical democratic politics*. Nueva York: Verso Books.
- Laudan, L. (1977). *Progress and Its Problems: Towards a Theory of Scientific Growth*. Berkeley y Los Angeles: University of California Press.
- Lewin, K. (1936). *Principles of topological psychology*. Nueva York: McGraw-Hill.

- Litowitz, D. (2000). Gramsci, Hegemony, and the Law. *BYU L. Rev*, pp. 515-551.
- Lofland, J. y Lofland, L. H. (1995). *Analyzing Social Settings: A Guide to Qualitative Observation and Analysis*. 3° edición. Belmont, CA: Wadsworth.
- Mansilla, Veronica. (2010). Assessing Student Work at Disciplinary Crossroads. *Change: The Magazine of Higher Learning*, 37, pp. 14-21.
- Marton, F. (1986). Phenomenography: A research approach to investigating different understandings of reality. *Journal of Thought*, 21(3), pp. 28-49.
- Maxwell, J. A. (2005). *Qualitative Research Design: An Interactive Approach*. Thousand Oaks, CA: SAGE Publications.
- Mendizábal, N. (2006). Los componentes del diseño flexible en la investigación cualitativa. En Vasilachis de Gialdino, I. (Coord). *Estrategias de investigación cualitativa*, pp. 65-106. Barcelona: Gedisa.
- Merriam, S. B. (2009). *Qualitative research: A guide to design and implementation*. San Francisco, CA: Jossey-Bass.
- Mertens, D. (2020). *Research and evaluation in education and Psychology: Integrating Diversity with Quantitative, Qualitative, and Mixed methods*. 5° edición. Nueva Delhi: SAGE.
- Midgley, N. (2006). Psychoanalysis and qualitative psychology: complementary or contradictory paradigms? *Qualitative Research in Psychology*, 3(3), pp. 213-231.
- Moghaddam A. (2006). Coding Issues in Grounded Theory. *Issues in Educational Research*, 16, pp. 52-66.
- Narwaya, St T. G. (2021). Discourse Analysis in the Perspective of Ernesto Laclau and Chantal Mouffe. *Journal Communication Spectrum*, 11(1), pp. 1-11.

- Norton, L. (1999). The philosophical bases of grounded theory and their implications for research practice. *Nurse Researcher*, 7(1), 31-43.
- Petracci, M. (2007). La agenda de la opinión pública a través de la discusión grupal. Una técnica de investigación cualitativa: el grupo focal. En Kornblit, A. L. *Metodologías cualitativas en ciencias sociales. Modelos y procedimientos de análisis*. Biblos: Buenos Aires.
- Poushter, J. y Kent, N. (2020). *The Global Divide on Homosexuality Persists*. Washington: Pew Research Center's Global Attitudes Project.
- Pursley-Crotteau, S., McGuire Bunting, S., y Burke Draucker, C. (2001). Grounded theory and hermeneutics: Contradictory or complementary methods of nursing research? En Schreiber, R. S. y Stern, P. N. (Eds). *Using grounded theory in nursing*, p. 191-209. Nueva York: Springer
- Rew, L., Bechtel, D. y Sapp, A. (1993). Self-as-instrument in qualitative research. *Nursing research*, 42(5), pp. 300-301.
- Ritzer, G. (1983). *Contemporary social theory*. 2° edición. New York: Alfred A. Knopf.
- Sirvent, M. T. (2003). *El proceso de investigación, las dimensiones de la metodología y la construcción del dato científico*. Buenos Aires: Cuadernos de la Oficina de Publicaciones de la Facultad de Filosofía y Letras (Opfyl).
- Sirvent, M. T. (2006). *El Proceso de Investigación. Investigación y Estadística I*. Buenos Aires: Cuadernos de la Oficina de Publicaciones de la Facultad de Filosofía y Letras (Opfyl).
- Sirvent, M. T. (2018). Desafíos epistemológicos, metodológicos y pedagógicos en relación con la naturaleza de la investigación en ciencias sociales La génesis de una investigación y su complejidad. En Reyes Suárez, A., Piovani, J. I., Potaschner, E. (coord.). *La investigación social y su práctica. Aportes Latinoamericanos a los debates metodológicos de las ciencias sociales*. Buenos Aires: Teseo.

- Sirvent, M. T. y Rigal, L. (2023). *La investigación social en educación. Diferentes caminos epistemológicos, lógicos y metodológicos de producción de conocimiento*. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- Stake, R. (1998). Case studies. En Denzin, N. y Lincoln. Y. (Eds.). *Strategies of qualitative inquiry*, pp. 86-109. Thousand Oaks, CA: Sage.
- Strauss, A. y Corbin, J. (2002). *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y Procedimientos para Desarrollar la Teoría Fundamentada*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Strauss, A. L. (1996). *Qualitative Analysis for Social Scientists*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Suárez Relinque, C., Del Moral Arroyo, G. y González Fernández, M. T. (2013). Consejos prácticos para escribir un artículo cualitativo publicable en Psicología. *Psychosocial Intervention*, 22(1), pp. 71-79.
- Todorov, T. (1982). *Symbolism and Interpretation*. Ithaca: Cornell University Press.
- Vasilachis de Gialdino, I. (2006). La investigación cualitativa. En Vasilachis de Gialdino, I. (coord.). *Estrategias de investigación cualitativa*, pp. 23-64. Barcelona: Gedisa.
- Young, R. A. y Collin, A. (2004). Introduction: Constructivism and social constructionism in the career field. *Journal of Vocational Behavior*, 64(3), 373-388.

Objeciones de Hart a la concepción de norma jurídica de Austin y Kelsen

H. L. Hart's Objections to Austin's and Kelsen's conception of the legal rule

Recibido: 6/12/2024 – **Aceptado:** 28/12/2024

Juan Bautista Líbano¹

Resumen: La filosofía del derecho ha sido un campo en constante evolución, donde pensadores y teóricos han debatido y cuestionado las bases y conceptos fundamentales de las normas legales y su función en la sociedad. Uno de los nombres más influyentes en este ámbito es Herbert Lionel Hart, cuyas objeciones a la idea de "norma jurídica" han generado un profundo impacto en la comprensión moderna de la naturaleza y función del derecho. En este trabajo se presentan las principales objeciones presentadas por Hart a la idea de "norma jurídica" de Austin y Kelsen, respecto de que se trata de una amenaza respaldada por una amenaza.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, norma, Hart, Kelsen

Abstract: Philosophy of law has been a continuously evolving field, where thinkers and theorists have debated and questioned the foundational concepts of legal norms and their role in society. One of the most influential scholars in this realm is Herbert Lionel Hart, whose objections to the idea of a "legal norm" have had a profound impact on the modern understanding of the nature and function of law. This paper outlines the main objections presented by Hart to the concept of a "legal norm" proposed by Austin and Kelsen, arguing that it is a command backed by a threat.

Keywords: Philosophy of Law, legal rule, Hart, Kelsen

¹ Abogado. Filósofo. Profesor Titular, Facultad de Derecho, UFLO. Presidente de la Asociación de Pensamiento e Investigación Social (APIS) Director del Laboratorio de Criminología.

1. Introducción

Herbert Hart, prominente filósofo del derecho del siglo XX, es conocido por su obra seminal "El Concepto de Derecho" publicada en 1961. En esta obra, Hart desarrolló una teoría innovadora que desafió las concepciones tradicionales de las normas jurídicas y propuso una perspectiva más compleja y matizada. En una brevísima síntesis, Hart desarrolló la teoría del positivismo jurídico, argumentando que la validez del derecho no depende de su contenido moral, sino de su aceptación por parte de la sociedad, y distinguió entre reglas primarias, que imponen deberes y derechos, y reglas secundarias, que establecen procedimientos para crear, modificar o extinguir las reglas primarias. Sin dudas, su enfoque analítico y su énfasis en la importancia de las reglas sociales en la creación del derecho han dejado una marca duradera en la filosofía jurídica contemporánea.

Ahora bien, en lo que aquí interesa, Hart cuestiona la noción tradicional de Austin y Kelsen de que las normas jurídicas se sustentan en la amenaza de sanciones coercitivas. Es decir, si bien reconoce que las sanciones son un elemento importante en la aplicación del derecho, sostiene que la mera existencia de sanciones no es suficiente para definir una norma jurídica. Más bien, argumenta que las normas jurídicas deben ser vistas en términos de reglas que guían el comportamiento, más que como comandos respaldados por amenazas. Bajo este esquema introduce el concepto de la "perspectiva interna", que implica que para comprender plenamente una norma jurídica, es necesario considerar cómo los individuos dentro de la sociedad la ven y la obedecen. Esto contrasta con la perspectiva externa que se centra en las sanciones y la autoridad, porque esta idea subraya la importancia de la aceptación social y la internalización de las normas como componentes esenciales de la legitimidad del sistema legal.

Estas objeciones de Herbert Hart a la idea de "norma jurídica" propuesta por Austin y Kelsen han dejado una marca indeleble en la filosofía del derecho. Su enfoque en la complejidad de las normas legales y su interacción con las instituciones y la sociedad ha influido en teóricos posteriores y ha enriquecido el debate sobre la naturaleza y función del derecho. Sin dudas, constituyen la base de la distinción que realiza entre reglas primarias y secundarias, así como el énfasis en la perspectiva interna, que han proporcionado herramientas conceptuales poderosas para comprender cómo opera el sistema legal en la realidad.

Por todo ello, en este trabajo se exploran las objeciones fundamentales que Herbert Lionel Hart plantea en relación con la noción de "norma jurídica", argumentando que estas objeciones han desempeñado un papel significativo en la evolución del pensamiento jurídico. Hart dirige críticas particularmente incisivas hacia las concepciones de la "norma jurídica" propuestas por figuras destacadas como Austin y Kelsen, cuestionando la noción de que esta se basa en una amenaza respaldada por una amenaza. Su análisis desentraña las limitaciones de estas perspectivas al sugerir que la validez del derecho no se sustenta simplemente en la coerción, sino en la aceptación generalizada por parte de la sociedad. Este enfoque desafiante de Hart ha influido significativamente en la teoría jurídica contemporánea, proporcionando una base para la reconsideración de las concepciones tradicionales sobre la naturaleza y la autoridad de las normas jurídicas.

2. Muchos positivimos

Dentro de las perspectivas convencionalistas, el positivismo jurídico es la teoría que recluta el mayor número de adherentes y defensores en el ámbito de la filosofía del derecho contemporáneo. Una porción significativa del dominio que el positivismo jurídico ha ejercido entre los teóricos del derecho se debe, sin lugar a dudas, a la obra y figura del jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973), uno de los más importantes teóricos del derecho del siglo XX. En su libro seminal *Teoría Pura del Derecho*, y bajo el fuerte influjo del neokantismo² y la obra de Vaihinger³, Kelsen presentó las

² El neokantismo es un movimiento filosófico que surgió en el siglo XIX como un intento de revitalizar y reinterpretar las ideas del filósofo Immanuel Kant. Centrado en la crítica a las bases del conocimiento, el neokantismo enfatiza la importancia de la epistemología y la ética, así como la distinción entre el mundo fenoménico y el nouménico. Los neokantianos buscaban desarrollar un enfoque riguroso y científico para el estudio de la filosofía, destacando la necesidad de estructuras conceptuales claras y la independencia de las influencias metafísicas. A través de diversas corrientes y adaptaciones, el neokantismo dejó una marca significativa en la filosofía contemporánea y su influencia se puede rastrear en áreas como la teoría del conocimiento, la ética y la filosofía de la ciencia.

³ Hans Vaihinger (Nehren, Alemania, 25 de septiembre de 1852 – Halle, Alemania, 18 de diciembre de 1933) fue un filósofo alemán, conocido como un estudioso de Kant y por su *filosofía del «como si»*. Discutió que los seres humanos nunca pueden saber realmente la realidad subyacente del mundo, y que como resultado construyen sistemas de pensamiento y asumen que estos encajan con la realidad: nos comportamos "como si" el mundo encajara en nuestros modelos. En particular, usó ejemplos de las ciencias físicas, como los protones, los electrones, y las ondas

tesis fundamentales del positivismo jurídico que luego desarrollaría con rigor en varios trabajos posteriores.

Ahora bien, el trabajo de Kelsen recibió muchas críticas desde diferentes ángulos y frentes, no sólo de parte de los defensores del derecho natural, sino que también de conspicuos positivistas como H. L. A. Hart y Joseph Raz, y de otros autores como Alf Ross y Ronald Dworkin, que obligaron a los partidarios del positivismo jurídico a un replanteamiento de las ideas originales. Por ejemplo, H. L. A. Hart y Joseph Raz cuestionan la rigidez de la teoría puramente normativa y jerárquica de Kelsen, argumentando que su énfasis en una estructura normativa sin contenido material es insuficiente para explicar la complejidad y la realidad de los sistemas legales. Hart, por ejemplo, sostiene que Kelsen no aborda adecuadamente la conexión entre el derecho y la moral, mientras que Raz critica la falta de un criterio sustantivo para determinar la validez de las normas. Además, autores como Alf Ross han señalado la falta de flexibilidad de la teoría kelseniana frente a los desafíos prácticos, mientras que Ronald Dworkin ha argumentado en contra de la separación radical entre el derecho y la moral propuesta por Kelsen, abogando por una concepción más integrada de ambos ámbitos en su teoría del derecho como integridad. Estas críticas revelan las tensiones fundamentales dentro del positivismo jurídico y han contribuido a enriquecer el debate sobre la naturaleza y la función del derecho.

Uno de los resultados de este debate ha dado lugar a la distinción actual entre positivismo jurídico incluyente y excluyente. El dilema en torno a la incorporación de la moral en el derecho plantea una cuestión fundamental sobre la relación entre normas éticas y normas legales en una sociedad. Este debate pone de relieve la tensión entre la necesidad de establecer un marco legal que promueva la convivencia y la justicia, y la diversidad de valores morales individuales y culturales. Mientras algunos argumentan que el derecho debe reflejar principios morales compartidos para ser legítimo y efectivo, otros sostienen que la ley debería mantenerse neutral respecto a las perspectivas éticas y centrarse en la protección de derechos y libertades básicas. En última instancia, este dilema plantea interrogantes sobre cómo equilibrar la autoridad del sistema legal con la

electromagnéticas. Ninguno de estos fenómenos ha sido observado directamente, pero la ciencia aparenta que existen, y usa observaciones hechas en estas suposiciones para crear nuevas y mejores estructuras. Uno no puede nunca estar seguro de que el mundo siga existiendo mañana, pero normalmente asumimos que así será. Alfred Adler, el fundador de la Psicología individual, estuvo profundamente influenciado por la teoría de ficciones de Vaihinger.

autonomía moral de las personas, y cómo lograr una coexistencia armoniosa entre las esferas jurídica y ética en una sociedad pluralista.

En concreto, las posturas del positivismo jurídico incluyente y el positivismo jurídico excluyente representan dos enfoques contrastantes en relación con la incorporación de la moral en el ámbito del derecho. El positivismo jurídico incluyente reconoce la influencia de valores y principios morales en la creación y aplicación de las leyes, sosteniendo que existe una conexión intrínseca entre la moral y el derecho, aunque manteniendo una separación conceptual entre ambos. Desde esta perspectiva, la validez de una norma legal no solo se basa en su origen en la autoridad competente, sino también en su coherencia con ciertos valores éticos. Por otro lado, el positivismo jurídico excluyente argumenta que la moralidad debe mantenerse al margen del derecho, enfatizando la idea de que la legalidad se deriva exclusivamente de fuentes positivas como la legislación y la costumbre. Desde esta posición, una norma es válida simplemente porque ha sido promulgada por una autoridad competente, independientemente de su contenido moral.

Estas dos posturas reflejan el debate sobre la relación entre la moral y el derecho, cuestionando hasta qué punto deben interactuar y cómo deberían influirse mutuamente en el contexto legal. Hart, en su teoría del derecho, abordó la compleja relación entre la moral y el derecho de manera más matizada que sus predecesores. A diferencia de la separación radical propuesta por positivistas como Austin, Hart defendió una posición intermedia. Sostuvo que mientras algunas normas jurídicas pueden estar influenciadas por consideraciones morales, no todas las normas legales tienen una conexión necesaria con la moralidad. En su respuesta a Dworkin contenida en su *Postscript* llama a su positivismo como *soft-positivism*, concluyendo que la incorporación de la moral al derecho no implica renunciar a una concepción positivista de este último.⁴

⁴ Jules Coleman denomina a su perspectiva “positivismo incorporacionista”, que resume en dos tesis: (a) la tesis negativa, que mantiene la separación entre el derecho y la moral y, por ende, la no conexión necesaria entre ambos; y (b) la tesis positiva, según la cual ni la existencia de controversias en torno a la regla de reconocimiento ni el recurso a la moral para la determinación de las normas jurídicas, son incompatibles con la naturaleza convencional del derecho. Wilfrid Waluchow, por su parte, habla de positivismo “incluyente” para denotar su perspectiva. En lo que refiere a la regla de reconocimiento, el argumento principal de Waluchow es que muchos sistemas jurídicos incluyen criterios materiales de validez, los que hacen referencia o están relacionados con estándares morales. Y en lo que toca al contenido de las normas, defiende

Hart luego introdujo el concepto de "reglas primarias" y "reglas secundarias" para explicar cómo funciona el sistema legal: las reglas primarias prescriben y prohíben comportamientos, mientras que las reglas secundarias establecen cómo se crean, modifican y aplican las reglas primarias. Aunque Hart reconoció que algunos elementos morales pueden filtrarse en el derecho, su enfoque se centró en el análisis de cómo las reglas legales operan en la práctica y cómo la sociedad las percibe, sin perderse en debates sobre la moralidad subyacente. En general, la posición de Hart marcó un paso hacia una comprensión más sofisticada y contextualizada de la interacción entre la moral y el derecho en el tejido social.

En lo que sigue nos ocuparemos brevemente de las teorías de Austin, Kelsen y Hart, para ver la crítica que dirige esta última a la noción de "norma jurídica" de los dos primeros.

3. La concepción de J. Austin

Para John Austin, un influyente jurista y teórico del positivismo jurídico, la aproximación a la pregunta "¿qué es el Derecho?" resulta imprescindible antes identificar qué tipo de ley se pretende definir. En este sentido, afirma que existen distintos tipos de leyes, y que siempre hay un "deseo" que las motiva. Luego, a partir de su clasificación de los distintos tipos de leyes, elabora su teoría de los mandatos, y construye su propio concepto de Derecho⁵. Para Austin el derecho se

que éstas también incluyen conceptos cuya definición exige acudir a una deliberación moral. Otros ilustres representantes del positivismo incluyente, cuyas ideas no podemos desarrollar acá, son el positivismo "corregido" de Gregorio Peces Barba, el positivismo "presuntivo" de Frederick Schauer, y el positivismo "sofisticado" de Roger Shiner. En la vereda opuesta se encuentran los defensores del positivismo jurídico excluyente, cuyos exponentes principales son Joseph Raz, Andrei Marmor y Scott Shapiro. La tesis común a estos autores es la exclusión de la moral del catálogo de posibles fuentes del derecho.

⁵ John Austin, en su teoría del derecho, distinguió entre diferentes tipos de leyes con base en su origen y su relación con la autoridad soberana. Según Austin, existen tres tipos principales de leyes: leyes positivas, leyes divinas y leyes naturales. Las leyes positivas son aquellas creadas y promulgadas por una autoridad política reconocida, como el gobierno de un país, y su validez deriva de esta autoridad. Las leyes divinas son consideradas como preceptos provenientes de una fuente religiosa o divina, y su fundamento se encuentra en la voluntad de Dios o en principios religiosos. Por último, las leyes naturales son las reglas que, según Austin, rigen la conducta humana en virtud de la naturaleza misma del ser humano y su razón. Aunque Austin dio mayor énfasis a las leyes positivas como objeto central de estudio en su teoría, su distinción entre estos tipos de leyes proporcionó un marco para comprender cómo diferentes fuentes de autoridad influyen en la formación y aplicación de normas legales.

compone de leyes en sentido estricto, que son mandatos establecidos por un soberano, respaldados por una sanción. En este sentido, es el elemento del mandato el que resulta crucial para su pensamiento, y por eso el concepto del derecho expresado por él es a veces descrito como “teoría imperativista del derecho”⁶.

Siguiendo a Austin, las normas jurídicas siempre especifican un “sujeto”, destinatario de la orden, el “acto” que debe realizarse, y la “ocasión” en que tal acto debe realizarse. Además, existe un operador imperativo que es el que ordena a los sujetos realizar el acto en cuestión en la ocasión especificada. Es decir, la teoría de John Austin, en este sentido, postula que las normas jurídicas se caracterizan por su estructura imperativa y prescriptiva, y las mismas que presentan elementos esenciales que incluyen la especificación de un “sujeto” claramente identificado, es decir, la persona o grupo a quien se dirige la orden. Asimismo, la norma detalla el “acto” que debe llevarse a cabo, describiendo la conducta o acción requerida por la norma. Otro elemento crucial es la delimitación de la “ocasión” precisa en la cual el acto debe realizarse, proporcionando un marco temporal o situacional para su ejecución. En este contexto, Austin introduce el concepto de un “operador imperativo”, que actúa como el mandato o la orden en sí misma, indicando de manera directa la obligación que recae sobre el sujeto de llevar a cabo el acto en la ocasión específica. Estos elementos conforman la estructura básica de las normas jurídicas según la perspectiva de Austin, y su enfoque ha influido en gran medida en el desarrollo de la teoría legal positivista.

Ahora bien, Austin defendió una postura excluyente en relación con la incorporación de la moral en el derecho. En su enfoque, Austin argumentó que las normas legales son comandos emanados de una autoridad soberana y que su validez no depende de su contenido moral, sino de su origen

⁶ La teoría imperativista del derecho es un enfoque que sostiene que las normas legales pueden entenderse como imperativos o mandatos que imponen obligaciones y prohibiciones a la sociedad. Según esta teoría, las leyes no son simplemente descripciones de hechos o expresiones de valores, sino que constituyen comandos respaldados por la autoridad del Estado. Esta perspectiva se basa en la premisa de que el derecho tiene una naturaleza imperativa y coercitiva, ya que su cumplimiento es asegurado por la posibilidad de sanciones o castigos para quienes no obedezcan las normas establecidas. En el marco de la teoría imperativista, las normas legales se consideran instrucciones claras y vinculantes que regulan el comportamiento de los individuos en una sociedad y son emitidas por la autoridad competente. Aunque esta teoría ofrece una forma directa de comprender la relación entre el derecho y la coerción, también ha sido objeto de críticas y refinamientos, ya que puede simplificar en exceso la naturaleza compleja y multifacética del sistema legal.

en la voluntad de esa autoridad. Para Austin, la moralidad y el derecho son esferas independientes y separadas, y la única conexión necesaria entre ambas es que el derecho puede imponer sanciones coercitivas para asegurar el cumplimiento de las normas legales. Austin afirmó que los juicios morales son irrelevantes para determinar la validez de las leyes y que la función del jurista es analizar y describir el derecho tal como es, sin involucrarse en cuestiones morales. La postura de Austin refleja la rigidez del positivismo jurídico excluyente y subraya su énfasis en la separación entre la legalidad y la moralidad en la teoría del derecho.

Habiendo llegado a este punto podríamos pensar que para Austin los mandatos jurídicos tienen su origen en la voluntad del soberano, que es quien dicta las normas. En este sentido, la teoría jurídica de John Austin, el concepto de "soberano" desempeña un papel central y define la fuente última de autoridad en un sistema legal. Sin embargo, vale aclarar que hoy la figura del "soberano" no se ajusta a lo que él tenía en mente. Según Austin, el soberano es la entidad o individuo que posee el poder supremo para crear, modificar y derogar leyes, sin estar sujeto a ninguna autoridad superior. El soberano ejerce su autoridad de manera absoluta y su voluntad se convierte en ley por el simple hecho de su promulgación. En este sentido, en la perspectiva de John Austin, el término "soberano" se refiere a la autoridad suprema y última en un sistema legal y político. El soberano es la entidad o individuo que tiene el poder de crear y modificar leyes, así como de imponer sanciones coercitivas para asegurar el cumplimiento de dichas leyes. Para Austin, la existencia de un soberano es esencial para la validez y la autoridad de las normas legales. El soberano no está sujeto a ninguna autoridad superior y su voluntad se convierte en ley simplemente por ser promulgada. Esta concepción de la soberanía se alinea con el enfoque del positivismo jurídico, que busca identificar la base formal y estructural del derecho en la autoridad de un poder político supremo, sin recurrir a consideraciones morales o metafísicas.

En resumen, Austin enfatiza que el soberano no está limitado por ningún tipo de restricción moral, ética o divina; su autoridad emana de su capacidad para imponer sanciones coercitivas y su dominio sobre un territorio y su población. En este contexto, el concepto de soberanía en Austin refleja la esencia del positivismo jurídico, que busca identificar y analizar las fuentes formales y estructurales del derecho sin consideraciones respecto a su contenido moral o valorativo.

4. La concepción de Kelsen

Hans Kelsen se mantiene dentro de la tradición positivista, y su objetivo era identificar la esencia de las leyes. En este sentido, le preocupaba saber qué es lo que convertía algo en ley, y para responder a esta pregunta construyó un sistema con diversas partes, que se encuentran unidas como eslabones de una cadena. Más allá de las variantes que puede adoptar la postura teórica del positivismo respecto del Derecho, es claro que si seguimos a Kelsen no se puede considerar el valor moral del sistema jurídico. Más bien, como veremos, en su teoría el acento va a estar puesto en la validez jurídica de la norma, es decir, en si fue creada mediante un proceso previamente determinado.

Ahora bien, para entrar en su sistema debemos entender a las leyes como proposiciones (instrucciones) para los funcionarios encargados de aplicar la ley. La teoría del mandato (de Austin) es reemplazada en Kelsen por una teoría de las leyes como órdenes dirigidas a funcionarios. Los funcionarios encargados de la aplicación del Derecho entonces serían los destinatarios privilegiados de la ley, los jueces podrían constituir el ejemplo más concreto. No obstante, hay que aclarar que Kelsen en sus últimos escritos mostró una creciente aceptación del significado de la ley como orientación para los ciudadanos.

En lo que hace al estudio de la norma, para Kelsen estas están fijadas para proporcionar un estándar mediante el cual se juzguen actos. Las normas, de este modo, convierten las simples acciones de los hombres en actos jurídicos. En este sentido, una norma puede ser entendida como una expresión o intención: un individuo (o entidad) desea que otro actúe de una manera determinada en unas circunstancias específicas.⁷ Lo que caracteriza a una norma jurídica, para Kelsen, es su lenguaje prescriptivo. La noción de “deber” es la base de su teoría. Sin embargo, existen otro tipo de leyes, por ejemplo, las que otorgan o delegan poder, al advertir esto Kelsen reconoció que además de las leyes que exigen ciertos actos, existen las que autorizan o permiten actos específicos.⁸

⁷ Hans Kelsen define la "norma" como la unidad básica y fundamental en la estructura del derecho. Según su concepción, una norma es una prescripción que establece una determinada conducta como obligatoria o permitida en una sociedad.

⁸ Kelsen distingue entre normas primarias y secundarias: las normas primarias son aquellas que regulan directamente el comportamiento de las personas, mientras que las normas secundarias son las que establecen cómo se crean, modifican y aplican las normas primarias. Kelsen considera que estas normas forman un sistema jerárquico y escalonado en el que una norma superior autoriza o legitima la existencia de normas inferiores. La teoría normativa de Kelsen es fundamental en su enfoque de la teoría pura del derecho, ya que le permite analizar el sistema legal como un

Por otro lado, otro concepto central es el de “validez”. La validez de una norma para Kelsen depende de la validez de la norma bajo la cual fue establecida la ley que el acusado ha infringido. La validez de una norma depende entonces de la validez de otra norma, formando toda la serie una especie de jerarquía ascendente.⁹ En el último nivel se encuentra la Constitución o norma fundamental, que es un punto más allá del cual no se puede ir. No nos podemos remontar a una norma anterior, por lo que la validez de esa norma no está en disputa, es presupuesta.¹⁰ En resumen, para Kelsen las normas que forman cualquier sistema jurídico se pueden considerar válidas presuponiendo la validez de la norma fundamental. Por eso, la validez de una norma depende de otra norma superior y, en última instancia, de la norma que está en la base de la Constitución.

Es de destacar que la validez moral del régimen jurídico no es considerada en absoluto. La validez de la norma fundamental se asume, y las normas que provienen de esta (los mandatos acompañados de un imperativo) deben ser cumplidas para que sea eficaz. La “eficacia” es otro de los términos que está en la base de la teoría de Kelsen.¹¹ Una

conjunto de normas interconectadas, independientemente de su contenido o valor moral.

⁹ Para Hans Kelsen, el concepto de “validez” en el contexto del derecho se refiere a la conformidad de una norma con otras normas dentro de la jerarquía del sistema legal. La validez no se deriva de criterios externos, como la moral o la utilidad, sino que está intrínsecamente ligada a la estructura interna del sistema jurídico. Una norma es válida si se crea de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos en normas de rango superior, como una Constitución. Kelsen enfatiza que la validez no está relacionada con la eficacia o el cumplimiento de una norma, sino con su colocación correcta dentro de la jerarquía normativa. Además, el concepto de validez en la teoría kelseniana establece una noción puramente formal, alejada de juicios de valor y juicios sobre la moralidad de las normas. Este enfoque en la validez como un aspecto formal y estructural del derecho es fundamental en la construcción de su teoría pura del derecho.

¹⁰ La “norma fundamental” es un concepto esencial en la teoría jurídica de Hans Kelsen, que representa el fundamento último de validez para todo el sistema legal. También conocida como “hipótesis fundamental” o “norma básica”, esta idea sostiene que la validez de todas las normas dentro de un ordenamiento jurídico depende de su conformidad con esta norma fundamental. Sin embargo, la norma fundamental no es una norma positiva que pueda encontrarse en un texto legal; más bien, es una hipótesis teórica necesaria para dar coherencia al sistema legal. Kelsen comparó la norma fundamental con una regla de reconocimiento, una norma secundaria que establece cómo se identifican y reconocen las normas válidas en un sistema jurídico. Aunque el concepto puede parecer abstracto, la norma fundamental de Kelsen cumple una función crucial al proporcionar un vínculo conceptual que conecta y legitima todas las normas en un ordenamiento legal, independientemente de su contenido específico.

¹¹ En la teoría legal de Hans Kelsen, el concepto de “eficacia” se refiere al aspecto de una norma que se relaciona con su observancia y cumplimiento

norma es eficaz si se obedecen las reglas que se pueden deducir de ella, o si en caso de no ser obedecida, los funcionarios toman medidas específicas ante la desobediencia.

Kelsen, bajo estos presupuestos, define al Derecho como un sistema de coerción que impone normas establecidas por actos humanos de acuerdo con una Constitución. La eficacia de las normas es la que otorga validez a la norma fundamental. El sistema de normas puede ser visualizado en forma de pirámide, situando en la cúspide a la norma fundamental. Desde arriba hacia abajo las normas se concretan, es decir, se vuelven menos generales y más específicas (de general a particular). Por otro lado, Kelsen se pregunta qué es lo que tienen en común el derecho de los antiguos babilonios y el derecho contemporáneo de los Estados Unidos. Su respuesta es que en ambos casos se trata de “una técnica social que consiste en obtener comportamientos deseados por medio de la amenaza de sanciones coercitivas”. En un contexto de nítida separación entre los reinos del ser (*Sein*) y del deber ser (*Sollen*), Kelsen aclara enfáticamente que este último en ningún caso posee un contenido de tipo moral.¹²

Se comprende de esta manera que en una teoría donde el “deber ser” consiste en una relación puramente lógica entre norma, enunciado normativo y conducta, el concepto de

en la práctica social. Aunque la eficacia es importante para determinar cómo las normas influyen en el comportamiento humano y en la estructura de la sociedad, Kelsen distingue claramente entre la eficacia y la validez de una norma. Mientras que la validez se deriva de la posición jerárquica dentro del sistema normativo y su conformidad con la norma fundamental, la eficacia se relaciona con la realidad empírica de cómo las normas son aplicadas y respetadas en la sociedad. Kelsen argumenta que la eficacia de una norma no es un criterio para su validez, ya que una norma puede ser válida incluso si no es completamente eficaz en su aplicación. Esta separación entre eficacia y validez es un aspecto fundamental de la teoría pura del derecho de Kelsen, que busca analizar el derecho de manera despojada de consideraciones extrajurídicas.

¹² En la filosofía del derecho de Hans Kelsen, el concepto de "deber ser" desempeña un papel crucial al distinguir la normatividad propia del ámbito legal. Kelsen argumenta que el derecho no debe ser confundido con descripciones empíricas de hechos, sino que se centra en establecer cómo deben ser las cosas, es decir, en las normas que regulan la conducta humana. El "deber ser" refleja la naturaleza prescriptiva de las normas legales, que indican cómo deben comportarse las personas en la sociedad, en contraposición a las afirmaciones sobre cómo son los hechos en el mundo. Kelsen busca aislar la esencia normativa del derecho, alejándose de juicios de valor y de cuestiones metafísicas, y enfocándose en la estructura y función de las normas en sí mismas. En este sentido, el "deber ser" es una característica intrínseca del sistema legal, y su análisis riguroso es fundamental para la comprensión de su teoría pura del derecho.

validez adquiriera una importancia fundamental. En este sentido, según Kelsen una norma jurídica válida sólo puede ser concebida en el contexto de un sistema de normas válido. Es importante precisar que para Kelsen las normas importan deberes, pero no en el sentido moral, sino en un sentido jurídico-objetivo. La teoría pura de Kelsen considera la existencia de una norma hipotética fundamental que constituye la premisa mayor de todo el sistema jurídico, en el sentido de que la validez de todas las demás normas se derivan de ella y, por su parte, ella misma no es generada por ninguna otra norma, pues se *presupone*.

En concreto, uno de los pilares de su enfoque radica en el análisis "puro" del derecho, caracterizado por despojar a la teoría legal de consideraciones metafísicas o referencias a un hipotético derecho natural. Kelsen defendió la separación radical entre el derecho y la moral, argumentando que la validez y la eficacia de las normas jurídicas deben evaluarse sin confundir criterios éticos. Para él, el único derecho existente es el derecho positivo, el que es, en contraste con concepciones que enfocan en el derecho que debería ser. Este enfoque también le llevó a concebir el derecho como una realidad normativa, construida por un entramado de normas interconectadas. En este sentido, estableció una distinción clave entre los reinos del ser y del deber ser, separando las leyes naturales, regidas por la causalidad, de las normas que regulan la conducta humana, basadas en la imputación. Su noción de eficacia de una norma separada de su validez desafió percepciones convencionales: una norma puede ser válida por haber sido creada de acuerdo con un procedimiento formal previsto, independientemente de su aplicación práctica. Kelsen rechazó dualismos conceptuales, como el contraste entre derecho positivo y derecho natural, al igual que la dicotomía entre derecho público y privado o entre derecho objetivo y subjetivo.

Por todo esto, una de las distinciones cruciales que promovió Kelsen es la diferencia entre la Filosofía del Derecho y la Teoría del Derecho. Mientras la primera aborda cuestiones de justicia y puede considerarse una rama de la filosofía moral, la segunda se enfoca en el derecho tal como es en la práctica, es decir, el derecho positivo. Su objetivo es analizar la estructura y conceptos fundamentales del conocimiento legal, proporcionando una base teórica para comprender el sistema jurídico en su conjunto. En resumen, los aportes de Kelsen resaltan la necesidad de abordar el derecho desde una perspectiva despojada de suposiciones metafísicas y morales, destacando la importancia del derecho positivo y las normas en su configuración. Su enfoque metodológico y sus análisis

han dejado una marca perdurable en la filosofía y teoría del derecho, transformando nuestra comprensión de la naturaleza y la estructura del sistema legal.

5. La postura de Hart

Herbert Lionel Hart, en su crítica a la concepción de John Austin acerca de las normas legales, introduce un enfoque más matizado y complejo sobre la naturaleza del derecho. A diferencia de Austin, quien consideraba las normas como simples órdenes respaldadas por amenazas o mandatos emanados de una autoridad soberana, Hart cuestiona esta visión simplista. En lugar de reducir el derecho a comandos coercitivos, Hart sostiene que las normas jurídicas no pueden ser completamente comprendidas desde esta perspectiva unidimensional. Hart argumenta que el análisis de Austin no logra dar cuenta de la diversidad y complejidad inherente al sistema jurídico, ya que este último abarca no solo comandos imperativos, sino también reglas secundarias que establecen procedimientos para la creación y modificación de normas, así como la adjudicación de conflictos legales. En su obra destacada, "El concepto de derecho", Hart propone una teoría del positivismo jurídico que destaca la importancia de la aceptación social y la reglamentación interna en la validez de las normas, ofreciendo así una visión más sofisticada y completa de la naturaleza del derecho.

En este sentido, Hart desafía la visión simplista de las leyes como simples órdenes respaldadas por amenazas, proponiendo una perspectiva más sofisticada y contextualizada. En primer lugar, señala que esta concepción no puede aplicarse de manera uniforme a todas las leyes, especialmente a las leyes civiles, que no siempre se expresan como comandos directos con amenazas de coerción. Hart destaca la diversidad de funciones y formas que asumen las leyes en una sociedad compleja, incluyendo no solo mandatos imperativos, sino también normas que regulan acuerdos contractuales, establecen derechos y deberes, y proporcionan marcos legales para la resolución de disputas. En segundo lugar, Hart destaca la diferencia fundamental con respecto a la perspectiva de Austin en cuanto a la aplicabilidad de las leyes. Mientras que en la visión de Austin el soberano está excluido de las leyes que él mismo establece, Hart sostiene que todos los individuos están comprendidos por las leyes, incluidos aquellos que participan en su creación. Este enfoque más inclusivo reconoce que la autoridad legal no se sitúa fuera de la comunidad, sino que es internalizada por todos los miembros de la sociedad. Finalmente, Hart subraya que la génesis de una ley difiere significativamente de la generación

de una amenaza. Mientras que las amenazas suelen emanar de un individuo o entidad con poder coercitivo, las leyes emergen de procesos legislativos más complejos que involucran debates, votaciones y la participación de múltiples actores. Este análisis pionero de Hart destaca la necesidad de una comprensión más matizada y contextual del funcionamiento de las leyes en una sociedad, superando la simple noción de órdenes respaldadas por amenazas propuesta por Austin.

Por ello, Hart sostiene de manera contundente que el derecho no puede ser simplificado a una única clase de normas con un contenido uniforme. A diferencia de la concepción restringida de las normas coercitivas que imponen obligaciones o prohibiciones, Hart destaca la existencia de otras normas que desempeñan roles distintos y contribuyen a la función social del derecho. En este sentido, señala que hay normas que rigen la realización de "acuerdos jurídicos", los cuales poseen efectos que pueden hacerse valer ante otras personas. Estos acuerdos jurídicos, como contratos, testamentos y matrimonios, no se limitan a establecer obligaciones o prohibiciones, sino que, de manera fundamental, reconocen u otorgan facultades y poderes para realizar ciertos actos. Estas reglas no imponen restricciones, sino que, en cambio, confieren la capacidad de crear y extinguir obligaciones, marcando así una diferencia crucial con las normas coercitivas. En este sentido, Hart introduce una visión más amplia y compleja del derecho, reconociendo su capacidad no solo para imponer deberes, sino también para facultar y regular las interacciones sociales de manera variada y multifacética.

Cuando incorporamos reglas que confieren facultades al lenguaje normativo, surge un vocabulario enriquecido con términos como "validez", "nulidad" y "efecto jurídico". Para comprender la distinción en la función de estas reglas, es esencial reconocer que aquellas que otorgan facultades no son susceptibles de ser "transgredidas" de la misma manera que las normas coercitivas. En este contexto, la inobservancia de las formalidades establecidas para un testamento o un matrimonio no constituye una violación de la ley, sino que simplemente impide la existencia de dichos actos jurídicos. La falta de cumplimiento de estas formas no se interpreta como una infracción, sino como la ausencia de una situación que pueda tener efectos jurídicos oponibles a terceros. Este matiz es ejemplificado por la situación de quienes conviven sin contraer matrimonio legal. Aunque pueda considerarse injusto que las parejas casadas y las no casadas no gocen de los mismos derechos, desde la perspectiva del derecho, la

convivencia sin formalizar el matrimonio no constituye una violación de normas, sino más bien una diferencia en las consecuencias legales. En este caso, no se trata de una transgresión de la ley, sino de la falta de entrada en una situación específica con efectos jurídicos reconocidos, como el estatus de heredero. Es crucial reconocer estos matices para comprender la complejidad del derecho en su capacidad para regular no sólo las obligaciones y prohibiciones, sino también las facultades y las relaciones que dan forma a las interacciones sociales.

Vale resaltar que Hart presenta dos objeciones fundamentales para refutar la idea de que la nulidad constituye un castigo. En primer lugar, sostiene que la nulidad no puede ser categorizada como inherentemente mala o punitiva, ya que en ciertos casos puede incluso considerarse beneficiosa. Esta perspectiva desafía la noción tradicional de que las sanciones, por definición, deben ser perjudiciales para aquellos que las experimentan. En el contexto de la nulidad, Hart señala que su aplicación no siempre implica un perjuicio para el individuo, ya que en algunos casos puede resultar en beneficios o consecuencias deseables. Por ejemplo, la nulidad de un contrato puede liberar a las partes de compromisos onerosos o desventajosos, actuando así en su favor.

La segunda objeción de Hart va más allá al cuestionar la equiparación estructural entre distintos tipos de normas, particularmente entre las coercitivas y las facultativas. Argumenta que la nulidad, como consecuencia de no cumplir con las formas prescritas para un acto jurídico, no sigue la misma lógica de las sanciones coercitivas que imponen deberes u obligaciones. La nulidad, en cambio, se deriva de reglas facultativas que confieren poderes y facultades. En este sentido, Hart destaca las diferencias estructurales inherentes a las normas coercitivas y facultativas, sosteniendo que la nulidad no se ajusta al modelo clásico de sanción, ya que no impone un castigo propiamente dicho, sino que refleja la falta de cumplimiento de ciertos requisitos normativos específicos. Estas objeciones de Hart contribuyen a una comprensión más matizada de la naturaleza de la nulidad y su relación con el concepto de castigo en el marco del pensamiento jurídico.

En las normas que establecen prohibiciones, se presenta una estructura dual que comprende tanto la prohibición de realizar ciertas acciones como la sanción asociada a la transgresión de dicha prohibición. Esta división clara entre la acción prohibida y la consecuencia punitiva es evidente en diversas normas legales que imponen deberes y restricciones. Por otro lado, en las normas que otorgan facultades para la

creación de obligaciones, se observa una singularidad estructural: en lugar de dos elementos distintos, estas normas consisten en un solo componente que detalla exactamente cómo se generan nuevos derechos y obligaciones. Este contraste subraya la diferencia esencial entre la naturaleza y función de las normas prohibitivas y las facultativas. Mientras que las primeras establecen límites y sanciones, las segundas proporcionan directrices precisas sobre cómo se pueden crear derechos y obligaciones, destacando la importancia de los procedimientos y condiciones en la formación de actos jurídicos válidos. Este análisis contribuye a una comprensión más profunda de la diversidad estructural de las normas jurídicas y sus roles en la regulación de la conducta en sociedad.

Por otro lado, Hart también plantea una objeción significativa en relación con el origen de las normas, particularmente cuando se trata de normas consuetudinarias con efectos legales. Mientras que las órdenes tienen un origen claro y concreto en la voluntad y deseo de una persona identificable, las normas consuetudinarias, que se basan en costumbres con implicaciones legales, presentan un origen más incierto. Hart destaca la dificultad de categorizar estas normas como simples "órdenes", ya que su surgimiento no responde a la voluntad directa de una autoridad identificable. En el caso de las normas consuetudinarias, el problema radica en la falta de una figura central que emita una orden específica. La interpretación de estas normas como una "orden tácita" de la autoridad actual se vuelve problemática, ya que no se puede presuponer que el silencio de la autoridad respecto a una costumbre en particular implique una orden para que los tribunales la consideren como derecho. Hart subraya que la autoridad puede desconocer completamente las costumbres legales de un lugar o simplemente no darles importancia, sin que esto implique necesariamente una orden de seguirlas.¹³

Hart por ello enfatizó la importancia de distinguir las reglas secundarias, como las reglas de reconocimiento y las

¹³ Además, Hart advierte que aplicar la presunción de que el silencio de la autoridad significa una orden en el contexto de los estados modernos es poco razonable. A diferencia de situaciones más íntimas, como el ejemplo de un comisario que omite actuar frente a la tortura de sus oficiales, donde se podría presumir que tácitamente permite o alienta dicho comportamiento, en el ámbito de los estados modernos, la aplicación de esta presunción carece de fundamento razonable. Hart resalta la complejidad y la falta de claridad en el origen de las normas consuetudinarias, desafiando la noción de que todas las normas pueden ser equiparadas a órdenes emanadas de una voluntad consciente y claramente expresada.

reglas de cambio, que establecen cómo se crean, modifican y aplican las normas primarias. En contraposición a la visión de amenazas y mandatos, Hart propuso que las normas jurídicas son mejor entendidas como pautas que guían el comportamiento, no solo como imperativos respaldados por coerción. Esta crítica de Hart sentó las bases para su propia teoría del derecho, que considera la complejidad y las múltiples capas de las normas, así como su papel en la estructura y evolución del sistema legal.

Hart critica también la noción de hábito de obediencia presentada por Austin, argumentando que es insuficiente para explicar la continuidad en los sistemas jurídicos cuando hay un cambio de gobernante. Contrario a la idea de un hábito generalizado de obediencia, Hart sugiere que existen normas específicas diseñadas para garantizar una transición ininterrumpida de poder. Estas normas, según Hart, son esenciales para mantener la estabilidad y la continuidad en el sistema jurídico, incluso cuando hay cambios en la autoridad gobernante. Además, Hart cuestiona la noción de soberanía, señalando que en la realidad jurídica contemporánea existen límites legales, lo que significa que ya no hay soberanos con poder ilimitado. Este punto contradice la perspectiva de Austin, que concebía la soberanía como un poder supremo e ilimitado.

La crítica más fundamental de Hart se dirige a la idea de que las normas jurídicas son simplemente órdenes coercitivos. Hart argumenta que la estructura de las normas jurídicas plantea un problema fundamental para la concepción de órdenes, ya que las que emiten los órdenes son las mismas que los reciben. Esto resulta en una situación absurda, ya que implica que uno se da órdenes a sí mismo y se amenaza con castigarse si no cumple. Hart sugiere que la distinción entre el "legislador" y el "ciudadano" es esencial para entender la dinámica de las normas jurídicas. Sin embargo, para establecer esta distinción, se necesitarían reglas de procedimiento, como las reglas facultativas, que son incompatibles con la idea de que las reglas son simplemente órdenes de una persona a otra.

En resumen, Hart desafía la perspectiva de Austin al subrayar la importancia de normas específicas para la transición de poder, cuestionar la noción de soberanía ilimitada y argumentar que las normas jurídicas no pueden ser reducidas a simples órdenes coercitivos debido a la estructura peculiar de su emisión y recepción. Estas críticas forman parte fundamental de la teoría del positivismo jurídico

de Hart, que busca proporcionar una comprensión más sofisticada y precisa de la naturaleza del derecho.

Por ello, Hart en su obra *El concepto de derecho* Herbert Hart introduce una distinción fundamental entre las normas primarias y secundarias, proporcionando así un marco teórico más completo para comprender la complejidad del orden jurídico. Las normas primarias, según Hart, son aquellas que imponen obligaciones y regulan conductas, abarcando tanto normas penales como las de responsabilidad civil. Estas normas establecen deberes y derechos para los individuos, definiendo la conducta aceptable dentro de la sociedad. Por otro lado, Hart identifica las normas secundarias como reglas que confieren potestades, autorizando a individuos o grupos a crear, modificar o extinguir normas. Estas normas secundarias son vitales para la operación y evolución del sistema jurídico. Hart clasifica las normas secundarias en tres categorías: reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación. Las reglas de reconocimiento sirven para identificar qué normas pertenecen al sistema jurídico, estableciendo un criterio de origen como factor determinante. Las reglas de cambio indican los procedimientos para que las normas primarias puedan cambiar dentro del sistema, permitiendo así la adaptación y desarrollo del ordenamiento jurídico en respuesta a las necesidades cambiantes de la sociedad. Por último, las reglas de adjudicación otorgan competencia a los órganos jurídicos para determinar si se ha infringido una norma primaria y, en caso afirmativo, aplicar las correspondientes consecuencias legales.

Esta distinción entre normas primarias y secundarias, junto con la clasificación de las normas secundarias en reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación, ofrece una visión más completa y detallada de la estructura y el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Hart busca superar la visión simplista de las normas como simples órdenes coercitivas, reconociendo la complejidad y la diversidad de funciones que desempeñan en la regulación de la conducta y la administración de la justicia.

De esta manera Hart desarrolla una crítica perspicaz a la teoría de Hans Kelsen, en particular a la noción de la norma básica como una presunción fundamental. En contraste, Hart propone que la base fundamental de cualquier ordenamiento jurídico no es una presunción, sino un hecho concreto: la regla de reconocimiento. Este concepto es central en la teoría de Hart y representa una diferencia clave con respecto a la perspectiva kelseniana. En la visión de Hart, la regla de reconocimiento no deriva su validez de otras normas, como lo

sugería Kelsen, sino que es una regla que existe y se sustenta en la aceptación práctica por parte de los jueces. Los jueces, al utilizar expresiones como "Es la regla en el país X que Y", están implícitamente reconociendo y aceptando la regla de reconocimiento que determina la validez de otras normas dentro del sistema jurídico. En otras palabras, la regla de reconocimiento sirve como un criterio práctico adoptado por los jueces para distinguir y validar las normas que forman parte del ordenamiento jurídico.

La contribución de Hart radica en cambiar la perspectiva de la norma básica de ser una presunción a ser un hecho concreto que surge de la práctica y la aceptación de los actores jurídicos. Mientras que para Kelsen la norma básica es una presuposición lógica, para Hart es una realidad que se observa en la conducta efectiva de los jueces al reconocer y aplicar normas en su labor diaria. Esta concepción de la regla de reconocimiento como un hecho, en lugar de un concepto a priori o una presuposición lógica, subraya el enfoque empírico y pragmático de Hart en la teoría del derecho.

6. Conclusión

El análisis de H. L. A. Hart representa un hito significativo en la evolución de la teoría jurídica al cuestionar y superar la concepción simplista de la norma como una mera amenaza respaldada por sanciones, defendida por juristas como John Austin y Hans Kelsen. Hart introduce conceptos innovadores, como las reglas secundarias, que permiten una comprensión más profunda de la complejidad inherente al sistema legal. Su enfoque destaca la importancia de la aceptación social y la eficacia como elementos fundamentales en la construcción y operación del sistema legal. Al desafiar la idea de que todas las normas pueden reducirse a comandos respaldados por amenazas, Hart resalta la interacción dinámica entre las normas primarias que imponen obligaciones y las normas secundarias que confieren potestades para crear, modificar o extinguir normas. Este enfoque matizado revela la interdependencia de las normas y la necesidad de considerar la aceptación social como un factor crucial para la validez y efectividad del sistema jurídico.

La crítica de Hart promueve una apreciación más rica de cómo las normas legales operan en la práctica y cómo se integran con nociones fundamentales como la obediencia, la autoridad y la aceptación. Su perspectiva destaca la complejidad de la relación entre el sistema legal y la sociedad,

subrayando que el derecho no es simplemente un conjunto de órdenes coercitivas, sino un fenómeno social dinámico que evoluciona en respuesta a las necesidades y valores cambiantes de la sociedad. En este sentido, las objeciones formuladas por Herbert Lionel Hart a la noción de "norma jurídica" han generado una revolución en la conceptualización y comprensión del derecho en la sociedad contemporánea. Su enfoque integral ha redefinido la manera en que abordamos la filosofía jurídica, destacando la complejidad inherente a las normas legales y su interacción dinámica con los individuos y las autoridades.

Las contribuciones de Hart continúan siendo relevantes en la actualidad y siguen inspirando a académicos y estudiosos del derecho en su búsqueda de una comprensión más profunda y precisa del derecho. Su enfoque ha influido en las discusiones contemporáneas sobre la interpretación del derecho, la dinámica de los sistemas legales y la relación entre el derecho y la sociedad. En última instancia, Hart ha dejado un legado duradero que ha enriquecido la filosofía jurídica y ha contribuido a moldear la forma en que abordamos las cuestiones legales en la sociedad moderna.

Bibliografía

- Alchourrón, C y Bulygin, E., (1996) "Norma jurídica", en E. Garzón Valdés y F. Laporta, El derecho y la justicia, Madrid, Trotta, pp. 133-147.
- Bulygin, E., (1996), "Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho", en Análisis lógico y derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp.331-338.
- Guarinoni, R. V. Derecho, Lenguaje y Lógica, Lexis Nexis, Bs. As. 2006.
- Hart, H. L. A. (2012), The Concept of Law, Oxford, Oxford University Press, third edition, [El concepto de derecho, Buenos Aires, Abeledo Perrot, primera edición, 1968], caps. II a V

Carencias en la regulación de los procedimientos tributarios en España. Un estudio de la litigiosidad a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Deficiencies in the Regulation of tax procedures in Spain. A Study of Litigation through the Supreme Court Case Law

Recibido: 6/11/2024 – **Aceptado:** 29/11/2024

Alejandro Torrescusa Cordero¹
Universidad de Sevilla

Resumen

El objetivo de este artículo es poner de manifiesto la actual situación en España de elevada conflictividad en materia tributaria, que obliga a la intervención de los tribunales con excesiva frecuencia. Buena parte de la responsabilidad de ese contexto conflictivo se puede achacar a la legislación, que no logra presentarse con la suficiente claridad y que parece situarse siempre en una posición contraria a los derechos de los contribuyentes y a favor de la Administración y del interés recaudatorio. En ese sentido, algunas de las últimas reformas normativas han optado por ampliar las potestades de comprobación de los órganos administrativos con competencia en los procedimientos tributarios. En particular, hemos situado nuestro objetivo en el tema concreto de la entrada en el domicilio por parte de la Inspección tributaria, analizando ciertas sentencias del Tribunal Supremo y analizando críticamente cuál ha sido la reacción del legislador para tratar de disminuir el efecto de dichas sentencias.

Palabras claves: Tribunal Supremo, Administración tributaria, contribuyente, procedimientos tributarios

¹ Contratado Predoctoral de la Universidad de Sevilla - Dpto. de Derecho Financiero y Tributario. atorrescusa@us.es

Abstract

The aim of this article is to analyze from an objective and critical point of view the current regulation of the main procedures that make up the Spanish tax system: management, audit, collection, sanctioning, and review procedures. The research aims to identify the current regulatory shortcomings that generate interpretative frictions between taxpayers and the Tax Administration and to put forward proposals for reform to improve the regulations in force. For this purpose, we have relied on the critical analysis of various sources of law, specifically the case law of the Supreme Court, the resolutions of the Central Economic-Administrative Court, and the binding consultations of the Directorate General of Taxes. Additionally, we have carried out a study and analysis of the Argentine tax system in order to try to identify possible solutions to be applied in our system.

Keywords: Supreme Court, legislator, Tax Administration, tax procedures

1. Introducción

Si alguna persona pensara que el derecho es una materia inmóvil, podríamos afirmar que está por completo equivocado. El derecho como ciencia social se halla en constante evolución². Esta tendencia a la transformación se siente plenamente latente en nuestra materia, el Derecho Financiero y Tributario. Así lo reconoce en la exposición de motivos la actual Ley General Tributaria³, la misma indica que desde su inicial aprobación en el año 1963, ha sido objeto de diversas modificaciones con el objetivo de intentar adaptarla a los cambios sufridos en la evolución del sistema tributario. Además, no se trata de una tendencia en sí misma rechazable, sino que creemos que así es como debe ser (mientras no se caiga en el abuso de un reformismo compulsivo e injustificado), pues no tendría sentido que el derecho sea impermeable, máxime cuando es testigo de los principales acontecimientos, cambios, hechos históricos, etc., que vive cualquier país y esta sociedad globalizada.

Una manifestación del importante componente evolutivo del ordenamiento tributario la percibimos en la actualidad en ciertos cambios normativos acometidos por el legislador español tras las resoluciones de los Tribunales Económicos Administrativos, las sentencias del Tribunal Supremo y las sentencias del Tribunal Constitucional, a la vista de ellas y como reacción ante ellas. Más adelante, conoceremos con un poco más de detalle la propiedad de cada uno, pero nos parece interesante resaltar que, a pesar de la trascendencia de los resultados del trabajo de los tres organismos, es decir, de los cambios que pueden llegar a provocar sus resoluciones o fallos, ninguno comparte naturaleza con el otro.

2. Principales Órganos con Competencia Resolutiva o Juzgadora en el Ordenamiento Jurídico Español

Hemos hablado de resoluciones, de sentencias, pero no hemos aclarado la naturaleza de cada uno de estos fallos ni de

² Así lo define la primera acepción de la Real Academia Española de la Lengua: “*Dicho de un organismo o de otra cosa: Desarrollarse o desarrollarse, pasando de un estado a otro*”. El derecho está en un constante cambio, por lo que también podríamos haber utilizado cualquiera de sus sinónimos, transformarse, cambiar, desarrollarse, menos el de progresar. Este último implica avance o mejoría, pero que el derecho esté en continuamente mutando no lleva aparejado que sea mejor, aunque debería.

³ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Esta ley es el eje central del ordenamiento tributario español. En ella se recogen sus principios esenciales y se regulan las relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes.

los distintos organismos que hemos ido mencionando. Por tanto, ¿qué naturaleza tiene cada órgano, cuyos resultados pueden generar un cambio en la legislación?

Siguiendo el orden lógico del procedimiento de revisión, deberíamos empezar por definir qué son los Tribunales Económicos-Administrativos, a continuación la naturaleza del Tribunal Supremo y culminar con el Tribunal Constitucional. Es importante advertir que no nos detendremos en indicar la composición, las atribuciones ni las competencias de cada uno de estos órganos, porque no es el objetivo de este trabajo, pero sí resulta necesario introducir al menos una breve reseña de los mismos.

2.1. Tribunales Económicos-Administrativos

Aunque pudiera parecer por su denominación que los “tribunales” económico-administrativos) tienen naturaleza judicial, en realidad son órganos administrativos especiales y no órganos jurisdiccionales. Su regulación se encuentra en la Ley General Tributaria. Se integran en el Ministerio de Hacienda, si bien están separados de los órganos encargados de la aplicación de los tributos y la imposición de sanciones (separados de la Agencia Estatal de Administración Tributaria), lo que les confiere un grado significativo de imparcialidad. Actúan como instancia previa a la vía judicial, cumpliendo a través de ellos el requisito de agotar la vía administrativa, y tratando así de resolver los conflictos entre los contribuyentes y la Administración tributaria, sin necesidad de que tengan que intervenir los verdaderos tribunales, es decir, tratando de disminuir los niveles de litigiosidad.

2.2. Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo es el máximo órgano judicial de España, así lo señala la Constitución Española en su artículo 123⁴, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Es decir, el contribuyente acudirá al Supremo como último recurso para resolver sus disputas legales contra la Administración tributaria y solo en aquellos casos que reúnan el suficiente interés (“interés casacional” se denomina al tratarse del recurso de casación) para la resolución de conflictos interpretativos y la formación de la doctrina jurisprudencial. Su regulación se encuentra en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Su función principal es garantizar la seguridad jurídica, teniendo siempre

⁴ Literalidad del artículo: “El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”.

como perspectiva la protección de los derechos fundamentales. Nos interesa señalar que en los últimos años el Tribunal Supremo ofrece unos pronunciamientos más incisivos en materia tributaria, según nuestra valoración, y está siendo más activo de lo que era habitualmente, en parte de manera obligada por el motivo que comentaremos más adelante, de la acentuación de la litigiosidad entre el contribuyente y la Administración, pero además de ello, porque también ha aumentado el interés de su doctrina gracias a la participación como magistrados de especialistas en Derecho Financiero y Tributario procedentes de la Universidad, como por ejemplo el catedrático Isaac Merino Jara⁵.

2.3. Tribunal Constitucional

A diferencia de los Tribunales Económico-Administrativos y el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional no es ni un órgano administrativo ni judicial, es una instancia arbitral independiente de los demás órganos constitucionales y está configurado como el intérprete supremo de la Constitución. La Constitución Española le dedica el Título IX, pero su funcionamiento, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones se encuentran regulados por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁶. Merece la pena señalar que tiende a ser muy restrictivo en los efectos de su sentencia, pero lo estudiaremos más adelante.

3. Aumento de Litigiosidad Entre el Contribuyente y la Administración Tributaria

A lo largo de los últimos años, podemos comprobar cómo la litigiosidad entre el contribuyente y la Administración tributaria ha sufrido un incremento significativo. Ello se puede apreciar en los datos sobre las reclamaciones económico-administrativas que se han presentado ante los Tribunales Económico-Administrativos, que han aumentado en España elocuentemente. Al día de la elaboración de este artículo no está publicada la memoria⁷ del ejercicio 2023, pero recientemente el presidente del Tribunal Económico-Administrativo Central ha indicado que en 2023 aumentaron

⁵ Véase en (consultado el 12/10/2024): <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Biografias/Merino-Jara--Isaac>

⁶ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

⁷ Las memorias sirven para dar cuenta de la actividad desarrollada por el conjunto de la organización.

un 32%⁸ respecto al 2022. Esto no es nuevo, pues ya en 2022, aumentaron un 8,10% con respecto a las presentadas en 2021 y así ha ido ocurriendo en los otros años anteriores⁹. Nos centramos en el aumento de las reclamaciones económicas administrativas porque son las que dan inicio por así decir al medio ordinario de revisión¹⁰. Asimismo, en nuestro ordenamiento, antes de acudir a la vía jurisdiccional presentando un recurso contencioso-administrativo, debemos agotar la vía administrativa. Como señalan Cubero Truyo y Toribio Bernárdez (2023)¹¹, el agotamiento de la vía administrativa es un requisito sine qua non para la presentación del recurso contencioso-administrativo, es decir, para el acceso a los órganos jurisdiccionales.

Una vez presentadas las reclamaciones económicas administrativas, el asunto que haya sido llevado a debate, acabará o bien con una resolución de los Tribunales Económico-Administrativos, o continuará ya en el proceso jurisdiccional hasta llegar en última instancia ante el Tribunal Supremo, e incluso más allá al Tribunal Constitucional si concurrieran dudas de inconstitucionalidad. Una vez finalizados los procedimientos, con las correspondientes resoluciones o sentencias, estas han provocado en algunas ocasiones, en particular cuando se le otorgó la razón al contribuyente, que el poder legislativo reaccionara ante ellas, realizando modificaciones en las leyes que regulan el sistema tributario español, desde la ya mencionada Ley General Tributaria hasta diferentes textos legislativos que regulan los impuestos, como puede ser la Ley Reguladora de las Haciendas Locales¹², no siempre para adaptar la normativa a la doctrina de los tribunales sino a veces para desactivar o contradecir los criterios jurisprudenciales.

4. Modificaciones de los Textos Legislativos Para Flexibilizar las Potestades de la Administración Tributaria

⁸ Véase en (consultado el 15/10/2025): <https://elpais.com/economia/2024-09-11/las-reclamaciones-economico-administrativas-en-los-tribunales-crecen-un-32-desde-2019.html>

⁹ En el año 2021 aumentó un 12,38% con respecto al 2020 y en el año 2020 aumentó un 4,67% con respecto al 2019.

¹⁰ Esto no es del todo cierto, pues, en nuestro ordenamiento contamos con un recurso potestativo, el recurso de reposición, pero lo resuelve el mismo órgano que ha girado la liquidación o el acto que da fundamento a la revisión.

¹¹ Nos remitimos a la obra de Cubero Truyo, A., & Toribio Bernárdez, L. (2023). *Entrenamientos de derecho tributario (casos prácticos de futbolistas). Segunda parte*. Universidad de Sevilla.

¹² Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Algunas de estas modificaciones legales como respuestas a las sentencias han sido muy comentadas, incluso criticadas por la doctrina y/o profesionales del mundo del derecho. De hecho, estos cambios legislativos invitan al contribuyente a pensar que el legislador modifica la ley en base al interés de la Administración tributaria o al interés recaudatorio, y no al interés general que debiese perseguir. Esta suposición se sostiene en casos concretos que comentaremos a continuación y que han tenido una gran trascendencia en el sistema tributario español. Sin embargo, no queremos dejar pasar la oportunidad de comentar de una manera muy breve, otra modificación que hubo en la Ley General Tributaria a través de la Ley 13/2023, de 24 de mayo¹³. Esta modificación no podemos decir que se debiese a alguna resolución o sentencia, pero sí podemos afirmar que confirmó la estrecha frontera que hay entre los distintos procedimientos tributarios españoles, gestión, inspección, recaudación, sancionador y los procedimientos de revisión, y cuya delicada delimitación estaba siendo una fuente de continuos conflictos que llegaban hasta los tribunales. Antes de esta reforma, la Ley General Tributaria reservaba la posibilidad de comprobar la contabilidad mercantil del contribuyente solamente al procedimiento de inspección. Pero tras la reforma comentada, el legislador añadió esta opción al procedimiento de gestión, en concreto, al procedimiento de comprobación limitada, estableciendo que, *“a los efectos de mejorar la efectividad del mismo, se reconoce la facultad de la Administración tributaria de comprobar la contabilidad mercantil, a los solos efectos de constatar la coincidencia entre lo que figure en la misma y la información que obre en poder de la Administración”*. En nuestra opinión, este aumento de facultades es contraria a lo que señala el artículo 117.1.n) de la Ley General Tributaria¹⁴, ya que en su configuración general los procedimientos de gestión están más destinados a tareas de menor alcance y que conlleven una menor injerencia en la esfera privada del contribuyente, mientras que los órganos de inspección y recaudación, en sus respectivos procedimientos, sí tienen funciones específicas y especializadas de mayor calado, que no deberían extenderse a

¹³ Ley 13/2023, de 24 de mayo por la que se modifican la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2021/514 del Consejo de 22 de marzo de 2021, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, y otras normas tributarias.

¹⁴Literalidad del artículo: *“1. La gestión tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas dirigidas a: (...) n) La realización de las demás actuaciones de aplicación de los tributos no integradas en las funciones de inspección y recaudación.”*

los procedimientos de gestión, que fueron diseñados, y así deberían continuar, con una profundidad mucho menor¹⁵.

5. Modificaciones de los Textos Legislativos Para Contrarrestar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Entrada al Domicilio Constitucionalmente Protegido en el Procedimiento Inspector

Dentro de los procedimientos tributarios, se encuentra el mencionado procedimiento de inspección, al cual se le otorgan una serie de funciones de control más intensas que al de gestión¹⁶.

A pesar de no querer detenernos en el articulado de la Ley General Tributaria, para poder explicar esta modificación debemos remarcar ciertos preceptos de la normativa y así podremos situarnos de la mejor manera posible. En concreto, la Ley General Tributaria recoge en su artículo 142.2. la facultad, de los órganos de inspección, de poder entrar en el domicilio constitucionalmente protegido del obligado tributario si las actuaciones lo requieren¹⁷. En este sentido, la Ley General Tributaria señala en su artículo 48 que el domicilio fiscal del contribuyente es el lugar de localización del obligado

¹⁵ Cubero Truyo, A., & Toribio Bernárdez, L. (2023). Entrenamientos de derecho tributario (casos prácticos de futbolistas). Segunda parte. Universidad de Sevilla.

¹⁶ La Ley General Tributaria explica de una manera desarrollada las capacidades y funciones de los órganos de inspección tributaria, pero se podría resumir en lo que indican los profesores Cubero Truyo, A., & Toribio Bernárdez, L. (2023). *Entrenamientos de derecho tributario (casos prácticos de futbolistas). Segunda parte*. Universidad de Sevilla. Es decir, “el procedimiento de inspección tiene por objeto comprobar e investigar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias y, a través de él, los órganos de inspección procederán, en caso de que fuera necesario, a la regularización de la situación tributaria del sujeto inspeccionado, dictando la correspondiente liquidación”.

¹⁷ Literalidad del artículo: “Cuando las actuaciones inspectoras lo requieran, los funcionarios que desarrollen funciones de inspección de los tributos podrán entrar, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen, existan bienes sujetos a tributación, se produzcan hechos imponibles o supuestos de hecho de las obligaciones tributarias o exista alguna prueba de los mismos. Para el acceso a los lugares mencionados en el párrafo anterior de los funcionarios de la inspección de los tributos, se precisará de un acuerdo de entrada de la autoridad administrativa que reglamentariamente se determine, salvo que el obligado tributario o la persona bajo cuya custodia se encontraren otorguen su consentimiento para ello. Cuando para el ejercicio de las actuaciones inspectoras sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido del obligado tributario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 113 de esta Ley. La solicitud de autorización judicial requerirá incorporar el acuerdo de entrada a que se refiere el mencionado artículo, suscrito por la autoridad administrativa que reglamentariamente se determine”.

tributario en sus relaciones con la Administración tributaria. La normativa diferencia entre personas físicas y jurídicas, pues mientras que para las primeras es el lugar donde tengan su residencia habitual, para las segundas será su domicilio social¹⁸.

Como hemos indicado, la entrada objeto de debate es aquella que se realiza en el domicilio constitucionalmente protegido, esto es, en el domicilio del contribuyente que está protegido por nuestra norma suprema¹⁹ en su artículo 18. Esta referencia a la Constitución puede incitar al lector a pensar que el domicilio constitucionalmente protegido solo aplica para las personas físicas, ya que en nuestro ordenamiento no tenemos un artículo equivalente al 19.3. de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y que se ocupa de establecer que los derechos fundamentales se aplican tanto para las personas físicas como jurídicas. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional ya aclaró en su Sentencia 137/1985, que en cuanto a la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2, la Constitución “*no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente de las personas jurídicas*”²⁰.

5.1. ¿Qué Sentencias Motivaron el Cambio de la Normativa por parte del Legislador?

Una vez aclarado qué se entiende por domicilio y cuál es el alcance subjetivo del domicilio constitucionalmente protegido, debemos advertir que el problema preexistente no era en general la entrada al domicilio, pues esta se encontraba regulada, sino más específicamente la manera legítima de entrar al domicilio del contribuyente, con los requisitos y límites adecuados y con las debidas garantías, en especial, su motivación.

Se podría decir que las sentencias del Tribunal Supremo que originaron el cambio en la normativa española fueron la sentencia de 10 de octubre de 2019 (recurso de casación núm. 2818/2017) y la sentencia de 1 de octubre de 2020 (recurso de casación núm. 296/2019), que a continuación presentamos.

5.1.1. Sentencia de 10 de Octubre de 2019 (Recurso De Casación Núm. 2818/2017)

¹⁸ Habría que tener en cuenta más detalles, pero nos remitimos al artículo 48 de la Ley General Tributaria.

¹⁹ Artículo 18: “*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*”.

²⁰ Recomendamos al lector leer la obra de Cubero Truyo, A., & García Berro, F. (2005). *Recopilación sistematizada de la doctrina constitucional sobre el derecho financiero y tributario*. Mergablum.

En esta sentencia de 2019, el centro de la disputa se basaba en que la entrada al domicilio del contribuyente se hizo por parte de la Administración tributaria para entrar en los sistemas de gestión de la empresa con un único objetivo, comprobar las dotaciones al factor de agotamiento pendientes en los ejercicios objeto de comprobación hasta la fecha. El Tribunal Supremo determinó que tenía interés casacional para la formación de jurisprudencia porque así se precisarían los requisitos para que la autorización judicial de entrada y registro a efectos tributarios pueda reputarse necesaria y proporcionada.

5.1.2. Sentencia de 1de Octubre de 2020 (Recurso De Casación Núm. 296/2019)

Por otro lado, en la sentencia de 2020, el objeto de análisis era determinar si la Administración tributaria podía entrar al domicilio constitucionalmente protegido del contribuyente justificándose de manera principal en el dato de que un contribuyente satisfacía una cuota tributaria inferior a la que resultaba de la media de rentabilidad del sector en el que operaba tal contribuyente²¹. Una vez presentado el recurso de casación por el contribuyente, el Alto Tribunal apreció la concurrencia del interés casacional para la formación de jurisprudencia en los siguientes términos:

1. "[...] *Determinar el grado de concreción de la información de las solicitudes de autorización de entrada en domicilio -o en la sede social de una empresa- formuladas por la Administración Tributaria, así como el alcance y extensión del control judicial de tales peticiones de autorización.*

2. *Precisar los requisitos para que la autorización judicial de entrada y registro en un domicilio constitucionalmente protegido, a efectos tributarios, pueda reputarse necesaria y proporcionada, a la vista de los datos suministrados en su solicitud por la Agencia Tributaria.*

3. *Especificar si la decisión administrativa, explicitada en su solicitud, de no iniciar procedimiento inspector previo; la preservación del secreto en que se basa esa omisión y la presunción -por conjetura o suposición- de fraude fiscal que parece ampararlo, son constitucionalmente válidas, desde la perspectiva de la necesidad, la proporcionalidad y la accesoriadad de la medida pedida de entrada en domicilio y, en consecuencia, si las resoluciones judiciales que amparan la petición y autorizan dicha entrada vulneran tales límites y exigencias constitucionales.*

²¹ Asociación Española de Asesores Fiscales. (2020, octubre 15). *El CAI de AEDAF sobre las reacciones ante la sentencia del 1 de octubre de 2020 de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Recurso de casación 2966/2019).*

4. *En particular, si la entrada en domicilio puede justificarse, en el auto judicial que lo autoriza, preponderantemente, en que el contribuyente, titular de un establecimiento de hostelería, haya tributado, con base en los datos declarados, una cuota que resulta inferior a la media de rentabilidad del sector a nivel nacional y si, por tanto, puede inferirse de ese solo dato que el obligado tributario puede haber estado ocultando ventas efectivamente realizadas [...]*".

Ambas sentencias tuvieron que dilucidar sobre varios puntos referentes a la entrada del domicilio constitucionalmente protegido, como iremos viendo.

5.2. ¿Qué se Modificó en la Ley General Tributaria?

La reacción del legislador se produjo a través de la Ley 11/2021, de 9 de julio²². Su artículo decimotercero fue el encargado de transformar la Ley General Tributaria y en lo que a nosotros nos ocupa, el artículo 113. Al artículo originario²³ le añadió los siguientes apartados (la negrita es nuestra):

*“La **solicitud de autorización judicial** para la ejecución del acuerdo de entrada en el mencionado domicilio **deberá estar debidamente justificada y motivar la finalidad, necesidad y proporcionalidad de dicha entrada.***

*Tanto la **solicitud como la concesión de la autorización judicial podrán practicarse, aun con carácter previo al inicio formal del correspondiente procedimiento, siempre que el acuerdo de entrada contenga la identificación del obligado tributario, los conceptos y períodos que van a ser objeto de comprobación y se aporten al órgano judicial**”.*

A través de una breve comparación puede apreciarse que se añadió de forma expresa la obligación, antes tácita, de que la solicitud judicial deberá estar justificada y motivada, así como que se indicó que la solicitud y la concesión de dicha autorización podrá pedirse previa al inicio del procedimiento. Estos apartados se añadieron teniendo muy en cuenta la doctrina que estableció el Tribunal Supremo y que comentaremos en el siguiente apartado.

²² Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

²³ Literalidad del artículo: *“Cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial”.*

5.3. ¿Qué Doctrina se Estableció tras las Sentencias Mencionadas?

5.3.1. Obligación de Justificar y Motivar la Finalidad, Necesidad y Proporcionalidad de la Entrada

Antes de comentar la doctrina que estableció nuestra Corte Suprema, debemos indicar lo que para nosotros es el eje principal por el que surge este debate, y es que estamos ante una situación en la que convergen los derechos fundamentales de los contribuyentes y la obligación de contribuir de los mismos regulada en el artículo 31.1. de la Constitución Española²⁴. En base a esta premisa, el Tribunal Supremo con estas dos sentencias señaló que la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido debe estar totalmente motivada, además de justificar la necesidad imperiosa, así como la adecuación y proporcionalidad de esta, haciendo para ello una evaluación crítica de la información con la que cuenta la Administración²⁵. Asimismo, aprovecha el Alto Tribunal para establecer de una manera irreprochable que la entrada al domicilio no puede autorizarse de forma difusa para "*ver qué se encuentra*", ya que la solicitud que haga la Administración debe identificar con precisión qué información se pretende obtener en la inspección del domicilio²⁶.

En el caso de la sentencia de 2019, que recordemos que el contribuyente intentaba aplicar un beneficio fiscal, sería suficiente comprobar si las cantidades reinvertidas no son idóneas o si no se ha producido la reinversión. En este sentido el Alto Tribunal se centró en reflejar el artículo 105 de la Ley General Tributaria: "*En los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo*". Este artículo no deja duda que será el contribuyente el que deberá de probar la aplicación del beneficio fiscal y no la Administración. Lo cual implica que a la Administración le bastaba con solicitar al contribuyente los datos para su materialización y así podría regularizar la situación si fuese posteriormente necesario²⁷.

²⁴ Soler Roch, M. T. (1995). Derechos fundamentales y derechos humanos. *Revista Técnica Tributaria*, (30), p.102.

²⁵ Sánchez López, M. E. (2022). De nuevo ante el derecho a la inviolabilidad del domicilio. ¿El Tribunal Supremo sienta jurisprudencia? (STS de 23 de septiembre de 2021). *Revista Quincena Fiscal*, (3).

²⁶ Alonso Murillo, F. (2021). La inviolabilidad del domicilio frente a las actuaciones de la inspección de los tributos: Análisis de tres pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, (189), 13-40.

²⁷ Martín Queralt, J. (2019). Requisitos para la entrada y registro en domicilio: Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2019, Sala

Por otro lado, en la sentencia de 2020, el Tribunal Supremo deja claro que la entrada en un domicilio no puede justificarse principalmente con el argumento de que un contribuyente paga una cuota tributaria menor al promedio del sector al que se dedica. De hecho, como señala Urquizú Cavallé (2020)²⁸, que la Administración utilice de una manera incoherente el big data es incomprensible, debiéndose de adaptar a los principios de buena administración. De lo contrario, esto generaría una inseguridad jurídica para el contribuyente y una desconfianza hacia la Administración²⁹.

5.3.2. Comentario a la Entrada sin Notificación Previa (Inaudita Parte)

Además de hacer explícita la necesidad de justificar y motivar la entrada, aunque en términos no demasiado detallados, con la reforma legal se dio la facilidad a la Administración tributaria para que tanto la solicitud como la concesión de la autorización judicial puedan practicarse con carácter previo al inicio formal del correspondiente procedimiento, siempre que el acuerdo contenga la identificación del obligado tributario, los conceptos y períodos que van a ser objeto de comprobación y se aporten al órgano judicial. Con ello se estaba a nuestro juicio tratando de evitar que desde el Tribunal Supremo se pudieran rechazar ciertos comportamientos de la Inspección que ahora tendrían mayor sustento legal.

Es cierto que, siguiendo lo indicado por el Tribunal Supremo, esta opción que puede tomar la Inspección tiene carácter excepcional y que la misma debe estar debidamente fundamentada, tanto en la solicitud de la Administración como en el auto judicial que autorice, pero a nuestro juicio rompe totalmente con los principios de motivación y justificación que deben contener la solicitud y la autorización, pues con solo identificar el obligado, los conceptos y períodos, creemos que no se motiva como debiese la solicitud de entrada. Nuestra opinión se basa en que, si solamente debe contener esos datos, el juzgado que deba autorizar dicha entrada, desconocerá si la Administración ha podido tener acceso a los datos que está

3ª. de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, recurso 2818/2017. *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, (57).

²⁸ Urquizu Cavallé, Á. (2020). Actuaciones inspectoras y utilización de sistemas de inteligencia artificial (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de octubre de 2020, REC. Núm. 2966/2019 y resolución Núm. 1231/2020). En G. Hortal Janer, M. Villca Pozo, J. P. i Galtés, J. A. Rozas Valdés, & Á. Urquizu Cavallé (Eds.), *Prácticas patológicas en la aplicación de los tributos* (219-250).

²⁹ Sánchez López, M. E. (2022). De nuevo ante el derecho a la inviolabilidad del domicilio. ¿El Tribunal Supremo sienta jurisprudencia? (STS de 23 de septiembre de 2021). *Revista Quincena Fiscal*, (3).

comprobando de otra manera o por ejemplo, si existe el riesgo de que el contribuyente no colabore y pueda hacer desaparecer ciertas pruebas en su contra. Por tanto, defendemos firmemente que la autorización siempre debiese solicitarse una vez que el procedimiento de inspección ya esté iniciado y notificado al contribuyente, conforme a los artículos 113 y 142 de la Ley General Tributaria.

A diferencia de lo que la Administración defiende, es decir que, si se comunica el procedimiento inspector, pierde el “efecto sorpresa” la entrada al domicilio, nosotros apoyamos la posición del Tribunal Supremo, esto es, una cosa es no anunciar la visita (Auto del Tribunal Constitucional 129/1990, de 26 de marzo) y otra distinta es no dar noticia de un procedimiento inspector.

5.4. Breve Apunte a la Forma de Modificar la Regulación de la Entrada al Domicilio Constitucionalmente Protegido

Suele afirmarse que las prisas no son buenas compañeras y eso debería de haberlo tenido en cuenta el legislador, el cual, con este último apartado añadido al precepto, ha generado si cabe una menor seguridad jurídica³⁰. Es cierto que nuestra normativa, tanto en la Ley General Tributaria (artículo 151.2.), como en el Reglamento General de Gestión e Inspección³¹ (artículo 177.2.), recogen la opción de iniciar el procedimiento de inspección personándose en el domicilio del contribuyente, pero solamente para el caso de reconocimiento de locales o fincas, nada más y así debería ser.

Esta modificación debería haber supuesto una aclaración de la norma que generase una interpretación menos discutible de la misma, pues al fin y al cabo es lo que genera la litigiosidad entre el contribuyente y la Administración tributaria y sin embargo, sigue estando de manifiesto la vaguedad y la ambigüedad normativa existentes en el plano tributario en relación con dicha cuestión³².

Por otro lado, debido a los derechos fundamentales que están en juego y la dificultad de aplicar en la práctica los criterios legales si no pasan de ser un criterio general, creemos

³⁰ Sánchez López, M. E. (2022). De nuevo ante el derecho a la inviolabilidad del domicilio. ¿El Tribunal Supremo sienta jurisprudencia? (STS de 23 de septiembre de 2021). *Revista Quincena Fiscal*, (3).

³¹ Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

³² Sevilla Bernabéu, B. (2021). La entrada en el domicilio constitucionalmente protegido por la inspección de los tributos y la propuesta de reforma reactiva. *Quincena Fiscal*, (13), 63-85.

que, como defiende Juan Lozano (2020)³³, el sistema actual debería de integrarse a través de la incorporación de un desarrollo más detallado, que contenga especificaciones suficientes sobre cuáles deben ser las instrucciones jerárquicas para así minimizar la litigiosidad, y a ser posible que toda esta pormenorización necesaria se realice a través de una norma con el rango legal adecuado.

5.5. ¿Qué ha Ocurrido Después de la Modificación de la Ley General Tributaria?

Prueba de la parquedad o insuficiencia de la modificación de la Ley General Tributaria es que, a pesar de esta, seguimos presenciando sentencias del Tribunal Supremo analizando los límites de la Administración tributaria en relación con la entrada al domicilio constitucionalmente protegido, es decir, no creemos que vaya a disminuir la litigiosidad. En concreto, recientemente el Alto Tribunal ha dictado la sentencia de 25 de junio de 2024 (recurso de casación núm. 7845/2022) y la sentencia de 2 de julio de 2024 (recurso de casación núm. 5831/2023)³⁴.

En la primera, el Tribunal Supremo establece que, en el caso de la entrada al domicilio constitucionalmente protegido, la Administración tributaria no podrá tener acceso a la información contenida en equipos o repositorios informáticos³⁵ si no lo contempla la autorización judicial. En concreto, esta medida tiene como objetivo la defensa del conjunto de derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 e la Constitución Española³⁶. En concreto, el Tribunal Supremo señala que no se viola la entrada al domicilio por entrar al ordenador del contribuyente, sino que se lesionan los otros derechos recogidos en dicho precepto, como son el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la protección de datos (artículo 18 CE, apartados 1 y 4) o el derecho al secreto de la correspondencia (artículo 18.3 CE).

³³ Véase en (consultado el 15/10/2024): <https://elderecho.com/el-debate-sobre-la-entrada-domiciliaria-y-las-actuaciones-inspectoras-una-lectura-personal-de-las-sentencias-del-tribunal-supremo-de-10-de-octubre-de-2019-y-1-de-octubre-de-2020-ni-tanto-conflicto-n>

³⁴ Véase en (consultado el 16/10/2024): https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/newsletter-tributario-julio-agosto-septiembre-2024

³⁵ Ruiz Hidalgo, C. (2021). Reflexiones acerca de la entrada y registro del domicilio constitucionalmente protegido: Especial referencia a los dispositivos electrónicos y virtuales. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, (190), 105-152.

³⁶ Véase en (consultado el 10/10/2024): <https://www.expansion.com/fiscal/2024/07/17/6696d4f5e5fdea330c8b458e.html>

En la segunda sentencia, el Alto Tribunal protege el artículo 24 de nuestra norma suprema, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que se realizó un interrogatorio a los trabajadores de la empresa sin previo aviso vulnerando así un proceso con todas las garantías³⁷. Esta actuación de la Administración, a ojos del Tribunal, tenía intención de generar un ambiente intimidatorio para que así el contribuyente diese la información que se buscaba.

6. Conclusiones

Si hemos empezado este trabajo aludiendo al aumento de la litigiosidad entre los contribuyentes y la Administración tributaria, en la conclusión nos vemos obligados a afirmar pesimistamente que la misma puede seguir aumentando por la parquedad, vaguedad y prisas con las que el legislador ha acometido la elaboración y redacción de la norma, tras los pronunciamientos jurisprudenciales que ponían de manifiesto dicha conflictividad.

Esta situación produce que la interpretación de la legislación pueda ser constantemente diferente para cada parte, pero debemos preocuparnos especialmente por la posición inferior en la que se encuentra el contribuyente (ciudadanos, operadores económicos, empresas, posibles inversores...), ya que como hemos analizado, si el poder judicial le otorga la razón al contribuyente, el legislador tenderá a modificar la norma para reactivar las facultades de la Administración.

Asimismo, nuestro juicio pretende reflejar la situación que vivimos actualmente en cuanto a la actividad y desbordamiento del Tribunal Supremo, pues no podemos comprender que asuntos con origen en 2017 sigan sin estar resueltos definitivamente hoy en día, por lo que los poderes del Estado deberán hacer un esfuerzo en mejorar dicho escenario para intentar un sistema tributario actualizado, estable y pacífico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso Murillo, F. (2021). La inviolabilidad del domicilio frente a las actuaciones de la inspección de los tributos: Análisis de tres pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, (189), 13-40.

³⁷ Sedeño López, J. F. (2024). El interrogatorio a trabajadores en sede de la empresa en el marco de un registro domiciliario: Análisis de la STS núm. 1173/2024, de 2 de julio, recurso núm. 5831/2023. *Nueva Fiscalidad*, (2), 193-202.

Asociación Española de Asesores Fiscales. (2020, octubre 15). *El CAI de AEDAF sobre las reacciones ante la sentencia del 1 de octubre de 2020 de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Recurso de casación 2966/2019)*.

Cubero Truyo, A., & García Berro, F. (2005). *Recopilación sistematizada de la doctrina constitucional sobre el derecho financiero y tributario*. Mergablum.

Cubero Truyo, A., & Toribio Bernárdez, L. (2023). *Entrenamientos de derecho tributario (casos prácticos de futbolistas). Segunda parte*. Universidad de Sevilla.

EP. (2024, 11 de septiembre). Las reclamaciones económico-administrativas en los tribunales crecen un 32% desde 2019. El País. <https://elpais.com/economia/2024-09-11/las-reclamaciones-economico-administrativas-en-los-tribunales-crecen-un-32-desde-2019.html>

Faes, I. (2024, 17 de julio). Coto del Supremo a los registros de Hacienda: ni interrogar ni espiar. Expansión. <https://www.expansion.com/fiscal/2024/07/17/6696d4f5e5fdea330c8b458e.html>

Garrigues. (2024). Newsletter Tributario - Julio, agosto y septiembre 2024. https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/newsletter-tributario-julio-agosto-septiembre-2024

Martín Queralt, J. (2019). Requisitos para la entrada y registro en domicilio: Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2019, Sala 3ª. de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, recurso 2818/2017. *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, (57).

Ruiz Hidalgo, C. (2021). Reflexiones acerca de la entrada y registro del domicilio constitucionalmente protegido: Especial referencia a los dispositivos electrónicos y virtuales. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, (190), 105-152.

Sánchez López, M. E. (2022). De nuevo ante el derecho a la inviolabilidad del domicilio. ¿El Tribunal Supremo sienta jurisprudencia? (STS de 23 de septiembre de 2021). *Revista Quincena Fiscal*, (3), 1-26.

Sedeño López, J. F. (2024). El interrogatorio a trabajadores en sede de la empresa en el marco de un registro domiciliario: Análisis de la STS núm. 1173/2024, de 2 de julio, recurso núm. 5831/2023. *Nueva Fiscalidad*, (2), 193-202.

Sevilla Bernabéu, B. (2021). La entrada en el domicilio constitucionalmente protegido por la inspección de los tributos y la propuesta de reforma reactiva. *Quincena Fiscal*, (13), 63-85.

Soler Roch, M. T. (1995). Derechos fundamentales y derechos humanos. *Revista Técnica Tributaria*, (30), p.102.

Urquizu Cavallé, Á. (2020). Actuaciones inspectoras y utilización de sistemas de inteligencia artificial (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de

1 de octubre de 2020, REC. Núm. 2966/2019 y resolución Núm. 1231/2020). En G. Hortal Janer, M. Villca Pozo, J. P. i Galtés, J. A. Rozas Valdés, & Á. Urquizu Cavallé (Eds.), *Prácticas patológicas en la aplicación de los tributos* (219-250).

La garantía del derecho humano a la alimentación. Un análisis de jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe, Argentina

The Human Right to Food. An Analysis of the Santa Fe, Argentina Case Law

Ana María Bonet¹ y María Eugenia Carnevale Taverna²

Resumen

Este artículo aborda la problemática de la justiciabilidad del derecho humano a la alimentación a través de un relevamiento jurisprudencial en tribunales argentinos. El estudio parte de la premisa acerca de que si bien las actuales crisis de malnutrición indican situaciones de violación al derecho humano a la alimentación, éstas no se plasman suficientemente en los discursos jurídicos de los fallos de los tribunales debido a cierta reticencia de los actores del derecho en la referencia a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. El trabajo se basa en un relevamiento cuantitativo de jurisprudencia vinculada a este derecho, y en un análisis reflexivo de los resultados a partir de los debates teóricos sobre su justiciabilidad.

¹ Investigadora CONICET – IHUCSO – UCSF. Centro de Estudios Avanzados ECOGENO. Investigadora asociada Global Studies Programme – FLACSO. Postdoctorado CONICET. Doctora en Derecho (Universidad de Bremen, Alemania). Master en Derecho – LLM (Universidad de Friburgo, Alemania). Abogada (UNL, Argentina), Mediadora. Directora del Equipo de Investigación Socio-Eco-Jurídica, UCSF, Argentina. Proyecto vigente: “Regulación jurídica del acceso para la realización de los derechos (socio)ecológicos”. Miembro del equipo de investigación CAI+D: Derecho Humano a la Alimentación en Santa Fe, FCJS-UNL. Investigadora Invitada Max-Planck-Institut de derecho internacional (Heidelberg, Alemania). Docente Investigadora Invitada Institute for Sustainability, Universität Kassel, Alemania.

² Abogada (FCJS-UNL), Miembro del equipo de investigación CAI+D: Derecho Humano a la Alimentación en Santa Fe, FCJS-UNL.

Palabras clave: Derecho humano a la alimentación, Justiciabilidad DESCA, sentencias y alimentos, Jurisprudencia alimentaria

Abstract

This article addresses the issue of the justiciability of the human right to food through a survey of case law in Argentine courts. The study is based on the premise that although the current malnutrition crises indicate situations of violation of the human right to food, these are not sufficiently reflected in the legal discourse of court rulings due to a certain reluctance of legal actors to refer to the justiciability of economic, social, cultural, and environmental rights. This article is based on a quantitative survey of case law and on a reflective analysis of the results based on theoretical debates on its justiciability.

Keywords: Human right to food, ESCR Justiciability, sentences and food, food case law

Introducción

Este artículo aborda la cuestión de la justiciabilidad del derecho humano a la alimentación (DHA) a partir de un estudio cuantitativo de bases jurisprudenciales. La investigación toma como premisa estudios que dan cuenta del aumento de las facetas de la malnutrición, que implican la coexistencia de desnutrición con sobrepeso y otras enfermedades vinculadas a la alimentación (CEPAL/WFP, 2017; Balle Castañeda, 2018; Bonet et al., 2022) y se corresponden con violaciones al derecho humano a la alimentación (Bonet, 2023). Postula como hipótesis que esas violaciones no llegan a plasmarse jurisprudencialmente. El estudio se basa en las bases de datos oficiales y públicas de tribunales de referencia y se concentra en la evaluación de la presencia del abordaje de la alimentación como derecho humano.

Se relevan como antecedentes trabajos sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (Abramovich & Curtis, 2004; Didier, 2012; Bonet, 2016; Gialdino, 2003; Savioli, 2004; Tello Moreno, 2011; Curtis & Santamaría, 2009; CEJIL, 2004; Vivero Pol & Scholz Hoss, 2009) y en particular sobre jurisprudencia relativa al derecho humano a la alimentación (Bestard & Carrasco, 2021; Bonet de Viola, 2013; Vivero Pol et al., 2009; Cafferata, 2022;

Abajo et al., 2010; Suarez Franco, 2007; Carriquiriborde, 2005; Cenicacelaya, 2020).

Marco normativo: La recepción del Derecho Humano a la Alimentación (DHA) en el ordenamiento constitucional argentino

El DHA se encuentra reconocido de manera suficiente en el ordenamiento jurídico argentino. El país ha ratificado instrumentos internacionales que lo receptionan de manera vinculante, otorgándoles jerarquía supralegal y en algunos casos, constitucional, como los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

El núcleo normativo internacional de reconocimiento de este derecho es el artículo 11 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), que lo reconoce en dos incisos: como parte del derecho a un nivel de vida adecuado (inciso 1) y como derecho fundamental a no sufrir hambre (inciso 2).³ De manera similar es incorporado al artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y vinculado a la salud en el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño y al embarazo y la lactancia en el artículo 12.2 de la Convención contra toda discriminación contra la mujer. Estos instrumentos tienen jerarquía constitucional, por encontrarse incorporados explícitamente en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina.

El Protocolo de San Salvador, accesorio a la Convención Americana de los Derechos Humanos incorpora el derecho a una nutrición adecuada en el artículo 12, vinculado al aseguramiento del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual. Este instrumento tiene una relevancia particular porque activa la vía de reclamo del Sistema Interamericano en la materia. Sin embargo, si bien posee jerarquía supralegal por consistir en un tratado internacional, no goza aún de jerarquía constitucional, aunque por tratarse de un tratado de derechos humanos estaría en condiciones de gozarla, si se cumplen los procedimientos constitucionales para su jerarquización.

A nivel provincial, el derecho a la alimentación encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 21 de la

³ Como Estado parte del PIDESC, la Argentina tiene la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho a la alimentación (Elver, 2019).

Constitución de la Provincia de Santa Fe, que lo vincula también al nivel de vida y bienestar.⁴

Estos anclajes normativos con marco constitucional vienen habilitando, tanto desde organismos internacionales como desde la doctrina, el reconocimiento de su exigibilidad. En el contexto de Naciones Unidas, tanto el Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) como los Relatores para el DHA han puesto especial consideración en la cuestión de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, estableciendo que todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes (Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993). La exigibilidad es considerada en este contexto como condición necesaria para la estabilidad del orden democrático más que como mera aspiración (Elver, 2015) e implica que los individuos posean mecanismos de garantía frente a las violaciones de sus derechos (cf. Ziegler, 2002).

Marco conceptual: Alcance del Derecho Humano a la Alimentación

La escisión del reconocimiento del DHA en dos incisos del artículo 11 del PDESC, viene siendo interpretada como habilitante de dos niveles del mismo (PDESC, 1966).

Puede identificarse un primer nivel del DHA en el segundo inciso, que refiere al derecho a no sufrir hambre. Este derecho es caracterizado como fundamental, siendo el único reconocimiento de este carácter en todo el Pacto respecto de un derecho en particular (Alston, 1988; Craven, 1995). El derecho, en este nivel, se satisface con la incorporación de un mínimo de calorías suficientes para satisfacer el hambre (Alston, 1988). Ello lo vincula con un mínimo existencial y con las condiciones mínimas de supervivencia, lo que lo acerca al derecho a la vida. Incluso ha llegado a ser referenciado por esta vinculación, como *ius cogens* derivado (Martin, 2006).

El primer párrafo del artículo, hace referencia en cambio a un concepto mucho más difuso y complejo como el de alimentación adecuada. El alcance de la adecuación no se encuentra especificado. El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) en su Observación

⁴ “El Estado crea las condiciones necesarias para procurar a sus habitantes un nivel de vida que asegure su bienestar y el de sus familias, especialmente por la alimentación, el vestido, la vivienda, los cuidados médicos y los servicios sociales necesarios (...).”

nº 12 sobre este derecho apunta ciertas líneas interpretativas cuando afirma que la adecuación “viene determinada por condiciones sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas” (CDESC,1999: 7). Esta referencia a la adecuación podría dar lugar a otros dos niveles del DHA, que pueden ser interpretados también como aspectos del mismo.⁵

El aspecto nutricional, vinculado con la satisfacción de las necesidades nutricionales para llevar adelante una vida sana y activa, puede ser identificado como un segundo nivel. Este aspecto se corresponde con el concepto de seguridad alimentaria de FAO⁶ y, por implicar la ingesta de nutrientes, tiene un fuerte carácter biomédico.

Del inciso 7 de la Observación puede derivarse un tercer aspecto o nivel del DHA. El inciso refiere a las condiciones sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas de la alimentación. Este tercer aspecto significa que el DHA no sólo implica una ingesta calórica suficiente para no sufrir hambre (primer aspecto o nivel), ni tampoco de nutrientes suficientes para llevar adelante una vida sana y activa (segundo aspecto o nivel). Implica también el acceso a alimentos social, cultural y ambientalmente adecuados, es decir que se correspondan con las necesidades comunitarias locales que las vinculan con las tradiciones, la biodiversidad y la identidad culinaria local (Cf. Bonet, 2023).

Marco teórico: El debate sobre la exigibilidad de los DESCAs

La cuestión de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) aparece en la arena de los derechos humanos ya desde los debates en torno a su consagración vinculante. La reticencia respecto de su operatividad condujo a la escisión de los derechos humanos en dos Pactos - de los Derechos Civiles y Políticos (PDCP) por un

⁵ La referencia a niveles puede ser identificada con una realización escalonada o progresiva del derecho, la cual podría justificar los abordajes de emergencia en casos de crisis. De manera indirecta y frente a la extensión indeterminada de la situación de crisis, como en el caso argentino, viene acompañando la postergación indefinida de medidas integrales y a largo plazo respecto de la problemática alimentaria. En este sentido es que se apela a un enfoque integral desde un primer momento y por ello se pone entre paréntesis el abordaje en niveles.

⁶ El concepto de seguridad alimentaria fue acuñado por la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés), en 1996, en la Cumbre de la Alimentación en Roma y la situación en la que se consigue que tanto a nivel de individuo, hogar, nación y global, todas las personas en todo momento tengan acceso físico y económico a suficiente alimento, seguro y nutritivo, para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias, con el objeto de llevar una vida activa y sana. Cf. Bonet de Viola, 2014.

lado y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) por el otro -, y se plasmó en la diferente redacción del artículo 2 de ambos instrumentos, que refiere a las obligaciones de los Estados en relación con los derechos allí reconocidos.⁷ El PDCP obliga a los Estados a respetar y garantizar los derechos en él reconocidos. En cambio, el PDESC los compromete a tomar medidas para lograr progresivamente la efectividad de los derechos, por todos los medios apropiados y hasta el máximo de los recursos que disponga. La cuestión afectó también el establecimiento de los mecanismos procedurales relativos a los pactos. El PDCP instituyó en su propio texto (art. 28) un protocolo de constitución del Comité de los Derechos Humanos, en cuanto órgano para el control de su cumplimiento, que comenzara a funcionar ya con su ratificación. El PDESC no contempló organismo alguno en su origen, habiendo quedado el control bajo el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC). El CDESC fue instituido recién en 2008, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) aprobó el texto del Protocolo Facultativo al PDESC, y comenzó a funcionar en 2013, cuando alcanzó las ratificaciones necesarias para ello. Esta postergación habilitó que no todos los países firmantes del PDESC se adhieran al Protocolo y por lo tanto no queden sometidos al Comité, prorrogando aún más la exigibilidad de los DESC (Banus et al, 2013: 4).

Este diferente tratamiento ha plasmado las tensiones globales posguerra, convirtiéndose en un indicador de guerra fría en el mismo seno de la Comisión de Derechos Humanos de la AGNU, que había sido el órgano encargado de la redacción en primer lugar de la Declaración Universal y entonces de su traducción vinculante (Barrena, 2012; Serrano, 2013: 94). La separación habilitó que países de tradición liberal como Estados Unidos no ratifiquen el PDESC, y la diferente redacción de ambos compromisos agudizó las diferencias de enfoque respecto de ambos grupos de derechos. El compromiso de los Estados respecto de los derechos civiles y políticos constituye una obligación de resultados y esta contundencia se plasma en la práctica jurídica en la indiscutibilidad de su efectividad y exigibilidad. La posición de los Estados respecto

⁷ La separación de los Derechos Humanos en dos Pactos pone de manifiesto cierta actuación dual de los Estados en el ámbito internacional, que firman declaraciones como la de los Derechos Humanos (en la que figuran en un sólo instrumento derechos tanto de primera como de segunda generación) en tanto no son vinculantes, pero presentan serias reticencias al momento de ratificar esos mismos derechos en instrumentos vinculantes. Cf. Gialdino, 2003; Bonet de Viola, 2016.

de los DESCAs es normativamente diferente y se correspondería con una obligación de medios (Aguilar Cavallo, 2010: 44).

El CDESC, en su Observación general N° 3 (1990) sobre las Obligaciones de los Estados respecto de los DESC, a partir del mencionado artículo 2, reafirma el carácter progresivo, advirtiendo como excepción la no discriminación y la toma de medidas como deberes de resultado (CDESC, 1990; cf. Texier, 2004: 17; Pacheco Rodriguez, 2017: 277-278). Esta orientación a la progresividad y la efectividad en el tiempo, se ha plasmado en la reticencia de los actores del derecho respecto de la exigibilidad inmediata de los mismos.

El proceso latinoamericano de institucionalización de los derechos humanos plasma un recorrido similar, ya que la Convención Americana de los Derechos Humanos refiere principalmente a los DCP, con la excepción del artículo 26 que condensa cierto reconocimiento de DESC. Ello conllevó a la instrumentación del Protocolo de San Salvador, accesorio a la Convención, para la incorporación de los DESC. Esta escisión también habilitó diferentes alcances de adopción, ya que algunos países no han adherido a este último (cf. Savioli, 2004).

Tales reticencias vienen asociadas a una consideración declarativa de los derechos sociales que la aleja del estatus vinculante en cuanto obligaciones estatales y profundiza la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, seguridad y defensa (Abramovich y Courtis, 2024: 3)

Existen esfuerzos institucionales y doctrinarios en la superación de estas diferencias de enfoque. Los Principios de Limburgo (1985) y las directrices de Maastricht (1997) han sido un primer disparador en la puesta en cuestión de los argumentos que venían sosteniendo los diferentes abordajes entre los DCP y los DESCAs.⁸

Los Principios de Limburgo propusieron como claves interpretativas del Art. 2 del PDESC la obligación de comenzar “de inmediato” (n. 16) y “con toda la rapidez posible” (n. 21) a tomar las medidas necesarias para la realización de los DESCAs, poniendo en tela de juicio su postergación ilimitada y su

⁸ Se trata de dos documentos académicos producto de intercambios entre expertos en Derecho Internacional, convocados en Maastricht por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, EE.UU). La convocatoria dio lugar en 1996 a los Principios de Limburgo y 10 años después, en 2006, a las directrices de Maastricht sobre Violaciones a los DESC.

dependencia de la disponibilidad de recursos. Postularon a su vez la exigencia de una utilización eficaz de los recursos de los que se disponga (n. 23), la interdependencia e indivisibilidad de las libertades fundamentales y los derechos humanos y plantearon la obligación de los Estados respecto de la garantía universal de derechos de subsistencia mínima independientemente de sus condiciones de desarrollo (n. 25), debiendo considerar entre las mismas los recursos provenientes de la cooperación internacional. Esta referencia a la ayuda internacional puede ser interpretado como una apelación a la responsabilidad extraterritorial de los Estados respecto de derechos humanos fundamentales como la alimentación, pero también es señalado como profundizante de una dinámica hegemónica y dominante en las relaciones Norte-Sur global (cf. Gronemeyer, 1996: 8-11).

Un siguiente paso en la reversión de las escisiones entre los derechos humanos fue la Declaración y Programa de Acción de Viena, de 1993, aunque siempre a través de instrumentos no vinculantes. Estos documentos afirman los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, junto con el de universalidad (Ki-moon, 2013: 19). La interdependencia e indivisibilidad implica reconocer que no puede existir una garantía de derechos civiles y políticos como la vida o la integridad física sin alimentación, vestimenta o salud, que son derechos sociales, que no puede haber derechos políticos sin educación, que no puede realizarse el derecho a trabajar sin condiciones de trabajo dignas (cf. Tello Moreno, 2011: 88).

Las Directrices de Maastricht postulan luego que tanto los DESC como los DCP tienen que ser respetados, protegidos y garantizados (n. 6), ya que tanto unos como otros implican obligaciones de conducta como de resultado (n. 7) y que todos los derechos humanos exigen obligaciones mínimas esenciales de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos fundamentales (n. 9). Esta postura implicó una revisión de los presupuestos liberales del Estado mínimo y abstinerente, reconociendo que no sólo los derechos sociales implican recursos Estatales, ya que el aseguramiento de los derechos de la libertad implica altos gastos en seguridad interna y externa, que a menudo suelen superar a los invertidos en cuestiones sociales (Holmes y Sunstein, 2011).

Si bien en los primeros documentos interpretativos como la Observación N° 3 sobre la índole de los derechos contenidos en el PDESC, el CDESC confirmó la progresividad de las obligaciones contraídas en el mismo bajo la justificación de la limitación de los recursos de los Estados (CDESC, 1990; Bone

et al., 2021), con el tiempo fue haciendo mayor hincapié en la interdependencia y progresividad de todos los derechos humanos. Esta perspectiva se plasmó a partir del año 2000 en sus resoluciones (CDESC, 2000). Respecto de la alimentación el CDESC afirma específicamente que las obligaciones de los Estados no sólo refieren al respeto, es decir a evitar interferencias en su pleno goce, sino también a la protección frente a interferencias de terceros y a la garantía (cf. CDESC, 1999:4) es decir a la realización tanto indirecta como directa, en casos de necesidad. La realización indirecta implica la facilitación, que consiste en la toma de medidas tanto políticas como legislativas para generar una situación en la que cada uno pueda alimentarse a sí y a la propia familia o comunidad. La realización directa corresponde a situaciones de necesidad e implica la entrega directa de alimentos o medios para adquirirlos. La necesidad puede ser por causa personal, como imposibilidad por discapacidad o por causa externa como una guerra o catástrofe ambiental.

Contexto: Las crisis alimentarias como violaciones al DHA

El alto nivel de reconocimiento del DHA en el ordenamiento argentino parece no plasmarse a nivel de su realización. Cada vez más estudios dan cuenta del aumento de las facetas de la malnutrición (FAO et al., 2022), que implican la coexistencia de desnutrición con sobrepeso y enfermedades vinculadas con la malnutrición como diabetes, hipertensión, otras enfermedades cardiovasculares y algunos tipos de cáncer (CEPAL/WFP, 2017; Balle Castañeda, 2018; Bonet et al., 2022). Estas facetas reflejan violaciones de diferentes aspectos del DHA, sea en relación con la satisfacción del hambre, como con lo nutricional y lo cultural/ambiental.

En relación con un primer nivel fundamental del DHA, vinculado con la satisfacción del hambre y la incorporación de las calorías suficientes para la supervivencia (Alston, 1988), pueden detectarse violaciones vigentes en los índices internacionales y nacionales vinculados al hambre y la desnutrición. En Argentina más de un millón de niñas, niños y adolescentes dejaron de comer alguna comida por falta de dinero, una situación que también afecta a 3 millones de adultos (UNICEF, 2022).

Respecto del componente nutricional, las violaciones del DHA se reflejan en las cifras de malnutrición también a nivel nacional. Según estudios recientes del Observatorio de la Deuda Social de la Universidad Católica Argentina, el 32,2% de

los niños/as y adolescentes en la Argentina Urbana actual no acceden a alimentos nutritivos por limitaciones económicas (Tuñón y Maljar, 2024: 11).

Para el 2022, cerca de 390 millones de adultos en todo el mundo a partir de los 18 años tenían un peso insuficiente, 2500 millones de adultos tenían sobrepeso, de los cuales más de 890 millones eran obesos. Además, 149 millones de niños menores de 5 años tenían retraso del crecimiento, 45 millones tenían emaciación y 37 millones tenían sobrepeso u obesidad. (OMS, 2024)⁹

Las detecciones de violaciones del tercer aspecto o nivel son más complejas y diversas. Pueden ser asociadas con las variaciones alimentarias producto por ejemplo del aumento del precio de los alimentos. Informes dan cuenta de cambios en los hábitos alimentarios a causa de la inflación, que afectan no sólo la calidad alimentaria, sino también las celebraciones y reuniones sociales (cf. Torrado y Aguirre, 2007; León-Bon et al., 2024; Wainer, 2021; Jenkins, 2021; Dobrovolskij y Stukas, 2013).

Metodología: Estudio cuantitativo en bases de datos jurisprudenciales

La investigación consistió en un relevamiento de casos en las bases de datos disponibles en la web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)¹⁰ y en la web del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe¹¹. En esta última página se encuentran disponibles por un lado una base de datos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (CSJPSF)¹² y por el otro una base de datos de Jurisprudencia de las Cámaras de Apelación y de los Contencioso Administrativo de la Provincia de Santa Fe (CAyCAPFS)¹³.

⁹ Datos y Cifras de la Organización Mundial de la Salud.
<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/malnutrition>

¹⁰ <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/>

¹¹ <https://www.justiciasantafe.gov.ar/index.php/poder-judicial/legislacion-y-jurisprudencia/busqueda-por-bases-documentales-2/>

¹² Instructivo del sistema de búsqueda de fallos de la CSJSF Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe (<https://bdj.justiciasantafe.gov.ar/>).

¹³ Instructivo del sistema de búsqueda de fallos de la CACAPSF Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe (<https://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/>)

Los criterios de selección de los tribunales fueron la accesibilidad por un lado, ya que se trata de tribunales que cuentan con bases de datos públicas y accesibles. Respecto de las dos Cortes se consideró además su carácter de órgano superior y de alzada de los demás tribunales inferiores. El sistema de consulta del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe ofrece una base de datos unificada de los fallos de las alzadas de la provincia.

El recorte temporal de búsqueda fue entre 1994 y 2023, ya que la base de datos de la CSJN ofrecía datos desde esa fecha. Para habilitar la comparación entre los resultados se buscó en los demás tribunales en el mismo período, aunque la base de datos del Poder Judicial de Santa Fe ofrece fallos desde 1983. La determinación del año 1994 como punto de partida cobra también relevancia por ser el año de la última reforma constitucional que incorpora a la Carta Suprema los tratados internacionales de derechos humanos que instituyen el derecho a la alimentación como derecho humano y de esta manera constitucionaliza este derecho.

La búsqueda consistió en el ingreso de palabras claves en los buscadores relativos a “fallos”. Las palabras claves utilizadas fueron: “Derecho Humano a la Alimentación”, “Derecho a la Alimentación”, “Seguridad Alimentaria”, “Soberanía Alimentaria”, “Alimentos” y “Derecho a un nivel de vida adecuado”.

Los resultados fueron cargados en dos cuadros. Un primer cuadro titulado “Relevamiento de fallos” se presenta en modalidad de doble entrada, cuya primera columna izquierda incluye las palabras claves ingresadas. En la fila superior se detallan en tres columnas los nombres de los tribunales, luego una columna titulada “otras voces” y una última columna que registra la fecha de búsqueda. En las primeras tres columnas se registran como resultados las cantidades de casos que ofreció el sistema por cada búsqueda. En la columna “Otras voces” se registran otras palabras claves asociadas a los fallos detectados. Esta asociación permite analizar qué tipos de fallos incorporan temas vinculados a alimentos y qué materias del derecho los traen a colación, ya que no se encontraron casos exclusivos de vulneración del DHA.

El segundo cuadro titulado “Desglose temático por palabra clave” presenta una descripción detallada de los fallos encontrados, clasificándolos por tribunal de origen para determinar la materia de los mismos, y además con una breve descripción de su contenido en los resultados que se encontraron menos de 20 casos con el vocablo.

Resultados: La escasez de fallos sobre DHA

No se registraron casos en la Provincia de Santa Fe que se refieran exclusivamente a una vulneración al DHA. Los casos jurisprudenciales que se encontraron por incluir alguno de los términos incorporados como palabra clave, no configuran violaciones directas al DHA. Se trata de conflictos sobre otro derecho (casos ambientales, laborales, de discapacidad, pensiones, jubilaciones, entre otras cuestiones) y que de manera accesoria refieren al DHA.

El término “Derecho Humano a la Alimentación” dió resultado negativo a nivel provincial y registró un sólo caso en la CSJN, que refiere a un amparo colectivo ambiental contra el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires por la contaminación del Río Paraná a través de la utilización de agrotóxicos.

El término “Derecho a la alimentación” dio como resultado 5 casos en la CSJN: 3 provenientes de casos laborales, y 2 amparos (el mismo caso ambiental encontrado con el término anterior, y uno relacionado directamente con el DHA). En la CSJPSF registró 2 amparos, 1 correspondiente a un caso societario y otro iniciado a favor de una persona con discapacidad contra la provincia. En las CAyCAPFS se encontró solo un caso de cuota alimentaria.

El término “Seguridad Alimentaria” registró 4 casos en la CSJN - 2 solicitudes de declaraciones de inconstitucionalidad de leyes de tránsito y 2 casos sobre pueblos originarios - y 4 casos en la CSJPSF - 2 casos penales, 2 reclamos administrativos de empleados de una agencia pública. En las CAyCAPFS se registraron como resultado 17 casos administrativos, 3 amparos de la cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial, y 1 caso penal.

El término “Alimentos” registró el mayor número de casos encontrados: 741 en la CSJN, de los cuales 375 corresponden a casos civiles y comerciales, 165 casos penales, 71 casos administrativos, y 65 casos laborales. En la CSJPSF la búsqueda dió 162 casos: 109 de civil y comercial, 26 contencioso administrativos, 19 casos laborales y 8 penales. En las CAyCAPFS se relevan 375 casos: 220 en sede civil y comercial, 56 casos laborales, 53 casos administrativos y 46 casos penales.

El término “derecho a un nivel de vida adecuado” registró 4 casos de amparo en la CSJN, 1 en particular sobre

vulneraciones al DHA, los otros 3 relacionados a derechos del paciente (obras sociales, tratamientos). En la CSJPSF se encontró 1 caso de amparo contra la provincia de Santa Fe a favor de una persona con discapacidad ya encontrado anteriormente con el término “derecho a la alimentación”. En las CAyCAPFS se encontraron 11 casos: 3 casos de materia Civil y Comercial, 1 de sede penal sobre usurpación, 6 recursos administrativos (4 sobre reclamos de reconocimiento de plus vacacional de trabajadores de la EPE, una medida cautelar por corte de suministro de servicios públicos y uno a la dirección del registro general de la propiedad por una inscripción de inmueble) y 1 amparo a IAPOS sobre fertilización asistida de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial.

El término “soberanía alimentaria” dio negativo en las tres bases de datos.

Cuadro de resultados: Relevamiento de fallos

Palabras Claves	N° de casos encontrados			Otras voces	Fecha de búsqueda
	Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe		Poder Judicial Nacional		
	Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe	Cámaras de Apelación y de lo Contencioso Administrativo	Corte Suprema de Justicia de la Nación		
Derecho Humano a la Alimentación	0	0	1	Medio Ambiente	31/12/2023
Derecho a la Alimentación	2	1	5	Salud – Derecho Laboral – Derecho de Familia – Discapacidad – Vivienda	31/12/2023
Seguridad Alimentaria	4	21	4	Agencia Santafesina de Seguridad Alimentaria – Derecho Laboral – Salubridad – Sanidad alimentaria – Pueblos Originarios	31/12/2023
Soberanía Alimentaria	0	0	0		31/12/2023
Alimentos	162	375	741	Alimentos - Derecho de Familia - Derecho Laboral - Indemnizaciones	31/12/2023
Derecho a un nivel de vida adecuado	1	11	4	Obras Sociales – Discapacidad – Jubilaciones – Vivienda – Derecho Laboral – Salud – Educación – Asistencia Médica	31/12/2023

*Cuadro de elaboración propia

Cuadro de resultados: Desglose temático por palabra clave

Palabras claves	NIVEL	CASOS	TRIBUNAL DE ORIGEN
Derecho Humano a la Alimentación	CSJN	1- Amparo colectivo ambiental contra el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires por la contaminación del Río Paraná por la utilización de agrotóxicos. ¹⁴	CSJN (competencia originaria)
Derecho a la Alimentación	CSJN	1- Amparo colectivo ambiental contra el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires por la contaminación del Río Paraná por la utilización de agrotóxicos. ¹⁵	CSJN (competencia originaria)
		2- Amparo contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes con el objeto de que cesaran en las conductas que habían conducido al grave estado de desnutrición de sus hijos menores de edad. ¹⁶	Cámara Federal de la Plata
		3- Recurso federal extraordinario de Director de Inspección Federal del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación a Aerolíneas Argentinas debido a un incumplimiento de leyes de policía laboral. ¹⁷	Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo
		4- Recurso federal extraordinario por el rechazo al reclamo indemnizatorio por afección respiratoria crónica compatible con asma bronquial que no incluida en listado de enfermedades profesionales. ¹⁸	Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.
		5- Recurso de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1, de la ley 24.557 de riesgos del trabajo. Condena a la empleadora demandada al pago de la indemnización por daños derivados del accidente laboral. ¹⁹	Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.
	CSJPSF	1- Amparo por nulidad de una asamblea (derecho societario). ²⁰	Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela.
		2- Amparo a la Provincia de Santa Fe con la pretensión de adquirir una prótesis, una vivienda adecuada a su situación de discapacidad y, además, un subsidio mensual para cubrir sus necesidades alimentarias. ²¹	Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe.
	CAYCA PFS	1- Demanda de cuota alimentaria de una madre en representación de sus	Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial

¹⁴ Cabaleiro, Luis Fernando y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Esquivel, Roberto y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social y otros s/ amparo ley 16.986.

¹⁷ Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo.

¹⁸ Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A.

¹⁹ Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688.

²⁰ Culzoni de Quattordio, Adela y Quattordio, Juan José c/ Asociación Mutual Social y Deportiva Atlético Rafaela, acción de amparo s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad.

²¹ D. M. E. c/ Provincia de Santa Fe, amparo s/ recurso de inconstitucionalidad.

		hijos menores de edad. ²²	y Laboral de Rafaela.
Seguridad alimentaria	CSJN	1- Declaración declarativa de certeza de una S.A. contra la Provincia de Neuquén, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de lo dispuesto en los artículos 1 y 3 de la ley provincial 2766, en cuanto establece un control al tránsito interjurisdiccional de productos alimenticios que ingresen, circulen y se expendan en la provincia. ²³	CSJN (competencia originaria)
		2- Declaración de certeza promovida por el Defensor del Pueblo de la Nación con el objeto de que se condene al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco a adoptar las medidas necesarias para modificar la condición de vida de los habitantes de la etnia Toba por situación de emergencia extrema de necesidades básicas. ²⁴	CSJN (competencia originaria)
		3- Recurso de Amparo de una S.A. contra la Provincia de Mendoza a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1º y 3º de la ley local 6959, en cuanto establecen una tasa aplicada al tránsito interjurisdiccional de productos lácteos denominada "derechos por servicios de inspección de productos, subproductos y derivados de origen animal". ²⁵	CSJN (competencia originaria)
		4- Denegación de competencia federal sobre denuncia de delito de genocidio formulada por el Cacique General y otros integrantes del Pueblo Mbya Guaraní de la provincia de Misiones. En ella imputan el delito de genocidio, cometido en perjuicio de sus representados, tanto por el titular como por otros funcionarios del poder ejecutivo provincial. ²⁶	Juzgado de Instrucción N° 2 de Posadas.
	CSJPSF	1- Demanda por salubridad animal. ²⁷	Cámara de Apelación de Circuito de Santa Fe
		2- Demanda de usurpación y desalojo. ²⁸	Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario.
		3- Recurso de inconstitucionalidad por denegación de recurso administrativo de un empleado público de la "Agencia Santafesina de Seguridad Alimentaria", por reclamo de una percepción de rubro salarial. ²⁹	Cámara de lo Contencioso Administrativo
		4- Recurso de inconstitucionalidad por denegación de recurso administrativo de un empleado público de la "Agencia Santafesina de Seguridad Alimentaria" por incompatibilidades de empleo público. ³⁰	Cámara de lo Contencioso Administrativo

²² M., S. A. por sus hijos menores c/ C. D. N. s/ alimentos.

²³ Sucesores de Alfredo Williner S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza.

²⁴ Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otros s/ proceso de conocimiento.

²⁵ Sucesores de Alfredo Williner S.A. c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

²⁶ Ramos, Lorenzo y otros s/denuncia S.C. Comp. 1435, L.XLI.-

²⁷ Rodriguez, Luis Miguel c/ Marengo, Oscar Miguel -daños y perjuicios- s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad.

²⁸ Kotoff, Norme Beatriz y Burgos, Marcelo -Recurso de Inconstitucionalidad en autos Kotoff, Norme Beatriz s/ usurpación

²⁹ Rincón, Rodrigo Germán c/ Provincia de Santa Fe, recurso contencioso administrativo s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad.

³⁰ Fava, Alicia Beatriz c/ Provincia de Santa Fe, recurso contencioso administrativo, s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad.

	CAyCA PFS	Reclamos administrativos (17 casos): - 5 casos de trabajadores de la "Agencia Santafesina de Seguridad Alimentaria". - 6 casos de "Profesionales Universitarios de la Sanidad". - 3 casos sobre jubilaciones de empleados públicos. - 1 de salubridad animal sobre habilitación para cría de ganado. - 2 casos sobre incompatibilidades en empleo público.	Cámara de lo Contencioso Administrativo
		1- Acción de amparo por denegación de habilitación municipal de un supermercado.	Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario.
		2- Amparo contra la Provincia de Santa Fe contra actuaciones administrativas de multa, suspensión de actividades y clausura de una S.R.L.	
		3- Amparo colectivo ambiental contra Rosario y a la Provincia de Santa Fe por la aparición de agrotóxicos en frutas, verduras y hortalizas provenientes del Mercado de Concentración de Fisherton y en el Mercado de Productores de Rosario. ³¹	
		1- Amenazas calificadas por el uso de arma blanca, violación de domicilio en contexto de violencia de género.	Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario.
Soberanía alimentaria	-	-	-
Alimentos	CSJN	375 casos	Civil y Comercial
		165 casos	Penal
		71 casos	Contencioso Administrativo
		65 casos	Laboral
	CSJPSF	109 casos	Civil y Comercial
		26 casos	Contencioso Administrativo
		19 casos	Laboral
		8 casos	Penal
	CACAP SF	220 casos	Civil y Comercial
		56 casos	Laboral
		53 casos	Contencioso Administrativo
		46 casos	Penal

³¹ Zarate, Enrique Augusto y otros c/ Municipalidad de Rosario y otros s/ recurso de amparo.

Derecho a un nivel de vida adecuado	CSJN	1- Amparo en representación de sus hijos contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes con el objeto de que cesaran en las conductas que habían conducido al grave estado de desnutrición de aquellos. ³²	Cámara Federal de Apelaciones de La Plata
		2- Acción de amparo de afiliada contra su obra social a fin de que le provea el medicamento Ampliactil, cintas reactivas, jeringas y pañales descartables por su condición de diabética. ³³	Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata
		3- Amparo por el Hospital Británico de Buenos Aires contra el Estado Nacional por la inconstitucionalidad de la ley 24.754, que extendió a las empresas de servicios de medicina prepaga la cobertura de las prestaciones obligatorias respecto de los riesgos derivados de la drogadicción y del contagio del virus HIV. ³⁴	Cámara Federal de la Seguridad Social
		4- Amparo interpuesta por entidades no gubernamentales que desarrollan actividades contra el virus del SIDA, condenó al Estado Nacional a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial suministro de medicamentos a los enfermos de ese mal registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país. ³⁵	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.
	CSJPSF	1- Amparo a la Provincia de Santa Fe con la pretensión de adquirir una prótesis, una vivienda adecuada a su situación de discapacidad y, además, un subsidio mensual para cubrir sus necesidades alimentarias. ³⁶	Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe.
	CAyCA PSF	6 casos: 1- Alimentos 2- Dos desalojos 3- Inscripción registral 4- Concurso preventivo/quiebra 5- Amparo a obra social por el no reconocimiento de tratamiento.	Civil y Comercial
		4 recursos administrativos	Cámara de lo Contencioso Administrativo
		1 caso penal	Cámara de Apelación de lo Penal

**Cuadro de elaboración propia*

Discusión: Relaciones entre la escasez de fallos y la justiciabilidad de los DESCA

Los resultados reflejan en general una escasez de fallos que refieren explícitamente al DHA. Sin embargo, se detectan

³² Esquivel, Roberto y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social y otros s/ amparo ley 16.986

³³ Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo.

³⁴ Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social).

³⁵ Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986.

³⁶ D. M. E. c/ Provincia de Santa Fe, amparo s/ recurso de inconstitucionalidad.

abundantes casos sobre problemáticas alimentarias. La mayoría de éstos se corresponden a la introducción del término “alimentos” en los buscadores y en su mayor parte refieren a casos de reclamos de alimentos del derecho de familia. En menor medida aparecen casos bajo el término “derecho a la alimentación” y tan sólo se registró un caso que explícitamente refiera al “derecho humano a la alimentación”. Ello pone de manifiesto cierta reticencia en abordar la alimentación en primer lugar como un derecho y en segundo lugar como derecho humano.

El tratamiento del acceso a los alimentos desde el derecho civil de familia se corresponde con la tradición jurídica, ya que la noción de derecho humano a la alimentación se instituye recién a mediados del siglo XX, con los tratados de derechos humanos (cf. Bonet, 2013). Esta institución viene a generar un cambio de paradigma en la forma en que el derecho aborda la cohesión del acceso a los alimentos. El tratamiento del acceso a los alimentos como derecho humano implica tres cuestiones: en primer lugar que los involucrados deben ser considerados sujetos de derechos (no beneficiarios de prestaciones sociales), en segundo lugar, que el Estado es responsable de su realización, en cuanto principal garante de los derechos humanos y en tercer lugar, que para que esa garantía se haga efectiva, debe ofrecer mecanismos.

La limitación de la cuestión del acceso a los alimentos al derecho de familia reduce la problemática al ámbito particular, responsabilizando a los individuos individuales por su propia alimentación y la de su familia. La suplencia en casos de necesidad queda circunscrita al ámbito de la asistencia social, que establece una dinámica jerárquica y dominial entre los sectores acomodados y aquellos necesitados (Fraser & Gordon, 1992).

La institución del DHA no eliminó el principio de autosatisfacción, que implica que cada uno sigue siendo responsable por su propia alimentación y la de su familia. Pero genera la responsabilidad del Estado en primer lugar de no interferir negativamente en esa realización individual (obligación de respeto), en segundo lugar de evitar que terceros puedan afectarla negativamente (obligación de protección) y en tercer lugar de generar una situación en la que cada uno pueda alimentarse a sí mismo y a la propia familia (obligación de facilitación) y en casos de necesidad, incluso de otorgar directamente alimentos o los medios para adquirirlos

(obligación de realización).³⁷ Este enfoque de garantía se corresponde con un abordaje de la alimentación en cuanto responsabilidad colectiva, que reconoce el carácter interdependiente de humanos en relación con la alimentación.

Estos desarrollos en materia regulatoria y doctrinaria parecen no alcanzar todavía los tribunales, que siguen abocados a las problemáticas alimentarias desde las perspectivas tradicionales del derecho privado. Sin embargo pueden detectarse algunos casos que muestran algún cambio de paradigma, al incorporar la noción de derecho a la alimentación o incluso de derecho humano a la alimentación y responsabilizando al Estado por su cumplimiento.

Otra cuestión a considerar frente a la escasez de casos sobre DHA es su carácter primario y fundamental que apela a una reacción *ex ante* del orden regulatorio. Las graves crisis alimentarias vigentes, que traducen serias violaciones al DHA, ameritan un abordaje preventivo, que evite que deba judicializarse el acceso a los alimentos. Es por ello que el lugar de realización del DHA antes que los tribunales es la política alimentaria.

Sin embargo, los datos vigentes en materia alimentaria argentina muestran que la ausencia de casos judiciales sobre DHA no se corresponde con una política alimentaria preventiva, sino más bien con una reticencia de los actores del derecho en abordar las problemáticas alimentarias desde un enfoque de derechos humanos. Puede señalarse en estas reticencias una perspectiva liberal de los mismos, más cercana a la que generó las escisiones entre pactos y que subyace al derecho hegemónico en occidente desde su constitución moderna.

La ausencia de fallos que incorporen el término soberanía alimentaria muestra que este concepto no se encuentra asimilado por los actores judiciales. Una variable a considerar es que no se trata de un concepto técnico-jurídico, ya que no se encuentra institucionalizado normativamente, salvo algunas excepciones colaterales, como su inclusión en los fundamentos del Plan Argentina contra el Hambre (Res. 8/2020 MDS y MDS).

Conclusiones

³⁷ En relación con la índole de las obligaciones del Estado en relación con los DESC cf. Gialdino, 2003; Pezzano, 2014.

El aumento de las facetas de la malnutrición en Argentina refleja una grave situación de deuda respecto al DHA. Existen situaciones todavía de hambre, que implican violaciones a su aspecto más fundamental y primario. Pero también se detectan carencias nutricionales que coexisten con otras facetas de la malnutrición como obesidad y enfermedades no transmisibles vinculadas a la alimentación. Se suma a estas carencias las limitaciones culturales, sociales, comunitarias y ambientales a la adecuación alimentaria que padecen los argentinos en tiempos de crisis alimentarias, como con la inflación. Estas diferentes situaciones plasman violaciones vigentes al derecho a una alimentación adecuada que no logran todavía ser abordadas de manera eficiente y a largo plazo por la política pública.

Esta investigación pone de manifiesto que esas carencias estatales en materia alimentaria tampoco llegan al poder judicial, que parece todavía atravesado por un enfoque liberal que reduce la cuestión alimentaria al ámbito del derecho privado, en cuanto obligación familiar. Este enfoque desconoce las relaciones de interdependencia que subyacen a los sistemas alimentarios y ante todo que la alimentación, antes que un derecho, es una responsabilidad ecosocial. El derecho a la alimentación aparece cuando se pierde esta conciencia colectiva de la responsabilidad. Mientras no se recupere esta conciencia colectiva que active una responsabilidad comunitaria por el acceso universal a los alimentos en tanto bienes fundamentales para la subsistencia, la activación del enfoque de derechos humanos sobre la cuestión del acceso a los alimentos constituye una vía crucial.

Referencias

Abajo, V., Figueroa, E., Paiva, M., & Oharriz, E. (2010). Derecho a la Alimentación. *Diaeta*, 28 (131), 20-26.

Abramovich, V. y Courtis, C. (2004). Los derechos sociales como derechos exigibles'. Trotta. Colección Estructuras y procesos: Serie Derecho.

Aguilar Cavallo, G. (2010). Derechos Fundamentales-Derechos Humanos. ¿Una distinción válida en el Siglo XXI? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, núm. 127, enero-abril de 2010, 15-71.

Alston, P. (1988). International law and the right to food. En A. Eide, W. B. Eide, S. Goonatilake, J. Gussow y Omawale (Eds.),

Food as a human right (2nd ed., pp. 162-183). Boston: United Nations University.

Álvarez, L. (2017). Algunos problemas que caracterizan las prácticas contemporáneas de producción de conocimiento jurídico. *Cinta Moebio*, 60, 268-0278. <https://doi.org/10.4067/S0717-554X2017000300268>

Balle-Castañeda, D. (2018). Doble carga nutricional en América Latina, el Caribe y Colombia: Determinantes sociales y retos para la salud pública. (Trabajo de Especialización en Administración en Salud Pública). Colombia, Universidad Nacional de Colombia.

Banus, L., Adler, F., Massari, L. y Murad, A. (2013). Breve Reflexión en torno al nuevo Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, SAIJ, DACF130128

Barrena, G. (2012). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 3, México DF.

Bestard, A. M. y Carrasco, M. (2021). El derecho a la alimentación adecuada en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en L. Pautassi y M. Alegre (comps.). Entre la regulación y la política pública. El derecho a la alimentación adecuada en Argentina. Buenos Aires: EUDEBA.

Bonet de Viola, A. M. (2013). El derecho a la alimentación a partir de tres casos jurisprudenciales, LA LEY, Año LXXVII, Nº 226, 3.12.2013, Buenos Aires, p. 5-7, Tomo LA LEY 2013-F.

Bonet de Viola, A. M. (2016). Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales. *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 46(124), 17-32. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v46n124.a02>

Bonet, A. M. (2014). Entre seguridad, soberanía y democracia alimentaria: Consecuencias políticas de una disgregación terminológica. *Derecho y Justicia No*, 4.

Bonet, A. M. (2023). El derecho humano a la alimentación bajo “tenaza”. *Apuntes en torno al concepto de adecuación alimentaria. Estudios Sociales* 33 (61).

Bonet, A. M., Coassin, R., y Vidal, E. (2021). Problemáticas de la clasificación de los derechos humanos en el orden internacional. In J. Sánchez Sánchez (Ed.), *Compendio General*

de Derechos Fundamentales. La libertad en Español. Tirant Lo Blanch.

Bonet, A. M., Nessier, C., Marichal, M. E. y Alé, M. C. (2022). Aportes para un abordaje integral de la política pública alimentaria argentina. Recomendaciones para tomadores de decisiones. Mendoza: Quelqasqa, Heinrich Böll Stiftung.

Bonet, A. M., y Marichal, M. E. (2020). «Emergencia alimentaria y derecho humano a la alimentación. Un análisis del Programa Argentina contra el Hambre». Revista Derechos en Acción 5(14):489-522.

Cafferata Díaz, S. (2022). El carácter exigible del derecho a la alimentación y el federalismo. Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Número 1.

Carriquiriborde, A. (2005). Exigibilidad y justiciabilidad del derecho humano a alimentarse. Ponencia presentada en Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organizado en instalaciones de la SRE, en Tlatelolco, D.F. <https://www.juridicas.unam.mx/>

CDESC. (1990). Observación General n° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto: 14/12/90.

CDESC. (2000). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2000/13

CEJIL (2004). Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales. San José, Costa Rica: Centro por la Justicia y El Desarrollo Internacional.

Cenicacelaya, M. N. (2020). Hambre y alimentación: un enfoque de Derechos Humanos. Id SAIJ: DACF200177. <http://www.saij.gob.ar/maria-nie-ves-cenicacelaya-hambre-alimentacion-enfoque-derechos-humanos-dacf200177-2020-08-20/123456789-0abc-defg7710-02fcanirtcod?&o=170&f=Total%7CTi-po%20de%20Documento%7CFecha%5B50%2C1%5D%7CTema/Bienestar%20social%7COrganismo%5B5%2>

CEPAL y WFP (2017). El costo de la doble carga de malnutrición: impacto social y económico. Síntesis del estudio piloto en Chile, Ecuador y México (p. 72). <https://www.cepal.org/es/publicaciones/42535-impacto-socialeconomico-la-doble-carga-la-malnutricion-modelo-analisis-estudio>

Courtis, C., y Santamaría, R. Á. (2009). La protección judicial de los derechos sociales. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Craven, M. (1995). *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A perspective on its development*. Oxford: Clarendon Press.

Didier, M. M. (2012). La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos: un imperativo del principio de igualdad. *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de Las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 66(66), 81-107.

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4286755&orden=1&info=link%5Cnhttp://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=4286755>

Dobrovolskij, V., & Stukas, R. (2013, octubre). The impact of economic crisis on nutrition habits - Comparison of eating habits in 2013 and 2007 in Lithuanian: Valerij Dobrovolskij. *European Journal of Public Health*, 23(suppl_1), ckt124.101.

Elver, H. (2015). Informe presentado por el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación. Asamblea General. ONU. A/HRC/31/51

Elver, H. (2019). Informe visita a la Argentina. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación. Consejo de derechos humanos. ONU. A/HRC/40/56/Add.3unicef

FAO, FIDA, OMS, PMA y UNICEF. (2021). Informe “El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2021”. Transformación de los sistemas alimentarios en aras de la seguridad alimentaria, una nutrición mejorada y dietas asequibles y saludables para todos. Roma, FAO.

FAO, FIDA, OMS, PMA y UNICEF. (2022). El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2022. Adaptación de las políticas alimentarias y agrícolas para hacer las dietas saludables más asequibles. Roma, FAO. <https://doi.org/10.4060/cc0639es>

Fraser, N. y Gordon L. (1992). Contrato versus caridad: una reconsideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social. *Isegoria*, (6), 65-82.

Gialdino, R. E. (2003). Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Revista IIDH*, 37, 87-133.

Gronemeyer, M. (1996). Ayuda. En: Sachs, W. (Ed.). Diccionario del Desarrollo. Una guía del conocimiento como poder (Vol. 1996). Perú: Pratec. <https://doi.org/10.5755/j01.eee.111.5.347>

Holmes, S., y Sunstein, C. R. (2011). El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos. Siglo XXI Editores.

Humanos, C. M. (1993). Declaración y programa de acción de Viena. Viena: Naciones Unidas.

Jenkins, R. H., Vamos, E. P., Taylor-Robinson, D., Millett, C., & Laverty, A. A. (2021). Impacts of the 2008 Great Recession on dietary intake: a systematic review and meta-analysis. *International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity*, 18(1), 57.

Ki-moon, B. (2013). Declaración y programa de acción de Viena. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 13-36163 — DPI/1394 Rev.2

León-Bon, T. S., & Díaz-Bautista, A. (2020). Impacto de la inflación de los precios de los alimentos en el bienestar de los hogares en situación de pobreza en México. *Estudios Sociales. Revista de Alimentación Contemporánea y Desarrollo Regional*, 30(56). Recuperado el 17 de abril de 2024, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2395-91692020000200123&lng=es&nrm=iso&tlng=es.

Martin, F. F. (2006). Delineating a Hierarchical Outline of International Law Sources and Norms. In F. F. Martin (Ed.), *International human rights and humanitarian law. Treaties, cases and analysis* (pp. 31–39). Cambridge University Press.

Organización Mundial de la Salud . (2024). Malnutrición. Datos y Cifras. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/malnutrition>

Pacheco Rodríguez, M. A. (2017). Exigibilidad de los derechos sociales: algunas aportaciones desde la teoría del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho “Derecho PUCP”*, 79, 267–286

Pautassi, L. (2016). La complejidad de articular derechos: alimentación y cuidado. *Salud Colectiva* 12 (4): 621-634.

Pautassi, L. y Carrasco, M. (2019). Derecho a la alimentación adecuada en América Latina y el Caribe. EUDEBA, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de

la Universidad de Buenos Aires y la Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Pezzano, L. (2014). Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 30, 303–346.

Savioli, F. (2004). La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista IIDH*, 39, 101–167.

Secretaría de Gobierno de Salud. (2019). 2° Encuesta Nacional de Nutrición y Salud. Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación.

Secretaría de Gobierno de Salud. (2019). 4° Encuesta Nacional de Factores de Riesgo. Resultados definitivos. Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación. https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/publicaciones/enfr_2018_resultados_definitivos.pdf

Serrano, S. (2013). Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer.

Suarez Franco, A. M. S. (2007). G: 57 Cómo promover la justiciabilidad del derecho humano a la alimentación en centroamérica. FIAN Internacional.

Tello Moreno, L. F. (2011). Panorama general de los DESCAs en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos México.

Texier, F. (2004). Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal. En CEJIL (Ed.). *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*. Centro por la Justicia y el Desarrollo Internacional.

Torrado, S., & Aguirre, P. (Eds.). (2007). *Comida, cocina y consecuencias: la alimentación en Buenos Aires*. En *Población y bienestar en la Argentina del primero al segundo Centenario* (1^a ed., pp. 468–503). Buenos Aires: Edhasa. Recuperado el 17 de abril de 2024, de <http://catalogoiigg.sociales.uba.ar/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=79080>.

Tuñón, I. y Maljar, M. (2024). Trazando el camino: privaciones estructurales, avances y desafíos en los derechos de la infancia

y adolescencia. Argentina 2010-2023. Pontificia Universidad Católica Argentina. Observatorio de la Deuda Social Argentina. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/18601>

UNICEF (2022). Encuesta Rápida sobre la situación de la niñez y adolescencia 2022. Unicef Argentina. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/14751/file>

Vivero Pol, J. L. y Scholz Hoss, V. (2009). Derecho a la Alimentación, Políticas Públicas e Instituciones contra el Hambre. Ediciones LOM, Santiago, Chile. Capítulo 8. Págs. 217-256.

Vivero Pol, J., Sholz, V., y García, J. (2009). La justiciabilidad del derecho a la alimentación en América Latina. Santiago de Chile: FAO. Iniciativa América Latina y Caribe sin Hambre.

Wainer, A. (2021). *Los precios de los alimentos en el Gran Buenos Aires: un problema económico y social*. La Plata: Central de Trabajadores de la Argentina (CTA). Recuperado de https://www.ctabsas.org.ar/IMG/pdf/idesba_precios_alimentos_abril2021.pdf.

Ziegler, J. (2004). Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación. Consejo Económico y Social. ONU. A/57/356.