

Reflexiones Sobre Derecho Latinoamericano

Estudios en Homenaje al Profesor
Dr. José María Pérez Collados

Volumen
24





Reflexiones Sobre Derecho Latinoamericano

Estudios en Homenaje al Profesor
Dr. José María Pérez Collados



Coordinadores
Paulo Aragão
José Marco Tayah
Letícia Danielle Romano

Coordinadores Adjuntos
Carla Ledezma Castro 
Tânia Mota de Oliveira 
Virgilio Hernández Enríquez 
María de Lourdes Solórzano Vera 

Presentación de
Ricardo D. Rabinovich-Berkman



Fortaleza | Buenos Aires
2018

Copyright © 2018 por Paulo Aragão,
José Marco Tayah e
Letícia Danielle Romano
*Reflexiones sobre Derecho
Latinoamericano – Volumen 24*

Queda prohibido la reproducción
integral o parcial de esta obra, sea
por cualquier medio y para cual-
quier fin, sin la autorización previa,
por medio escrito, de los autores.

Obra protegida por la
Ley de Derecho de Autor.

**A venda dos exemplares é feita exclusivamente
para os autores | La venta de los ejemplares se la
hace solamente a los autores:**
uniuba@gmail.com

Capa e Editoração | Capa e Edición
Francisco Batista (fbatista29@gmail.com)

Assistente Editorial | Asistente Editorial
Kamylle Mourão

Impressão e Acabamento | Impresión y Acabado
Expressão Gráfica e Editora Ltda.

Nota Editorial: Dejamos expresa constancia que los artículos aquí expuestos fueron escritos y realizados por alumnos que actualmente están cursando en la Modalidad Intensiva del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tanto el contenido de los mismos, con la traducción al idioma español, son exclusiva responsabilidad de ellos. La Expressão Gráfica e Editora, o Consejo Editorial Latino y los coordinadores no se responsabilizan por el contenido de los mismos.

Nota de Esclarecimento: Cada um dos autores é integralmente responsável pelo conteúdo e tradução de seu artigo, não tendo a Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires e seus professores, a Expressão Gráfica e Editora, o Conselho Editorial Latino e os coordenadores da Coleção Reflexões sobre Direito Latino-americano qualquer espécie de responsabilidade por eventuais equívocos.

Paulo Aragão, José Marco Tayah e Letícia Danielle Romano
(Coordenadores / Coordinadores)

CIP – Cataloguing-in-Publication – Brasil Catalogação na Publicação

Ficha Catalográfica feita pela editora

T23u Aragão, Paulo; Tayah, José Marco; Romano, Letícia Danielle
Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. José
Maria Pérez Collados / Paulo Aragão; José Marco Tayah; Letícia Danielle Romano. – Fortaleza
– Buenos Aires: Expressão Gráfica e Editora, 2018.

464 p. : 16 x 23 cm ; Il. Foto

ISBN: 978-85-420-1254-5

1.Derecho. 2. Derecho Internacional Público. 3. Genocídio – Derecho Internacional.
4.Derecho Internacional Privado. 5. Derecho Latinoamericano. 6. Direito Civil. 7. Direito
Penal. 8. Direito Constitucional. 9. Direito do Trabalho I. Aragão, Paulo II. Tayah, José
III. Romano, Letícia Danielle IV. Título.

CDD 340
341.1

Índice para catálogo sistémico

1.Derecho. 2. Derecho Internacional Público. 3. Genocídio – Derecho Internacional. 4.Derecho
Internacional Privado. 5. Derecho Latinoamericano. 6. Direito Civil. 7. Direito Penal. 8. Direito
Constitucional. 9. Direito do Trabalho

Sumário

A MODO DE PRESENTACIÓN

Profesor Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman | 9

NOTA DE LOS COORDINADORES | 13

NOTA DOS COORDENADORES | 15

DE LAS FUNCIONES CLÁSICAS DE LOS BANCOS CENTRALES

Paulo Aragão | 17

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A OBRA A IDEIA DE JUSTIÇA, DE AMARTYA SEN

José Marco Tayah

Letícia Danielle Romano | 41

EL RESUMEN ANALÍTICO BIBLIOGRÁFICO: ORGANIZACIÓN Y ESQUEMATIZACIÓN BIBLIOGRÁFICA EN INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Abel Suarez | 51

A LIBERDADE PENAL À LUZ DA NEUROCIÊNCIA

Alexsander Souza de Assis | 69

EL PANÓPTICO Y LA SOCIEDAD ACTUAL

Aline Cristina Nogueira de Freitas

Leandro de Almeida Vargas | 85

LAS TEORÍAS DE LA JUSTICIA Y EL SISTEMA DE FINANCIAMIENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN CHILE

Álvaro Luciano Fuentealba Hernández | 97

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: CUESTIONES IMPORTANTES DENTRO DE LA LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA Y LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Ana Fabiola Zamora Vázquez | 119

ANÁLISIS CRÍTICO DE ALGUNOS ELEMENTOS CONCEPTUALES DE DERECHO Y SOCIEDAD EN AMÉRICA LATINA EN RELACIÓN CON: “LA NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN INCLUSIVA Y DIVERSA PARA LATINOAMÉRICA”

Brenner Fabián Díaz Rodríguez | 133

VIOLENÇA OBSTÉTRICA E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Caroline Mesquita Antunes | 149

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES AFETIVAS

Cleber Luiz Lopes de Moraes | 167

A SUPOSTA MUDANÇA DE PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A COMPENSAÇÃO DECORRENTE DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro

Fernando César Lopes Cassionato | 183

L’ETRANGER DE ALBERT CAMUS: A INJUSTIÇA PRESENTE NO JULGAMENTO DE MEURSAULT

Eduardo Jansen

Iomana Taiguara Veloso Barreto | 207

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN JUAN DE PASTO – COLOMBIA

Gerardo Esteban Dávila Caicedo | 225

AIB (ACCIÓN INTEGRALISTA BRASILEÑA) - “LA ROSA VERDE”

Gilberto Cassuli | 247

SITUACIONES CONFLICTIVAS EN EL RÉGIMEN DE ADOPCIÓN EN ARGENTINA

Gustavo Adrian Somoza Lopez | 273

HEGEMONÍA Y HUMANIDAD: LA REIVINDICACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA COMO DERECHO QUE SE REHÚSA A LA HOMOGENEIZACIÓN (A PROPÓSITO DE YAWAR MALLKU)

Héctor Hernán Pinzón López | 299

BLOCKCHAIN E OS CONTRATOS INTELIGENTES

Ivone Zeger | 317

ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS EN MATERIA DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN BRAZIL, ENFOCÁNDOSE EN EL RESPETO DEL PRINCIPIO DE ORDEM PÚBLICO EN LA PROCEDÊNCIA DEL RECURSO DE PROTECION

Jane Eyre Ribeiro Macedo | 339

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN COLOMBIA Y ARGENTINA

Karoll Marcela Burbano Padilla | 353

OBRIGAÇÕES: DO DIREITO DE DAR, SOB O ENFOQUE DOS CÓDIGOS CIVIS, BRASILEIRO E ARGENTINO

Leiliane Andrade de Araujo | 383

“HOLOCAUSTO BRASILEIRO”: VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO MAIOR HOSPÍCIO BRASILEIRO

Lení Maria de Souza | 393

EFFECTIVIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD, UN DERECHO HUMANO POR EXCELENCIA, FRENTE A LA TEORÍA DE LO POSIBLE

Maria do Carmo Santos | 413

ACÓRDÃO ATINENTE A SUSTAÇÃO DE PENSÃO DECORRENTE DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PUBLICOS VERGASTADO COM ENFOQUE NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Pedro da Costa Duarte Filho | 445



A modo de Presentación

Pronto se cumplirán, si Dios quiere, diez años desde aquel enero de 2009 en que inauguramos, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, entonces presidida por el recordado Decano Atilio Alterini, el Programa de Cursos Intensivos Válidos para el Doctorado.

Varios decanatos han pasado. Dos fecundos períodos de Mónica Pinto. Luego, la auspiciosa gestión de Alberto Bueres. El maestro Alterini ha partido al reino celestial de la memoria agradecida. Más de cuatro mil estudiantes han cursado el Programa. Alumnos de casi cuarenta patrias. Una familia académica forjada en la diversidad respetuosa, al calor del culto a los derechos existenciales.

De ese Programa surgió esta Colección, cuyos autores han pasado por sus aulas. La mayoría de los trabajos que en este libro se publican han surgido de aquellos cursos. Quizás por eso (y por su generosidad proverbial) es que han resuelto homenajear, en cada volumen, a uno de los Docentes. Tal el caso de los Profesores Doctores Paulo Bonavides, Wilson Alves de Souza, Eugenio Raúl Zaffaroni, Eduardo Barbarosch, Lidia María Garrido Cordobera, Flavia Piovesan, Marta Biagi, Viridiana Díaz Aloy, Ana Kunz, Ignacio Tedesco, Raúl Gustavo Ferreyra, Daniel Rafecas, Isabel González Nieves, Enrique Del Percio, Andrea Gastrón, María Susana Ciruzzi, Jorge Bercholc, Silvia Nonna, Leandro Vergara, Carlos Ramos Núñez, Nancy Cardinaux, Laura Lora y el que estos párrafos firma.

Este libro, compuesto por 23 trabajos, cuyos autores provienen (por orden alfabético) de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Ecuador, rinde un tributo más que debido. Porque va dirigido al Dr. José María Pérez Collados. En este docente de alma y de cuerpo, nativo de Aragón pero residente, desde hace muchos lustros, en la romántica Girona de las sierras catalanas, se suman dos esencias.

Por un lado, es un ser humano maravilloso, bueno, sencillo y profundo, amigo de la vida y de la pasión, visceral y comprometido. Es un amigo infaltable, un colega solidario. Sueña sueños que pueden compartirse, y esa es, a mí me parece, una cualidad preciosa en la especie de los mortales.

Me une a José María una amistad rica y fecunda, que se ha labrado a lo largo del surco, arado conjuntamente, de no pocas aventuras, épicas algunas de ellas, en el paisaje embriagador de la docencia. No puedo ser objetivo al hablar de él, por dos razones. Una, porque soy un hijo de la maravillosa Eva, y la objetividad es para las piedras, no para esta progenie. La segunda, porque lo quiero mucho.

Por el otro flanco, Pérez Collados es un profesor espectacular. El alumnado vibra con sus clases. Los públicos se extasían en sus conferencias. Mezcla al exponer, como al componer sus trabajos escritos, las arcillas que corren por sus venas como novelista (que lo es y muy de fuste) y científico del derecho.

Artista de la antropología jurídica y de la historia del derecho, José María recibe en su despacho bajo un gran retrato del divino Emanuel Lévinas (ignorado en la mayoría de las Facultades de Derecho). Sus estudiantes lo adoran, en las aulas y en las cantinas, porque es como Sócrates y enseña también con la copa de vino tinto en mano (es un religioso del buen comer y del óptimo beber).

José María Pérez Collados. Padre ejemplar de una niña, estrella monopólica de su firmamento de afectos grandes. Hijo devoto de una madre intelectual, periodista activa en un tiempo donde las mujeres españolas eran convocadas al silencio. Hombre que ama a la

condición humana, que se duele del sufrimiento del otro y se regocija en las sonrisas ajenas. Aragonés de catalán perfecto que disfruta del viento tramontano en las mañanas invernales de Girona, se alegra ante una mesa llena de amigos con rioja añejo y filosofía libre, exulta frente a un aula repleta de jóvenes rebeldes, ama los atardeceres sobre el Pirineo (que cruza para visitar la tumba de Antonio Machado)... Y que se ha incorporado, en un día feliz, varios ciclos solares atrás, a nuestro equipo de Profesores del Programa de Cursos Válidos para el Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA.

En muy buena hora llega este reconocimiento, unánimemente decidido por sus privilegiados alumnos, al que sin dudarlo me agrego.

Trato (aunque sean muchos y mi cerebro esté cada vez más anquilosado) de conocer a mis estudiantes por el nombre. Me gusta interiorizarme de sus inquietudes, aprehender sus proyectos académicos, saber de su vida científica. Cada uno de los autores que publican en esta Colección ha pasado por el Programa de Cursos Intensivos con valor para el Doctorado, que me ha tocado el honor de dirigir desde su creación. De modo que puedo decir que los conozco a todos.

Es por ello que me siento en humildes condiciones de prestar testimonio del nivel de cada uno de ellos como mujeres u hombres de ciencia. Y declaro sin tapujos que es, en general, lo suficientemente elevado como para dar lugar a un conjunto de obras excelentes, de enorme interés para los estudiosos del derecho.

Esta Colección, en sí misma, no tiene precedentes reales en el mundo. Se trata de una (ya larga) serie de libros colectivos, surgidos de los referidos cursos preparatorios para el Doctorado de una de las principales Facultades de Derecho del mundo. La Casa de cuyos claustros saliera el primer Premio Nobel latinoamericano (el Dr. Carlos Saavedra Lamas), dos de los filósofos más relevantes del continente (Carlos Cossio y Carlos Santiago Nino) y quince presidentes constitucionales de la República Argentina.

Los artículos que fueron integrando esta Colección han sido fecundo fruto de la pluma de mujeres y hombres de ciencia provenientes de casi todos los países de Iberoamérica, de algunas naciones africanas y de estados europeos. Son obras que exceden con mucho el terreno académico (en el que, de por sí, ya descuellan) para pasar a forjar el futuro de integración y fraternidad.

La paz, creo modestamente, no se construye con tratados (la historia lo demuestra hasta el hartazgo). Se levanta, en cambio, con hechos concretos que derriban, a fuerza de sonrisas y manos dadas, las barreras de prejuicio y odio, los arquetipos de desconfianza, entre las gentes.

La idea de esta Colección ha sido genial. No retaceo felicitaciones a sus inspiradores. Espero que se mantenga, que siga y prospere. Que continúe surcando los años. Que gane cada vez más vuelo.

Un vuelo que comprometa y lleve a comprometerse. Que involucre y se involucre con la lucha pacífica y sagrada de los pueblos por un mañana sin explotación, sin imperialismos, sin prepotencias hegemónicas. Sin delirios de supremacía o superioridad.

Por ese dulce atardecer de fraternidad, justicia e igualdad con que hemos de soñar, creo, en todas las facultades de derecho.

Profesor Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman
Universidad de Buenos Aires
julio de 2018

Nota de Los Coordinadores

Pocos pueden imaginar nuestra alegría de lanzar este volumen 24° de la Colección **REFLEXIONES SOBRE DERECHO LATINOAMERICANO**, en homenaje al Profesor Dr. José María Pérez Collados, eminente Maestro de la Universidad de Girona, Cataluña, y también colaborador de esta casa bicentenaria, en el programa de cursos de doctorado, modalidad intensiva.

Fue en el año 2011 cuando iniciamos esta cruzada, con el lanzamiento de un humilde libro de trabajos de los estudiantes de Modalidad Intensiva en homenaje a nuestro querido Profesor Dr. Ricardo Rabinovich Berkhman, que desde esa oportunidad se ha convertido en nuestra Estrella-Guía, sin el cual no hubiésemos podido llevar adelante tan victorioso cometido.

Y es eso mismo: victorioso, sí, porque aún no llevamos ni ocho años y conseguimos – refiriéndonos a todos los que por estos bancos han pasado– alcanzar la impresionante media de tres libros al año, media incluso redondeada hacia abajo.

Si algo nos consta es que no existe Colección similar, en otra Universidad del mundo, con tanta producción académica, principalmente, por tratarse de la UBA; una de las principales Facultades de Derecho del planeta, de cuyos claustros salieron el primer Premio Nobel Latinoamericano Dr. Carlos Saavedra Lama; los relevantes filósofos de este continente Carlos Cossio y Carlos Santiago Nino; y más de quince presidentes constitucionales de la República Argentina.

[NOTA DE LOS COORDINADORES]

Los artículos que por aquí han desfilado y habrán de desfilarse en próximas ediciones *Dios mediante*, constituyen el trabajo fecundo de hombres y mujeres de ciencia, provenientes en su mayoría de países suramericanos, y de otras naciones africanas y estados europeos, siendo, por lo tanto, obras que trascienden el ámbito académico y se transforman, también, en un emulador de la integración entre los países y la fraternidad universal.

¡Celebremos pues!

Buenos Aires, julio de 2018

Coordinadores
Paulo - José Marco - Leticia

Nota dos Coordenadores

Poucos podem avaliar nossa alegria em lançarmos este 24º. Volume da Coleção REFLEXIONES SOBRE DERECHO LATINOAMERICANO, em homenagem ao Professor Dr. José Maria Pérez Collados, eminente mestre da Universidade de Girona, Catalunha, também lente desta bicentenária casa, no programa de cursos para doutorado, modalidade intensiva.

Foi no ano 2011 que iniciamos essa cruzada com o lançamento de um despretenso livro de trabalhos dos estudantes da Modalidade Intensiva em homenagem ao nosso querido Professor Dr. Ricardo Rabinovich Berkhman, que desde esse evento vem se constituindo em nossa Estrela-Guia, sem o qual não teríamos conseguido levar adiante tão vitoriosa empreitada.

É isso mesmo. Vitoriosa, sim, porque ainda não se vão oito anos e conseguimos – referimo-nos, aqui, a todos os que por estes bancos passaram – atingir a impressionante média de três livros ao ano, média essa arredondada para baixo.

Ao que nos consta, não há Coleção similar, com tão grande produção acadêmica em qualquer Universidade do mundo, principalmente por ter a UBA uma das principais Faculdades de Direito do planeta, de cujos claustros saíram o primeiro Prêmio Nobel Latinoamericano (Dr. Carlos Saavedra Lamas), os relevantes filósofos deste continente (Carlos Cossio e Carlos Santiago Nino) e mais quinze presidentes constitucionais da República Argentina.

Os artigos que por ela desfilaram e hão de desfilar em próximas edições *Dios mediante*, constituem o trabalho fecundo de homens e mulheres de ciência, provenientes da maioria dos países sulamericanos, de algumas nações africanas e de estados europeus, sendo, por tanto, obras que transcendem o âmbito acadêmico e transformam-se, também, num emulador da integração entre países e da fraternidade universal.

Ufanemo-nos, pois!

Buenos Aires, julho de 2018

Coordenadores
Paulo - José Marco - Leticia

DE LAS FUNCIONES CLÁSICAS DE LOS BANCOS CENTRALES

Paulo Aragão

Pese a no haber tenido un propósito consciente, el Banco Central surgió por la preponderancia de cierto banco dentro del marco de acción del Estado, como emisor y como banco de los bancos. Se puede decir, que su primer papel –aunque no es una función típica del mismo– fue el de financiar un conflicto bélico, específicamente entre Inglaterra y Francia, lo que desde la mirada de Alan Crawford, fue un mal ejemplo para los bancos centrales. Sin embargo, tal crítica se atenúa al considerarse el momento histórico, aunque el *Bank of England* haya sido fundado para eso, su actuación ha ido evolucionando lentamente a través de los siglos.

Tomando en consideración la forma como surgieron los bancos centrales –a partir de bancos de carácter privado– y siendo el *Bank of England* el ejemplo por excelencia, es importante saber qué es lo que los caracteriza y qué los diferencia de las demás instituciones bancarias. Intuitivamente, la respuesta puede parecer algo obvia, pero no lo es, pues este asunto ha sido debatido, con ahínco, por expertos desde hace bastante tiempo. En esta línea, Augusto F. R. de Magalhães recopila algunos señalamientos al respecto:

El problema sobre cuál es la función más característica de los bancos centrales ha dado lugar a controversias entre los técnicos. Para Kish y

Elkin, es el “mantenimiento de la estabilidad del patrón monetario”, que “implica el control de la circulación monetaria”. Kent cree que la principal función es el control de la expansión y la contracción del volumen de la moneda, en términos del bienestar general. Vera Smith piensa que es un “total o residual monopolio de la emisión de billetes”, apuntando que de ese monopolio han derivado las funciones secundarias y las características de los modernos institutos, mientras Schneider cree que la emisión de billetes no es una condición ni necesaria ni suficiente para calificar al banco central. Hawtrey considera el crédito de emergencia (*lender of last resort*), notando que, a pesar de que el derecho de emisión le confiere una gran facilidad en el desempeño de sus funciones en el crédito de emergencia, estas últimas pueden ser ejercidas por él, aunque sin disponer del derecho de emisión. Jauncey (cit. por De KOCK, op. cit., pág. 29) piensa que el *clearing* constituye la función principal. Shaw juzga que la única función verdadera y suficiente de los bancos centrales es el control del crédito, por ser partidario de un sistema en el que el Estado emitiría los billetes y usaría aquel instituto sólo para distribuirlos; sistema que, en su opinión, permitiría una moneda cuyo volumen se regularía automáticamente. Baudhuin dice que es el control general de la moneda y del crédito. Para Warburg, la concentración de las reservas, como en Europa observaron Thiers, Vuitry, d’Eichtal, constituye el servicio esencial, en el cual el monopolio de la emisión de billetes finaliza. Para Ralph A. YOUNG, “la finalidad especial del Sistema de Reserva es fomentar un clima financiero favorable que soporte el desarrollo económico, manteniendo al mismo tiempo un valor relativamente estable para el dólar”. Según los estatutos del Banco de Ajustes Internacionales, el banco central es “un banco al que, en un país determinado, se le otorga el deber de regular el volumen de la moneda y del crédito de ese país”. Para De KOCK, el hecho de que la palabra *reserva* figure en la denominación de varios bancos centrales (Sistema Federal de Reserva, Banco de Reserva de Sudáfrica, Banco Central de Reserva del Perú, Banco de Reserva de Nueva Zelanda, Banco de Reserva de la India) indica aparentemente que, en opinión de varias autoridades, la custodia de las reservas de caja es la función característica de los bancos centrales. Concluye, sin embargo, que no se puede establecer una división de funciones por orden de importancia, ni destacar una de ellas como característica, porque todas son independientes y complementarias.¹

1 MAGALHÃES, Augusto F. R. **Os bancos centrais**. Rio de Janeiro: A casa do livro, s.d., p. 147-148. Traducción propia.

Se ha de concordar con esa última conclusión; que no se puede destacar una función como característica, ni separarlas. Sin embargo, es posible, e incluso necesario para el propio corte epistemológico, definir cuáles son las mínimas funciones esenciales de un banco central, para así poder distinguirlo de los demás bancos.

Antes de adentrarnos en aquellas funciones que entendemos como las más típicas y relevantes de los bancos centrales, es necesario informar que la expresión “banco central” es reciente; ésta se popularizó a partir de 1928, con la publicación de la obra *Central Banks*, de Kisch y Elkin. Hasta entonces, eran más conocidos como bancos nacionales o de emisión.

Entre las principales funciones², destacamos: el mantenimiento de un patrón monetario, la emisión de la moneda, el stock de reservas, la actuación como banquero del Estado y ‘banco de bancos’, y la ejecución de la política monetaria³.

La primera de esas funciones –el mantenimiento de un patrón monetario– no es, en rigor, función de un banco central, especialmente en los días actuales, que no se aplica el patrón secular de oro, regulador el valor de la moneda, luego de la crisis del período entre-guerras; ni el

2 Omitiéndose las funciones dictadas por la nueva teoría de los bancos centrales, a ser citadas en el momento oportuno.

3 Sobre las funciones del Banco Central, dice Luiz Souza Gomes, en **Bancos centrales e instituciones internacionales de crédito**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1967, p. 13 (traducción propia): “Los problemas fundamentales, por lo tanto, a los que se enfrenta el Banco Central, son, en primer lugar, la política de emisión de billetes, es decir la suma total de billetes en circulación y las bases sobre las cuales, se debe operar la emisión; y en segundo lugar la política del descuento, o sea la selección del papel que el banco normalmente admite redescantar a la tasa de interés y la cantidad límite en la que está interesado operar, no sólo en referencia a un solo banco, sino en relación al conjunto bancario. Estas son las principales atribuciones de un banco central, aparte de su vigilancia sobre la manera honesta o deshonestas en la que operan los banqueros privados, a fin de dar al sistema bancario de un país, aquel carácter de irreprochable autoridad, que constituye el apéndice del comercio del banco, una de las actividades más tentadoras a la improbidad y al peligroso desaliento de las cualidades morales de un Pueblo.”

sistema de paridades monetarias estables⁴, que de cierta forma representó por un tiempo el retorno a ese patrón.

A inicios del siglo pasado se reconoció, sin embargo, la técnica bancaria central como ejecutora de la política monetaria del patrón oro. Esa idea fue inicialmente refutada por el Banco del Imperio Austro-Húngaro, “quien defendía la tesis de que la función del banco central no era la convertibilidad en oro, sino la de asegurar la cotización de la moneda en el mercado internacional”⁵, idea con la que es difícil estar de acuerdo.

Directamente relacionado con la cuestión del control de la cotización de la moneda se encuentran las modalidades del mercado de cambio, que pueden ser de tipo libre o tipo controlado. De acuerdo con Jayme de Mariz Maia⁶, el mercado libre tiene como características: la posibilidad de que los participantes compren y vendan moneda extranjera libremente, lo que representa una presencia, prácticamente, inexistente del gobierno, quien eventualmente compra y vende moneda extranjera para cohibir la especulación y defender la moneda nacional; la fijación libre de las tasas de cambio en función del mercado; y la posibilidad de que los participantes mantengan cuentas en el exterior o en el propio país en moneda extranjera. El mercado controlado, por su parte, tiene como características: una presencia grande del gobierno (restringiendo la libertad cambiaria), el control de la compra y venta de moneda extranjera a partir de severas normas gubernamentales, la fijación del monto en moneda extranjera que puede ser llevada por un turista al extranjero, la prohibición a ciudadanos y empresas de tener cuentas en el extranjero, el establecimiento de tasas de compra y venta de moneda extranjera por parte del gobierno (que ni siempre considera

4 Punto a ser tratado cuando se aborde el Convenio de *Bretton Woods*.

5 MAGALHÃES, Augusto F. R. **Os bancos centrais**. Rio de Janeiro: A casa do livro, s.d., p. 140. Traducción propia.

6 MAIA, Jayme de Mariz. **Economia internacional e comércio exterior**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 236-237.

para ello las necesidades económicas sino las conveniencias políticas), la prohibición de abrir cuentas en moneda extranjera dentro del país, y la imposibilidad de los participantes de comprar y vender moneda extranjera libremente.

La segunda función a ser tratada, que en realidad es la más importante de todas, es la emisión de moneda, hoy en día, exclusiva a los bancos centrales, ya sea papel moneda o moneda metálica. Tanto es la relevancia de tal función, que el profesor José Paschoal Rossetti expresa al respecto, que: “la motivación técnica fundamental de la actuación de las Autoridades Monetarias y, en particular, de los Bancos Centrales es la regulación de la oferta monetaria”⁷.

Por apego a la historia, recordamos que las primeras emisiones –cuando no se hablaba todavía de bancos centrales, ni mucho menos del monopolio de éstos– se referían a certificados de oro, es decir, como denomina Patat, ‘moneda *vérifié*’. Las personas –en general los comerciantes– depositaban el oro en las instituciones financieras, quienes garantizaban la total disponibilidad del metal, por lo tanto, se emitían tantos certificados como metales hubiesen en caja. Con el tiempo, ante la confiabilidad del sistema, se pasó a emitir más certificados que la cantidad de metales a disposición de la institución, constituyendo así la moneda escritural. Esto se justifica por el hecho de que, en períodos normales, no todas las personas sacan el total de sus haberes al mismo tiempo; los retiros en general son contrabalanceados por los depósitos.

Obviamente, muchas instituciones fallaron al emitir certificados de forma exagerada, sin ser capaces de honrar sus créditos. Sin embargo, el sistema, como se mencionó, estaba dotado de un alto grado de confiabilidad, lo que con el pasar del tiempo condujo a la centralización de la emisión de moneda en los actuales bancos centrales. Cabe apenas una diferenciación: el banco central es el único que puede emitir moneda, aunque a otros bancos se les dé la posibilidad de emitir

⁷ ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 220. Traducción propia.

moneda escritural. Sobre este monopolio, enseña Jairo Saddi con bastante propiedad, después de una brillante digresión sobre el poder monetario: es innegable “que el monopolio de la moneda sea parte de lo que se denomina “poder monetario”, expresión que denota el ejercicio por parte del Estado en relación a todos los elementos del sistema monetario y principalmente a la definición de unidad y su validez dentro el orden jurídico”⁸.

Este monopolio de emisión de moneda llevaría a la competencia desleal si se le permitiera a un banco central actuar como si fuese banco privado (o de carácter privado), de modo que, la mejor salida, es que él mismo se abstenga de hacerlo. Esto, por cierto, es otro punto que los diferencia, pues un banco central no busca el lucro, sino el bienestar de la colectividad, aunque empleando medidas que ésta no comprende del todo; mientras que las instituciones privadas buscan ávidamente la ganancia material.

Algunos autores, al clasificar los bancos, incluyen erróneamente los bancos centrales dentro de la categoría de bancos de emisión, aunque en realidad constituyen una categoría singular: la de los bancos centrales. Uno de estos autores es Nelson Abram, *in verbis*:

Por lo tanto, de acuerdo con el criterio de actividad, u operación practicada, y además teniendo en cuenta el elemento histórico, podemos establecer la siguiente clasificación de los bancos: I - de emisión; II - comerciales o de depósitos; III - de inversión; IV - de crédito real; V - de crédito industrial; VI - agrícolas.”

I – *Bancos de Emisión*, conocidos como “los bancos de los bancos”, además de las operaciones que hacen “exclusivamente con las instituciones financieras” (artículo 12 de la Ley 4.595 / 64), la ley le confiere la tarea privativa de “emitir papel-moneda y moneda metálica, en las condiciones y límites autorizados por el Consejo Monetario Nacional “(art.10, I, de dicha Ley). Se trata del Banco Central de Brasil.⁹

8 SADDI, Jairo. **O poder e o cofre**: repensando o Banco Central. São Paulo: Textonovo, 1997, p. 41. Traducción propia.

9 ABRÃO, Néelson. **Direito bancário**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.22. Traducción propia.

Es notorio que la emisión de moneda se relaciona con los fenómenos de inflación y deflación, por la simple aplicación de la ley de la oferta y la demanda de Adam Smith. Así, si se emite una cantidad excesiva de moneda en razón de la demanda de la misma, ésta se desvalorizará, es decir, habrá inflación; si la cantidad es insuficiente frente a la demanda, ocurrirá lo inverso, la valorización y su consecuente deflación.

La inflación es un gran mal que, como dijo Keynes¹⁰, desordena las relaciones entre acreedores y deudores –fundamento último del capitalismo–, degenerando el proceso de adquisición de riqueza en juego y lotería. Sin embargo, el ilustre economista inglés percibe la deflación como más dañina por las demoras en la producción de riqueza¹¹.

De este razonamiento sobre el monopolio de la emisión de moneda se deduce que los bancos centrales, al emitir moneda sin respaldo, generan presión inflacionaria. El constituyente de 1988, atento a este punto –para nosotros consistente con la determinación autoritaria del Art. 49, párrafo 2º de la Ley nº. 4.595/64¹², que obligaba al Banco Central de Brasil a comprar Títulos del Tesoro nacional aunque con emisión de moneda, para financiar la deuda pública– estableció la prohibición de préstamos directos o indirectos al Tesoro Nacional por

10 KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda; Inflação e deflação**. Tradução de Mário R. da Cruz; revisão técnica de Cláudio Roberto Contador; tradução dos prefácios de Paulo de Almeida. 2 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1985 (Os economistas), p. 291. A parte a que nos referimos foi traduzida por Rolf Kuntz.

11 KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda; Inflação e deflação**. Tradução de Mário R. da Cruz; revisão técnica de Cláudio Roberto Contador; tradução dos prefácios de Paulo de Almeida. 2 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1985 (Os economistas), p. 292. A parte a que nos referimos foi traduzida por Rolf Kuntz.

12 “Art. 49. Las operaciones de crédito de la Unión, por anticipación de ingresos presupuestarios o a cualquier otro título, dentro de los límites legalmente autorizados, solo serán realizadas mediante la colocación de obligaciones, pólizas o letras del Tesoro Nacional”. Traducción propia.

§ 2º El Banco Central de la República del Brasil, con autorización del Consejo Monetario Nacional basado en la ley presupuestaria del ejercicio, podrá adquirir directamente letras del Tesoro Nacional, con emisión de papel moneda” (traducción propia).

parte del Banco Central. Veamos el artículo 164 de la Carta Magna de 1988:

Art. 164. La competencia de la Unión para emitir moneda será ejercida exclusivamente por el Banco Central.

§ 1º Se prohíbe al Banco Central conceder, directa o indirectamente, préstamos al Tesoro Nacional y a cualquier órgano o entidad que no sea institución financiera.

§ 2º El Banco Central podrá comprar y vender títulos de emisión del Tesoro Nacional, con el objetivo de regular la oferta de moneda o la tasa de interés.

§ 3º Las disponibilidades de caja de la Unión serán depositadas en el Banco Central; las de los Estados, del Distrito Federal, de los Municipios y de los órganos o entidades del poder público y de las empresas por él controladas, en instituciones financieras oficiales, exceptuando los casos previstos en la ley (traducción propia).

El constituyente originario, sin embargo, dejó una brecha de acción para la compra de títulos del Tesoro Nacional por parte del Banco Central, como se percibe en la redacción suprema, con el fin de regular la oferta de moneda o la tasa de interés.

Los tres principales instrumentos, de los cuales disponen los bancos centrales para regular la masa monetaria circulante son: (1) la fijación de un depósito obligatorio; (2) las operaciones de redescuento y la práctica del *open market*. Observamos que, el control del medio circulante, la oferta de la moneda y las tasas de interés, es lo que caracteriza la política monetaria. De esta manera, los instrumentos de control de la oferta monetaria son funciones de los bancos centrales, cuando éstos ejecutan políticas monetarias, sin embargo, no se reducen a ellas.

Nos parece perfecto el concepto de depósitos obligatorios de Rossetti, quien los define como la: “esterilización, junto a las Autoridades Monetarias, de una parte de los depósitos realizados en el sistema bancario. Generalmente se fijan a través de un porcentaje

aplicado sobre esos depósitos, que reduce el poder de multiplicación de la moneda escritural¹³. En el mismo sentido, Eduardo Fortuna explica:

El depósito obligatorio regula el multiplicador bancario, inmovilizando, de acuerdo con la tasa de depósito de reserva obligatoria fijada por el CMN, una parte mayor o menor de los depósitos bancarios y los recursos de terceros que circulan en ellos (títulos en cobro, títulos depositados, garantías de operaciones de crédito), restringiendo o alimentando el proceso de expansión de los medios de pago.¹⁴

Si el encaje bancario¹⁵ es elevado, disminuyen los medios de pago y, en consecuencia, se reduce la liquidez de crédito y el volumen de la moneda. Una vez más recurriendo a la ley de la oferta y de la demanda, es así como se fuerza la valorización de la moneda, conteniendo la inflación. Por su parte, la disminución del crédito lleva a un efecto recesivo, que debe manejarse adecuadamente como instrumento de combate a la inflación, so pena de elevados costos sociales. La disminución del encaje bancario tiene efecto inverso, aumenta los medios de pago y contribuye con la devaluación de la moneda; instrumento hábil para combatir la deflación y aumentar el crédito.

En el caso del redescuento, también denominado préstamo de liquidez, los bancos centrales auxilian a los bancos con problemas esporádicos de flujo de caja, normalmente causados por extracciones de dinero superiores a lo esperado o por encima de las disponibilidades del banco asistido. Consiste básicamente en convertir el crédito comercial de los bancos en crédito bancario central, creando un crédito adicional y aumentando los encajes bancarios.

De este modo, el redescuento atiende a requerimientos bancarios de corto plazo, tanto de operaciones activas, como de pasivos,

13 ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 222. Traducción propia.

14 FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro** produtos e serviços. 13 ed. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1999, p. 37. Traducción propia.

15 Como comúnmente se le conoce a la tasa porcentual de depósitos obligatorios.

cuando existe la necesidad de cumplir con obligaciones del banco o de conceder nuevos préstamos. El redescuento, función típica de los bancos centrales, sin embargo, es una operación previa a la creación de los mismos.

Se percibe con claridad que el redescuento contribuye con la solidez del sistema bancario, en la medida en que impide el pánico generalizado, que puede materializarse con el efecto de “desbordamiento en manada”, es decir, la población corriendo hacia los bancos para extraer sus bienes, lo que arruinaría todo el sistema a partir de un factor psicológico.

A propósito de esto, y aclarando que la denominación ‘banco de bancos’ deviene de las operaciones de redescuento, Augusto F. R. de Magalhães enseña:

El redescuento es generalmente considerado como una función esencial del banco central, y en virtud de eso es que a menudo se le denomina “banco de los bancos”.

En tiempos normales, los bancos comerciales no recurren al banco central, o sólo lo hacen en una escala relativamente pequeña, para poder atender la mayor demanda de créditos que se produce en ciertas épocas del año (entre-cosechas, cosechas, exportaciones de algunos productos primarios, etc.), cuando ocurre, simultáneamente, una estabilización o contracción de los depósitos del público.

En épocas de crisis o pánico, sin embargo, los bancos comerciales, después del agotamiento de sus recursos ordinarios, están obligados a valerse, en una escala apreciable, del financiamiento del banco central.¹⁶

El crédito de emergencia, se concede cuando existe una alerta amarilla asociada, es decir, cuando la fiscalización bancaria ya está al tanto de las causas de la emergencia, y el banco central proporciona los suministros financieros adicionales vitales para la continuación de

16 MAGALHÃES, Augusto F. R. **Os bancos centrais**. Rio de Janeiro: A casa do livro, s.d., p. 277. Traducción propia.

los negocios normales de la institución financiera en peligro, evitando turbulencias en el mercado. Estos créditos junto con las operaciones de redescuento, hacen que los bancos centrales ejerzan el papel de *lender of last resort*¹⁷, operando como ‘banco de los bancos’. Que quede claro que esa actuación se da en beneficio de instituciones con problemas de *cash flow*¹⁸ no insolventes. En caso contrario, pudiera llegarse incluso a una intervención, con el fin de garantizar la liquidez del sistema financiero.

Aunque ésta también es una función típica de los bancos centrales, originalmente no era aplicado, incluso existiendo las operaciones de redescuento. El crédito de emergencia fue aplicado por primera vez por el Banco de Inglaterra, con renuencia, durante la crisis de 1825, y desde entonces fue incorporado a los demás bancos centrales europeos, extendiéndose por el resto del mundo, a tal punto que desde principios del siglo XX se encuentra incorporada como función de los bancos centrales.

En cuanto a la práctica de *open market*¹⁹, ésta se refiere a las operaciones de compra y venta de títulos negociadas por el banco central. En la práctica, se restringe a los títulos de gobierno –títulos de Deuda Pública– que el banco central negocia con el propósito de regular la oferta de los medios de pago por propia iniciativa, de ahí su nombre. Cuando hay exceso de tales medios, el Banco Central vende los títulos en subastas, retirando parte del medio circulante, mientras

17 Traducción libre: ‘aquel que presta el último recurso’.

18 ‘Flujo de caja’.

19 El Diccionario de Economía (los economistas, São Paulo: Abril Cultural, 1985: 268) proporciona el siguiente concepto para *open market*: “**MERCADO ABIERTO** (*Open Market*). Mercado en el que el banco central de cada país regula el flujo de la moneda comprando y vendiendo sus títulos (títulos de deuda pública). Cuando hay mucho dinero en circulación, el banco central “absorbe” el mercado vendiendo letras del Tesoro Nacional; cuando ocurre lo contrario, compra estos títulos. Las operaciones se realizan a través de instituciones financieras. El *open* opera con gran flexibilidad y sin limitaciones: vendedores y compradores no necesitan estar presentes en el mismo recinto para que se efectúen las transacciones, en general concertadas por teléfono (traducción propia).”

que en épocas de escasez, compra nuevos títulos para reinyectar dinero a la economía. A diferencia de las otras operaciones, éstas aunque son pasivas, tienen un carácter activo ya que no ocurren por iniciativa de los bancos centrales, sino de los bancos comerciales.

En el caso brasileño, se percibe cierta perversidad en las operaciones de *open market*, dado que, en medio de una elevada deuda pública y altas tasas de interés –base real de la baja inflación verificada desde la implementación del Plan Real–, el gobierno absorbe tal volumen de recursos del sistema financiero, que acaban reduciendo el crédito en inversión productiva, elevando la tasa de interés primaria y colaborando con el bajo crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB) del país, que se encuentra por debajo de la media de los países latinoamericanos.

Actuando en el *open market*, los bancos centrales aumentan o disminuyen la masa monetaria y, por ende, la disponibilidad de créditos de los bancos comerciales, con repercusiones sobre las tasas de interés. Esto se da tanto en la medida básica (en Brasil, la tasa SELIC), pues habiendo la necesidad estatal de grandes recursos, se requerirá pagar mayores intereses, corolario de la ley de la oferta y la demanda, dado que los intereses determinan el precio del dinero; como en aquélla aplicada por las instituciones financieras a la población en general, pues mantenidas las necesidades de ésta y siendo escaso el crédito, los intereses aumentan. Por lo tanto, a través de este instrumento, se puede influir en el nivel de actividad económica y los precios.

Esta relación entre el *open market* y la tasa de interés es resumida por Eduardo Fortuna:

En resumen, los principales movimientos de este mercado son:

- la compra neta de títulos públicos por el BC, con aumento del volumen de reservas primarias y consecuente aumento de liquidez del mercado y caída de la tasa de interés primaria (**Rescate de Títulos**);

- la venta neta de títulos públicos por el BC, con disminución del volumen de reservas bancarias y consecuente reducción de liquidez del mercado y aumento de la tasa de interés primaria (**Colocación de Títulos**).²⁰

Hasta la Primera Guerra Mundial, el *open market* er, prácticamente utilizado solo por Inglaterra y Alemania (*Bank of England* y *Reichsbank*), aunque la ley de 1790 autorizaba al Tesoro estadounidense a adquirir títulos de la deuda pública. Hasta el referido marco, éste servía como auxilio del redescuento, luego fue que comenzó a utilizarse como medio para mejorar el crédito estatal. Efectivamente adquirió el status de operación/función autónoma después de la crisis de 1929.

Como se mencionó anteriormente, aunque los bancos centrales tengan el monopolio de la emisión de moneda, todos los bancos pueden emitir moneda escritural, detentando también, de manera indirecta, ese poder. Esto es lógico, ante la necesidad que tiene todo banco central de emitir moneda para cubrir la moneda escritural puesta en circulación por los demás bancos o comprar títulos públicos para aumentar la cantidad de moneda circulante, en relación con la cantidad de moneda escritural.

De ahí que la política monetaria no solo cubra las operaciones mencionadas anteriormente (depósito obligatorio, redescuento, *open market*, etc.), que sirven para contener la emisión desenfrenada de moneda escritural, sino además: controlar la competencia dentro de los límites legales, para regular el sistema financiero; actuar de forma preventiva y represiva; autorizar el funcionamiento de bancos y liquidarlos cuando sea necesario; evaluar irregularidades y aplicar sanciones, etc., todo en beneficio del bienestar de la colectividad.

Una vez definida la política monetaria, es necesario precisar lo que va a ser la *política fiscal* y la *política cambiaria*, incluso porque los

20 FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro** produtos e serviços. 13 ed. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1999, p. 38. Traducción propia.

tres conceptos, aunque de distinción clarísima, suelen ser distorsionados por los reflejos auto-evidentes que existen entre ellos.

La política fiscal se refiere a los gastos del Gobierno, con respecto a sus ingresos, los cuales se obtienen, principalmente, de tributos recaudados por el Estado, a saber, de acuerdo con la teoría pentapartita: impuestos, tasas, contribución de mejoras, préstamo obligatorio y contribuciones sociales.

Nítidamente, la política fiscal es la que más influye sobre los rumbos de un país, aunque las demás desempeñen un papel de relevancia inconmensurable. En este sentido, como bien dice Aliomar Baleeiro:

La Política Fiscal podrá orientarse a propiciar la evolución del país hacia objetivos puramente económicos, como su desarrollo e industrialización, o también hacia objetivos políticos y sociales, como una mayor intervención del Estado en el sector privado hasta el punto de la absorción completa de éste, de acuerdo a inspiraciones socialistas, comunistas o sólo demagógicas (...).

El problema de la determinación del objeto de la Política Fiscal es puramente político y corresponde a los hombres de Estado en los Parlamentos o al poder personal del dictador, la oligarquía dominante, etc. Al financista sólo le corresponde verificar hasta dónde es posible hacerlo con base teórica, los medios adecuados para alcanzar los fines perseguidos.

En la fase contemporánea, las preocupaciones de los políticos y de los economistas giran en torno a la modificación de las estructuras para acelerar los procesos del desarrollo económico de las naciones atrasadas y el crecimiento de las maduras.²¹

La política cambiaria “está, fundamentalmente, basada en la administración de la tasa (o tasas) de cambio y en el control de las operaciones de cambio”²². Pese a su conexión con la política monetaria,

21 BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16 ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 57. Traducción propia.

22 FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro** produtos e serviços. 13 Ed. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1999, p. 48. Traducción propia.

éstas consiguen distinguirse fácilmente dado que la política cambiaria implica, de una forma más directa, las relaciones económicas de un país con el extranjero, lo que puede perturbar el control y los intereses del Gobierno. En ésta se inserta la cuestión de la tasa de cambio, que afecta directamente la balanza comercial y, por ende, la balanza de pagos.

Entendidos los mecanismos de emisión de moneda y de política monetaria, queda todavía por entender lo que es la moneda en sí. Más que simples valores representados en papel o metal, la moneda se refiere a una unidad ideal, que establece valores relativos. De ahí nos parece adecuada la definición dada por Arthur Nussbaum:

*El dinero puede ser una pieza de oro, una pieza de plata, una pieza de cobre, una factura de papel o cualquier otra cosa. Solo la relación de la pieza de dinero con una cierta unidad ideal (dólar, libra esterlina, franco, Deutsche Mark, etc.) tiene relevancia legal, en la medida en que la cosa es tratada como dinero y no como una simple pieza de metal o un trozo de papel. El dinero, el objeto concreto, es una cosa que, independientemente de su composición, es comúnmente tratada como una fracción, entero o múltiplo de una unidad ideal.*²³

El problema viene a ser, entonces, lo que representa tal unidad ideal, que para Karl Olivercrona tenía como base el lenguaje. De ahí que José Tadeu de Chiara se pronunciase diciendo que “la moneda es, pues, producto del lenguaje jurídico”.²⁴

23 Tradução livre de Arthur Nussbaum *apud* SADDI, Jairo. **O poder e o cofre**: repensando o Banco Central. São Paulo: Textonovo, 1997, p. 36. No original: *Money may be a gold piece, a silver piece, a copper piece, a paper bill or what-not. Only the relationship of the money piece to a certain ideal unit (dollar, pound sterling, franc, mark, etc.) has legal relevancy, inasmuch as the thing is treated as money and not as mere piece of metal ou a scrap of paper. Money, the concrete object, is thus a thing which, irrespective of its composition, is by common usage treated as a fraction, integer or multiple of na ideal unit*".

24 José Tadeu de Chiara *apud* SADDI, Jairo. **O poder e o cofre**: repensando o Banco Central. São Paulo: Textonovo, 1997, p. 37.

João do Carmo Lopes e José Paschoal Rossetti tratan con bastante agudeza los usos y utilidades de la moneda²⁵, destacando como principales funciones: la de intermediaria de intercambios, la de medida de valor, la de reserva de valor, la liberatoria, la de patrón de pagos diferidos y la de instrumento de poder.

La existencia de la moneda por sí sola, sin embargo, no basta. Ella debe ser hábil en la consecución de sus objetivos. Para alcanzar tal característica, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa establece algunos criterios²⁶: debe mantener el poder de compra y el valor de cambio con monedas extranjeras; debe ser siempre aceptada como medio de pago; y debe tener buena calidad material y buena distribución en el territorio nacional.

El mantenimiento del poder adquisitivo interno es una necesidad intrínseca al propio sistema monetario de un país; son bien conocidos los maleficios de la inflación y la deflación. En cuanto al valor de cambio de monedas extranjeras, por cierto tiempo dominó el sistema de paridades fijas, en los términos establecidos por el Convenio de Bretton Woods; sistema que desaparecería después con la crisis cambiaria de 1973. Mantener el valor es fundamental para suscitar un ambiente estable que fomente un adecuado entorno de negocios, tanto en términos de previsibilidad como de seguridad. En los sistemas de cambio flotante la moneda tiende a oscilar con mayor facilidad, de acuerdo con diversos factores, ya sean psicológicos o concretos, como: la tasa de interés norteamericana y la del país en cuestión o el saldo de la balanza comercial de éste.

La aceptación de la moneda como medio de pago implica que ella debe tener un flujo forzado. En las economías que experimentan

25 LOPES, João do Carmo, ROSSETTI José Paschoal. **Moedas e bancos**: uma introdução. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1983, p. 14.

26 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Bancos centrais no direito comparado**: o sistema financeiro nacional e o Banco Central do Brasil (o regime vigente e as propostas de reformulação). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 50 e ss.

eclosiones o períodos inflacionarios, con la depreciación constante del valor de la moneda, la población prefiere disponer de otros medios que les permitan conservar su poder de compra, como la adquisición de activos en oro y moneda fuerte, que en tales circunstancias suelen mantener su valor reajustado, generalmente, sin pérdidas.

En cuanto a la buena calidad del material y la buena distribución nacional, Brasil ha logrado buenos resultados, “pudiéndose decir que Brasil se encuentra entre los países cuyas monedas tienen excelente calidad de impresión”²⁷.

Con respecto al respaldo en la emisión de monedas por parte de los bancos centrales, la misma puede ser analizada consultado las discusiones entre la *Free Banking School*, *Currency* y *Banking Schools*, estas últimas defendiendo la existencia de un banco central.

La *Currency School* defendía que la emisión de moneda debía estar siempre respaldada, normalmente, en oro²⁸; teniendo así un patrón fijo, que le conferiría mayor estabilidad a los precios. El medio circulante estaría, entonces, protegido por reserva en especies, y todo el agregado de dinero, en el medio circulante, que superase cierto límite debería ser cubierto unidad por unidad.

La *Free Banking School*, por su parte, sostenía que la moneda debía ser libremente emitida por los particulares, sin necesidad de tener un banco central. Por lo tanto, emitir billetes en volumen igual o inferior a lo demandado por el mercado va contra la propia lógica de esta escuela. En este caso, es la competencia quien regula el sistema, de modo que quien no obtenga la confianza, el mercado para aceptar los billetes que se emiten y quien no logre hacer la conversión en oro, quiebra.

27 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Bancos centrais no direito comparado: o sistema financeiro nacional e o Banco Central do Brasil (o regime vigente e as propostas de reformulação)**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52. Traducción propia.

28 En el caso de las colonias, la moneda de la metrópoli.

Los medios de pago en ese sistema siguen la *real bills doctrine*, o doctrina de los billetes reales o de crédito comercial legítimo, según la cual los billetes deben ser emitidos con respaldo en la riqueza real, sin límites para ello, excepto los colocados por el mercado y por el público. De esta forma, el respaldo no sería en oro o en metales en general, sino en la fiducia de los billetes a honrar, siendo discrecional la emisión de la moneda. Los defensores de esta teoría se oponían a la rigidez de la *currency school*, alegando que:

El desarrollo, en una economía moderna, sólo se alcanza a través de la plena oferta monetaria y con un sistema de mayor flexibilidad y libertad para lidiar con las distorsiones de la economía. El hecho de mantener un patrón como el oro sólo reduce tales posibilidades. Siendo la moneda fiduciaria aceptada y depositando en ella toda la confianza, tanto los precios del mercado como los índices de credibilidad son comparables con las ventajas de aquel régimen fijo.²⁹

El profesor Gentil Corazza, de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, en un interesante artículo sobre la ambivalencia público-privada de los Bancos Centrales, concluye que el modelo de la *Free Banking School* acabará por evolucionar hacia un sistema de jerarquía bancaria, con el monopolio de emisión de un banco central:

Aglietta (1991) también apunta algunas dificultades para el funcionamiento de ese modelo. La competencia obliga a los bancos a hacer préstamos no negociables y arriesgados, aceptando compromisos sin garantía de encaje. Un sistema con posiciones bilaterales y reservas descentralizadas necesita grandes sumas de reservas para garantizar la seguridad de los pagos. A esto se le suman los riesgos morales, pues circula una multitud de monedas emitidas por bancos, cuya solvencia los clientes no pueden evaluar. También existe el Estado, como un cliente especial, que fortalece a los bancos con quienes negocia, acabando por desequilibrar la competencia, pues sus monedas adquieren una calidad superior.

29 SADDI, Jairo. **O poder e o cofre**: repensando o Banco Central. São Paulo: Textonovo, 1997, p. 46. Traducción propia.

De esta manera, el modelo de bancos libres, de implementarse, tendería a evolucionar hacia una jerarquía bancaria, pasando por la formación de clubes bancarios regionales, ubicados en las plazas financieras más importantes y organizadas alrededor de casas de compensación. El resultado final de este proceso de centralización, como la historia indica, es la formación de un BC con el monopolio de emisión.³⁰

Con respecto a la elasticidad de la moneda, es decir, los parámetros de respaldo para emitirla, citamos a Augusto F. R. de Magalhães:

La cuestión de saber hasta qué punto la elasticidad del volumen de los billetes pudiera ser extendida, sin debilitar su seguridad y la confianza en ellas depositada por el público, fue objeto de controversia durante más de un siglo. Durante ese período, cinco métodos fueron adoptados por las legislaciones, en cuanto a la proporción entre el volumen de las reservas y el de los billetes: 1) parte fiduciaria de volumen fijo o relativamente estable y parte variable, basada en el respaldo integral o parcial en oro; 2) límite máximo y rígido para el volumen de los billetes en circulación; 3) billetes con cobertura integral gracias a determinados títulos públicos especiales, revestidos del privilegio de servir de garantía; 4) papel respaldado, en cierta proporción, por una reserva metálica y, el resto, por efectos comerciales y títulos públicos, con permiso de moneda de reservas por debajo del mínimo legal, bajo ciertas condiciones y mediante sanciones; 5) billetes y exigencias del banco central sujetas a cobertura por determinado porcentaje mínimo en oro.³¹

Es función de los bancos centrales almacenar reservas, ya sea en divisas (monedas extranjeras) o metales preciosos (de preferencia oro), así como impulsar los Derechos Especiales de Giro (DEG)³² del país, ante el Fondo Monetario Internacional (FMI). Los DEG

30 CORAZZA, Gentil. “Os bancos centrais e sua ambivalência público-privada”. *Nova economia*. v. 11. n. 1. jul. 2001. p. 130. Disponível em <http://www.face.ufmg.br/novaeconomia/sumarios/v11n1/CORAZZA.PDF>, acesso em 21/11/06. Traducción propia

31 MAGALHÃES, Augusto F. R. *Os bancos centrais*. Rio de Janeiro: A casa do livro, s.d., p. 177.

32 En cuanto a los Depósitos Especiales de Giro, los bancos centrales encajan más adecuadamente en la función de ser banquero del Estado, aunque se debe notar, por supuesto, que sus funciones no están aisladas, sino relacionadas entre sí.

(Derechos Especiales de Giro)³³ son, a grosso modo, la moneda del Fondo Monetario Internacional, correspondiéndole a los bancos centrales moverlos, estando sus nombres escriturados en tal moneda ficticia.

En el caso de las reservas en oro, éstas ya no tienen la misma importancia que mostraban en el pasado, cuando la vigencia del patrón oro, exaltaba la importancia de acumular monedas extranjeras. Esto, especialmente, en el caso de Brasil, cuya moneda no es considerada convertible en los términos del Convenio de Bretton Woods.

El Banco Central es el encargado de administrar el cambio, gestionando las reservas internacionales e interviniendo en el mercado, cuando así lo considere necesario, por ejemplo, en el caso de apreciaciones o depreciaciones indeseables de la moneda; siendo uno de los instrumentos para la compra y venta de divisas. El Banco no es propietario de las reservas, sino su mero depositario; la propiedad corresponde al Tesoro Nacional. Cabe destacar, que a pesar del predominio del dólar en la economía mundial, la prudencia recomienda diversificar las reservas adquiriendo otras monedas fuertes, verdadero corolario del dicho popular que expresa: “no pongas todos tus huevos en la misma canasta”.

En principio, no era papel de los bancos centrales operar el sistema cambiario, esto se hacía de forma indirecta, a través de la tasa de redescuentos y el *open market*. Con el crecimiento de la importancia de las divisas (moneda extranjera) como respaldo monetario y como medio de pago en las relaciones internacionales, durante el período posterior a la Primera Gran Guerra, los bancos centrales comenzaron a patentar esta función.

Las divisas fueron creadas en 1845 “por un Gobernador General de las Indias Holandesas, que vislumbrando la estabilidad cambiaria, emitía retiros del Gobierno de las Indias Holandesas para el Ministerio de las Colonias de Holanda, títulos que gozaban de una tasa

33 Una vez más, hacemos referencia al Convenio de Bretton Woods.

de cambio fija³⁴. La aceptación de este instrumento cambiario depende de la confianza internacional, es por ello que las principales divisas, hoy en día, son el dólar y el euro; monedas que por el tamaño de las economías de origen y su estabilidad, no están sujetas a exageradas o bruscas variaciones. En la época del patrón oro, las divisas actuaban como auxiliares de ese metal, en la cobertura de las monedas nacionales, creciendo en importancia luego del abandono de este patrón, producto del *aftermath* del *crack* de 1929.

Aunque en Brasil, como en otros países, la actuación del mercado cambiario es función del Banco Central, en algunos casos, como el inglés, esta tarea le corresponde a un fondo de equalización cambiaria, que actúa entre el Banco Central y el mercado³⁵, impidiéndole a los especuladores tener conocimiento sobre las reservas y disminuyendo los riesgos de las operaciones cambiarias.

En el caso de Inglaterra, ese fondo fue creado en 1932, con el colapso del patrón oro. Con respecto a éste, Robert Wolff llegó a decir que se trataba, en realidad, de un patrón-libra esterlina, refiriéndose por efectos comparativos, al hecho de que esta moneda era la garante del patrón oro:

En efecto, para gran sorpresa de los economistas, cuando, en septiembre de 1931 la libra bajó en relación al dólar y en relación al franco francés, los precios ingleses no se elevaron proporcionalmente; por el contrario, fueron los precios americanos y franceses los que bajaron 15%, mientras que los precios ingleses, expresados en libras, quedaron inalterados; una nueva verdad fue así revelada: que el pretendido nivel de precios mundiales era en realidad un nivel de precios inglés y que el pretendido *gold estandar* era en realidad un *esterling estándar*; esto debido a la preeminencia económica y a la ponderación económica dominante en el Imperio Británico.”³⁶

34 MAGALHÃES, Augusto F. R. **Os bancos centrais**. Rio de Janeiro: A casa do livro, s.d., p. 229. Traducción propia.

35 En el caso de Inglaterra, el fondo ni siquiera actúa junto al Banco Central, sino directamente con el Tesoro.

36 *Apud* MAGALHÃES, Augusto F. R. **Os bancos centrais**. Rio de Janeiro: A casa do livro, s.d., p. 178. Traducción propia.

En el patrón oro existía un automatismo sobre la cantidad de moneda en circulación. Siempre que se daban entradas de oro, ocurría un aumento de la masa circulante y viceversa, aunque fuese producto de movimientos estacionales. Con la suspensión de la convertibilidad de la libra esterlina y con el fin de evitar situaciones problemáticas derivadas de tal patrón, se estableció el *Exchange Equalization Fund*, para adquirir el oro y los dólares que entrasen a Gran Bretaña. La intención era estabilizar la libra en el fondo y no en el banco central, y transformarlo en oro estéril, es decir, sin posibilidad de ser usado con fines monetarios, y sin que alterase las reservas del banco central. Para aumentar el volumen de dinero circulante, basta sólo con revertir la esterilización del metal, por cesión de oro del fondo al banco central, lo que se percibe claramente como un instrumento de política monetaria que evita los males del patrón oro.

Sobre las operaciones de cambio existe, en Brasil, cierta confusión en torno a la doctrina, incluso entre los propios funcionarios del Banco Central, quienes repiten con vehemencia que éste está dotado del monopolio de las operaciones de cambio. Falacia. Si ese fuera el caso, no habría empresas actuando en el mercado de cambio, intercambiando reales por dólares, euros, etc.

Ciertamente, la historia de los bancos centrales se inicia como la de banquero del Estado. Es así como surge el *Bank of England*, prestando recursos a la Corona británica, a cambio de ciertos privilegios, específicamente, el monopolio de emisión; característica que, sin embargo, no se reconocería hasta su consolidación definitiva. Esto se justifica por el hecho de que los primeros bancos centrales, o sus embriones, eran bancos de naturaleza privada, en los cuales el interés público no privaba sobre sus ganancias. Hoy en día, sin embargo, los bancos centrales están condicionados de forma diversa al interés público, llegando incluso a tener, como es el caso de Brasil, prohibiciones de préstamos directos e indirectos al Tesoro³⁷.

³⁷ Vide Art. 164, §1º, CF/88 supra.

Estos préstamos, hasta la Primera Guerra Mundial, eran muy limitados, de pequeño valor y corto plazo. Durante la economía de guerra se empleó mucho la posibilidad de obtener recursos de los bancos centrales, generando una fuerte inflación. Las oportunidades de adquirir préstamos y comprar títulos públicos se acentuaron con la crisis de 1931, a diferencia de la actualidad, como ya se señaló anteriormente.

En su calidad de banquero del Estado, aunque es esencial discutir la cuestión de la dependencia/independencia, autonomía del banco central –a tratarse en momento oportuno– se reconoce su función de operar como caja y contador de la administración pública. En virtud del artículo 164, § 3º de la Constitución Federal de 1988, le corresponde al Banco Central de Brasil ser el depositario de los recursos de la Unión, de su caja, y transferirlos, y en los términos del Art. 11, II, de la Ley n º 4.595 / 64, es también el responsable del servicio de la deuda pública, función ésta *sui géneris*:

Art. 11. Compete además al Banco Central de la República del Brasil;

II - Promover, como agente del Gobierno Federal, la colocación de préstamos internos o externos, pudiendo, también, encargarse de los respectivos servicios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nélon. Direito bancário. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. 16 ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CORAZZA, Gentil. “Os bancos centrais e sua ambivalência público-privada”. Nova economia. v. 11. n. 1. jul. 2001. p. 130. Disponível em <http://www.face.ufmg.br/novaeconomia/sumarios/v11n1/CORAZZA.PDF>, acesso em 21/11/06.

FORTUNA, Eduardo. Mercado financeiro produtos e serviços. 13 ed. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1999.

KEYNES, John Maynard. A teoria geral do emprego, do juro e da moeda; Inflação e deflação. Tradução de Mário R. da Cruz; revisão técnica de Cláudio Roberto Contador; tradução dos prefácios de Paulo de Almeida. 2 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1985 (Os economistas).

LOPES, João do Carmo, ROSSETTI José Paschoal. Moedas e bancos: uma introdução. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1983.

MAGALHÃES, Augusto F. R. Os bancos centrais. Rio de Janeiro: A casa do livro, s.d.

MAIA, Jayme de Mariz. Economia internacional e comércio exterior. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ROSSETTI, José Paschoal. Introdução à economia. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1987.

SADDI, Jairo. O poder e o cofre: repensando o Banco Central. São Paulo: Textonovo, 1997.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Bancos centrais no direito comparado: o sistema financeiro nacional e o Banco Central do Brasil (o regime vigente e as propostas de reformulação). São Paulo: Malheiros, 2005.

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A OBRA *A IDEIA DE JUSTIÇA, DE AMARTYA SEN*

*José Marco Tayah
Letícia Danielle Romano*

O pensador Amartya Sen¹, em sua obra *A ideia de justiça*²³, desenvolve, em grande parte, o seguinte questionamento:

Qual deve ser o objetivo primeiro da justiça?

Amartya Sen inicia sua obra realizando uma distinção fundamental e necessária, afirmando que há duas famílias de pensadores que se ocuparam acerca do tema da justiça, cada qual amparada em uma linha teórica distinta da outra.

1 O economista e filósofo Amartya Sen nasceu em 1933 em Santiniketan, onde atualmente é Bangladesh, lecionando na Universidade de Harvard. Foi laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em memória a Alfred Nobel no ano de 1998 por sua contribuição e pesquisa a respeito da teoria da escolha social e do welfare state, além de ser também um dos criadores do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) juntamente com Mahbub ul Haq.

2 Publicado inicialmente em 2009 na Grã-Bretanha, *A ideia de justiça* é uma homenagem e ao mesmo tempo uma crítica ao pensamento de John Rawls (p. 23), importante filósofo americano que em 1971 publicou a importante obra *Uma teoria da justiça*, a qual marcou para sempre o pensamento de Amartya Sen, inclusive servindo como ponto de partida para a presente obra. O livro é composto por dezoito capítulos, subdivididos em quatro grandes partes, além de uma longa e esclarecedora introdução. Esses quatro núcleos em que o Sen divide o texto dão uma compreensão geral da obra e organizam as teses defendidas por ele de forma profunda.

3 Amartya Sen valendo-se de elementos da filosofia política, da economia, da política internacional, do direito e até mesmo de antigos conceitos da língua sânscrita, constrói um impecável mosaico de argumentos para discorrer sobre um tema essencial, contudo sempre controverso tanto na ordem interna quanto na internacional: a ideia de justiça.

A primeira linha teórica remonta à tradição contratualista de pensadores que se concentrou antes de tudo em acertar as instituições, sem focalizar diretamente em sociedades reais (SEN, p. 36), pois o pressuposto básico de pensadores tais como Hobbes, Locke, Rousseau, Kant e mais recentemente Rawls, era o desenvolvimento de teorias da justiça que enfocassem uma abordagem transcendental das instituições ideais.

Todavia, há uma segunda linha teórica, que tem como precursor Adam Smith e seguida por Condorcet, John Stuart Mill, Marx e Mary Wollstonecraft, que entende a justiça a partir de sua relação direta com as sociedades reais e não em conceber instituições perfeitas e transcendentemente ideais. Esses pensadores estavam envolvidos com comparações entre sociedades já existentes e em comparações focadas em realizações.

Diante disso, a investigação de Amartya Sen não está doutrinariamente vinculada ao institucionalismo transcendental, mas à outra tradição (SEN, p. 39), como, aliás, o próprio pensador diz.

Na primeira parte do livro, denominado *As exigências da justiça*, composta pelos capítulos I, II, III, IV, V e VI, Amartya Sen tenta responder a questão de qual deve ser o objetivo primeiro da justiça.

Logo no prefácio, Sen abre a obra com uma citação profunda de Charles Dickens que diz “não haver nada que seja percebido e sentido tão profundamente quanto a injustiça” (SEN, p. 9).

Essa ideia permeia toda a discussão da primeira parte, pois o objetivo elementar da justiça consiste em evitar as injustiças em todas as suas formas de expressão (fome, pobreza, analfabetismo, tortura, racismo e etc.).

É justamente por isso que Amartya Sen formula duras e rigorosas críticas ao pensamento de Rawls, especialmente ao experimento contrafactual da posição original, sustentando que esse experimento funciona como uma “imparcialidade fechada” (transcendental), de modo a parecer uma “camisa de força” (SEN, p. 165) aos indivíduos e

sugere que o espectador imparcial de Adam Smith responde melhor à noção de imparcialidade aberta (real) e não impositiva.

No referido debate, na segunda parte do livro, a qual tem como título geral *Formas de argumentação racional* e que engloba os capítulos VII, VIII, IX e X, Amartya Sen sustenta que toda a vez que algum indivíduo se põe a pensar sobre o certo e o errado, em alguma medida, ele o faz com vistas a justificar suas posições às demais pessoas e fazê-las, contanto que estivessem devidamente motivadas, a “razoavelmente não rejeitar tal posição” (SEN, p. 232).

Com isso, formula uma crítica a Rawls na medida em que afirma a possibilidade de haver princípios de justiça diferentes aos pensados por Rawls após a discussão pública, tendo em vista a pluralidade dos valores presentes na cultura democrática, não acenando assim, com uma visão unifocal de justiça.

Pode ocorrer que existam razões sobre determinada questão que sejam justas e ao mesmo tempo totalmente contrapostas. No tocante a essa questão, o autor procura aqui corrigir a influência dos valores paroquiais e ao mesmo tempo ressaltar a “necessidade de que se ouça as vozes das outras pessoas que são afetadas pela questão” (SEN, p. 275).

Na terceira parte do livro, intitulada *Os materiais da justiça*, congregando os capítulos XI, XII, XIII e XIV, Amartya Sen discorre designadamente acerca de quais as capacidades e os bens que a justiça deve resguardar.

Retomando duas expressões do sânscrito que estão presentes no direito indiano e que expressam diferentes formas de ver a justiça, quais sejam: *niti* (adequação às regras das instituições) e *nyaya* (realização efetiva da justiça)⁴, Amartya Sen reafirma o que antes já havia

4 Uma das características do discurso de Amartya Sen é a apropriação que ele faz de uma distinção clássica do direito indiano, entre *niti* e *nyaya*, que são vocábulos diferentes usados pelo sânscrito antigo ligadas à ideia de justiça. *Niti* é a justiça que deriva do cumprimento estrito dos costumes e dos deveres contidos na lei, sendo que uma das manifestações mais claras dessa ideia pode ser en-

defendido, que “se as exigências da justiça têm de dar prioridade à eliminação da injustiça manifesta, em vez de se concentrar na busca prolongada da sociedade perfeitamente justa, então a prevenção e a mitigação das inaptidões não podem deixar de ser bastante centrais na tarefa da promoção da justiça” (SEN, p. 294).

Finalmente, na quarta e última parte⁵ da supracitada obra, denominada *Argumentação racional pública e democracia*, que abarca os capítulos XV, XVI, XVII e XVIII, Amartya Sen defende a tese na qual sustenta que a democracia e a argumentação pública exercem um papel fundamental no seio do debate acerca da justiça, e que a democracia deve ser um “governo por meio do debate” (SEN, p. 360).

Como fervoroso cosmopolita que é, Amartya Sen argumenta a favor da possibilidade de uma justiça global baseada em um estado

contrada na célebre frase *fiat justitia, et pereat mundus* (faça-se a justiça, ainda que pereça o mundo) (SEN, p. 51). A justiça, nesse sentido, é o cumprimento do dever, dentro de uma perspectiva deontológica forte, que desliga a justiça de uma avaliação das consequências do ato. Já *nyaya* aponta para uma avaliação consequencialista, em que os resultados de um ato estão ligados à sua própria justiça. O mais importante é que as relações derivadas do ato sejam justas e contribuam para que se evite o contrário da justiça, que é o *matsanyaya*, isto é, a situação de anomia em que os mais fortes podem oprimir os mais fracos. Uma das ideias relevantes ligadas a essa perspectiva é a de que, embora haja uma grande variedade de noções sobre o que é justo, há certo consenso em cada momento histórico sobre o fato de certas situações constituírem uma injustiça intolerável, como a tortura ou a escravidão. No entanto, *nyaya* não pode ser reduzida a uma análise interessada apenas nos “resultados de culminação” (*culmination outcome*), pois “a sensibilidade às consequências não exige insensibilidade em relação à agência e às relações pessoais na avaliação do que está acontecendo no mundo.” (SEN, p. 255). Com essas considerações, Amartya Sen se afasta do consequencialismo utilitarista, em função do duplo reducionismo que existe nessa perspectiva: redução da análise aos resultados diretos (sem considerações intencionais e normativas) e redução da avaliação à utilidade (sem levar em conta outros elementos, especialmente a liberdade). Não obstante, Amartya Sen compartilha com os utilitaristas o objetivo de estabelecer uma orientação para as decisões que seja capaz de avaliar o grau relativo de justiça d

⁵ Aqui, na parte quatro, é estabelecida uma relação entre o “uso público da razão”, que Amartya Sen considera apto a justificar a validade objetiva de juízos morais, e a noção de “democracia”, entendida como um governo baseado na discussão pública. Todavia, como Amartya Sen sustenta a tese iluminista de que a justiça deve ter um caráter universal, ele se contrapõe à redução da nossa responsabilidade moral aos membros de nossas comunidades políticas, em um argumento que culmina na defesa de que os direitos humanos são elementos capazes de determinar valores de justiça dotados de validade universal.

soberano global, o qual resguarde direitos humanos e faça cumprir alguns imperativos globais que possam ir além das fronteiras de uma região ou de um Estado, evitando assim o paroquialismo.

Conquanto haja uma acirrada discussão sobre esses direitos inalienáveis e auto-evidentes, o reconhecimento de direitos humanos se opera invariavelmente em meio a uma cultura democrática e por meio da argumentação pública, pois o reconhecimento de direitos humanos é, em última análise, admitir que qualquer indivíduo que tiver condições de fazer algo de efetivo para impedir a violação de algum direito tem uma boa razão para fazê-lo. O apelo ao uso público da razão é um pressuposto para se pensar a justiça, uma vez que entender suas exigências não é mais um exercício solitário, mas sim uma reflexão racional pública como insistia Mary Wollstonecraft.

Ainda com relação a parte IV da obra em destaque, apesar dos teóricos da democracia e os pensadores contratualistas normalmente restrinjam-se a pensar essa discussão dentro de uma determinada organização política, o argumento de Amartya Sen volta-se à elaboração de uma argumentação pública mais ampla, que seja inclusiva em âmbito mundial. Isto porque, na sociedade contemporânea, a interdependência entre os países e os múltiplos contatos “em relação a atividades literárias, artísticas e científicas, além disso, não nos permitem esperar que qualquer consideração adequada dos diversos interesses e preocupações se restrinja de maneira plausível aos cidadãos de determinado país, ignorando todos os demais”. (SEN, p. 438).

A partir desta perspectiva universalizante, que, aliás, é a tônica do iluminismo ao qual Amartya Sen se filia, não causa espanto que ele pretenda conferir concretude às pautas éticas objetivamente válidas através de uma remissão aos direitos humanos, entendidos como “pretensões éticas constitutivamente associadas à importância da liberdade humana” (SEN, p. 401).

Amartya Sen defende os direitos humanos como representação de uma pauta ética universal, cristalizada na demanda de que

todas as pessoas em posição de fazer algo para defender esses direitos têm uma boa razão para fazê-lo, ainda que essa exigência não constitua uma obrigação jurídica efetiva, e passível de se sobrepor a argumentos de outras ordens. Destarte, ainda que não exista uma sanção agregada ao seu descumprimento, para Amartya Sen “não se deve confundir obrigação vagamente especificada com ausência de qualquer obrigação” (SEN, p. 409).

Como podem então ser definidos esses direitos humanos?

De acordo com Amartya Sen, tal como ocorre com outras proposições éticas, a sua validade está baseada no pressuposto implícito de que eles sobreviveriam a um “exame aberto e bem informado”, o que supõe “invocar um processo de interação entre o exame crítico e a imparcialidade aberta (inclusive estar aberto a informações provenientes de várias posições, próximas e distantes)” (SEN, p. 420). Conquanto reconheça que esse sistema não exista de modo efetivo em escala global, Amartya Sen considera a crença generalizada de que certas pretensões passariam por esse teste (como, por exemplo, o tratamento igualitário entre etnias e sexos) motivo mais do que suficiente para justificar a sua validade moral.

Percebe-se, assim, que essa é uma definição assumidamente imprecisa, que não define os conteúdos dos direitos humanos (cujo estabelecimento é remetido ao debate público), como também não estabelece os critérios efetivos desse escrutínio (cujas regras não podem ser sistematizadas e cujo resultado é sempre provisório).

Apesar de todas as dificuldades em definir um conjunto de direitos humanos moralmente protegidos de maneira universal, Amartya Sen considera que seria um erro assumir que “já que não é possível resolver todas as disputas através do exame crítico, então não teríamos bases sólidas suficientes para utilizar a ideia de justiça nos casos em que o exame racional leva a um juízo conclusivo” (SEN, p. 436).

Mas que pretensões seriam essas, nos dias de hoje e nessa escala global?

Conquanto essa resposta não seja fornecida de maneira clara, Amartya Sen afirma que muitas sociedades protegem “direitos humanos a liberdades particulares, inclusive a não discriminação entre pessoas de raças diferentes ou entre homens e mulheres, ou ao direito a liberdade formal básica de ter razoável liberdade substantiva de expressão” (SEN, p. 421).

Amartya Sen defende, ainda, que no rol de direitos humanos, devem estar incluídos direitos sociais e econômicos (SEN, p. 384). E, contra o fato de que muitas sociedades não protegem sequer os direitos de primeira geração, Amartya Sen responde que nelas inexistente o debate público que seria essencial tanto para o seu reconhecimento quanto para a sua rejeição (SEN, p. 422).

Aliás, uma das grandes teses desenvolvidas por Amartya Sen e “o fio condutor de todo esse livro” (SEN, p. 445) é que pensar sobre a justiça não é buscar criar modelos representacionais de sociedades perfeitas ou ideais. O transcendentalismo das teorias do contrato, tal como se encontra em Rawls e Kant, dirigem-se exatamente a esse caminho que o pensador indiano critica.

De acordo com Amartya Sen, deve-se focar as questões de justiça em primeiro lugar nas avaliações das realizações sociais reais, ou seja, analisar o que de fato acontece e os problemas relativos à melhoria da justiça ou à minimização do seu oposto.

Influenciado pela teoria da escolha social, iniciada por Condorcet e mais recentemente estabelecida por Kenneth Arrow, o pensamento de Amartya Sen enfrenta algumas dificuldades ao se separar com o problema de como encontrar instrumentos que possam mediar de forma razoável comparações valorativas entre realizações sociais a partir de uma fundamentação plural e diversificada.

No entanto, apesar dessa nuance, parece que Amartya Sen acerta, em grande medida, quando argumenta que a teoria de Rawls

parece não conseguir dar conta de uma justiça global, muito embora tenha feito um esforço para tal em *O Direito dos Povos*.

De forma geral, longe de ser uma teoria “completa” sobre a justiça, como muito se esperava que fosse, Amartya Sen amplia o debate acerca da justiça, trazendo críticas profundas ao pensamento de Rawls e fornecendo contribuições de grande valor para o presente debate, sem contudo ser, em momento algum, pouco profundo ou impreciso na abordagem dos conceitos.

Não há dúvida sobre a importância da obra de Amartya Sen, mas espera-se que o referido pensador volte a tratar dessas questões novamente para ampliar o debate de maneira mais propositiva, pois, apesar muitas de suas ideias serem extremamente relevantes, resta a impressão que ele retorna a alguns pontos como que “somente” para chamar a atenção da necessidade de serem discutidas publicamente as necessidades concernentes à justiça e de se ser razoável no debate das mesmas.

Na obra *A ideia de justiça*, Amartya Sen faz uma análise crítica das concepções de moralidade mais influentes no pensamento econômico contemporâneo, avaliando os limites da perspectiva de Rawls, que ainda é a principal referência de teoria da justiça dentro da tradição anglo-saxã, e que tem repercussões econômicas na medida em que ela se presta especialmente a justificar a necessidade moral de desenvolver políticas redistributivas. Além disso, ele faz uma apreciação bastante crítica das teorias ligadas à “escolha racional”, contra as quais Amartya Sen articula uma teoria da “escolha social”, que seria capaz de superar os reducionismos típicos daquela corrente. E, ao final, Amartya Sen, oferece uma teoria moral que defende que os debates acerca da justiça social (especialmente no campo da economia) devem ultrapassar os limites das teorias hegemônicas e incorporar uma avaliação moral vinculada à promoção das liberdades estabelecidas pelos direitos humanos, aos quais reconhece validade universal.

A concentração no pensamento econômico é a força da obra de Amartya Sen, É na medida em que sua obra tem a potencialidade de contribuir para uma renovação nos debates acerca da justiça, superando debates centrados no utilitarismo e na justiça redistributiva de Rawls, por meio da incorporação de um discurso centrado em liberdades e direitos, que exigem sofisticados cálculos, que são mais capazes de refletir as demandas contemporâneas de justiça.

Enfim, *A ideia de justiça* de Amartya Sen cumpre satisfatoriamente sua missão principal: provocar o debate contemporâneo sobre a temática filosófica da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETTO, Vicente. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático*. Lisboa, Almedina, 2006.

NOUR, Soraya. *À Paz Perpétua de Kant: Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *O Direito dos Povos*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

EL RESUMEN ANALÍTICO BIBLIOGRÁFICO: ORGANIZACIÓN Y ESQUEMATIZACIÓN BIBLIOGRÁFICA EN INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Abel Suarez

1. INTRODUCCION

La investigación jurídica que tiene en los documentos escritos la fuente principal, “busca [] el saber fundamentalmente a partir del documento (en especial el escrito)”¹(p.110), y se vale de un método que se define como de investigación documental o bibliográfica para la aprehensión reflexiva y analítica de lo investigado.

La estructura formal del -RA², permite organizar y esquematizar de manera resumida la información, para integrarla al trabajo de investigación científica que se está adelantando o para utilizarla en otras investigaciones futuras.

El método entonces, a través de sus técnicas, se constituye en una herramienta necesaria para organizar con criterio científico la investigación y “nos posibilitará [] realizar [] trabajo[s] con una economía de esfuerzo, dado que apuntan a una mayor concentración de nuestra atención, a una abreviación de etapas inútiles y a

1 Botero. A (2016). P. 110

2 Suárez S. (2017).

una acumulación de esfuerzo físico e intelectual en el proceso de toda investigación”³(p.481).

En el presente escrito, por tanto, se realizará un - Resumen Analítico - RA - del documento del profesor y ex magistrado de la Corte Constitucional, Juan Carlos Henao Pérez, J. C. (2013). “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. Revista de Economía Institucional, 15(29)”, que nos satisface doble propósito: 1. Utilizar el - RA - como técnica de organización de la información mediante un análisis reflexivo y analítico del documento, garantizando la identificación de la fuente y los créditos al autor; y 2. Analizar a partir del documento seleccionado, actuaciones de la Corte Constitucional como actor *sui generis* en políticas públicas.

Resumen analítico de: Henao Pérez, J. C. (2013). El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. Revista de Economía Institucional, 15(29).

2. RESUMEN DEL ÍNDICE: CONCEPTOS GENERALES

Los hechos ineluctables: el juez como gestor de las políticas públicas. La legitimidad del juez constitucional en materia de políticas públicas. Límites a la intervención judicial en las políticas públicas. Algunas críticas a la injerencia del juez en las políticas públicas. Ejemplos de políticas públicas ordenadas por la Corte Constitucional. El caso de las cárceles. El caso de los desplazados por la violencia. El caso del UPAC. El caso de la salud. El caso de la protección a los recicladores. Otros ejemplos. Conclusiones. Referencias bibliográficas. Fuentes de internet. Sentencias.

³ Botero. A (2016). Cita a La Torre & Navarro, 1985, p. 6.

3. DESCRIPCIÓN O RESUMEN DEL TEXTO

En Colombia la estructura clásica del estado de derecho y la división de poderes ha vendido revalorándose por acción de la rama judicial a nivel de las altas cortes, especialmente la constitucional, donde el juez Constitucional ha sido llamado a intervenir en campos reservados a otras ramas del poder público como las legislativa y ejecutiva (p.68). Para el presente análisis, en políticas públicas.

El autor diferencia los conceptos de Estado y de política pública: “el primero alude a un tipo de organización específica y el segundo a la actividad concreta, al quehacer del Estado” (p.68), para indicar que existen dificultades en el Estado para cumplir sus quehaceres, frente a la sociedad y que se concreta en “déficit de implementación y actuación –p. ej., ineficacia, corrupción, clientelismo, etc.” (p.69). Este déficit de implementación del “programa de acción y la realización concreta de las decisiones adoptadas por el Estado” (p.69), que se traduce en “crisis de gobernanza” (p.69), y que, según el autor, es lo que autoriza al juez a intervenir en los cometidos reservados a otras ramas del poder público, cuando la gravedad del déficit obliga su intervención para concretar los derechos humanos (p.69). Las políticas públicas entonces, son una manera de satisfacer ciertas obligaciones del Estado con la sociedad en su conjunto, específicamente los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales. Son, por tanto, un mecanismo para el cumplimiento progresivo del goce efectivo de los derechos humanos, y suponen instrumentos de exigibilidad que permiten a cada ciudadano el ejercicio legítimo ante las acciones u omisiones estatales (p.75)

Siguiendo a André Roth, señala que una política pública se caracteriza por cuatro elementos: “(i) intervención de una institución pública; (ii) percepción de una situación problemática o socialmente relevante; (iii) definición de objetivos concretos para solucionarla o hacerla manejable, y (iv) un proceso de implementación y evaluación, que se debe hacer en todas las etapas” (p.69)

El autor señala que comparte la visión de Roth, quien plantea que las políticas públicas se pueden analizar desde varios enfoques. Según uno de ellos

el Advocacy Coalitions, la comunidad política, compuesta por actores que comparten ciertos valores, interactúa con otras y compete por definir la actuación del Estado para solucionar o manejar una situación relevante para estos grupos (Roth, 2003, 36). Se parte de una visión horizontal, con matices, del Estado y la sociedad, y de un entramado de relaciones entre lo público y lo privado, y se deja de lado la visión unidireccional y vertical del Estado y la sociedad (ibíd., 31-32) (p.70).

La visión horizontal, llevada al campo de las demandas de constitucionalidad y acciones de tutela, promovidas por diversos actores de la sociedad, es lo que “hacen posible que el juez constitucional sea un gestor en las políticas públicas” (p. 70).

Las condiciones sociales y el déficit de implementación de las acciones del Estado colombiano, “No por falta de recursos, sino por la delimitación de prioridades. En muchas ocasiones a esto se suma la falta de voluntad de algunos actores para modificar condiciones sociales específicas” (p.71), han legitimado y convertido a los jueces en actores de las políticas públicas (p.71).

La legitimación de su intervención, obviamente, como lo reconoce el autor, tiene amparo en el artículo 2 de la Carta Política que consagra como fines esenciales del Estado: “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, y por lo tanto, cuando el desconocimiento o transgresión de los derechos fundamentales y la actuación de las autoridades es omisiva e insuficiente “para transformar una situación problemática o socialmente relevante, solucionándola o haciéndola más llevadera”(p.71), el Juez está llamado a intervenir para obligar a las autoridades a la satisfacción de los derechos (p.71).

La insatisfacción de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, plasmados en la carta política, como expresión de la voluntad del constituyente primario, tiene dentro de sus causas la falta de desarrollo a través de leyes o decretos que cumplan con los mandatos constitucionales, o “las fallas en los procesos decisorios o los problemas derivados de ellas, que restan legitimidad por el incumplimiento del Estatuto Fundamental, han convertido a la Corte en un foro donde también se toman decisiones de política pública”(p.71). Cita a Manuel José Cepeda, ex magistrado de la Corte Constitucional donde señala que “[a pesar de que se] dice que la Corte Constitucional no puede participar en la construcción de las políticas públicas [...] es inevitable que el juez constitucional, por la naturaleza de su función participe, pero lo hace como juez” (Cepeda, 2001,527-528)” (p.72).

La actuación de los jueces constitucionales en las políticas públicas requiere la participación ciudadana a través de las acciones de tutela o demandas de constitucionalidad. “Se trata entonces de la participación política de una comunidad que exige el cumplimiento de acuerdos fijados en la Constitución que se incumplen debido al déficit de implementación” (p.73).

Naturalmente que los jueces constitucionales tienen legitimidad para intervenir a través de decisiones judiciales en las políticas públicas, cuando es requerido por los ciudadanos, ante los incumplimientos de los mandatos constitucionales por otras autoridades. “El juez constitucional tiene la obligación de velar por la materialización de la Carta, que no solo es un referente imperativo jurídico sino también político” (p-74). Por lo tanto, su obligación es “preservar la vigencia de la Constitución y controlar que así se haga en cada acción del Estado” (ibid. p.74), bajo el amparo del artículo 241 Constitucional. Citando a (Pérez M., 2007), dice que “se trata de asegurar que las políticas públicas se constituyan en una herramienta para la realización de los derechos humanos de las personas para las que se diseñan e implementan (Pérez M., 2007, 79-80)” (p.74).

Se ratifica que la competencia del juez constitucional para actuar en situaciones de política pública viene dada por el mismo constituyente primario, “puesto que el constituyente primario –único soberano– plasmó en la Carta los principios y valores que ha de consolidar el Estado Social de Derecho, la Corte está llamada a actuar, dentro de sus competencias, para hacer cumplir esas exigencias inexcusables” (p.75)

Ante el incumplimiento –por el déficit de implementación que afecta la concreción de los derechos–, el juez debe ordenar su restablecimiento allí donde encuentre que son infringidos (p.75). Igualmente se suma a su competencia los imperativos de orden internacional que obligan al Estado a hacer efectivos los derechos. Cita el artículo 2o del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) donde dispuso que

Cada uno de los Estados partes [...] se compromete a adoptar las medidas [...] especialmente

económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas”. Por ello, si un Estado incumple, el juez tiene la obligación de imponerle mandatos para subsanar la omisión (p.76)

No se trata de señalar que el juez sustituye al poder de ejecutivo y al poder legislativo en la formulación y desarrollo de las políticas públicas, sino que posee legitimidad constitucional y en cumplimiento de sus funciones tiene la obligación de garantizar el goce pleno de los derechos (p.76)

Reconoce el actor que el juez constitucional colombiano, ha actuado en cumplimiento de sus funciones constitucionales de “preservar la vigencia de la Constitución y controlar que así se haga en cada acción del Estado” (p.74), pero respetando su ámbito de competencia, porque solo puede actuar cuando es llamada a pronunciarse sobre una situación jurídica en interés particular o colectivo, por tratarse de una

justicia rogada. “opera luego del ejercicio de las acciones existentes, en interés particular –petición para sí– o en interés del colectivo –petición para el colectivo–” (p.78)

El autor recuerda que la Carta Política impuso a la Corte Constitucional como deberes la guardar de la integridad y la supremacía de la Constitución (p.81), la de juzgar la constitucionalidad de normas legales (leyes y decretos con fuerza de ley) y unificar la jurisprudencia de las decisiones judiciales relacionadas con la tutela de los derechos constitucionales (p.82).

Ahora, frente a las políticas públicas y su accionar cuando se encuentra con un déficit de implementación y un estado de cosas inconstitucional, señala, que “la Corte Constitucional lo ha declarado en situaciones donde se atenta sistemáticamente contra la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales de las personas” (p.86).

Por regla general los efectos de las decisiones de revisión de acciones de tutela son inter partes, que solo afectan a quienes intervinieron en el proceso, pero “la Corte, con estricto apego a la Constitución, también puede determinar o modular los efectos de sus fallos, decidiendo en un caso concreto cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales fundamentales y garantiza su plena eficacia”(T-149 de 2016), en ocasiones ha extendido los efectos de sus fallos a personas que aunque no promovieron la acción, se encuentran en las mismas circunstancias de los tutelantes, aplicando un efecto “inter cummunis”(p.86).

En la Sentencia SU- 913 de 2009, indicó que los fallos buscan superar las circunstancias o “*statu quo* injusto y garantizar la vigencia de los principios constitucionales” (p.86), por tanto, el juez constitucional no debe ser pasivo o neutral ante las situaciones que demandan su actuación para superar el estado de cosas inconstitucionales (p.86).

Con apoyo en la sentencia de Tutela T- 025 de 2004, indica factores que evidencian la existencia de un estado de cosas inconstitucional, en

(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; [y](vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (p.86).

El autor, profesor y ex constituyente Henao Pérez, citó varios fallos de la Corte Constitucional, y resalto el análisis particular que el órgano judicial realizó de cada una de las situaciones respecto de las cuales se urgía su intervención, donde verificó vacíos de poder, crisis de gobernanza y déficit de implementación, y declaró el estado de cosas inconstitucional, que le permitió pronunciarse y adoptar decisiones para superar las situaciones y en algunos casos realizar seguimiento a la implementación de las acciones de solución que le permitieron influir en la elaboración de las políticas públicas. En el documento se analizan algunos pronunciamientos de la Corte en los siguientes temas:

El caso de las cárceles. Mediante sentencia T-153 de 1998, conoció de las condiciones de hacinamiento e inhumanas que sufrían los presos en las cárceles del país, constatando vacío de poder y la falta de actuación de las entidades estatales encargadas, y ante el déficit de implementación, “la Corte Constitucional se vio obligada a conocer el caso y gestionar una política pública, pues se hallaba ante la inacción

de las autoridades [que] ha significado la violación sistemática de los derechos de los reclusos” (p. 87-88).

La Corte comprometió la participación, según su ámbito de competencia, a las autoridades administrativas de orden nacional, departamental y municipal, a la Fiscalía General de la Nación, al Consejo Superior de la Judicatura a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y al poder legislativo, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), al Ministerio de Justicia y del Derecho, y al Departamento Nacional de Planeación (DNP) y a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad (p.89).

En igual sentido la Corte conoció mediante sentencia T- 847 de 2000, sobre las condiciones de hacinamiento de personas privadas de la libertad en centros de reclusión temporal, donde solo pueden permanecer hasta 36 horas, y se mezclaban en condiciones de hacinamiento de manera inapropiada sindicados, condenados y detenidos preventivamente (p.89). La Corte ordenó “el traslado de las personas sindicadas y condenadas retenidas en las estaciones de Policía de Bogotá, el DAS, la DIJIN, la SIJIN y el CTI” (p.90) en un tiempo limitado y “conminó a todas estas entidades a no incurrir más en el tipo de hechos que originaron la acción de tutela” (p.90).

El caso de los desplazados por la violencia. Mediante la sentencia T-025 de 2004, la Corte constitucional conoció de las demandas de ciudadanos en contra de entidades estatales encargadas de las políticas de “vivienda, acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria a la población víctima del desplazamiento forzado” (p.91-92), por considerar que no estaban cumpliendo con sus cometidos.

La Corte constató que en varios pronunciamientos había abordado el tema y que no había sido superado []. Así mismo, evidenció que a pesar de que la política de atención a la población desplazada encontraba un referente normativo en la Ley 387 de 1997, sus resultados no contrarrestaban la vulneración de los derechos fundamentales de la

mayoría de la población víctima de ese flagelo. Ante este déficit de implementación generalizado, declaró el estado de cosas inconstitucional. (p.92).

Por no superarse el estado de cosas inconstitucional, la Corte ordenó a las entidades encargadas, la realización de varias acciones. “Pero, dado que no es de su competencia establecer el presupuesto de la Nación, la parte resolutive debía respetar el principio de separación de poderes e instar a los órganos competentes a cumplir su labor” (p.92) y “comoquiera que aún no se ha superado el estado de cosas inconstitucional, la Corte ha hecho un seguimiento al desarrollo de la política pública para la población desplazada. Durante este tiempo, ha proferido numerosos autos que revisan su cumplimiento y desarrollo” (p.92).

EL caso del UPAC. La unidad de poder adquisitivo constante (UPAC) se creó a través de los decretos 677 y 1229 de 1972 para incentivar el acceso a la vivienda y la construcción, como mecanismo para favorecer el crecimiento de la economía. El UPAC cumplió su propósito por más de 20 años, que permitía “la capitalización del componente inflacionario de las tasas de interés por medio de la corrección monetaria (Pérez S., 2007, 834)”(p.93), hasta la expedición de la Ley 31 de 1992 que “le permitió al Banco de la República variar la forma de liquidación del UPAC con base en el DTF, una tasa de interés de corto plazo y alto riesgo”(p.94).

La nueva concepción económica, trazada desde la carta política (artículos 335 y 336) y desarrollada a través de la Ley, produjo “la ruptura del equilibrio contractual entre los deudores hipotecarios y la banca” (p-94), que motivaron a la Corte Constitucional mediante sentencia de constitucionalidad C-383 de 1999, a ordenar “reliquidar los créditos en UPAC en forma retrospectiva y se permitió reclamar los dineros pagados de más” (p.94). Posteriormente, mediante sentencia C-700 de 1999 declaró inexequibles en su totalidad los artículos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) que estructuraban el sistema UPAC (p.94)

Como consecuencia de estas providencias se promulgó la Ley 546 de 1999, contra la que se elevaron acciones de inconstitucionalidad, y se profirió la sentencia C-955 de 2000. El Órgano judicial, intervino en la política pública y se pronunció sobre los créditos de vivienda y regulación del mercado, señalando los componentes de la tasa de interés remuneratoria, el valor máximo que debía aplicarse a los créditos y la prohibición de aprobar “planes de amortización en materia de financiación de vivienda en cuya virtud las cuotas mensuales solo pagasen intereses, debiendo siempre amortizar capital para disminuir el saldo de la deuda (p.95).

El caso de la salud. Ante las dificultades presentadas en la prestación de los servicios de salud correspondientes a los planes Obligatorio (POS) y Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), evidenciadas a través de las múltiples acciones de tutela que daban cuenta de la “transgresión del derecho fundamental a la salud por parte de las Empresas Promotoras de Salud del régimen contributivo y del subsidiado (EPS)”(p.95), la Corte intervino en la política pública, ordenando varias acciones encaminadas a superar la situación y verificar la efectiva prestación de los servicios. Mediante una “sentencia programática –ya que había de cumplirse en plazos progresivos– ordenó precisar el contenido de los planes, actualizar y reducir las dudas” (p.96), y “estableció la obligación de asegurar el flujo de recursos para el Sistema General de Seguridad Social en Salud hacia el futuro (p.96).

En el caso de la protección de los recicladores. La Corte intervino en la protección de los recicladores, quienes acudieron ante ella en busca de amparo de sus derechos que le estaban siendo conculcados con los contratos de concesión de recolección de basuras. La Corte encontró carencia actual de objeto porque ya se habían suscrito los contratos, pero previno al Distrito señalándole que

para que en futuras ocasiones incluya acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que ellos

desarrollan está ligada con dicho servicio, a fin de lograr condiciones reales de igualdad y dar cumplimiento a los deberes sociales del Estado, y que por ningún motivo vuelva a reincidir en las omisiones en que incurrió en la licitación N° 01 de 2002, respecto de los recicladores de Bogotá. (p.96)

Posteriormente y ante nuevas peticiones ciudadanas de protección de los derechos, la Corte dejó sin efecto una licitación pública y ordeno al Distrito que “defina un esquema de metas a cumplir en el corto plazo con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores, que contenga acciones concretas, cualificadas, medibles y verificables”. Y exhortó a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico “para que revise y defina parámetros generales para la prestación de los servicios de separación, reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos”, en los términos establecidos en la providencia. (p.96).

En otros pronunciamientos la Corte, intervino en las políticas públicas declarando inconstitucional una ley, o, declarándola inexecutable y vigilando su cabal cumplimiento. Trae como ejemplo la política de género, donde declaró ajustada a la Constitución la ley de cuotas en las posiciones decisorias de la rama ejecutiva (p.98).

4. FRASES MÁS RELEVANTES

““la importancia política actual de las intervenciones judiciales se derivaría, más bien, del creciente involucramiento de la jurisdicción en los conflictos sociales o en temas políticos y sociales no resueltos (o mal afrontados) en su debido nivel político general” (Becker, 2001, 499-515)”(p.72); “Esa participación se origina en las demandas de tutela o de constitucionalidad y, en consecuencia, impone un límite a la intervención de las autoridades jurisdiccionales en las políticas públicas, pues estas solo actúan por fallas de otras instancias contra las que se interponen las acciones pertinentes”(p.73); “Se trata entonces de

la participación política de una comunidad que exige el cumplimiento de acuerdos fijados en la Constitución que se incumplen debido al déficit de implementación”(p.73); “se puede afirmar que las políticas públicas son una manera de satisfacer ciertas obligaciones del Estado con la sociedad en su conjunto, específicamente los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales”(p.75); “ante el incumplimiento –por el déficit de implementación que afecta la concreción de los derechos–, el juez debe ordenar su restablecimiento allí donde encuentre que son infringidos”(p.75); “En nuestro sistema jurídico, la autoridad judicial solo puede intervenir una vez sea llamada a pronunciarse sobre una situación jurídica específica, bien sea para resolverla o como órgano de consulta”(p.78); “Cabe recordar que el juez actúa exclusivamente con base en normas dictadas por el legislativo o el ejecutivo, y está investido para –en las hipótesis normativas antedichas– ordenar a las otras ramas que honren determinadas obligaciones de hacer y, dado el caso, para sustituirlas en su cumplimiento”(p.79).

5. ANÁLISIS DEL TEXTO

En el texto se aborda el tema de las políticas públicas, desde la actuación del órgano judicial, especialmente de la Corte Constitucional, como órgano investido de la función de guardiana de la Carta política, tal como lo señala expresamente la misma Carta, que “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (Art. 241). Se verifica entonces, que el juez Constitucional, en cumplimiento de sus funciones ha sido llamado a intervenir en campos reservados a otras ramas del poder público como las legislativa y ejecutiva (p.68).

La visión interesante que presenta el autor está dada por la asunción de competencias por parte de la Corte Constitucional para intervenir en políticas públicas, cuando su acción está reservada a otras ramas del poder público, pero que ante su incumplimiento o déficit de

implementación llevada al campo de las demandas de constitucionalidad y acciones de tutela, promovidas por diversos actores de la sociedad, haciendo “posible que el juez constitucional sea un gestor en las políticas públicas” (p. 70).

Cabe expresar que la política pública “solo existe en la medida en que señala su campo de acción” (Roth, 2006, p.28) , porque las “políticas públicas, entendidas como programas de acciones, representan la realización concreta de decisiones, el medio usado por un actor en particular llamado Estado, en su voluntad de modificar comportamientos mediante el cambio de reglas de juego operantes hasta entonces” (Roth, 2006, p.19), por lo cual el juez no es el llamado a responder de manera directa en la implementación de objetivos o acciones para modificar una situación particular.

López, 2009, señala que la Corte Constitucional Colombiana en sus decisiones se alejó de las visiones clásicas y neoclásicas de interpretación del derecho que traía la jurisdicción común e introdujo recursos de las TTD contemporánea, porque para la Corte “proveer decisiones morales o políticas justiciables en el proceso jurídico era más importante que la simple toma de decisiones regularizada y completamente predecible; se prefería siempre alcanzar resultados sustantivos que fueran justos y equitativos por encima de sutilezas o minucias procesales”(p. 412), sin que ello suponga desconocer el ordenamiento jurídico.

Como la potestad de exigir el cumplimiento de las obligaciones constitucionales está reservada a la comunidad, para demandar protección individual o colectiva; la respuesta a estas demandas ciudadanas y la verificación de la gravedad del déficit de implementación de los contenidos constitucionales, aunque no programas de acciones concretas, constituyen las premisas que permiten a la Corte su intervención para concretar los derechos humanos(p.69), del “programa de acción y la realización concreta de las decisiones adoptadas por el

Estado” (p.69); con el objetivo de alcanzar justicia material por medio de decisiones soportados en principios constitucionales y ordenando a las otras ramas que honren determinadas obligaciones o, para sustituirlas en su cumplimiento (p.79).

6. PERTINENCIA DEL RESUMEN

La inclusión de derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales, y los derechos colectivos y del ambiente en la Carta política y los mecanismos de exigibilidad de esos derechos, ha permitido a la comunidad reclamar ante las autoridades de la rama ejecutiva y legislativa, la adopción de las medidas necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de esos derechos y, ante los vacíos o déficit de implementación, recurrir ante los jueces constitucionales en solicitud de amparo y protección, en el entendido, que el mandato constitucional se satisface a través de la materialización concreta con programas y acciones adoptadas por el Estado (p.69), que se constituyen en políticas públicas, como “una manera de satisfacer ciertas obligaciones del Estado con la sociedad en su conjunto, específicamente los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales” (p.75).

El estudio que abordaré en mi trabajo de grado se fundamenta desde la investigación teórico - comparativa o iuscomparativa de la educación en Colombia y Argentina, a partir de las constituciones políticas vigentes y su desarrollo jurisprudencial, en el entendido que el objeto de la investigación es la comprensión del tratamiento constitucional que en los dos ordenamientos jurídicos se le ha dado a la “educación”, y para el análisis hermenéutico de los textos constitucionales y jurisprudenciales, es el que mejor responde a las investigaciones jurídicas comparativas, como lo señala Lombardi (1987), cuando dice que el “... derecho comparado adquiere forma de conocimiento puro con autonomía de investigación” (p.26), y (Botero, 2016, p.485) que en “ las investigaciones jurídicas (fundamentalmente para las iusfilosóficas,

las iuscomparativas y las dogmáticas, y, en menor medida, para las iushistóricas y socio-jurídicas)”(p. 485) la literatura es el eje central de la investigación.

Al realizar un análisis constitucional y jurisprudencial sobre la educación en Colombia, comparada con la Argentina, y verificar como las demandas sociales han dinamizado la exigencia y protección de los derechos y garantías y han motivado un activismo judicial en la verificación de garantía, protección y efectividad de los derechos, incluido el de la educación. Con la verificación del desarrollo de este derecho, explicitar la manera como los órganos judiciales constitucionales mantienen con devoción la aplicación de iusteorías producidas en ámbitos hegemónicos, o la adaptación y desarrollo en los contextos locales que “ha sido fundamental para cimentar las formas de argumentación de las nuevas jurisdicciones constitucionales” (López, 2009, p. 416).

Por lo tanto, el presente resumen analítico es importante, y aunque no expone expresamente sobre el derecho a la educación, señala la manera como el juez Constitucional ha sido llamado a intervenir en campos reservados a otras ramas del poder público como las legislativa y ejecutiva, para garantizar los promoción y materialización de los derechos constitucionales, “ante el incumplimiento –por el déficit de implementación que afecta la concreción de los derechos–, [ordenando] su restablecimiento allí donde encuentre que son infringidos”(p.75).

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Botero, A. (2016). Sobre el uso de la bibliografía en la investigación jurídica. *Pensamiento Jurídico*, (43), 475.

Sachica, L. C. A. (1991). *Constitución política de la República de Colombia: 1991*. Biblioteca Jurídica Dike.

Henaó Pérez, J. C. (2013). El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, 15(29).

López, M., D. E. (2009). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis.

Lombardi, G. (1987). *Introducción al derecho público comparado*. Universidad Externado de Colombia.

Roth D., A.-N. (2006). *Políticas públicas: Formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2006.

Suárez S. (2017). Estructura del resumen analítico bibliográfico. Trabajo de clase presentado al profesor Dr. Andrés Botero Bernal. Cursos de doctorado en derecho de la Universidad de Buenos Aires – Convenio UBA – ILAE Bogotá.

Realizado por: Abel Suárez, el 01 de septiembre de 2017.



A LIBERDADE PENAL À LUZ DA NEUROCIÊNCIA

Alexsander Souza de Assis

1. INTRODUÇÃO

Deste tempos imemoriais a filosofia e religião tratam sobre o livre arbítrio, este é com certeza um dos problemas filosóficos mais discutidos na história da humanidade. A Torá em Gênesis atribui ao homem o direito de escolha entre comer ou não um fruto proibido. Assim como, em Górgias, de Platão Sócrates fala sobre a atitude de matar ou transgredir a lei, com base na consequência desejada por quem comete tais crimes. Ora, a ideia de livre arbítrio construiu a civilização ocidental. Com base nesse princípio universal todo o sistema jurídico foi idealizado e construído.

Durante a idade média, surgiu o determinismo, querendo desmistificar, ou talvez, desacreditar o livre arbítrio. Lombroso, com sua Criminologia científica, buscou determinar quem seriam os criminosos natos e, de forma biológica, determinar empiricamente quem deveria ser excluído da sociedade. É um fato que sua obra foi posteriormente revisada, ele próprio teve que reformular várias de suas afirmações, pois elas careciam de rigor científico. Mas sua obra tornou-se conhecida e deu vazão ao questionamento do *modus operandi* penal.

O sistema penal se atualizou, mas manteve sua estrutura, a culpabilidade continua baseada na liberdade de agir, com conhecimento

de suas consequências. Apesar das diversas versões do conceito de ação, todas possuem a vontade (de agir ou de algum objetivo) como fator central para a penalização.

Porém, nos últimos anos a ciência deu um passo importante e surgiu um novo tipo de determinismo, agora, aparentemente, bastante científico e, documentalmente embasado em exames, a neurociência. Diversos estudos do cérebro buscam afirmar que o homem não possui direito de escolha, que o livre arbítrio é um mito prestes a ser derrubado, que ação humana é consequência de uma determinação cerebral, que serial Killer's possuem uma disfunção neurológica que os impulsionará sempre ao crime, etc.

Esta nova forma de determinismo, se comprovada, redefiniria a sociedade. Redesenharia o direito. E toda dogmática penal precisaria ser revista. Com base na seriedade desta discussão, este trabalho buscará desenhar este panorama. Analisando as raízes do livre arbítrio, a sua importância na dogmática penal e, por fim, o que a neurociência tem dito sobre a liberdade de agir do ser humano. Possivelmente não obteremos respostas definitivas, mas questionar, sempre que surge uma nova forma de determinismo, é no mínimo, a atitude mais valiosa.

2. LIVRE ARBÍTRIO E O DIREITO

“Sócrates - Uma vez que estamos de acordo neste ponto, se alguém matar outra pessoa, ou a expulsar da cidade, ou lhe arrebatam os bens, quer seja tirano, quer seja orador, convencido de que disso auferirá vantagens, quando, realmente, só vem a ser prejudicado, isto só faz, de fato, o que lhe apraz, não é verdade?”¹ (Grifo nosso).

O mundo ocidental se construiu com base na filosofia grega. Toda a construção social, toda forma de organização, tanto do conhecimento, quanto das instituições, receberam a influência da filosofia

¹ PLATÃO. *Górgias*. Trad. Carlos Alberto Nunes. 2012.

grega no seu molde. Além dela, outro fator importante na construção do mundo moderno foi o cristianismo. Paulo de Tarso, como grande propagador da fé em Jesus Cristo, fez com que, até hoje, ideias pregadas há vinte séculos, por eles, permaneçam operando sobre as pessoas. Entre toda essa influência, uma das mais poderosas é a ideia de liberdade individual.

Os gregos entendiam a liberdade de uma forma bastante peculiar. Sócrates entendia a liberdade a partir do auto-conhecimento e que o homem agia de acordo com seus interesses (ideia teleológica). Platão entendia o homem livre, como aquele que dotado de virtude, age de acordo com ela, e assim, alcança a perfeição. Enquanto o homem que agisse movido por suas paixões e desejos, desligado da moral, encontraria a miséria e o sofrimento, pois teria tornado-se um escravo de suas paixões. Por fim, Aristóteles, entendia a liberdade como a capacidade de escolha do homem, dentre diversas alternativas, a possibilidade de optar por uma ou outra de forma voluntária e racional é liberdade².

O cristianismo tem em uma de suas bases a ideia de livre-arbítrio, o primeiro pensador cristão a sistematizar esta ideia foi Agostinho de Hipona, quando em 426 d.C. escreveu o livro *De gratia et libero arbitrio*, sintetizou sua concepção de que “livre-arbítrio é a capacidade do homem de se determinar, segundo sua vontade e apoiado pela graça, para o bem ou para o mal”³. Portanto, para Agostinho, Deus deu ao homem a liberdade de escolher entre o bem agir e o mal agir, sendo a ausência da graça que faz o homem escolher pelo mal. Séculos depois Tomás de Aquino volta ao tema, e em sua questão 83 da *Suma Teológica*, segundo ele o livre-arbítrio é o que faz o homem agir, sendo uma potência humana, razão pela qual há razão na orientação, advertência e punição. “Dicendum quod homo est liberi arbitrii; alioquin frustra essent consilia, exhortationes, praecepta, prohibitiones, premia

2 CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995. P. 42-60.

3 ARNAUT, Cézar. *Notas sobre o Livre-Arbítrio*. Acessado em 23 dez. 2017. Disponível em <<http://ojs.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/download/4225/2886>>.

et poenae²⁴. Esta potência é apetitiva e também cognitiva, desta forma, as duas operam em conjunto formando um juízo no ato da eleição. Portanto, para Tomás, o “livre-arbítrio e vontade não podem ser entendidos como diferentes, mas são a mesma coisa”⁵.

O direito penal foi construído com base no mesmo entendimento. Conforme ensina Zaffaroni, “cualquier tipo que pretenda habilitar el ejercicio del poder punitivo con base a algo diferente de una conducta humana es inadmisibile”⁶ e, é claro que, tal conduta deve ser livre.

O conceito hegeliano de ação, para o direito penal, é de uma conduta livre que nega o direito. A penalização, num esquema lógico, é a negação da negação, conseqüentemente reafirmando o direito. Mas a ação criminosa, ou negativa do agente, deve ser sempre livre, pois não se pode penalizar um comportamento que não seja livre⁷.

A partir do século XIX e XX o hegelianismo foi deixado de lado e surgem as teorias da ação positivistas e neokantistas. O conceito que surge neste período é causal. Liszt, Beling e Radbruch, entendem a ação como produção causal de um resultado no mundo exterior por um comportamento humano voluntário⁸.

Em resposta ao conceito causal Welzel cria o modelo final da ação, definindo-a como realização de atividade final. “A ação humana é exercício de atividade final. Ação é por isso, acontecimento final, não meramente causal. A finalidade ou o sentido final da ação se baseia no poder humano de prever; em determinados limites, por força de seu saber causal, os possíveis efeitos de sua atividade, propor-se diferentes

4 AQUINO, Tomás. **Suma teológica**. I, 83, a.1.

5 ARNAUT, op. cit.

6 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal Parte General**. 2ª Ed. Buenos Aires : EDIAR, 2014. P. 400.

7 Ibid. P. 401.

8 DOS SANTOS. Juarez Cirino. **Direito penal: Parte Geral**. 5ª Ed. Florianópolis : Conceito, 2012. P. 82.

fins e dirigir, planificadamente, sua atividade para realização destes fins”⁹.

Por fim, surge o conceito social da ação, uma teoria conciliadora dos modelos causal e final, até por conta disso, o conceito mais difundido e também com maiores problemas de definição. Wessels e Beulke definem como “a ação constitui comportamento socialmente relevante dominado ou dominável pela vontade humana”¹⁰.

Existem outros conceitos de ação, mas já ficou claro que todos se baseiam em ação livre, consciente e voluntária. Mesmo a teoria pessoal de ação e o conceito negativo de ação, requerem de alguma forma este traço comum. Toda a construção de injusto, tipo penal, tipificação e culpabilidade dependem desta condicionante, a conduta humana livre, com potencial para agir de forma diversa.

3. O DETERMINISMO

O determinismo é uma tese de que as ações humanas ocorrem devido a um fator predeterminado, numa relação de causalidade. “Desta forma todos os acontecimentos do universo e as ações dos homens são uma sequência causal que elimina o livre-arbítrio”¹¹. Esse determinismo ideal possui diversas vertentes, a saber:

O determinismo teológico é a tese de que “Deus é onisciente; o que, quer dizer que conhece todas as proposições verdadeiras, incluindo proposições verdadeiras sobre nossas ações futuras”¹².

O determinismo lógico, fundado na filosofia clássica com o princípio da bivalência, tem como tese que o princípio da bivalência vale para todas as proposições, incluindo proposições sobre nossas ações futuras.

9 TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito**. Rio de Janeiro : RT, 1980, n. 57-64, p. 52-60.

10 DOS SANTOS. Op. cit. P. 90.

11 SCHULER, Arnaldo. **Dicionário enciclopédico de teologia**. Canoas : ULBRA, 2002. P.156.

12 MERLUSSI, Pedro. **O problema do livre-arbítrio e do determinismo: uma defesa do incompatibilismo**. Florianópolis: UFSC, 2013. P. 29-30.

O determinismo psicológico é a tese de que as ações de uma pessoa são determinadas por suas pulsões, e que estas, segundo Freud, possuem suas causas, cada pensamento, memória, sentimento ou ação é tomada com base em causas determinadas.

Poderia se falar em determinismo nomológico, biológico e até mesmo sociológico. O grande fato é que, todo determinismo se apega a algum elemento de sua própria área para explicar a causalidade dos acontecimentos naturais ou das ações humanas, negando, desta forma, a ideia de livre-arbítrio.

4. A CRIMINOLOGIA DETERMINISTA DE LOMBROSO

A história da criminologia não se inicia com Lombroso, ela o antecede, pois surgiu, nestes termos, com antropólogo francês Paul Topinard, foi seguido por Garofalo e então se popularizou com Lombroso. Foi com ele que surgiu a fase científica da criminologia, sua teoria criminológica empírica¹³ fez o mundo jurídico tremer ao questionar a ideia de livre-arbítrio que lastreava a responsabilidade penal.

Lombroso foi um médico psiquiatra, cujo livro mais importante foi *O homem Delinquente*, publicado em 1876, considerada a obra fundamental da *Criminologia Etiológica*¹⁴, influenciado pelas ideias positivistas, mecanicistas e deterministas. Tal como Freud, Lombroso passa a interpretar as ações humanas como relações de causa e efeito, determinadas pela sua condição nata. Uma condição de má formação embriofetal. Portanto, para ele, as causas seriam inatas, seriam intrínsecas à natureza humana. E desta forma de pensar, surge então o famoso conceito de criminoso nato¹⁵.

13 É importante ter em conta que no início dos trabalhos de Lombroso suas teorias eram consideradas empíricas, foi apenas com o passar do tempo que se comprovou a ausência de rigor científico em suas verificações. Ver: GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. **Princípios de Criminologia**. 2ª ed, Valencia : Tirant lo Blanch, 2001, p. 252.

14 ZAFFARONI. Op. Cit. P. 314.

15 Expressão esta que não é de Lombroso ou de Ferri, mas sim de Cuby e Soler. Cf. ZAFFA-

Para Lombroso o “delinquente era um ser atávico, um europeu que não teve seu desenvolvimento embrionário completo, e por isso, resultava que uma detenção no processo embriofetal resultava em um ser parecido com o colonizado selvagem: sem moral, parecido fisicamente com o índio ou o negro, com uma sensibilidade à dor reduzida, infantil, perverso, etc”¹⁶. A ideia determinista biológica de Lombroso foi a que mais se difundiu pela Europa, no entanto sua obra não pode ser reduzida a isso, Lombroso também considerou, posteriormente, as influências do meio, do clima, tanto social quanto natural, como se pode verificar em seu livro publicado na França em 1899, *Le Crime, Causes et Remèdes*¹⁷.

Portanto, para a corrente criminológica positivista, o comportamento humano delituoso não é fruto da liberdade humana, não tem base no livre-arbítrio, mas é uma característica inata à pessoa do criminoso. Conforme ensina Zaffaroni, se tratava do estudo de um grupo humano biologicamente diferente e inferior, por conta disto chegou a se dizer que era um ramo da zoologia¹⁸.

Os juristas que se associaram a escola Positiva teceram as ideias necessárias para a manutenção da estabilidade social alcançada pela burguesia, com isso, a criminologia positivista e o direito penal positivista tornaram-se instrumento prático e teórico para a marginalização das classes “perigosas”, ou seja, os menos favorecidos¹⁹.

5. A NEUROCIÊNCIA E O NOVO DETERMINISMO

A neurociência é uma nova área científica de estudo interdisciplinar, que investiga a estrutura e as funções do sistema nervoso,

RONI. Op. Cit. P. 314.

16 ZAFFARONI. Op. Cit. P. 314.

17 LOMBROSO, C. **Le Crime, Causes et Remèdes**. Paris: Librairie C. Reinwald, Schleicher Frères Editeurs, 1899. Disponível em <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65052n>>. Acessado em 16 dez. 2017.

18 ZAFFARONI. Op. Cit. P.315.

19 ROMERO, Gladys Nancy. **La evolución hacia una criminología radical**. Buenos Aires : Fabián J. Di Placido, 1999. P. 89.

sejam elas normais ou patológicas. Surgida nessa nova onda de revolução científica, pós-moderna. Tal qual as ciências da primeira onda da revolução, que se iniciou no século XVI e que transformou as ciências sociais no século XIX, imprimindo o menosprezo à experiência humana imediata, por não atender aos princípios epistemológicos ou às regras metodológicas, a neurociência se desenvolveu sob esta herança, a qual não busca se distanciar²⁰. Apesar disso, suas pesquisas tem o intuito de explicar a natureza humana e o comportamento humano, como afirmam os próprios membros de seu corpo de cientistas, uma “ciência da natureza humana e do comportamento humano, na medida em que visa conhecer seus respectivos fundamentos biológicos”²¹.

Francisco Rubia chama essa nova revolução de “Revolução Neurocientífica”²², pois busca contrapor o novo conhecimento sobre o cérebro, agora passível de estudo imediato (vivo e funcionando), às antigas crenças e conceitos criados pela velha ciência. Este tipo de alcance, antes impensável, tem proporcionado à neurociência a possibilidade de se envolver em questões antes exclusivas da psicologia, da filosofia, e até da estética, economia e direito²³. Como se pode ver, as aplicações práticas desta nova ciência são inúmeras, elas afetam e reescrevem muito do que hoje se conhece e está posto. Dentre uma de suas aplicações está o que vem sendo chamado como Neurodireito, ou seja, as aplicações da neurociência que podem se aplicar ao mundo jurídico, desde a reestruturação da compreensão de liberdade (objeto deste

20 BOAVENTURA SOUSA SANTOS. **Um discurso sobre as ciências**. 16.a ed., Porto : Edições Afrontamento, 2010. P. 10-23.

21 JACOB R. WALDBAUER / MICHAEL S. GAZZANIGA. **The Divergence of Neuroscience and Law**. *Jurimetrics*, Vol. 41 (3), 2011. P. 357.

22 FRANCISCO RUBIA. **Comentarios introductorios**. in: Francisco Rubia (Ed.), **The Brain: Recent advances in neuroscience / El cerebro: Avances recientes en neurociencia**. Madrid : Complutense, 2009. P. 98-102.

23 FRANCISCO RUBIA. **Comentarios...**, op. cit., p. 98; Idem. **Porque o cérebro é diferente...** (Uma introdução à neuroética)», in: *Inquietação interminável: Ensaio sobre ética das ciências da vida*. 2.a ed., Lisboa: Gradiva, 2010. P. 199; HANS MARKOWITSCH, «Neuroscience and crime», *Neurocase: The Neural Basis of Cognition*. Vol. 14 (1), 2008. P. 1.

artigo), até mesmo a utilização de técnicas para obtenção de provas em casos penais (utilização do exame P300 para efeitos probatórios²⁴).

Especificamente sobre a liberdade do indivíduo e suas ações, há uma corrente de neurocientistas, que buscam refundar o determinismo científico do passado, agora sobre esta nova base científica, esta corrente sustenta que a liberdade humana é uma ilusão, corrente denominada neurodeterminismo. Uma ótima definição é a de Eduardo Demétrio Crespo, citado na dissertação de Felipe Fonseca²⁵: o neurodeterminismo “consiste numa corrente nomológica de compreensão da natureza humana e do comportamento humano cujos autores que a integram comungam, com base no fisicismo e no conhecimento empírico do cérebro humano, na negação da liberdade humana — ou, ao menos, no reconhecimento da forte plausibilidade de tal hipótese —, não obstante serem distintas as consequências que a partir da tese determinista que os une retiram para a responsabilidade individual do ser humano”.

A concepção neurodeterminista, numa conceituação simplificada para não nos delongarmos apenas no seu conceito, é de que a liberdade de agir humana é uma causação neural, não é fruto da mente consciente controlando as eleições e escolhas feitas pelo ser humano. Antes disso é, na verdade, controlada pelo sistema límbico, somado à experiência emocional inconsciente²⁶.

24 cf. BERISTAIN, Arantza Libano. **Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica (P300) en el proceso penal español**. Revista de Derecho y Genoma Humano, n.o 40, 2014, pp. 75-93; BOTELHO, Marta Madalena. **O exame neurológico P300 em tribunal e a (in)viabilidade da sua utilização no processo penal português**. RPCC, Ano 24 (1), 2014. P. 57- 86.

25 SANTOS, Diogo Filipe da Fonseca. **As neurociências e o direito penal: a propósito do problema da culpa**. Coimbra. 2014. Acessado em 27 dez. 2017. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/29055/1/As%20neurociencias%20e%20o%20direito%20penal.pdf>>.

26 Cf. JÄGER, Christian. **Libre determinación de la voluntad, causalidad y determinación, a la luz de la moderna investigación del cerebro**, in: Eduardo Demétrio Crespo (Ed.) / Manuel Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013. P. 57.

6. POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES PENAIS COM A LIBERDADE NEURODETERMINISTA

Após este panorama rápido, podemos ter uma ideia de quais as consequências práticas, possíveis, caso o neurodeterminismo consiga convencer a comunidade científica que o ser humano não consegue se autodeterminar livremente.

A primeira grande mudança, caso o neurodeterminismo se mostre correto, seria uma reestruturação do sistema de responsabilização penal, pois a base fundamental da culpabilidade advém da liberdade de agir.

Comprovada a ausência de autodeterminação do agente, consequência lógica seria a retirada do caráter de reprovabilidade, sendo impossível punir a conduta contrária ao direito, adotada sem liberdade, sem a capacidade de agir em conformidade com a norma. Como foi visto anteriormente, a liberdade baseou todo o sistema jurídico penal. Tornar-se-ia impossível reprovar o comportamento humano, condicionado mecanicamente por sua estrutura cerebral, com base no direito vigente.

Talvez o tratamento adotado pelo Estado seria o mesmo aplicado aos casos de psicopatias, ou aos inimputáveis. Com isso, a psiquiatria forense estaria de mãos dadas com a neurociência e tornar-se-iam as atrizes principais no novo modelo de determinação de quais agentes devem ser retirados do convívio social ou não. As medidas, possivelmente, seriam de cunho preventivo tão-somente, e não mais punitivo, retributivo ou ressocializante (independente da corrente adotada pelo autor).

Claus Roxin é um grande entusiasta desta abordagem, há muito ele defende a aplicação de penas sem qualquer caráter retributivo. Mas um Direito Penal fundamentado em prevenção, corre o risco de torna-se oportunista, corre o risco de tornar-se um direito que defende os interesses exclusivos da sociedade, independente da pessoa do

criminoso. Baseado apenas em prevenção, corre-se o risco de alijar o conteúdo ético das decisões, tornando-se puramente política criminal aplicada de acordo com a conveniência.

Por outro caminho, também consequência do neurodeterminismo, há o risco de ressurgir a frenologia lombrosiano, consequência muito mais nefasta e drástica. Há diversos estudos publicados por neurocientistas que pretendem identificar quais os genes vinculados às psicopatias, ou também, aqueles que buscam comprovar deficiências biológicas cerebrais que identificam as pessoas com probabilidade de comportamentos violentos²⁷.

Esta última pretensão neurodeterminista, pode gerar um retrocesso ao direito penal do autor. Se a ciência chegar ao ponto de determinar, que alguns possuem em sua genética, inata, a propensão ao crime, à violência, ou à prática de crimes. E que além disso, que nenhum ser humano não possui capacidade de se autodeterminar, agindo em conformidade com a norma penal e evitando o injusto, isto estaria autorizando o Estado antecipar sua ação, evitar o crime, e marginalizar as pessoas, mesmo antes da ocorrência de qualquer crime, com base, simplesmente, na defesa social.

Em última análise, a defesa social e a prevenção, se não extinguisse o direito penal como está hoje, no mínimo o reduziria a um direito penal do autor. E estaríamos sob a ditadura da ciência. Uma nova forma de ação do Estado, não mais punitiva, mas preventiva, beirando às criações cinematográficas de ficção científica, ou como bem lembrou o professor Ricardo Rabinovich em Girona, muito próximo à precogição demonstrada no conto de Philip K. Dica, *Minority Report*.

7. CONCLUSÃO

Este artigo não trata sobre o fim da autodeterminação humana baseada no neurodeterminismo, bem como, não discute a refutabilidade da teoria determinista apresentada pela neurociência. Tais assuntos

27 Ver < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe2101200801.htm>>. Acessado em 27 dez. 2017.

seriam parte de outro estudo. Neste artigo, buscamos apenas elucidar o caminho que a humanidade trilhou desde a liberdade grega até os dias de hoje e, como a ideia de liberdade somada ao conceito de livre-arbítrio judaico cristão, moldaram o mundo ocidental. Todas as bases do direito, não apenas penal, mas em todos os ramos, tem suas bases nesta ideia, a de que o homem pode escolher entre uma ação conforme ou contrária ao direito.

O direito penal se construiu com essa ideia central, toda ação humana, contrária ao direito, a qual o agente possua capacidade de agir de forma diversa, é culpável. As teorias da ação e da culpabilidade, desde as mais antigas até as mais modernas, se fundam sobre a autodeterminação do ser humano. E desta forma permanece até os dias atuais.

Porém, no século XIX surge um novo jeito de pensar, chamado determinismo, tais ideias defendem que toda ação humana ou acontecimento natural, é fruto de uma cadeia de causalidade. O determinismo ganha força e, Lombroso, médico italiano, resolve aplicar este tipo de pensamento em seu trabalho. Com isso surge a frenologia, dentro da criminologia empírica. Lombroso passa a estudar a formação biológica dos delinquentes e após suas pesquisas, publica um livro que o torna famoso. O homem delinquente, não denomina apenas seu livro de maior sucesso, também denomina o conceito de criminoso nato, de homem atávico, que nasce com uma condição de criminoso impressa em seu crânio.

Apesar de suas ideias parecerem absurdos hoje, a revolução tecnológica trouxe ao campo da medicina a possibilidade de estudar os cérebros humanos ao vivo, de perceber as reações em tempo real e, com isso surge a neurociência. Dentro da neurociência alguns cientistas buscam refundar o determinismo e, abolir o livre-arbítrio. Baseado em neuroimagens, eles tentam provar que o ser humano não possui a capacidade de se autodeterminar, que a escolha humana é fruto de um processo neurobiológico, nada mais.

O grande problema, como visto no último capítulo deste artigo, é que as ideias neurodeterminista podem implodir o sistema penal atual. Que por mais falho que seja, e por mais incompleto dentro de suas complexidades, ele busca dar uma resposta ao criminoso, e busca ser justo (talvez não o sendo na maior parte das vezes), mas com a implementação de uma agenda neurodeterminista, com a abolição do livre arbítrio, teríamos uma realidade nova. E possivelmente menos democrática, menos garantista (no sentido original do termo) e muito mais nociva, pois o criminoso seria assim considerado por uma “suposição científica”.

O direito penal voltaria ao direito penal do autor, sendo o homem criminalizado de forma preventiva, devido ao seu potencial de risco social. Ele não teria mais um direito de defesa amplo e, as garantias constitucionais hoje previstas em grande parte das constituições modernas, não teriam mais efeitos, pois foi a ciência quem disse que aquele agente, é um risco para a sociedade.

Portanto, cabe frisar, é necessário cautela ao defendermos tais ideias, não podemos rechaçar nunca a evolução científica e, muito menos ver com preconceitos as descobertas que porventura venham a ser feitas. Mas devemos, como operadores do direito ter em mente sempre, as garantias que nos asseguram a liberdade. Que nos protegem contra as tiranias, os embustes das agências criminalizantes e às imputações sem motivos comprovados. Dar aso ao discurso determinista, é um risco, pois a seletividade social, principal defeito do direito penal, que marginaliza de forma seletiva e muitas invariavelmente injusta, passaria para uma seletividade premeditada, sem direito de defesa, nas mãos de quem possui as ferramentas de exames neurológicos.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Tomás. **Suma teológica**. I, 83, a.1.

ARNAUT, César. **Notas sobre o Livre-Arbítrio**. Acessado em

23 dez. 2017. Disponível em <<http://ojs.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/download/4225/2886>>.

BERISTAIN, Arantza Libano. **Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica (P300) en el proceso penal español.** Revista de Derecho y Genoma Humano, n.o 40, 2014, pp. 75-93.

BOAVENTURA SOUSA SANTOS. **Um discurso sobre as ciências.** 16.a ed., Porto : Edições Afrontamento, 2010. P. 10-23.

BOTELHO, Marta Madalena. **O exame neurológico P300 em tribunal e a (in)viabilidade da sua utilização no processo penal português.** RPCC, Ano 24 (1), 2014. P. 57- 86.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia.** 5. ed. São Paulo: Ática, 1995. P. 42-60.

DOS SANTOS. Juarez Cirino. **Direito penal: Parte Geral.** 5ª Ed. Florianópolis : Conceito, 2012. P. 82.

FRANCISCO RUBIA. **Comentarios introductorios.** in: Francisco Rubia (Ed.), **The Brain: Recent advances in neuroscience / El cerebro: Avances recientes en neurociencia.** Madrid : Complutense, 2009. P. 98-102.

FRANCISCO RUBIA. **Porque o cérebro é diferente...** (Uma introdução à neuroética), in: Inquietação interminável: Ensaios sobre ética das ciências da vida. 2.a ed., Lisboa: Gradiva, 2010. P. 199.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. **Principios de Criminologia.** 2ª ed, Valencia : Tirant lo Blanch, 2001, p. 252.

HANS MARKOWITSCH. **Neuroscience and crime**. Neurocase: The Neural Basis of Cognition. Vol. 14 (1), 2008. P. 1.

JÄGER, Christian. **Libre determinación de la voluntad, causalidad y determinación, a la luz de la moderna investigación del cerebro**, in: Eduardo Demetrio Crespo (Ed.) / Manuel Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013. P. 57.

JACOB R. WALDBAUER / MICHAEL S. GAZZANIGA. **The Divergence of Neuroscience and Law**. Jurimetrics, Vol. 41 (3), 2011. P. 357.

LOMBROSO, C. **Le Crime, Causes et Remèdes**. Paris: Librairie C. Reinwald, Schleicher Frères Editeurs, 1899. Disponível em <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65052n>>. Acessado em 16 dez. 2017.

MERLUSSI, Pedro. **O problema do livre-arbítrio e do determinismo: uma defesa do incompatibilidade**. Florianópolis: UFSC, 2013. P. 29-30.

PLATÃO. **Górgias**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 2012.

ROMERO, Gladys Nancy. **La evolución hacia una criminología radical**. Buenos Aires : Fabián J. Di Placido, 1999. P. 89.

SANTOS, Diogo Filipe da Fonseca. **As neurociências e o direito penal: a propósito do problema da culpa**. Coimbra. 2014. Acessado em 27 dez. 2017. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/29055/1/As%20neurociencias%20e%20o%20direito%20penal.pdf>>.

SCHULER, Arnaldo. **Dicionário enciclopédico de teologia**. Canoas : ULBRA, 2002. P.156.

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito**. Rio de Janeiro : RT, 1980, n. 57-64, p. 52-60.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal Parte General**. 2ª Ed. Buenos Aires : EDIAR, 2014. P. 400.

EL PANÓPTICO Y LA SOCIEDAD ACTUAL

*Aline Cristina Nogueira de Freitas
Leandro de Almeida Vargas*

*“Todo castigo es maldad; todo
castigo en sí mismo es malo.”
Jeremy Bentham*

1. INTRODUCCIÓN

El escritor inglés George Orwell, en 1948, previó en su libro “1984” que la sociedad en el futuro sería completamente vigilada por cámaras. En su obra, el autor señala que la gente se quedaría bajo la vigilancia inquebrantable de una pantalla, bautizada del Gran Hermano, o en inglés el Big Brother, término muy conocido en Brasil debido al *reality show* del mismo nombre exhibido por una red de televisión.

Ya en los años 70, el filósofo francés Michel Foucault fue uno de los grandes estudiosos de los modelos de poder de la sociedad moderna basados en la vigilancia sistémica, con gran enfoque para el panoptismo, concepto que significa la “mirada de todo” o “el ojo que todo ve”. El Panóptico remitenos a la idea de visión general, siendo que “pan” significa todo y “óptico” significa visión o perspectiva.

Michel Foucault en sus estudios sobre el panóptico escribió obras importantes sobre este tema, incluyendo el libro “Vigilar y Castigar:

nacimiento de la prisión”, de 1976. En este libro, Foucault investiga las instituciones disciplinares de la sociedad moderna, que poseen como modelo el panoptismo, el concepto de prisión creado en el siglo XVIII por el filósofo inglés Jeremy Bentham. Él imaginó una arquitectura de prisión en la cual las celdas forman un anillo en vuelta de una gran torre; en ella queda un guardia que no puede ser visto por los presos, que son vigilados todo el tiempo. Las celdas son huecos, o sea, tienen solamente paredes laterales, de una forma que los encarcelados no consiguen huir de la vigilancia constante del guardia de la torre central. Mismo que una u otra prisión siga este modelo, este concepto jamás fue enteramente establecido.

Inspirado en Bentham, cuando Michel Foucault trabajó con las técnicas de control en la sociedad, resaltó: “Para ser eficiente, el panóptico debe ser ‘visible’ e ‘inverificable’; la persona no necesita saber que está siendo observado, pero precisa tener la certeza que podrá serlo a cualquier momento”¹

El panoptismo es una de las visiones características de la actual sociedad capitalista, a través de la cual los individuos son vigilados, castigados, recompensados normatizados. El resultado más extraordinario del panóptico es provocar en los individuos un estado consciente y constante de visibilidad que garantiza y sostiene automáticamente el sistema de poder. Por este motivo al pensar el modelo del panóptico Bentham dio la orientación de que el poder debería ser visible e inverificable. La persona contemporánea puede ser panópticamente controlada, sea por las tecnologías de la comunicación y de la información, sea por las normas y valores contenidos en los discursos del poder. Al revés de los apasionados de los nuevos medios de comunicación, parece que estas herramientas nada más son que ramificaciones de la industria cultural. El panóptico actual es electrónico. Por eso, es fundamental la consciencia de que somos productores y productos

¹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*(trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau, 2001,p. 166-167.

de esta sociedad que criamos. No somos solamente marionetas de este partido de poderes, pero en parte autores por medio del silencio que consiente, y de la aquiescencia con que enfrentamos este estado de las cosas. Creemos que no es negando las nuevas tecnologías o aislándose de ellas que se puede luchar contra estas nuevas fuerzas de dominación, porque donde hay fuerza de opresión hay resistencia. Se hace necesario un ánimo para localizar y para utilizar los saberes de las luchas de resistencia y las tácticas contra la dominación.

2. LA INFLUENCIA DEL PANOPTISMO EN LOS MODELOS ACTUALES

Foucault superó el modelo real de la arquitectura de la prisión para todo un sistema moderno de pensamiento, influenciando escuelas, fábricas, manicomios y otras instituciones con un concepto de vigilancia permanente, sin zonas oscuras. El panóptico señala la obsesión por la visibilidad total.

En el ejemplo que tenemos de escuela de hoy, el profesor queda en frente del aula, en un lugar más arriba, permitiéndole tener una visión desde la cumbre del aula. Este es un modelo característico del panoptismo. Más un ejemplo en las escuelas, es la propia arquitectura de los baños colectivos, cuyas puertas de las cabinas privativas no llegan hasta el suelo, ni son altas, para que los pies queden a muestra.

Otro ejemplo es la idea del periodismo investigativo, que procura las áreas sombrías de un gobierno, por ejemplo, informando a la sociedad, es una idea iluminista del control de los mecanismos del poder. El libro “Microfísica del Poder” tiene una conferencia con Foucault, con el título “El ojo del poder”, en la cual el filósofo habla sobre el periodismo como mecanismo del panoptismo en el sentido de que no haya zonas oscuras en el propio poder.

Se puede decir que el moderno panoptismo es el modelo de ciudad vigilada que tenemos en la actualidad, reforzando la idea de que

la seguridad de la gente depende de una vigilancia omnipresente de los aparatos de vigilancia. El lado positivo de eso sería el hecho de que el ciudadano se sentiría más seguro. Un ejemplo del modelo panóptico, que llega a las personas públicas, es el *paparazzo*. Infortunadamente, las nuevas tecnologías, como los teléfonos móviles con cámaras, ha traído al público en general para hacer el trabajo de vigilar el comportamiento de las personas; incluso, los sitios de empresas periodistas estimulan esta práctica, pidiendo este tipo de material. Parece entonces, que las personas están todo el tiempo intentando controlar la vida ajena.

En el principio panóptico, la persona es vigilada sin desear, mismo sintiéndose seguro con este modelo de vigilancia integral y absoluta. En el medio electrónico, es al revés. Si un individuo entra en un sitio de la internet, para que pueda interactuar, en la mayoría de las veces, hay que meter sus datos. Cuando hace un acceso a las redes sociales también está todo el tiempo bajo el control del sitio. Sólo es distinto hoy porque muchas personas desean ser vigiladas, o lo hacen sin saberlo.

En el libro “1984”, que fue escrito en 1948, George Orwell asevera que la sociedad del futuro estaría toda vigilada por pantallas de televisión, creía él que sería una sociedad muy opresora. Esta sociedad del futuro estaría controlada por esta forma de control llamada “El Hermano Mayor”, una televisión en la cual alguien que está en el otro lado de la pantalla consigue ver todo lo que ocurre. Una empresa holandesa creó un programa de *reality* basado en este término, vendiendo la franquía para varios países, incluso Brasil. En este show ocurre al revés, las personas desean entrar en la casa para ser vigiladas.

En esta línea, también el sociólogo, jurista y profesor Miranda Rosa se manifestó: “*Se suma a tal condición, el fenómeno de la sociedad informada a la que hicimos una breve referencia en líneas anteriores. Lo que caracteriza al hombre común de una gran comunidad urbana, hoy en día, es el hecho de que es informado sobre la gran cantidad de hechos*

que hablan con respecto a la vida colectiva. No importa la calidad de dicha información, si es buena o mala, si es verídica o fantasiosa, si es motivada o neutra. El hecho es que él sabe cosas que, en la sociedad arcaica, no sabía. Él está siempre bajo el flujo de una enorme masa de información que le es transmitida a todo instante, por las conversaciones en los círculos menores, en los locales de trabajo, en medio de grandes multitudes, en los vehículos de transporte colectivo, en casas de diversiones, a través de diarios, revistas, libros, aparatos de radio, de televisión, películas, etc. (Miranda Rosa, op. cite 198).

El uso de este tipode tecnologías, ha sido profetizado otrora por otros autores². La diseminación de los aparatos electrónicos, tales como teléfonos, radio, televisión, fax, scanner, impresoras entre otras, o de comunicación, como pagers, teléfonos móviles, comunicación vía satélite, y microcomputadores en conjunto con el seguimiento de la internet, contribuyeron para ser cuñada la expresión “aldea global”³, que revolucionó el mundo con este flujo sin interrupción e ilimitado de informaciones que circulan dentro de la red mundial de computadores.

El sociólogo, Pedro Scuro Neto, también retrata la evolución del paradigma cibernético, cuando resalta algunos desarrollos importantes en nuestra sociedad moderna⁴.

2 TOFFLER, Alvin. **A terceira Onda**. 16. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980

3 GUIZZO Érico. **Internet**, São Paulo: Ática, 1999. p. 41-2. “Há mais de trinta anos, o canadense Marshall McLuhan, um dos principais precursores da teoria da comunicação, formulou o famoso conceito de ‘aldeia global’ A ‘aldeia global’ representava a transformação do mundo linear, especializado e visual – criado pela mídia impressa -, num mundo simultâneo e multisensorial – propiciado pela mídia eletrônica. Antes, era uma coisa atrás da outra, uma de cada vez. Hoje, é tudo ao mesmo tempo, em todo lugar. Na ‘aldeia global’ tudo se fala, tudo se ouve. A internet criou um novo espaço para o pensamento, para o conhecimento e para a comunicação. Esse espaço não existe fisicamente, mas virtualmente. É o ciberespaço. O espaço virtual é formado por cada computador e por cada usuário conectado nessa imensa rede. Não há como escapar. O ciberespaço tomou conta do planeta. Engoliu todos nós – pessoas, máquinas e replicantes -, incorporando nossas virtudes e nossos defeitos. O ciberespaço deu vida à ‘aldeia global’. Ele é a alma de um novo mundo em formação.”

4 O autor chama essa de evolução de “*Terceira Revolução Industrial* (“cibernetização”), automação ou controle confiado a *servomecanismos*, ao passo que aos funcionários cabe programar, dirigir e manter sistemas informatizados. O estágio de cibernetização superou assim o da *me-*

Los que no deseaban ser vigilados, y percibían en el panoptis-
mo una opresión, entendieron que este concepto dejó de ser exclusiva-
mente una forma de poder, y se transformó en una oportunidad para
la notoriedad. La visibilidad en la sociedad del siglo XXI parece tener
mucho importancia.

El modelo panóptico está más plantado en nuestras vidas de lo
que imaginamos. Dependiendo de su ubicación, en el momento que se
pone fuera de su casa, ya está siendo vigilado, por las cámaras del pa-
sillo, del ascensor, del aparcamiento, de las calles, lo que sea. Estamos
siendo vigilados constantemente, y varias veces sin percibir.

En el libro “Vigilar y Castigar: el nacimiento de la prisión”,
Foucault investigó la cuestión del poder desde la sociedad antigua has-
ta la moderna. Antiguamente, los emperadores romanos demostraban
su poder con desfiles del ejército, exhibiendo la fuerza de su imperio,
y más allá de eso había los descuartizamientos en las plazas públicas,
como forma de dominio y control de los ciudadanos. Pero los filósofos
iluministas empezaron a combatir estas barbaridades, describiéndolas
como intolerables. Defendían que no era necesario matar, mas era im-
portante encarcelar para cambiar el comportamiento del sujeto. Para la
visión iluminista, el individuo condenado por un error se transforma-
ría dentro de una institución disciplinaria.

Y sobre el poder decía Foucault: “(...) *Me parece que se debe com-
prender el poder, primero, como la multiplicidad de correlaciones de
fuerzas inmanentes al dominio donde se ejercen y constitutivas de su
organización; el juego que, a través de luchas y afrontamientos incesan-
tes las transforma, refuerza, invierte; los apoyos que tales correlaciones
de fuerza encuentran unas en las otras, formando cadenas o sistemas
o al revés, los disfraces y contradicciones que las aíslan entre sí; en fin,
las estrategias en que se originan y cuyo esbozo general o cristalización*

canização (máquinas ocupam o lugar do trabalhador na execução de tarefas mais pesadas) e
o da *automação* (máquinas substituem empregados na produção, cabendo a estes a função de
controle);” Cf. MIRANDA ROSA, op. cit. 198.

institucional toma cuerpo en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales.” (FOUCAULT, 1993, p. 88-89).

Cuanto al control decía el filósofo y teórico social Michel Foucault *que el entendimiento de las formas de control social externas e internas construyen un sujeto dócil, útil y sumiso para el orden establecido eso es posible apenas por medio de procesos “disciplinarios”, en los cuales el cuerpo y la mente del sujeto son moldeados de acuerdo con lo que se pide en el medio social.* Para comprender este fenómeno, Foucault observó las instituciones disciplinarias, como la escuela y los cuarteles, donde las personas viven bajo el control de la institución. El producto de este proceso, cuando bien hecho, formaría un sujeto dócil y útil para el contexto social.

Foucault trabajó bien el raciocinio citado arriba cuando resalta que este poder de saber, este mecanismo de observación de la vida ajena sobre los individuos sobrepujados a una mirada constante y perturbadora, “al lado de este saber tecnológico, propio a todas las instituciones de secuestro, un saber de observación, un saber de cierta forma clínico, como se hace en la psiquiatría, la psicología, la psico-sociología, y de la criminología en general”⁵.

De esta forma, el principal efecto del panóptico es en tesis hacer con que el individuo quede en observación constante, haciendo con que este poder actúe de forma también constante y espontánea, independientemente de la efectiva vigilancia. De acuerdo con su arquitectura, el panóptico hace con que el individuo nunca sepa si está realmente o no siendo vigilado.

El panóptico de Benthan fue analizado en muchos momentos del trabajo de Foucault, cuando esclarece: *“En la periferia una construcción en anillo; en el centro, una torre; ella es hueca, tiene largas ventanas que se abren sobre la parte interna del anillo; la construcción*

5 FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**(trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau, 2005,p. 121-122.

periférica es dividida entre celdas, cada una de ellas atravesando toda la espesura de la construcción; ellas tienen dos ventanas, una para el interior, correspondiendo a las ventanas de la torre; otra, que se hace vuelta para el exterior, permite que la luz atraviese la celda de un lado a otro. Basta entonces poner un “vigilante” en la torre central, y en cada celda trancar un loco, un enfermo, un condenado, un operario o un escolar. Por el efecto de la contraluz, puede percibirse la torre, recortándose extremadamente sobre la claridad, las pequeñas siluetas cautivas en las celdas de la periferia. Tantas jaulas, tantos pequeños teatros, en que cada actor está solo, perfectamente individualizado y constantemente visible. El dispositivo panóptico organiza unidades espaciales que permiten ver sin parar y recoger inmediatamente”⁶



7

6 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão** (trad. Raquel Ramalhate). Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 194.

7 Interior da penitenciária de Stateville, Estados Unidos, século XX. V. p.222.

La eficiencia teórica del panóptico llega a un punto tal que el propio Foucault dijo que se trata de un “*diagrama de un mecanismo de poder llevado a su forma ideal*”⁸. Tanta eficiencia porque no es necesario más que un “centinela” para que se pueda tener el control, presumido al controlado, de todos los individuos. El panóptico proporciona, en tesis, por lo tanto, un aumento de la eficacia de todas las instituciones sociales en las cuales se pueda y se quiera imponer determinados patrones de comportamiento para un gran número de individuos.

3. CONCLUSIÓN

Importante contribución es la del jurista Eugenio Zaffaroni, cuando de modo peculiar aborda la temática *El poder de vigilancia*, cuando afirma que: “*está faltando análisis y, efectivamente, a poco que se reflexione se verá que la verdadera importancia del poder punitivo no radica en el ejercicio represivo sobre la ínfima minoría de marginados que abarca, sino en el poder de vigilancia que ejerce sobre toda la población. Al poder político y económico no le interesa tanto que sus agencias detengan a un carterista como que le informen adecuadamente acerca de quiénes son los disidentes, quiénes pueden ponerlo en peligro y cuál es su capacidad de protesta y movilización. El poder punitivo no tiene importancia porque se ejerce sobre pocos marginales encerrados, sino porque se ejerce sobre todos los que estamos sueltos en la forma de vigilancia. Su importancia política radica en que permite que el poder vigile que espectáculos preferimos, que libros y diarios leemos, que enfermedades tenemos, con quienes nos relacionamos amistosa y afectivamente, a que opinamos en las reuniones, etc. Al poder político le interesa tener la radiografía de cada uno de sus habitantes y observar a los que considera más peligrosos para sus intereses de cada momento, y eso lo hicieron siempre las agencias del sistema penal y lo siguen haciendo hoy*

⁸FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão** (trad. Raquel Ramalhate). Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 199.

con creciente y formidable capacidad técnica. Al poder de los sectores hegemónicos de toda sociedad le interesa tener a los excluidos neutralizados (haciéndolos matar entre ellos) y a los incluidos peligrosos bien controlados (mediante el poder de vigilancia)”⁹

Foucault y muchos otros filósofos y estudiosos del comportamiento humano se dedicaron a comprender y explicar cómo esas formas de control entrarían en nuestros hogares y en nuestras vidas de forma sutil, para que nadie percibiese, y cuando menos esperábamos ahí está, nadie podría salir, tal vez por comodidad, costumbre o porque siquiera percibiera. Las nuevas tecnologías dieron continuidad a esta línea de pensamiento, dejando visible la vida social. Antiguamente, esta visibilidad era solo dada al rey, o para el alto clero. No había en la historia del hombre común. Hoy, cualquiera puede contar su historia en las redes sociales. Cualquiera persona del pueblo puede publicar un texto, un vídeo, y tener acceso al mundo. La vida se volvió visible, o sea, vivimos hoy el siglo de las máquinas visibles y de las personas invisibles.

Se puede decir que mientras el hombre utiliza su conocimiento y fuerza para pelear por el dominio, para alcanzar un poder corrompido, con la intención de vigilar, castigar y controlar al otro, sea a través de las máquinas y los aparatos tecnológicos, sea a través del poder, este mismo hombre seguirá siendo el responsable por la decadencia de su propia especie.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar: Nacimiento de La Prisión* – 2ª ed. 7ª reimpresión. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores, 2015.

⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal: parte general*. Ediar, 2015, pag. 20/21.

FOUCAULT, Michel: A filosofia estruturalista permite diagnosticar o que é “a atualidade” in Ditos e Escritos – Vol. II. Tradução de Elisa Monteiro. Editora Forense Universitária. 6p., Rio de Janeiro, 2000.

PEREIRA, Antônio. **A analítica do poder em Michel Foucault**. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2003.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 1ª edição. Editora Paz e Terra. Rio de Janeiro, 2014.

FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas (trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau, 2001, p. 166-167.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão (trad. Raquel Ramalhete). Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 199.

GUIZZO Érico. Internet, São Paulo: Ática, 1999. p. 41-2.

ROSA, Felipe Augusto Miranda. Sociologia do Direito: O fenômeno jurídico como fato social. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2004.

SCURO NETO, Pedro. Sociologia Geral e Jurídica, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOFFLER, Alvin. A terceira Onda. 16. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2015, pag. 20/21.



LAS TEORÍAS DE LA JUSTICIA Y EL SISTEMA DE FINANCIAMIENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN CHILE

Álvaro Luciano Fuentealba Hernández

INTRODUCCIÓN

“Hoy podemos valorar una concepción política liberal e igualitaria, en tanto asegura las libertades básicas y asimismo la igualdad necesaria para diseñar una sociedad donde los individuos ganan con la cooperación y no están determinados por un sistema de *laissez faire* que los condena, en su mayoría, a la resignación frente a la pobreza y la marginación social”¹. Con estas palabras el profesor Eduardo Barbarosch termina un artículo en que sintetiza las ideas de John Rawls y su Teoría de la Justicia.

Necesariamente, cualquier decisión sobre estas cuestiones, debe llevarnos a la pregunta por la justificación de la acción del Estado (también de su inacción), en tanto representación de la sociedad que opta por la cooperación y que, en consecuencia, puede interferir el natural devenir de la vida social, y por ende, interferir la propiedad y otros derechos de los individuos.

En este opúsculo pretendo contrastar determinadas teorías de la justicia con la discusión que se lleva a cabo en el Chile actual, en

¹ Barbarosch, Eduardo. “Contrato Social Contemporáneo”. Revista La Ley. Año LXVII, N° 220. Buenos Aires, 2003. P 5.

relación con la educación pública, el acceso a ella y su financiamiento, con especial referencia a la educación superior universitaria.

Las imágenes de cientos de miles de estudiantes chilenos marchando por las calles de las ciudades más importantes del país, desde 2011 a 2014, dieron la vuelta al mundo. La consigna se resumió en dos adjetivos: educación gratuita y de calidad. Esta reivindicación tomó por sorpresa al sistema político, tanto gobernantes como opositores, ya que nadie previó que la agenda pública se monopolizara por este tema. ¿Por qué? El sistema de educación superior chileno mantenía absoluta estabilidad y nadie lo cuestionaba en sus pilares básicos. Hasta que la resignación mutó en rabia.

En poco menos de dos años, de no ser prioridad para nadie, ha copado la agenda política y ha sufrido grandes cuestionamientos. Sólo a vía de ejemplo podemos decir que la Cámara de Diputados del Congreso Nacional creó una Comisión Investigadora que se avocó a este tema. Resulta singular señalar los temas a los que se refirió: Institucionalidad, acreditación (certificación pública de las Universidades), financiamiento de la educación superior, fiscalización, lucro y conflictos de interés. Es decir, cuestionó todo el sistema de educación superior.

En estas líneas me referiré brevemente al sistema de educación superior en Chile, al sistema de acceso a la educación superior, al carácter desigual de la educación básica y secundaria y cómo esos patrones de desigualdad van reproduciéndose en la escala social. Hecho lo anterior, justificaré con base en la teoría de Rawls algunos cambios proyectivos que están en discusión actualmente, los que vincularé para efectos de contraste y refutación con la teoría del Estado mínimo de Robert Nozick, para finalizar con una experiencia concreta que se ha aplicado en la Universidad de Chile, para dar acceso prioritario a sus aulas a estudiantes económicamente vulnerables.

CARACTERIZACIÓN DEL SISTEMA EDUCATIVO CHILENO. EL SISTEMA DE EDUCACIÓN SUPERIOR UNIVERSITARIA

Chile hizo una fuerte inversión en educación pública, desde 1938 a 1981. Se estimó que era una prioridad nacional dentro del Modelo de desarrollo “hacia adentro”. En términos generales, hasta 1981 el sistema educacional chileno era muy similar a como es en la República Argentina.

La dictadura militar chilena, inspirada en el neoliberalismo de la economía neoclásica, asumió un modelo de prescindencia o rol subsidiario del Estado en estas materias, procedió a la municipalización de la educación básica y media (las comunas pobres tienen en consecuencia, menos recursos que destinar a educación), fomentó fuertemente la iniciativa privada, incluso en la concesión de administración de colegios, permitió la proliferación de Universidades privadas de propiedad de cualquier grupo de interés, etc., en suma, el crecimiento expansivo y la diversificación de la “oferta”(los estudiantes elegirán dónde estudiar) y el subsidio a la demanda (tendrán derecho a competir por el acceso al financiamiento, independientemente del tipo de establecimiento en que estudien). Consecuencialmente, terminó el aporte económico público directo a las Universidades del Estado, obligándolas al autofinanciamiento. Indirectamente, entonces, también puso fin a la educación superior gratuita.

En Chile nunca existió acceso universal a la educación superior. Para poder postular a las universidades, debe rendirse un examen nacional, a que pueden someterse los estudiantes egresados de la educación secundaria. Dicha prueba de selección universitaria (PSU), inspirada en la reforma constructivista a la educación básica y secundaria de los años noventa, mide los conocimientos adquiridos por los estudiantes en el aula escolar.

Este modelo produjo efectos nocivos en el sistema educativo chileno. En general, puede señalarse que en Chile la educación pública,

a nivel primario y secundario, es de baja calidad. Los estudiantes con mejores resultados son los egresados de escuelas privadas. A diferencia de lo que ocurre en la educación básica y media, la educación superior en las universidades públicas es de mejor calidad que la que se otorga en las universidades privadas. Se verifica, entonces, la paradoja: los estudiantes de colegios privados tienen mejores oportunidades de ingresar a las mejores universidades, que son las públicas. En un análisis simplificado, que por lo mismo admite refutaciones, se dice que la educación básica y media pública promueve la exclusión social, y que la universidad pública la reproduce y profundiza. Si bien la ley prohíbe el lucro en la Educación Superior, las Universidades privadas, a través de fraudes a la ley, han establecido complejas figuras de blanqueo de dinero que les ha permitido, a través de sociedades espejo o de papel, obtener pingües ganancias de este “negocio” que se llama educación superior. Las finalidades de lucro han impulsado siempre al alza los precios que deben pagar los estudiantes por la educación superior, impulso alcista que también llega a las universidades públicas.

Los estudios universitarios, se financian, en menor medida, con becas del gobierno, y fundamentalmente con créditos que otorgan las propias universidades o la banca privada, a altas tasas de interés. Un menor número de estudiantes es enteramente financiado por sus familias. Chile es el segundo país en el mundo en inversión (directa o indirecta) por parte de las familias en educación, luego de Estados Unidos.

En síntesis, y de acuerdo a esta caracterización, cuyas afirmaciones se pueden discutir por reduccionistas, el sistema educativo y en especial el sistema universitario chileno, adolecería de las siguientes injusticias:

- Sólo los estudiantes cuyas familias pueden pagar un colegio privado tienen opción de ingresar a las mejores universidades del país.

- La prueba de selección universitaria, al evaluar los conocimientos adquiridos en la educación básica y media, discrimina indirectamente a favor de los estudiantes más privilegiados económicamente, ya que ellos pudieron acceder a una educación de mejor calidad.
- Los estudiantes cuyas familias pueden pagar la educación superior, sea pública o privada, al finalizarla, quedan en ventaja en relación a los estudiantes que debieron endeudarse para obtener su título profesional, ya que ingresarán al mercado laboral sin tener que hacerse cargo de una deuda que, *mutatis mutandis* equivale al valor de una vivienda de una familia de clase media.
- Los estudiantes pobres, que sólo pueden acceder a un colegio público, deben resignarse a seguir siendo pobres, ya que son excluidos de la educación superior, único camino de movilidad social; aún en el caso de acceder a ella, acceden en desventaja al mundo del trabajo.

EDUCACIÓN PÚBLICA GRATUITA Y DE CALIDAD: ¿UN IMPERATIVO DE JUSTICIA?

A continuación me referiré, en términos someros, a qué modelo de educación general, y en especial de educación superior, superaría dichas injusticias. Luego de ello, justificaré el referido modelo en concordancia con las teorías de la justicia de John Rawls, expuestas en “Teoría de la Justicia” y “La Justicia como Equidad”, para luego criticarlo a la luz de los postulados que Robert Nozick detalla en “Anarquía, Estado y Utopía”.

Al menos deben contestarse dos preguntas al abordar este problema:

1. ¿Debe haber un sistema educativo gratuito para todos, en todos los niveles, o sólo para quienes provengan de familias

que no puedan pagarlo y sólo respecto de la educación primaria y secundaria?

2. ¿Hay buenas razones para que el Estado (la sociedad) deba hacerse cargo de financiar la educación primaria, secundaria y superior?

1.- Un modelo de educación superior que supere estas injusticias será, por una parte, aquel que asegure la gratuidad para aquellos estudiantes provenientes de sectores sociales vulnerables, cuyas familias no tienen posibilidad de solventar el costo de dichos estudios, y por otra parte, que permita el acceso prioritario a los estudiantes menos aventajados o,

2.- En un esquema ideal, la gratuidad universal de la educación permitirá la integración social y generará vínculos de gratitud del ciudadano con la comunidad que le da amparo, vínculos de gratitud que generarán acciones solidarias para con la sociedad, en retribución al bien público otorgado.

¿Cómo respondería a estas interrogantes la teoría de la justicia de Rawls? o ¿Puede fundarse en esta teoría un modelo de gratuidad en la educación? y ¿Qué tan profundo debe ser dicho modelo de gratuidad, universal o focalizado? Las respuestas que propongo provienen del carácter deóntico de la teoría de la justicia, no del criterio práctico que la economía podría ofrecernos.

Rawls sostiene que debemos asegurar libertades formales, pero no podemos realizarlas sin los elementos materiales básicos para ello. Para que la gente pueda entender el significado de las libertades básicas, debe tener aseguradas las libertades mínimas. Sin satisfacción de dichas libertades básicas, no es posible avanzar: libertad, igualdad, fraternidad. La fraternidad estaría dada por el principio de diferencia, que veremos en seguida.

Rawls propone un sistema de desigualdad ventajoso para todos ¿Qué es ventajoso para todos?

Acceso a cargos y posiciones sociales	Principio de Pareto	Principio de la Diferencia
Talentos – capacidades	Libertad natural	Aristocracia natural
Justa igualdad de oportunidades	Igualdad liberal	Igualdad democrática

La libertad natural no admite ningún criterio de desigualdad (Nozick). ¿Cómo se puede acceder a cargos y posiciones sociales? De acuerdo a los talentos de cada persona y su capacidad. En la vida hay varias loterías (Rawls). Una es la lotería natural, otra la social y otra la suerte.

La lotería social no da crédito moral para estar mejor posicionado en la sociedad. El talento tampoco da mérito moral para que por ese sólo hecho sea premiado. Todo esto depende del arreglo institucional. Sería una “utopía realista”. La igualdad liberal pretende que se debe igualar las oportunidades. Rawls sostiene la igualdad democrática. Conecta la igualdad de oportunidades con el principio de diferencia.

¿CÓMO DETERMINAMOS LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA?

Rawls propone un mecanismo de representación que se llama la POSICIÓN ORIGINAL.

Para eso, distingue tipos de justicia:

1. Justicia procesal perfecta
2. Justicia procesal imperfecta
3. Justicia procesal pura

1.- La JUSTICIA PROCESAL PERFECTA es aquella donde existe un criterio independiente de justicia. Se requiere un procedimiento para determinarla.

¿Qué criterio utilizaríamos para partir una torta?

- por partes iguales ¿es obvia la igualdad en justicia?

- ¿cómo nos aseguramos que se parta bien? El que parte, no elige.

2.- La JUSTICIA PROCESAL IMPERFECTA. Ejemplo: la justicia procesal penal.

¿Puede que un culpable no sea condenado? Sí.

¿Puede que un inocente sea condenado? Sí.

Por estas razones, que dicen relación con argumentaciones, pruebas, interpretaciones, es posible que se den estas imperfecciones en la justicia procesal.

3.- La JUSTICIA PROCESAL PURA. Señala que no existe un criterio independiente de justicia. Ejemplo: ¿Quién ganó el partido? El equipo que metió más goles, no el que jugó mejor.

La POSICIÓN ORIGINAL es un mecanismo de representación. No es el estado de naturaleza, sino una hipótesis.

¿Cuáles son las condiciones para llevar a cabo ese procedimiento?

EL VELO DE IGNORANCIA

Los individuos sólo conocen las leyes más generales, pero no saben en qué posición van a estar ellos en la sociedad. No saben de su posición futura en la sociedad.

Toda persona es mutuamente desinteresada (sólo le preocupa su propio interés). Cada uno es libre e igual. Cada uno es libre de discutir o deliberar acerca de los principios de justicia.

Tampoco son altruistas. No sería posible elegir los principios de justicia si todos ceden su interés en interés del otro.

La pregunta es. Supuesto que los individuos están en esa posición, cegados por el velo de ignorancia ¿Qué principios de justicia elegirían?

Los individuos tienen aversión al riesgo. El velo de ignorancia, elimina, en consecuencia, el egoísmo. Lo que se debe aplicar, entonces, es el principio MAXIMIN (máximo minimorum). Si pensamos que

podemos estar en la peor situación, querríamos tener el mejor puesto en el lugar mínimo.

Los individuos, en la posición original, van a aplicar un criterio de elección racional, el principio maximin.

¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO?

Justicia procesal pura, constructivismo moral, a través del acuerdo unánime. Aquí sostiene Rawls su posición no realista moral.

PRIMER PRINCIPIO: IGUALES LIBERTADES PARA TODOS

Lo primero que debemos anotar es si la introducción de un sistema de financiamiento público de la educación de los estudiantes menos aventajados económicamente cumple el primer principio de Rawls, es decir, si con estas políticas, existen iguales libertades para todos, a fin de evitar distinciones arbitrarias. Asegurada que sea la libertad de expresión, libertad de conciencia, respeto de la integridad física y corporal de las personas, se estaría cumpliendo el primer principio, pero sólo en parte. Deberíamos preguntarnos por la compatibilidad entre la libertad negativa (libertad de los modernos, Constant, Berlin) y la libertad positiva, ya que las libertades básicas iguales deben ser compatibles con las libertades de los demás. En el primer principio también aparece la libertad positiva, ya que es requerida por el ideal de igualdad².

Para fundar esta decisión, debiésemos preguntarnos si el orden constitucional chileno acepta la igualdad como un principio fuerte. Resulta relevante, entonces, detenernos en la regulación constitucional de la igualdad. La Constitución chilena asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, la igualdad de trato, la igualdad ante la justicia, la igualdad en el acceso a los cargos públicos y la igualdad y proporcionalidad en la repartición de las cargas públicas³.

2 Barbarosch. Op. Cit. P 2.

3 Artículo 19, N° 2, 3, 16, de la Constitución Política de la República de Chile.

EL SEGUNDO PRINCIPIO: IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

La igualdad de oportunidades requiere una decisión en cuanto a cómo van a distribuirse las ventajas y beneficios de la cooperación social. Se refiere al acceso a cargos y posiciones sociales de acuerdo a la justa igualdad de oportunidades.

SEGUNDA PARTE DEL SEGUNDO PRINCIPIO:

PRINCIPIO DE DIFERENCIA

Las desigualdades se justificarán siempre que sean ventajosas para aquellas personas que están peor situados en la sociedad. Consisten en desigualdades sociales o económicas. Hay que intervenir en la distribución de la riqueza.

De acuerdo a esta idea, se justificaría plenamente la acción estatal centrada en un medio de asegurar la igualdad de oportunidades para aquellos que estén peor situados: en el caso en análisis, asegurar un sistema de gratuidad de la educación en todos sus niveles, para aquellos individuos que provengan de familias que no puedan hacer frente a los altos costos de la educación, y, por otro lado, invertir recursos para que la educación que provea el Estado sea de calidad y permita a las personas que acceden a ella, de modo tal “los menos favorecidos tengan confianza en el sentido de su propia valía, lo cual limita las formas de jerarquía y los grados de desigualdad permitidos por la justicia”. Los recursos para educación no se asignarían de acuerdo a su rendimiento esperado en relación a capacidad productiva, sino de acuerdo al valor que tengan como medio de enriquecimiento de la vida personal y social del ciudadano, incluyendo aquí a los menos favorecidos⁴.

Su concepción general de la justicia se formula sobre el principio de igualdad, a menos que moralmente se pueda justificar una desigualdad, es decir, que sea ventajosa para todos. La desigualdad

⁴ Rawls, John. Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 2002. P. 109.

tributaria, es decir, que proporcionalmente quién mayores ingresos reciba, aporte más al erario público, para financiar la educación de los menos aventajados, importaría una desigualdad justificada, ya que sería valiosa para todos, por cuanto con esto es toda la sociedad la que gana⁵.

¿Se garantizan las libertades básicas para todos?

A mi juicio no se afecta el primer principio con un sistema educativo de este tipo. Sabemos que el primer principio es prioritario sobre el segundo. Sin libertades básicas no es posible satisfacer el segundo principio. Se cumple, entonces, con la “prioridad lexicográfica”, de los dos principios de justicia que serían elegidos en una posición original: 1) todas las personas son iguales en cuanto a exigir un esquema adecuado de derechos y libertades básicas iguales, compatible con el mismo esquema para todos; 2) las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: a) vincularse a posiciones y cargos abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades y b) deben promover el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad⁶.

Para entender la satisfacción de estos principios, a la luz de la teoría de Rawls, debemos considerar que para el autor las personas son ciudadanos que son miembros plenamente cooperativos de la sociedad, y no seres humanos al margen de cualquier concepción normativa. Las personas, vistas desde esta perspectiva, requieren ciertos “bienes primarios”, porque son personas libres e iguales⁷.

Estos bienes primarios son los derechos y libertades básicos (libertad de pensamiento y de conciencia); la libertad de movimiento y la libre elección de empleo en un marco de oportunidades variadas que permitan seguir diversos fines, revisarlos y eventualmente alterarlos;

5 Rawls, John. *Ibidem*. P.109.

6 Barbarosch, Eduardo. *Teorías de la Justicia y la Metaética Contemporánea*. La Ley. 1ª edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires, 2011. P. 67.

7 Rawls, John. *La Justicia como Equidad*. Paidós. Barcelona, 2002. P. 90.

los poderes y prerrogativas de los cargos y posiciones de autoridad y responsabilidad; los ingresos y riquezas, que se necesitan para lograr un amplio abanico de fines; las bases sociales del auto respeto, si los ciudadanos han de tener clara conciencia de su valor como personas y han de ser capaces de promover sus fines con autoconfianza⁸.

¿Se justificaría, en este contexto teórico, un sistema en que se asegurase, con independencia de la capacidad económica o la posición social, una educación gratuita con cobertura universal, en todos los niveles, cuyo garante y oferente sea el Estado?

Esta es otra de las reivindicaciones estudiantiles que se han oído en Chile. Por una parte, el primer gobierno del presidente Sebastián Piñera (2010 – 2014) señaló que subsidiaría de ese modo a los más pudientes y no a los menos aventajados. El segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet (2014 – 2018), en cambio, estableció las bases de un sistema de financiamiento de la gratuidad universal de la educación superior, que parte de la base de estimar que los jóvenes no tienen recursos propios para financiar su educación, y que debe haber solidaridad inter generacional. El sistema parte, sí, implementándose a partir de los quintiles más pobres de la población. El actual gobierno, segundo se Sebastián Piñera, ha señalado que mantendrá la política de gratuidad, que se estableció por ley.

Para dar una respuesta positiva a dicha pregunta, en clave rawlsiana, debiésemos ser capaces de hacer una lectura comunitarista de Rawls, o derechamente socialista, y eso no me parece posible⁹. Implicaría, además, un sistema en que entendiéramos el beneficio o solidaridad transgeneracional y público que implicaría el acceso igualitario y gratuito de educación para todos, uno de cuyos fundamentos sería evitar los costos de transacción que demandaría la determinación objetiva de quiénes son los menos aventajados.

8 Rawls, John. La Justicia como Equidad. Barcelona, 2002. P. 91 y 92.

9 Barbarosch, Eduardo. Teorías de la Justicia y Metaética Contemporánea. La Ley. Buenos Aires, 2011. P. 95 a 100.

No digo que ese sistema no sea posible ni aconsejable. Sólo digo que no sería fundamentable en clave de la Teoría de la Justicia de Rawls. De hecho, ese sistema existió en Chile, cuando el nivel de desarrollo y expansión económica del país era muy precario, y desapareció cuando la economía chilena se ha desarrollado exponencialmente. Otra paradoja que el derecho no puede explicar.

Para concluir esta parte, recordemos las dos preguntas que nos formulamos:

1. ¿Debe haber un sistema educativo gratuito para todos, en todos los niveles, o sólo para quienes provengan de familias que no puedan pagarlo y sólo respecto de la educación primaria y secundaria?
2. ¿Hay buenas razones para que el Estado (la sociedad) deba hacerse cargo de financiar la educación primaria, secundaria y superior?

En relación con las preguntas formuladas, sostengo que sí es posible responder afirmativamente sólo la segunda parte de la primera pregunta, y la segunda, en forma contundentemente afirmativa. Creo que la respuesta categóricamente afirmativa a la primera parte de la primera pregunta es muy difícil de sustentar de acuerdo a la Teoría de la Justicia como Equidad de Rawls.

Ahora resulta interesante preguntarse cómo contestaría a estas preguntas un libertarista como Robert Nozick.

Resulta en primer lugar contradictoria la defensa fuerte que Nozick hace de los derechos individuales, siendo que carece de una teoría precisa que responda al problema del fundamento moral de los derechos individuales¹⁰. El Estado, al monopolizar la fuerza y proteger a todos dentro de un territorio, viola los derechos de los individuos. El

10 Barbarosch, Eduardo. Teorías de la Justicia... P. 51 y 52.

Estado es intrínsecamente inmoral porque interfiere constantemente en nuestra vida¹¹.

Nozick desarrolla una teoría del Estado mínimo. Rechaza la idea de principios o pautas, porque afectan las libertades y desarrolla la idea de si es mejor vivir en un estado de naturaleza anárquico o no.

Pero si tomamos el estado de naturaleza de John Locke, existen los llamados derechos naturales (vida, propiedad, libertad). Nozick parte del estado de naturaleza de Locke. Se separa, no obstante, de la idea de un pacto expreso.

El proceso tiene pasos normalmente justificados.

Los individuos tienen libertades o derechos naturales. Como ya dijimos, Nozick no se ocupa de justificar el porqué vienen dados esos derechos naturales¹².

¿Qué pasaría si alguien viola esas libertades? Llamariamos a otros para defendernos. Se origina una asociación de protección. Algunos se ocupan de la defensa, y los otros pagan una póliza para ser defendidos, fundada dicha organización en el principio de división del trabajo¹³. ¿Qué se delega? La función de defensa. Esa es la competencia de la asociación de protección. Estas varias asociaciones de protección compiten entre sí. Hay algunos individuos que no piden protección.

Acá se produce un proceso de “mano invisible”, como Smith, pero moralmente permisible. Se llega a una asociación de protección dominante, cuando las más pequeñas son absorbidas. ¿Será el Estado? No tiene el monopolio de la fuerza, o mejor dicho (seguidores de Max Weber dirían que sí), ¿es condición suficiente para la existencia del Estado el monopolio de la fuerza? (Marshall Cohen diría que no)¹⁴.

11 Nozick, Robert. Anarquía, Estado y Utopía. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 1990. Primera reimpresión argentina. P. 8.

12 Nozick, Robert. *Ibidem*. P. 45 a 61.

13 Nozick, Robert. *Ibidem*. P. 24 a 30.

14 Nozick, Robert. *Ibidem*. P. 30 a 38.

Por otro lado, están los independientes, es decir, individuos que se defendían a sí mismos en el estado de naturaleza.

En síntesis, la teoría de Nozick, llamada “Teoría de la Justicia Retributiva” o “Justicia de Títulos”, es una teoría deontológica, del Estado mínimo. Está fundada en derechos que ya existen en el estado de naturaleza de John Locke.

¿Con qué argumentos Nozick señala que pueden incorporarse los independientes? Descarta que sean incorporados por la fuerza a la asociación de protección. Hay prioridad de los derechos de los individuos del estado de naturaleza; son derechos inviolables¹⁵. La **asociación de protección dominante** es algo así como un estado ultra mínimo (teoría anarco capitalista). Si ellos no quieren pagar, nosotros vamos a pagar por ellos. El Estado mínimo es moralmente aceptable. Todo lo que vaya más allá es inmoral.

Llegamos al Estado mínimo a través de la mano invisible de Adam Smith. Nozick argumenta que hay que pasar del estado ultra mínimo al Estado mínimo.

Los partidarios del estado ultra mínimo se oponen a pagar por la incorporación de independientes:

1. Si no se incorpora a los independientes, ellos van a ejercer cualquier clase de procedimiento para dirimir los conflictos. Tenemos que indemnizarlos para que abandonen la actividad riesgosa.
2. Si siguen sosteniendo esto, ustedes pasan de un argumento deontológico a una visión consecuencialista: se vuelven utilitaristas de derechos. Ponen como fines los derechos, pero no les interesa que se sacrifiquen algunos derechos.

Nozick señala que los derechos no son fines, sino restricciones indirectas a la acción. El paso del estado ultra mínimo al estado

15 Nozick, Robert. *Ibidem*. P. 63 a 66.

mínimo se da con la incorporación de los independientes: no puede haber justificación de un estado mayor.

El estado mínimo es el más extenso que puede ser justificado moralmente. ¿Por qué se sostiene que es el Estado moralmente permisible?

Porque normalmente cuando uno defiende un estado redistributivo, se hace alusión al bien común, al bien colectivo. Los únicos bienes que hay son los bienes individuales, no hay un bien común, porque no existe un sujeto colectivo, no hay interés colectivo ni bien común.

Es una teoría nominalista, porque lo único que hay son cosas separadas. Lo otro es una ficción. La única función es preservar la vida, la seguridad y la defensa de otros estados. Cualquier derecho redistributivo queda eliminado del estado mínimo.

¿Cuál es la noción de justicia? Dice que su teoría no es una teoría de principios, sino de títulos. Los principios son pautas que afectan la libertad de los individuos. Los títulos son derechos del estado de naturaleza de Locke.

No se debe alterar la distribución natural voluntaria, porque aquello también es una interferencia del Estado. Se rechaza toda justicia de pautas. En consecuencia, la única justicia que se justifica es una justicia histórica, no pautada.

La justicia histórica tiene tres niveles:

1. JUSTICIA DE LA ADQUISICIÓN
2. JUSTICIA DE LA TRANSFERENCIA
3. JUSTICIA DE LAS RECTIFICACIONES

Nozick señala que esto es casi un silogismo. La adquisición se refiere a la adquisición legítima de un bien en el mercado. Si lo adquiero con justicia, puedo transferirlo a título gratuito u oneroso. Si es inválida la adquisición o la transferencia, opera a rectificación. No hay pauta ni principio distributivo. Se da por las leyes del mercado. Las pautas redistributivas son arbitrarias y violan los derechos de los individuos.

¿Cómo adquiere uno la propiedad originalmente? Sigue en esto a Locke. Las tierras en Inglaterra eran comunes hasta que comenzaron a cercar las propiedades. Locke señala que esto se justifica siempre que quede suficiente y bueno para los demás. Lo que hace Nozick es debilitar la cláusula de Locke. Si no se puede adquirir la propiedad, aún se puede usar. Si una arrienda, queda suficiente y bueno para los demás. La estipulación de un principio de justicia de la adquisición y de justicia en las transferencias es central en el referido análisis¹⁶. Es partidario de una “democracia de propietarios”, pero no puede haber concentración de la propiedad en pocas manos porque sólo ellos gobernarían.

En este contexto teórico, entonces, la respuesta a nuestras preguntas debiese ser negativa. Nozick sostiene que las teorías basadas en la igualdad de oportunidades, criterio que justificaría la intervención del Estado para asegurar educación gratuita y de calidad a los más desaventajados, generalmente utilizan el modelo de la carrera por un premio en que habría competidores más cerca de la meta que otros. Sobre este punto, señala que “la vida no es una carrera en que todos competimos por un premio que alguno ha establecido... hay diferentes personas que separadamente dan a otras personas cosas diferentes. Los que dan... generalmente no se preocupan del merecimiento ni de las desventajas que alguien tuviera; tan sólo se preocupan de lo que realmente obtienen”¹⁷. El proceso de cooperación social e intercambio no juzga el uso que las personas hacen de las oportunidades que tienen. El intercambio se verifica por las reglas del mercado. Las personas, generalmente, deciden transmitir bienes no en consideración especial a otra persona, sino que decide transmitir bienes a cualquiera que satisfaga ciertas condiciones, como que tenga bienes que cambiar por los míos, que pueda pagar una suma de dinero, hacer un trabajo, dar un salario, etc.

16 Nozick, Robert. *Ibidem*. P.179 y 180.

17 Nozick, Robert. *Ibidem*. P 231.

¿Por qué la respuesta es negativa? El Estado no puede interferir el derecho de propiedad. Violaría el principio kantiano de que nadie puede ser usado como medio. No puede el Estado utilizarme como medio de obtención de recursos para sus políticas educativas, cuyos beneficiarios no me reportarán beneficio alguno. Los derechos de los individuos, especialmente el derecho de propiedad, son restricciones morales indirectas, un reflejo de nuestras vidas separadas. Ningún individuo, menos el Estado, estaría autorizado para perseguir sus propios fines si para ello requiere violar las restricciones morales indirectas¹⁸.

Un modelo de educación general, y en especial, de educación superior, en que determinado segmento de individuos estaría dispuesto a pagar para obtener títulos profesionales, y a endeudarse para pagar dichas deudas con sus mayores ingresos futuros, sería muy beneficioso en este marco teórico, ya que los oferentes de educación tendrían un mercado que les permitiría beneficiarse económicamente, sin distinción de más o menos aventajados. Si hay individuos que no logran aquello, quienes asumen los riesgos del financiamiento son los únicos responsables, ya que nadie puede legítimamente calificar el uso que se le da por otro a una oportunidad o ventaja.

CONCLUSIONES

Una educación gratuita y de calidad, garantizada por el Estado, para los estudiantes menos aventajados económicamente, como un medio de asegurar la iguales oportunidades para todos, de modo que cada uno se reconozca como libre e igual, en una sociedad basada en la cooperación, es totalmente justificable de acuerdo a la Teoría de la Justicia de Rawls.

Un sistema de gratuidad universal de la enseñanza universitaria es más difícil de justificar en este marco teórico, pero no es

¹⁸ Barbarosch, Eduardo. Teorías de la Justicia... P. 54.

excluyente en una teoría procedimental de la justicia cuya finalidad sea la agregación global de bienes de bienes primarios.

Políticas de este tipo serían rechazadas en el marco del Estado mínimo de Nozick. Un sistema educativo como el chileno sería visto con buenos ojos por Nozick, ya que se basa en un régimen de intermediación de bienes de mercado, concibiéndose la educación como un bien más en el mercado.

COLOFÓN: UNA EXPERIENCIA DE JUSTICIA COMO EQUIDAD

Rawls señala que en la forma más sencilla del principio de diferencia, los sujetos que pertenecen al grupo de los menos aventajados no pueden identificarse al margen de sus ingresos o riquezas¹⁹. De acuerdo a dicha caracterización, no es difícil definir en los márgenes de este estudio, que los menos aventajados son los estudiantes socio económicamente vulnerables.

La Universidad de Chile, en este contexto, se formuló la pregunta acerca de cómo poder nivelar dichas condiciones de desventaja en alguna medida, para permitir que los talentos, partiendo de la base que están distribuidos democráticamente (o al azar, si se quiere) en todos los sectores sociales, pudiesen aflorar ante la opacidad de la prueba de selección universitaria.

Para ello, entonces, se diseñó un sistema de acceso alternativo, destinado a los estudiantes de “colegios vulnerables”²⁰, que provengan de familias que se ubiquen en los tres primeros quintiles de estratificación socio económica²¹ y que se ubiquen en el 5% mejor calificado de sus respectivos colegios.

19 Rawls, John. *La Justicia como Equidad*. Paidós. Barcelona, 2002. P. 9

20 Se determina en base a indicadores objetivos que elabora el Ministerio de Educación.

21 Indicador del Instituto Nacional de Estadísticas, referido a las familias más pobres, de acuerdo a su ingreso per cápita familiar. La pertenencia a estos quintiles y el ingreso a la Universidad, asegura becas del Estado, para pagos de matrículas anuales, aranceles mensuales y manutención.

Para superar la brecha de acceso a la Universidad, se les permitió acceder a sus carreras respectivas con 600 puntos en la prueba²², inferior a los mínimos con que se permite postular a la Universidad.

Una vez que se matricularon en la Universidad, la Facultad de Derecho se hizo cargo de ellos con un sistema de tutorías de profesores de la Facultad, que debían entrevistarse con ellos una vez por mes para preguntarles sobre su rendimiento académico. Ingresaron 10 estudiantes por este medio (de un total de 390). Finalizado el primer semestre, el resultado fue estimulante: el promedio de notas de estos estudiantes fue superior al promedio de notas de su cohorte de ingreso.

El establecimiento de un sistema de diferencias, justificado en el beneficio de los menos aventajados, tuvo como resultado el ingreso de un grupo de estudiantes meritorios a la Universidad, pero con desventajas que hacían que, medidos en las mismas condiciones que otros, vieran impedido su acceso a la educación superior. De otro modo este grupo jamás hubiese tenido la oportunidad de estudiar una carrera profesional en una Universidad de excelencia.

Establece, asimismo, la meritocracia como medio de ocupar posiciones de privilegio y nos acerca, aunque sea un poco, a la concepción de sociedad como un sistema equitativo de cooperación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barbarosch, Eduardo. *Teorías de la Justicia y la Metaética Contemporánea*. La Ley. Primera edición. Primera reimpresión. Buenos Aires, 2011.

Barbarosch, Eduardo. “El Contrato Social Contemporáneo”. *La Ley*. Año LVII N° 220. Buenos Aires, 2003.

²² Para ingresar a la Universidad de Chile se requiere un mínimo de puntaje que cada año fluctúa entre los 650 y 700 puntos. Los primeros matriculados bordean los 820 puntos.

Nozick, Robert. Anarquía, Estado y Utopía. Fondo de Cultura Económica. Primera edición en español. Primera reimpresión argentina. Buenos Aires, 1990.

Rawls, John. Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica. Segunda edición en castellano. Segunda reimpresión. Madrid, 2002.

Rawls, John. La Justicia como Equidad. Una Reformulación. Paidós. Barcelona. 2000.



LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: CUESTIONES IMPORTANTES DENTRO DE LA LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA Y LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Ana Fabiola Zamora Vázquez

1. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: CUESTIONES IMPORTANTES DENTRO DE LA LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA Y LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

1.1 CUESTIONES IMPORTANTES

La adopción se encuentra como una de las figuras jurídicas más antiguas dentro del derecho de familia. Existe desde tiempos antiguos, ya que en épocas pretéritas la adopción se constituía por la parte legal y religiosa como medio para garantizar la descendencia.

Dentro de Roma la adopción es un acto solemne que hace pasar a un *filius familias* de la *potestas* de su padre natural o de su paterfamilias. En el derecho antiguo se hacía por interpretatio de las Doce Tablas que dice si *pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto*, así que el padre vendía tres veces a su hijo al adoptante, quien lo manumitía al padre. (LIC., BRAVO GONZALEZ Agustín. LIC. BIALOSTOSKI SARA., 1975)

Es importante mencionar los requisitos para la adopción dentro del Derecho Romano y una característica importante es que el adoptante debe ser mayor que el adoptado. Los romanos desarrollaron la

figura de la *adrogatio* que por medio de la adrogación un paterfamilias pasa a depender de otro paterfamilias quien adquiere sobre él la *patria potestas*. (LIC., BRAVO GONZALEZ Agustín. LIC. BIALOSTOSKI SARA., 1975)

La *adoptio* es menos antigua y consistió en la incorporación de un *alienis iuris* a otra familia. La adopción podía ser plena y menos plena, la primera si el adoptado era descendiente del adoptante con lo que quedaba sometido a su patria potestad y la segunda si el adoptado era colateral del adoptante. (Soto Senra, 2007, p.129). Si la adopción producía de un *status familiae* se presenta como irrevocable.

La adopción internacional es considerada hoy en día como un aspecto jurídico que se realiza en la mayoría de países, muchos doctores e investigadores del derecho piensan que se da como resultado de las guerras mundiales, de escenarios de emergencia y crisis de las niñas y niños que han resistido o han sido víctimas de la desprotección por parte de la familia consanguínea, o por el fallecimiento de padres o familiares cercanos, es decir niñas y niños que han quedado en descuido total.

La adopción constituye en la actualidad la posibilidad de formar una familia que no tiene lazos de consanguinidad. Pero los organismos internacionales de Derechos Humanos preocupados por la situación de niñas y niños que se encuentran enmarcados en esta situación de abandono y del riesgo que implica el traspaso de fronteras, existiendo siempre actos de mala fe como el tráfico de menores, tráfico ilegal de órganos, explotación sexual y otros aspectos que afectan no solo la parte física de los niños y niñas sino también la parte psicológica, han considerado relevante poner énfasis en lo que en la mayoría de legislaciones del mundo conocemos como “Interés Superior del Niño/a”.

Al mencionar un tema de tanto énfasis como el interés superior del niño, se debe destacar que esto depende de cada sociedad, desde varias perspectivas como la sociedad y cultura dentro del modo de

vida que tenga el menor. De lo que no hay inquietud es que los derechos de los niños se encuentran en primer lugar de toda legislación que esté relacionada con los mismos.

El interés superior del niño, sirve como un punto obligatorio, sobre todo dentro del derecho internacional privado, ya que se encuentra consagrado en varios tratados internacionales y códigos normativos internos como por ejemplo en la Declaración de los Derechos del Niño, Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969, Convención de los Derechos del Niños de 1989 y a nivel de leyes internas que garantizan los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

El Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador en su artículo 11 dice:

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla". (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA)

Es por ello que existe en la actualidad normativa jurídica a nivel internacional y a la vez nacional con el objetivo de proteger los derechos humanos de los niños y niñas, vale la pena mencionar que en el Ecuador las niñas, niños y adolescentes, se encuentran dentro

de la Constitución de la República del 2008 dentro de los “Grupos de Atención Prioritaria”.

En 1959 con la Declaración de los Derechos del Niño, así como en 1989 con la Convención de los Derechos del Niño la normativa internacional se preocupa por la situación del mismo, constituyendo un buen precedente para las diferentes legislaciones del mundo. De esta manera se comienza a realizar acuerdos y normas fructíferas para la situación de las niñas, niños y adolescentes.

La Convención de los Derechos del Niño en 1989, ha tenido gran relevancia jurídica, ya que dentro de esta existe el paradigma del niño como sujeto de derechos. Los derechos de los niños es un tema de gran importancia en la actualidad. Parte fundamental de la adopción internacional se encuentra enmarcada dentro del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción. Internacional, realizado en la Haya el 29 de mayo de 1993, que se ocupa de la regulación en el ámbito de adopciones internacionales, posibilita que niños, niñas y adolescentes, privados del medio familiar, hagan efectivo su derecho a tener una familia, la cual en este caso reside en un país extranjero.

El capítulo VIII del Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante) (La Habana, 20 de febrero de 1928) se refiere a la Adopción citando el artículo 74 que reza:

Se regulan por la ley personal del adoptante sus efectos en cuanto a la sucesión de éste y por la del adoptado lo que se refiere al apellido y a los derechos y deberes que conserve respecto de su familia natural, así como a su sucesión respecto del adoptante. (CÓDIGO SANCHEZ DE BUSTAMANTE, 1921)

En el texto de la Doctora María Susana Najurieta se comenta a cerca de los instrumentos elaborados en la década de los sesenta: una destinada a unificar progresivamente del el derecho interno de cada Estado en materia de adopción, elaborada en el seno del Consejo de

Europa, y la otra, elaborada en el marco de la Conferencia de la Haya, destinada a designar a la autoridad competente para constituir adopciones con elementos extranjeros, eliminar el conflicto de leyes y dar eficacia a adopciones otorgadas fuera del país. (NAJURIETA, 2004)

La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción, hace referencia a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.¹

Este convenio aplica a la adopción de niños que confiriere al adoptado a la condición de hijo cuando el adoptante tenga su domicilio en un Estado parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado parte. Así, se usan dos agentes de enlace en este caso: el del domicilio para el adoptante y el de la residencia habitual para el menor.

La Convención Interamericana sobre el conflicto de leyes en materia de adopción de menores en La Paz 1984 entró en vigor el 26 de mayo de 1988, siendo los primeros países Colombia y México.

Esta convención tiene un ámbito de aplicación en relación a la adopción de menores de carácter internacional, lo que se quiere con este convenio es evitar que se manipule con la constitución de una residencia en el Estado de la residencia habitual del adoptado. Esta convención abarca la cooperación internacional de manera especializada. González y Rodríguez afirman “En el capítulo III hace referencia al establecimiento de autoridades centrales y organismos acreditados para facilitar, agilizar y asegurar la calidad de la adopción. (LIC., BRAVO GONZALEZ Agustín. LIC. BIALOSTOSKI SARA., 1975). “En el capítulo IV determina las condiciones de procedimiento respecto de

¹ La Paz, 1984. Artículo 1.

las adopciones internacionales”. (LIC., BRAVO GONZALEZ Agustín. LIC. BIALOSTOSKI SARA., 1975).

Es importante citar algunas definiciones o conceptos jurídicos a cerca de la adopción:

“Tanto quiere decir como prohijamiento; es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente”. “La adopción es, pues el acto por el cual se recibe como hijo nuestro, con autoridad real o judicial, a quien lo es de otro por naturaleza. “La adopción constituye un sistema de crear artificialmente la patria potestad”. (CABANELLAS, 2000)

En el capítulo XIV del Código Civil Ecuatoriano en el artículo 314 dice:

La adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado.

Sólo para los efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple 21 años. (CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, 2015).

La adopción se encuentra establecida de modo diferente dentro de los países en los que se encuentra reconocida. Las características de la adopción varían de legislación a legislación. Dentro del Derecho Internacional Privado se puede hablar de adopción cuando la nacionalidad de las personas adoptante – adoptado son diferentes.

Al mencionar adopción internacional entran en juego tanto la legislación del país de origen como del país de destino, por lo tanto, no se debe confundir adopción internacional con adopción extranjera, ya que está se refiere a la otorgada conforme al derecho interno del estado.

Se debe considerar que la adopción internacional debe tener como prioridad la protección a los niños, sobre todo desde la perspectiva que el niño debe atravesar fronteras. Toda la normativa existente en materia de adopción sirve como garantía para evitar el tráfico de

niños, con la finalidad de permitir que la adopción internacional expanda su valor social y contribuya a reducir el número de niños institucionalizados o abandonados.

La tarea del derecho internacional privado se encuadra en dar al niño lo que le corresponde por derecho y por su situación de fragilidad, por ello se debe garantizar ubicarlo dentro de una familia adoptiva de manera segura, que adopte un lazo de filiación donde tenga estabilidad más allá del fenómeno de las fronteras.

Siempre los aspectos que estén vinculados a los niños van a estar ratificados en la protección de su interés superior. La adopción permite integrar una familia con que no está sostenida por vínculos biológicos, se puede acceder a ser padre o madre por medio de ella. La adopción al constituirse en un medio para ayudar a un niño a crecer en un ambiente donde exista amor, respeto, comprensión, etc., tiene el carácter de irrevocable, ya que el derecho de todo niño es crecer a lado de una familia.

No es fácil por parte de los estados dentro de los cuales se establece la adopción, la recepción de los niños ya que se trata de dar un enfoque donde se cumplan las garantías de los mismos a cabalidad, por lo que la cuestión jurisdiccional juega un rol importantísimo.

Desde el punto de vista jurisdiccional me atrevería a decir que la mayoría de países para dar la adopción lo hace en función de sus propias leyes. Existen varios tipos de adopciones internacionales como por ejemplo las adopciones plenas, simples y abiertas.

Al hablar de adopción plena esta es la que busca incorporar al adoptado dentro de la nueva familia, quitando toda relación con la familia biológica y ubicando al adoptado con los mismos derechos, es decir, al mismo nivel de hijos biológicos. A través de esto, se busca suplir los lazos de nacimiento con los adoptivos y entender las responsabilidades adquiridas por ley como semejantes a las que un hijo biológico goza normalmente.

En cambio, en la adopción simple por lo general los hijos adoptivos no pierden el apellido de sus padres biológicos a más de que no adquieren el derecho de heredar de sus padres adoptivos. Las adopciones abiertas perfeccionan a la adopción plena, pero esta forma de adopción no rompe por completo la relación con la familia biológica desde el punto de vista legal.

2. LA ADOPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Dentro de la Legislación Ecuatoriana en el decreto N° 1207 – trata a cerca de la adopción como política de estado el plan de igualdad de oportunidades 2005 – 2009 que se promulgó en el gobierno del Doctor Alfredo Palacio.

La adopción dentro de las leyes ecuatorianas está inmersa en leyes como el Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia, dentro de este el Título VII, Capítulo I, tiene como tema la adopción y su artículo 151 dice:

La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados. (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA)

El Código de la Niñez y Adolescencia publicada en el Registro Oficial 737 del tres de enero del 2003, se considera un aporte significativo en el reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes en Ecuador, proceso que inició con la validación de la Convención de los Derechos del Niño de 1990, que se desarrolló con la reglamentación de las adopciones internacionales en el año 1990, continuó con el Código de Menores de 1992, con las reformas constitucionales de 1996 y 1997, y con la Constitución de 1998. (SIMON). Dentro del Código de la niñez y adolescencia del Ecuador, hace referencia a la adopción plena, en su artículo 152 en el que se establecen entre el o los adoptantes

y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento-filial. Así mismo dentro de este se encuentran los principios de la adopción.

En el Ecuador existen organismos técnicos encargados de la Fase Administrativa de la Adopción que dentro del Código de la niñez y adolescencia son: 1) las unidades técnicas de adopciones antes del Ministerio de Bienestar Social hoy Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES), y; 2) los comités de asignación familiar. Cada una de estas tiene asignadas funciones diferentes las primeras se encargan de elaborar, solicitar y aprobar, los informes médicos, psicológicos, legales, familiares y sociales, relativos a la persona que va a adoptarse; estudiar las solicitudes de adopción, presentar los informes respectivos, diseñar y ejecutar el proceso continuo de formación de padres adoptivos y servicios de apoyo después de la adopción, etc. Mientras los segundos se encuentran conformados por cinco miembros dos del MIES y 3 del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia los mismos que deberán acreditar conocimientos y experiencia en el trabajo social, psicológico, legal o médico con niñez y adolescencia, especialmente con niños privados de su medio familiar y adopción. (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA)

Pero el aspecto más importante que se encuentra tipificado dentro de este cuerpo legal es la normativa correspondiente a la adopción internacional comprendida desde el artículo 180 hasta el 189, en el que consta como concepto a la adopción internacional:

(...) aquella en la que los candidatos a adoptantes, cualquiera sea su nacionalidad, tienen su domicilio habitual en otro Estado con el que el Ecuador haya suscrito un convenio de adopción; así como aquella en la que el o los candidatos a adoptantes son extranjeros, domiciliados en el Ecuador por un tiempo inferior a tres años. (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA)

Se puede destacar que dentro de esta normativa legal se encuentran plasmados aspectos como las entidades autorizadas de adopción, requisitos para la adopción internacional, presentación de la solicitud de adopción, procedimiento administrativo, traslado del adoptado al exterior, seguimientos de las adopciones internacionales, obligaciones para las entidades de adopción, convenios internacionales sobre adopción y la adopción receptiva.²

2 Art. 184.- Procedimiento administrativo. - La solicitud de adopción internacional se presentará ante la Unidad Técnica de Adopciones, la misma que en un plazo no mayor de treinta días y luego de revisar los estudios hechos por los organismos competentes del país de residencia o de origen de los candidatos a adoptantes, emitirá un informe sobre el cumplimiento de las exigencias contenidas en la ley y los convenios internacionales, y declarará la idoneidad de los adoptantes. Si el informe de la Unidad Técnica de Adopciones da cuenta de omisiones o errores en la solicitud y su documentación anexa, se lo notificará al o los peticionarios para que la completen o rectifiquen en un plazo no mayor de sesenta días, luego de lo cual dicha Unidad procederá a denegar la

solicitud o aprobarla y declarar la idoneidad del o los solicitantes.

De la negativa de la solicitud, podrá recurrirse ante el Ministro de Bienestar Social. El emparentamiento y asignación se realizarán de conformidad con lo dispuesto en el presente Código.

Art. 185.- Traslado del adoptado al exterior. - Una vez ejecutoriada la sentencia de adopción, el Juez autorizará la salida del adoptado del país sólo si se cumplen las siguientes condiciones:

1. Que viaje en compañía de por lo menos uno de los adoptantes; y,
2. Que la autoridad central confiera el certificado al que se refiere el literal d) del artículo 17 de la Convención de La Haya sobre adopciones internacionales.

Art. 186.- Seguimiento de las adopciones internacionales.- El Estado, a través de la autoridad central de adopciones, tiene la responsabilidad de realizar el seguimiento periódico de la residencia y condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes adoptados de conformidad con las normas de este título; y de exigir que se tomen las medidas que sean necesarias, de acuerdo con los instrumentos internacionales vigentes, para mejorar dichas condiciones cuando se compruebe que no son adecuadas para el desarrollo integral de los adoptados.

Es responsable, asimismo, de requerir anualmente a los centros e instituciones extranjeras que han patrocinado adopciones internacionales, los informes de seguimiento a que se encuentran obligadas en virtud de dichos instrumentos internacionales.

Las responsabilidades señaladas en los incisos anteriores cesarán luego de transcurridos dos años desde la fecha de la adopción. En los convenios deberá estipularse que este seguimiento será cuatrimestral durante el primer año y semestral en el segundo.

La información reunida por las acciones descritas en este artículo se remitirá a la Unidad Técnica de Adopciones, que llevará una estadística actualizada sobre el cumplimiento que dan los distintos países y entidades de adopción internacional a los compromisos asumidos. El incumplimiento en la presentación de los informes de seguimiento será causal suficiente para dar por terminado el convenio internacional de adopción.

Dentro de los requisitos para la adopción internacional que son siete, entre ellos consta: Dentro del artículo 182 numeral 1:

La existencia de un tratado o convenio internacional sobre adopción entre el Ecuador y el país de residencia u origen, según el caso, del o de los solicitantes. El país del domicilio debe cumplir con los términos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA)

3. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Examinare el derecho actual tanto en convenios internacionales como en la ley interna, teniendo en cuenta que la República Argentina ha pasado problemas en materia de adopción de acuerdo al comentario de algunos doctrinarios, ha existido una influencia recíproca permanente entre las normas de fuente convencional y las normas de fuente interna.

Con la promulgación de la ley 19.134, aparece por primera vez en el derecho argentino aspectos relativos a materia de adopción. Se le da singular importancia al artículo 32 de este cuerpo legal en el sentido de que los derechos y deberes de adoptantes y adoptados entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando esta hubiere sido conferida en el extranjero. (Ley 19.134)

La ley 24.779 que trata de la adopción a través de su artículo 315, en su primer inciso hace un aporte fundamental para en cuanto al requerimiento de las personas que desean adoptar. En el capítulo II de esta ley se encuentra tipificado lo relacionado con la adopción plena (artículo 323)

(...) es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de esta, así como todos sus

efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico. (24.779)

Esta ley 24.779 establece los efectos de la adopción constituida en el extranjero. Dentro de los convenios internacionales que contemplan materia de adopción se encuentra el tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, en el que el Dr. José María Vico realizó aportes importantes en algunos artículos de este tratado. Vale la pena recalcar dentro de este tratado, la ley a la que cada una de las partes está sometida, es la ley domiciliar.

La República Argentina no ha rarificado algunos tratados internacionales en materia de adopción como por ejemplo el Código de Bustamante de 1928 así como también el de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción.

NO REGULA LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL		CONTEMPLA PARCIALMENTE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL	
CÓDIGO CIVIL	LEY 13.252	LEY 19.134	LEY 24.779
ART. 4050		ARTS. 33 Y 34	ARTS. 339-340

(Feldstein de Cárdenas. 2013. P.173)

La Convención de los Derechos del Niño, si fue ratificada por la República Argentina, pero formulando lo siguiente en su artículo 2:

“La REPUBLICA ARGENTINA hace reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta.

Con relación al artículo 1º de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPÚBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

Con relación al artículo 24 inciso f) de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPÚBLICA ARGENTINA, considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable.

Con relación al artículo 38 de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPÚBLICA ARGENTINA declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del artículo 41, continuará aplicando en la materia.

Los objetivos de política legislativa en la materia pueden resumirse en:

“- Lograr que los pequeños que se encuentran abandonados, en estado de desamparo o institucionalizados sin acceso a un medio familiar, alcancen un emplazamiento de filiación beneficioso.

- Evitar que extranjeros lleguen a la República Argentina a llevarse niños, cuyo seguimiento escape a las posibilidades de control del estado de origen.

- Restituir un niño a su familia cuando ha sido víctima de un acto de tráfico que vicia el origen o el fin de una adopción.” (NAJURIETA, 2004)

Dentro del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina hace referencia a la adopción en sus artículos que están dentro de la Sección Sexta desde el 2635 hasta el 2641, tratando temas como jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, conversión, responsabilidad parental, tutela e institutos similares y medidas urgentes de protección. (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación).

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÓDIGO SANCHEZ DE BUSTAMANTE. (1921). Habana - Cuba.

CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO. (2015). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

24.779, L. (s.f.).

CABANELLAS, G. (2000). *DICCIONARIO JURÍDICO.*

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. (s.f.). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley 19.134. (s.f.).

LIC., BRAVO GONZALEZ Agustín. LIC. BIALOSTOSKI SARA. (1975). *Compendio de Derecho Romano.* Mexico, Mexico: Editorial Pax.

NAJURIETA, M. S. (2004). *Coordinación de Ordenamientos Jurídicos en Materia de Adopción Internacional.*

SIMON, F. (s.f.).

**ANÁLISIS CRÍTICO DE ALGUNOS ELEMENTOS CONCEPTUALES
DE DERECHO Y SOCIEDAD EN AMÉRICA LATINA EN
RELACIÓN CON: “LA NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN
INCLUSIVA Y DIVERSA PARA LATINOAMÉRICA”**

Brenner Fabián Díaz Rodríguez

*“Injértese en nuestras Repúblicas el mundo; pero
el tronco ha de ser el de nuestras Repúblicas.”
José Martí*

La idea de la justicia universal y la igualdad entre los hombres no es un fenómeno nuevo, es tan antigua como la propia humanidad. Todas las religiones monoteístas estimulan al hombre a soñar con la justicia universal y un lugar o futuro mejor donde prima la libertad y la igualdad. La idea de una legislación universal que defiende estos principios y se aplique sin fronteras culturales o territoriales es tan antigua como el concepto de derechos naturales. Es necesario puntualizar que los términos de igualdad y fraternidad no son inherentes solamente a la Revolución Francesa sino que existieron desde mucho antes y seguirán existiendo. Tampoco es ajeno a la naturaleza humana el conflicto que la fraternidad encierra. Los males que se derivan de nuestra esencia como seres sociales han generado discordias y enfrentamientos bélicos.

La conciencia de la existencia del conflicto tampoco es un fenómeno nuevo, las diferencias que se han establecido a lo largo de la historia con relación a la propiedad fundamentalmente, no son

consecuencia de desconocimiento del fenómeno, sino de la liberación de las contradicciones acumuladas entre las partes involucradas; no siempre por necesidad o incapacidad para reconocer el punto donde es necesario ceder sino, en ocasiones, porque ceder implica modificar la relación de poder y, por tanto, declararse vencido en la discordia.¹

Uno de los aportes más importantes de este curso a la construcción del conocimiento es, además de la concientización de la naturaleza fraterna de las relaciones humanas, la comprensión de que este fenómeno es multicausal. Las tensiones que se generan con el desarrollo socioeconómico cambian su naturaleza sobre la base de las relaciones de producción, el grado de madurez política, la agudización de los males sociales pero también de la idiosincrasia del país o la zona en cuestión y su historia.

Si partimos como Castoriadis² de la necesidad creada y recreada socialmente para justificar la alienación social, entonces podemos inferir que cada sociedad genera sus propias necesidades, por tanto el estado de alienación depende no sólo del desarrollo económico sino también de la percepción cultural de necesidad; luego la satisfacción de las necesidades como propósito social es tan variable como el medio que las engendra. En la percepción de necesidad está implícito el fenómeno económico y la interpretación que hace de él, el imaginario popular. Del Percio lo define muy bien cuando hace alusión a la implicación social del término conquistador a ambos lados del océano; un ejemplo más actual es el término *looser* que se ha generalizado a través del cine y la literatura estadounidense. si lo consideramos desde la “cultura” de mercado es un término despectivo y una ofensa personal, en cambio, llamar perdedor a un equipo o persona en Latinoamérica no tiene la misma implicación, aun cuando el fenómeno de la globalización nos lo impone, la ofensa no es tan cruel ni el término tan

1 Del Percio, E. *Ineludible Fraternidad. Conflicto, poder y deseo*. Buenos Aires, CICCUS, 2014.

2 Castoriadis, C. *La institución imaginaria de la sociedad*. Tusquets, Buenos Aires, 2007

peyorativo. Así que ni siquiera es necesario un océano para que las diferencias en el manejo de los conflictos se pongan en evidencia.

Resulta muy interesante el paralelismo establecido por Del Percio³ entre la relación fraterna de los hermanos y la relación fraterna social. Entre los hermanos que tienen padres comunes y se han criado en el seno de la familia además del conflicto descrito aparece otro fenómeno y es la protección filial, si bien es cierto que dos hermanos siempre desean el mismo caramelo, no es descabellado afirmar que cuando agreden o ridiculizan a uno en presencia del otro este se vuelve a defenderlo. Lo que los celos fraternos engendran, el sentido de pertenencia o la historia compartida lo resuelven. Algo similar ocurre a nivel social el que tiene el poder se siente con el derecho de maltratar al desposeído pero ve con muy malos ojos que otro poderoso interfiera en estas relaciones ya sea para proteger o maltratar a su vez; de ahí que resulta muy difícil qué organismo supranacionales o no gubernamentales puedan interferir en los fenómenos internos de cada región, ni siquiera como árbitros imparciales.

Es por ello que resulta atractivo el apartado que sugiere el abordaje de la sociedad no como objeto sino como campo de estudio, permitiendo su observación desde un punto de vista transdisciplinar complejo o, como propone Del Percio⁴, indisciplinar y complejo. El enfoque complejo de Edgar Morin, adquiere cada vez mayor relevancia pues favorece el diálogo de saberes y la interculturalidad. Observar el mundo desde la perspectiva de Morin es como observar un cuadro de Monet o escuchar una composición de Debussy, si se hace desde muy cerca es un caos de pinceladas y color o sonidos pero, al alejarnos, cobra sentido convirtiéndose en una obra maestra. Una composición similar le permitió de Bono desarrollar su teoría del pensamiento

3 Del Percio, E. *Ineludible Fraternidad. Conflicto, poder y deseo*. Buenos Aires, CICCUS, 2014.

4 Del Percio, E. Complejidad e indisciplina. *CECIES, Pensamiento Latinoamericano alternativo*. Texto basado en la Conferencia Especial pronunciada en el marco del VI Congreso Mundial de la Complejidad, La Habana, 8 de enero de 2010.

paralelo, cuando nos alejamos de los dogmas establecidos en un campo del saber, a veces nos es dado apreciar la obra completa. Es por ello que como recurso metodológico para desarrollar la investigación nos proponemos emplear la estrategia de los 6 sombreros para pensar.

Castel en “La metamorfosis de la cuestión social”⁵ plantea: *La libertad de trabajo debe liberar también la iniciativa privada el gusto por el riesgo y el esfuerzo, El sentido de la competencia*; haciendo alusión a otro fenómeno relacionado con el ansia de igualdad, libertad y fraternidad. Como define Del Percio, cada una de estas virtudes trae un mal asociado: cuando hay igualdad sentimos envidia, cuando hay fraternidad sentimos celos. En la medida en que se incorporan factores a la ecuación más complejas son las relaciones entre ellos, poniéndose en evidencia la complejidad de la postmodernidad en las relaciones de producción, en las relaciones sociales y en las relaciones interindividuales.

De todas estas relaciones complejas surge el derecho que como cualquier producto social responde a las necesidades de los que tienen el poder. Es por ello que Dussel⁶ reconoce a un grupo social que queda al margen del amparo legal y a partir de aquí se plantea la necesidad de un nuevo sistema que comienza desde la redefinición del concepto de pueblo. Pero este nuevo enfoque se sustenta en la realidad latinoamericana.

Cómo argumenta Boaventura de Sousa en su “Crítica de la razón indolente”⁷ un conflicto que se hace más evidente en América Latina es la hipercientifización de la emancipación. El desarrollo científico tecnológico de los pueblos del Sur es un proceso aún emergente, pero la globalización del mundo moderno pone a su alcance las aplicaciones de estos avances a una velocidad vertiginosa por lo que se convierte en un consumidor de desarrollo pero no es su gestor; y como

5 Castel, Robert, *La metamorfosis de la cuestión social*. Buenos Aires, Paidós, 2004.

6 Dussel, Enrique: *Política de la liberación. Historia mundial y crítica*. Trotta, Madrid, 2007.

7 de Sousa Santos, B. *Crítica de la razón indolente*. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003

en la modernidad y la posmodernidad la emancipación está concebida desde la ciencia y la tecnología entonces, paradigmáticamente, América Latina se convierte en un consumidor de modelos emancipadores.

También es importante destacar que, en lo cultural, América Latina ha sido heredera de los patrones estéticos y morales de la vieja Europa, por lo que la concepción del hombre como centro de la creación, se encuentra arraigada. Estableciendo un paralelismo con el medioevo, digamos que prevalece una teoría homocéntrica que le confiere al ser humano derecho de construir y destruir sin consideraciones ética con el resto de la creación. Este hombre moderno que no mantiene una relación de igualdad con los elementos de la naturaleza, se desarrolla sin respeto por ella, considerándola un medio para la consecución de sus fines. Una vez creada la percepción de necesidad, nada detiene al hombre ni siquiera la certeza de que está creando un futuro insostenible e insustentable.

Para afrontar este conflicto propone de Sousa una doble ruptura paradigmática que concluye con el establecimiento de un nuevo sentido común coherente con el desarrollo de las ciencias pero no supeditado a él, sino sustentado por una nueva ética, la ética de la solidaridad. Al respecto declara: *"El conocimiento emancipación solo se convierte en cuanto tal en la medida en que se convierte en sentido común. Sólo así será un conocimiento claro que cumple el aforismo de Wittgenstein: Todo lo que puede decirse, puede decirse con claridad"*

La crisis de valores que se evidencia en las relaciones macrosociales se inicia en la individualidad. Estudios relacionados con el tema muestran que uno de los valores más comprometidos en la juventud es la responsabilidad, entonces no es raro que este fenómeno se traduzca en irresponsabilidad social. Probablemente la génesis de la crisis se relacione con la explicación de Del Percio, pero la psicología moderna propone eliminar el estímulo material como el fin que justifica la conducta ética. Al educar al hijo no se le debe premiar por cumplir sus deberes con estímulos materiales. La satisfacción del deseo, de acuerdo

a la proposición de la psicología moderna en relación con el desarrollo de la personalidad del infante, no debe constituir la razón moduladora de la conducta. El problema es que si nos remitimos a la personalidad en construcción, el comportamiento responsable no está perfilado, por tanto, no constituye un automodulador, en los primeros años de vida al niño lo moviliza el “quiero” y no el “debo”. Como el resto de las ciencias, la Psicología también requiere ser reconstruida desde un nuevo sentido común: el sentido común que predica de Souza ⁸.

Si consideramos el derecho como uno de los espejos en los que se mira y se refleja la sociedad moderna, entonces no es descabellado asumir que este debe ser repensado también. Si en sus orígenes el derecho incluía el feudal, el canónico, el mercantil, el real, el de dominio y el urbano, en correspondencia con la fragmentación de la sociedad y el conocimiento; entonces en la posmodernidad el derecho debe ser abordado desde la complejidad e incluir el sentido común de las responsabilidad y la solidaridad. Esta realidad ha de ser la razón y el sentido de la propuesta de investigación y cambio, por ello consideramos este elemento como el integrador del conocimiento en este apartado del proceso. La comprensión de la necesidad de un nuevo derecho centrado en el hombre ético y no en el hombre económico hace pertinente una nueva propuesta.

En su libro “La ética, los derechos y la justicia” Julio De Zan⁹ acota que el debate central en la América del siglo XX tiene lugar en relación con el liberalismo y el comunitarismo, lo que propicia la pérdida de la legitimidad de los contenidos de los sistemas jurídicos que responden a constructos éticos tradicionales que serían considerados como autoritarios en los sistemas modernos. De Zan aboga por la ruptura del modelo dicotómico de lo público y lo privado y plantea “*la imposibilidad de un lenguaje privado, de la misma manera se podría*

8 de Sousa Santos, B. *Crítica de la razón indolente*. Descleé de Brouwer, Bilbao, 2003

9 De Zan, J. *La ética, los derechos y la justicia*. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V, Uruguay, 2004

mostrar también la imposibilidad de una “ética” privada. La “ética” y la religión son experiencias y formas de vida comunitarias, articuladas en un lenguaje y, por lo tanto, públicas. El problema de las teorías liberales, y también de muchos comunitaristas, es que presuponen la identificación de lo público con el orden jurídico-político del Estado. En la filosofía política más reciente se ha revisado, sin embargo, este supuesto que empobrece el concepto de lo público y que no se corresponde ya con el descentramiento de la posición del Estado en la sociedad actual, mostrando en cambio que la condición posmoderna de la cultura se caracteriza por la pluralidad y la autonomía de los espacios públicos de la sociedad civil. No se puede hablar ya de un espacio público unificado y centrado en el Estado. Lo público se expande y se diversifica de manera autónoma en los espacios de la sociedad civil, y es allí donde cobra su mayor vitalidad y libertad de expresión. El orden jurídico-político constituye solamente un sector particular de lo público”

Continúa el autor insistiendo en que el discurso político y el jurídico deben responder a los principios universales de la moral, ser respetuosos de la ética y ser pragmáticos, consistentes y realizables; su legitimidad depende de la integración de estos tres factores.

La diversidad de los pueblos latinoamericanos ha hecho evidente también la imposibilidad de una ética impuesta y regulada por el estado. Cada individuo, etnia y grupo social defiende su derecho a la libertad y a la ética individual, que aunque se complementen o tengan puntos en común también tienen elementos que las hacen únicas y valiosas. Coincidimos entonces con la definición de la justicia de Ricoeur como “(...) una ampliación de la dialéctica de la estima de sí y la solicitud por el otro, que se prolonga más allá de la relación interpersonal, cara a cara, en el plano de las instituciones y de la vida política donde el otro es “el cada uno sin rostro” que reclama una justa distribución de las cargas y beneficios de la vida en común, en la institución”

Tampoco queda fuera del cuadro la ética relacionada con la estructura de poder. La corrupción de los líderes gubernamentales políticos judiciales y sociales ha generado un estado de rechazo a la política, las leyes; que da al traste con el interés por el cambio social y resta credibilidad a las propuestas que genera la necesidad del cambio social.

Otro de los elementos que llama la atención en el derecho internacional es que, al basarse en una perspectiva europea, no responde a la realidad del más occidental de los continentes y mucho menos a la realidad latinoamericana. No es una casualidad que esta sea la zona más demandante de Justicia social tanto en sus relaciones internas como en sus relaciones internacionales. Latinoamérica emerge del dominio español sin apenas desarrollo y sus pueblos han tenido que enfrentarse a taras como la discriminación social, de raza y de género.

La pobreza, la inequidad han hecho posible que en Latinoamérica se desarrolle la teología de la liberación. Son tantas las diferencias e injusticias que la fe se ha politizado.

Mientras el viejo continente se enfrentaba la revolución industrial, en América se luchaba por la independencia; mientras los conquistadores decidían sobre temas de justicia laboral y salarial, en América las poblaciones indígenas eran masacradas. En el siglo XX las realidades continuaron divergiendo, en Europa estallaron dos guerras consecutivas por el dominio sobre otros territorios y en América las dictaduras hicieron estragos destruyendo cualquier cimiento de justicia social.

La comprensión de las profundas diferencias entre los predicamentos de derecho de una sociedad donde las instituciones son reconocidas y el desarrollo económico es una realidad y otra donde las instituciones son gubernamentalmente ignoradas y hay sectores que viven en la pobreza más extrema; ha sido el aporte más importante en la construcción del tema investigación, pues se ha hecho patente la imposibilidad de proponer leyes universales o de imitar el modelo europeo

de derecho. En cambio está muy clara la necesidad de un enfoque desde Latinoamérica y para Latinoamérica.

Los cambios en los ámbitos laboral, residencial y doméstico dan la sensación de que todo lo sólido se desvanece en el aire. En términos filosóficos, asistimos al final del paradigma de la sustancia (lo que está debajo –sub stare– y a la vez sostiene) y su correlato moderno: el sujeto individual o colectivo. Por eso es que un andamiaje conceptual como el europeo, que lleva dos mil quinientos años pensando en términos de sustancia y cinco siglos pensando en términos de sujeto, hoy está a la deriva¹⁰.

Uno de los problemas a los que se enfrenta una teoría del derecho liberadora para América Latina es la denigración el papel de las masas en el desarrollo de nuevas doctrinas descrita por Laclau¹¹. La idea generalizada de que el populismo no cuenta con representantes con el desarrollo intelectual necesario para comprender los avatares de la política moderna pone en peligro su papel histórico. Pues considera a las masas como un evento amorfo que puede ser “encantado” con el poder del discurso. Incluso Hannah Arendt plantea:

(...) La eficacia de este tipo de propaganda demuestra una de las características principales de las masas modernas. No creen en nada visible, en la realidad de su propia experiencia; no confían en sus ojos ni en sus oídos, sino sólo en sus imaginaciones, que pueden ser atraídas por todo lo que es al mismo tiempo universal y consecuente en sí mismo. Lo que convence a las masas no son los hechos, ni siquiera los hechos inventados, sino sólo la consistencia del sistema del que son presumiblemente parte. La repetición, cuya importancia ha ido algo sobrestimada en razón de la extendida creencia en la capacidad inferior de las masas

10 Del Percio, E. Bailando en los abismos Pueblo y fraternidad ante la crisis de las ideologías tradicionales. En *Diálogo latinoamericano. Apertura argentina*. Octubre, Buenos Aires, 2015.

11 Laclau, Ernesto: *La razón populista*. FCE. Buenos Aires. 2005

para captar y recordar, es importante sólo porque las convence de la consistencia del tiempo. (Arendt, 1998)¹²

Los recientes triunfos de gobiernos de izquierda en América Latina han propiciado un reclamo por la fraternidad de estos pueblos, que van desde lo económico como el intento de establecer una moneda única y la fundación de Petrosur; hasta lo social dónde se han establecido movimientos de colaboración como el apoyo para afrontar males sociales como la pobreza el analfabetismo y las enfermedades, a través de la gestión conjunto del talento humano y los recursos necesarios.

Indudablemente para América se ha iniciado una nueva época en la que se ha dejado atrás el eurocentrismo que prolifera hasta el siglo XX, pero esto tampoco convierte a todos los países del área en un conglomerado indisoluble. Como ocurrió entre el antiguo y nuevo mundo, los países de América Latina también tienen sus contradicciones que hacen imposible evadir la realidad de la fraternidades, entre los hermanos también hay conflictos que deben ser soslayados desde el conocimiento profundo de sus raíces para evitar la profundización de las diferencias sociales y culturales.

Refiere Ramón Sisti¹³ que *“El ensayista francés Guy Sorman aporta una nueva idea conflictiva al respecto. Se pregunta si existe América Latina como entidad, ya que hasta ahora no ha sido capaz de organizarse como tal, puesto que “cada nación busca sus propias soluciones y sus propias relaciones con los Estados Unidos”, y que “es muy difícil tener una política latinoamericana porque cada país tiene una realidad diferente”. Agrega que para tener una voz común los países deberían implementar políticas económicas y sociales que verdaderamente funcionen”*

12 Arendt, H. (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus.

13 Sisti, R. Cambios y riesgos geopolíticos en América del Sur. *Invenio*, vol. 8, núm. 15, noviembre, 2005, pp. 61-69

Como declara De Souza¹⁴ en su “Conocer desde el Sur” todas las promesas de igualdad, equidad, fraternidad y solidaridad de la post-modernidad se han reducido a meros ideales. Las relaciones de igualdad entre los pueblos son una utopía como también lo son el respeto a los derechos humanos, el respeto al planeta, la libertad (incluso desde su concepción más simple: no ser esclavos, no pertenecer a nadie).

Es natural procesar al ladrón, al narcotraficante, a la prostituta; indudablemente son culpables. Cuando el joven sin perspectiva de desarrollo personal se inyecta la heroína, porque su futuro es ser estibador cuando aparece alguna demanda al destajo y después vende el producto para seguir consumiendo, por supuesto que es culpable de consumo y tráfico ideal, pero ¿en qué banquillo se sienta la discriminación y la injusticia que convirtió al ladrón y la prostituta en desempleados o “vagabundos y al desesperanzado en adicto? Son la nueva casta de delincuentes que evidencian las violaciones impunes de los derechos humanos y cabe preguntarse si es el verdadero culpable el que está siendo enjuiciado.

La idea de justicia y la penitencia que acompaña la violación de la ley no es igual para todos, el jefe de una tribu indígena resuelve el conflicto con el castigo corporal, algunas sociedades lo consideran inmoral pero aceptan la pena de muerte otras, en cambio, consideran más humana la cadena perpetua. Este es un ejemplo simple que hace evidente la necesidad del diálogo, pero en un mundo global y multicultural este diálogo no es un proceso espontáneo requiere tal como señala da Souza y ratifica Del Percio, de traductores. Una de las funciones del derecho es precisamente traducir en un lenguaje común, el fundamento moral y ético de la sociedad pero desde una perspectiva pragmática, funcional, sostenible y sustentable.

14 de Sousa Santos, B. *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. La Paz, CLACSO, 2008.

De este lenguaje común debe emerger la fraternidad pero cabe hacerse la misma pregunta se manifiesta en el discurso de Del Percio¹⁵ ¿Es la fraternidad jurídicamente exigible? ¿Cómo se logra legislar la hermandad? De acuerdo a la respuesta del propio autor se puede legislar en cierta medida la libertad y la igualdad, pero consideramos que aún estas son insuficientes. Si se logra elevar a cuerpo de ley la declaración de los derechos humanos de que “Todos los hombres nacen libres e iguales”, automáticamente se legisla, al menos parcialmente, la fraternidad pues en la igualdad se establece la condición que impide que unos decidan patriarcal y autoritariamente sobre el destino de otros El elemento que queda fuera de la ecuación no es el conflicto inherente a la hermandad sino el fenómeno del amor fraterno que surge de las experiencias y la historia compartida. No hay dudas de que el amor fraterno es éticamente exigible, ese es el fundamento del cristianismo “Ama a tu prójimo como a ti mismo”, pero el mandamiento se hace desde una postura patriarcal y el Estado no es ni puede funcionar en el siglo XXI como un patriarcado.

Con respecto a la Declaración de los Derechos Humanos señala la Costas Douzinas¹⁶:

1. *La palabra humanidad no posee un significado único y por ende no puede ser fuente de normas jurídica o morales universales*
2. *Poder y moral, Imperio y cosmopolitanismo, soberanía y derechos, derecho y deseo no son enemigos letales. Son más bien una amalgama específica de poder y moral que da forma a la estructura del orden en cada época y sociedad: El concepto “hombre” funciona como el principio ontológico de la modernidad, como un camuflaje para el ciudadano nacional, el verdadero beneficiario de los derechos. El*

15 Del Percio. *Fraternidad o barbarie*. Intervención en el Seminario de la Asociación de Filosofía Latinoamericana y Ciencias Sociales. (Sesión del día 18 de mayo de 2013).

16 Douzinas, C. *El fin de los derechos humanos*. Ed. Legis. Bogotá. 2008..

Estado-nación nace a través de la exclusión de otros pueblos y naciones. (...)El extranjero que es un no ciudadano es el bárbaro.

3. *El orden post-1989 combina un sistema económico que genera opresión y enormes inequidades estructurales con una ideología político-jurídica cuya promesa es la dignidad y la igualdad. Tamaño desequilibrio conduce a su propia destrucción.*
4. *El universalismo y el comunitarismo en vez de ser dos rivales enconados 4 son dos especies del humanismo dependientes uno del otro. Ambos están atravesados por la ontología de la igualdad singular.*
5. *En las sociedades capitalistas avanzadas, los derechos humanos despolitizan la política y se transforman en estrategias de publicización y legalización del deseo nihilístico e insaciable individual.*
6. *Con la falsa promesa de libertad, el giro bio-político convierte a los derechos humanos en herramientas de absoluto control.*
7. *En contra del cosmopolitanismo impuesto por el neo-liberalismo y el Imperio, el cosmopolitanismo por-venir ofrece el principio de justicia de la modernidad tardía.*

Si el hombre en su deseo desmedido de posesión, ya que no de poder sigue destruyendo y avasallando, y los perpetradores que la ley identifica son a su vez víctimas; si perdura el enfrentamiento entre hermanos por la ausencia de un traductor encargado de encontrar un lenguaje común, el daño será irreversible y el planeta se verá obligado a sanar de una prolongada infección por *Homo sapiens sapiens*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arendt, H. (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus.
- Castoriadis, C. *La institución imaginaria de la sociedad*. Tusquets, Buenos Aires, 2007
- Castel, Robert, *La metamorfosis de la cuestión social*. Buenos Aires, Paidós, 2004.
- Del Percio, E. *Ineludible Fraternidad. Conflicto, poder y deseo*. Buenos Aires, CICCUS, 2014.
- Del Percio, E. *Ineludible Fraternidad. Conflicto, poder y deseo*. Buenos Aires, CICCUS, 2014.
- Del Percio, E. Complejidad e indisciplina. *CECIES, Pensamiento Latinoamericano alternativo*. Texto basado en la Conferencia Especial pronunciada en el marco del VI Congreso Mundial de la Complejidad, La Habana, 8 de enero de 2010.
- Del Percio. *Fraternidad o barbarie*. Intervención en el Seminario de la Asociación de Filosofía Latinoamericana y Ciencias Sociales. (Sesión del día 18 de mayo de 2013).
- Del Percio, E. Bailando en los abismos Pueblo y fraternidad ante la crisis de las ideologías tradicionales. En *Diálogo latinoamericano. Apertura argentina*. Octubre, Buenos Aires, 2015.
- Dussel, Enrique: *Política de la liberación. Historia mundial y crítica*. Trotta, Madrid, 2007.
- de Sousa Santos, B. *Crítica de la razón indolente*. Descleé de Brouwer, Bilbao, 2003

de Sousa Santos, B. *Crítica de la razón indolente*. Descleé de Brouwer, Bilbao, 2003

de Sousa Santos, B. *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. La Paz, CLACSO, 2008.

De Zan, J. *La ética, los derechos y la justicia*. KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG E. V, Uruguay, 2004.

Douzinas, C. *El fin de los derechos humanos*. Ed. Legis. Bogotá. 2008.

Laclau, Ernesto: *La razón populista*. FCE. Buenos Aires. 2005.

Sisti, R. Cambios y riesgos geopolíticos en América del Sur. *Invenio*, vol. 8, núm. 15, noviembre, 2005, pp. 61-69.



VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Caroline Mesquita Antunes

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de forma breve sobre a violência contra mulher, mais especificamente da violência obstétrica e suas diversas manifestações no período parturial.

A intenção é trazer à tona uma prática comum e reiterada na sociedade brasileira, mas que não é muito debatida, seja pela ausência de norma exclusiva para o tema ou pela cultura da população, ora vítimas, de confiar de modo demasiado nas condutas dos profissionais de saúde e pressuporem que as intervenções desenvolvidas por eles são sempre legítimas e adequadas.

Todavia, a precariedade do nosso sistema de saúde foi denunciado internacionalmente pela divulgação midiática de alguns casos específicos, um deles com condenação do Brasil pela ONU e a consequência prática foi trazer à baila os abusos que sofrem as parturientes no processo de parto.

Essa divulgação aponta para violação aos direitos humanos e populariza o assunto que caminha para uma resposta legislativa.

2. IGUALDADE DE GÊNEROS E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A Constituição Federal de 1988 é um marco para os direitos individuais e coletivos de toda pessoa humana e também configurou

um grande avanço para os direitos da mulher e para o movimento feminista. Tratou sobre a isonomia entre os gêneros, o repúdio à violência doméstica, a igualdade entre os filhos, o reconhecimento de direitos reprodutivo e impulsionou o processo de mudança legislativa, desmistificando desigualdades, propondo políticas públicas e incentivando a edição de novas leis no mesmo sentido (BARSTED, 2001, p. 35, citada por PIOVESAN, 2008, p. 134)

Todavia, ao analisar-se a história brasileira e a realidade local tornou-se evidente que a isonomia formal não alcançava a igualdade de fato entre as pessoas.

Dessa maneira o entendimento foi de que “não mais se concebe o direito à igualdade como tão somente o tratamento previsto em lei, mas sim que o Estado deveria atentar para as diferentes realidades sociais vividas por todos os seus cidadãos e adotar medidas de forma a garantir que estes pudessem, de fato, ter igual acesso a direitos e bens da vida” (ALMEIDA, 2013, p. 100-101).

Assim, foi necessário desenvolver na prática a ideia de igualdade real em que o desigual deve ser tratado de forma desigual, na medida de suas desigualdades, com a finalidade de estabelecer um equilíbrio entre os indivíduos.

No tocante a esse tema, há que se atentar à importância histórica da luta feminina, Almeida (2013, p. 102) expõe que para que a mulher possa alcançar um status de igualdade concreta (e não só em lei), é imprescindível que esse novo direito entenda a figura feminina e a reconheça considerando sua singularidade nos mais diversos contextos culturais.

É observando o princípio da isonomia que o inciso XXX do art. 7º proíbe a diferença de salários por motivo de sexo; o inciso XX do art. 7º proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Já no famoso art. 5º verifica-se a importante garantia das subsidiárias de terem asseguradas condições para que possam permanecer

com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L). Como forma de proteção, podendo-se entendê-lo como regra isonômica, o art. 40, § 1º, III, *a* e *b* prevê à mulher tempo de serviço reduzido, e o art. 201, § 7º, I e II, estabelece um período de tempo da mulher em relação ao período masculino para se aposentar (ARAUJO, 2013, p. 27).

A leitura da Constituição Cidadã evidencia o marco jurídico desse diploma na equidade de gênero, bem como na proteção dos direitos humanos das mulheres, estando em evidente acordo com as legislações internacionais.

A Carta Magna, considerada mãe de todas as outras leis, influenciou o Novo Código Civil brasileiro e não poderia ser diferente. O diploma civil rompeu em 2002 com diversas normas discriminatórias à mulher que estavam em vigor desde 1916. Erradicou, inclusive, normas referentes à chefia masculina na sociedade conjugal; à preponderância paterna no pátrio poder e à preponderância do marido na administração dos bens do casal, inclusive dos particulares da mulher; à anulação do casamento pelo homem, caso ele desconheça o fato de já ter sido desafiorada e à deserção de filha desonesta que viva na casa paterna; [...] substituiu o termo ‘homem’, quando usado genericamente para referir ao ser humano pela palavra ‘pessoa’; permite ao marido adotar o sobrenome da mulher; e estabelece que a guarda dos filhos passa a ser do cônjuge com melhores condições de exercê-la (PIOVESAN, 2008, p. 143).

Obviamente, as leis brasileiras não são as únicas a tratar sobre o tema, na verdade, são apenas reflexo do entendimento internacional que é bem mais amplo e protetor em algumas questões femininas.

É o que se percebe, por exemplo, ao analisar as posições da ONU sobre as garantias de direitos das mulheres na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984. Em seus 16 artigos substanciais, o documento assegurou “garantias diferenciadas às mulheres, considerando sua maior vulnerabilidade social decorrente de sua inserção desprivilegiada em relações assimétricas de poder, historicamente construídas” (GONÇALVES, 2014, p. 43).

Essa Convenção no seu art. 1º define a violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”. O art. 2º complementa estabelecendo que “entender-se-á que a violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica”: (i) que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica; (ii) além dos previsto no item (i), inclui os casos que tenham ocorrido na comunidade; (iii); “seja 28 perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra”.

Na opinião de Carlos Roberto de Siqueira Castro (1983, p. 168), citado por JAQUELINE GONÇALVES ARSIE:

O sexo feminino tem sido, na evolução da humanidade, independente do regime político ou ideológico dominante, o maior de todos os explorados, a escória da escória. O último dos últimos. Nem mesmo algumas sociedades primitivas, marcadas por festejado, mas discutível matriarcado, pouparam a mulher de sua sina inferior.

Mas não se limita a isso, a subjugação do sexo é também manifestada perversamente por meio da violência, por isso a necessidade da regulamentação já citada acima a cerca desse tipo de violência.

Pesquisadores demonstram que em determinados casos os opressores usam a força, de forma livre e consciente, como mecanismo de subordinação das mulheres que, muitas vezes, deixam de reagir a esses episódios por medo. Assim, o desequilíbrio tende a reforçar a vulnerabilidade das mulheres à violência, o que alimenta a violência perpetrada contra elas (GARCIA, 2013, p. 27).

Artenira da Silva e Silva Sauaia e Maiane Cibele de Mesquita Serra explicam que no tocante à violência de gênero pode-se considerar as violências física, sexual e psicológica ocorridas tanto no âmbito privado quanto público, e podendo ser perpetradas inclusive pelo Estado e seus agentes. Tal tipo de violência manifesta-se por meio das relações de poder, histórica e culturalmente desiguais, ocorridas entre homens e mulheres.

Conforme citado acima, a Constituição Federal de 1988 tratou acerca da igualdade entre gêneros, mas é notório que a mulher continua em situação desvantajosa em relação ao homem em vários aspectos da vida.

O instituto Sangari publicou dados apontados pelo Mapa de Violência 2012, os quais diziam que de 1980 a 2010 mais de 92 mil mulheres foram assassinadas no País.

Nessa pesquisa constam dados de que duas em cada três pessoas atendidas no SUS são mulheres vítimas de violência doméstica ou sexual. Por meio da Campanha UNiTE to end Violence against Women, a ONU divulgou que 7 em cada 10 mulheres no mundo já foram vítimas de violência física e/ou sexual em algum momento de sua vida (PIOVESAN, 2014, p. 30).

Esses índices de pesquisa apontam o óbvio mas que a sociedade insiste em não ver: a hipervulnerabilidade feminina e a ausência de igualdade entre os sexos.

Como mencionado anteriormente, a Declaração da ONU sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, de 1993, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de “Belém do Pará”), de 1994, reconhecem que a violência contra a mulher, seja no âmbito público ou privado, constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais, como muito bem exposto por Flávia Piovesan em sua obra sobre o tema (2014, p. 30).

Considera-se, segundo essa autora (Piovesan 2014, p. 30), violência baseada no gênero quando um ato é dirigido contra uma mulher, porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional.

Tratando ainda sobre isso, Maria de Fátima Cabral Barroso de Oliveira (2013, p. 29) ensina que a violência contra as mulheres viola e prejudica ou anula o direito das mulheres de usufruir dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

No Brasil, esse tema tornou-se popular com o advento da lei 11.340, conhecida como “Lei Maria da Penha”, a qual intenciona coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Além de trazer à tona o debate sobre assunto polêmico e real na sociedade brasileira, a lei conferiu à mulher uma proteção mais eficiente no seu cotidiano (MACIEL FILHO, 2013, p. 39).

O art. 2º da Lei 11.340/06 dispõe que: Toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade, religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e felicidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

O art. 3º da mesma lei aponta, ainda, que serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

O advento dessa lei e o esforço do Poder Público em implantar delegacias de apoio à mulher demonstram a situação crítica que vivem muitas mulheres no nosso país mas através da análise de uma pesquisa divulgada pelo IPEA, verifica-se que essas medidas ainda não são suficientes para coibir esse tipo de crime. Pois, demonstrou-se que entre 2001 e 2006, a taxa de morte por feminicídio foi de 5,28 por 100.000 mulheres e entre 2007 e 2013, após a publicação da lei, a taxa foi de 5,22 em 100.000 mulheres.

O que se tem percebido na sociedade brasileira é resistência de uma cultura sexista e opressora contra a figura feminina e que a impede de exercer em plenitude de liberdade e autonomia seus direitos fundamentais.

E tal percepção é encontrada não apenas em ambientes desfavorecidos economicamente ou intelectualmente, vê-se que a violência contra a mulher persiste em se mostrar por diversas vertentes e meios sociais.

E como se não fosse bastante a retrógrada realidade da existência de violência doméstica, outro meio de violência vem se mostrando cada vez mais notório na sociedade brasileira: a violência obstétrica.

3. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Além da violência doméstica que se divide em várias formas de abuso contra a mulher, conforme se vê na Lei 11.340, quais sejam a psicológica, sexual, moral, patrimonial e física, o estigma e subjugação da figura feminina também tem sido vista em outro meio de abuso que afeta diretamente a mulher mas que há muitos anos restou silenciado pelas próprias vítimas. Trata-se da violência obstétrica que põe em discussão muitos direitos femininos.

Maria Valéria Mielotti Carafizi aponta no nosso país, pesquisa da Fundação Perseu Abramo – SESC demonstrou que 25% das mulheres sofreram violência obstétrica no parto. Sendo as formas mais comuns: negligência; violência verbal, incluindo tratamento grosseiro, ameaças, reprimendas, gritos e humilhação intencional; violência física; e abuso sexual.

A obstetra Carla Andreucci Polido ensina que há esse tipo de violência, por exemplo “quando você transforma um processo fisiológico do parto em um evento medicalizado, em um evento médico, institucional. É quando você ultrapassa as recomendações científicas para a assistência ao pré-natal e ao parto através do uso abusivo da tecnologia em desrespeito ao processo fisiológico”.

E esse tipo de conduta é vista de forma comum no Brasil, sobretudo, na realização de cesarianas sem necessidade e na violência durante o parto normal.

Há grande relevância, inclusive, em se entender a evolução histórica do momento partural para compreender qual o parto adequado, pois, percebe-se uma profunda mudança nesse ato desde meados do século XIX.

Estudiosos do tema como Nari (apud BELLI, 2013) e Brenes (apud MUNIZ, 2012), ensinam sobre o tema que, com a hospitalização do parto e da criação de maternidades pelo campo da obstetrícia o parto deixou de ser visto como um acontecimento intimista e familiar para ser um evento público e com a participação de estranhos.

Nesse novo cenário, Brenes, citado por Carolina Neiva Rezende, aponta que a parturiente deixou de lado a sua posição de protagonista para ser coadjuvante; saindo do lugar central no evento para, em função da evolução médica, ocupar um lugar de subordinação em relação aos profissionais da saúde .

Segundo REZENDE, por conta do avanço tecnológico e do peso dessa ciência nos tempos modernos, a mulher passou a se submeter a normas institucionais e práticas intervencionistas sem ao menos ter sido devidamente informada dos procedimentos adotados e obtido o seu consentimento.

Nesse sentido, MUNIZ (2012) é citado para confirmar que “[...] a medicina se apropriou do processo do parto na medida em que assumiu o controle sobre o corpo das mulheres e as levou para parir nos hospitais, ainda que em condições precárias”.

E essa apropriação torna-se evidente ao analisar a prática das salas de parto ou de qualquer outro ambiente em que a medicina é exercida, pois há uma cultura impregnada na nossa sociedade de que qualquer intervenção feita por um profissional da saúde é presumidamente segura e adequada e, por isso, o costume de que a classe médica não precisa informar a mulher e obter seu consentimento sobre determinadas condutas.

Todavia, na prática, o que se tem percebido é a realização de muitos procedimentos desnecessários e que são causa da maior parte de infecções e complicações que exigem novos tratamentos médicos e , até, de morte materna.

No mesmo diapasão, Moura (2007, p. 453) esclarece que:

No ano de 2002, mais de 38.000 recém-nascidos e 2000 mulheres morreram no país por complicações no ciclo gravídico puerperal e em decorrência de abortos. Nesse sentido, ocorrem mais de 500.000 óbitos maternos no mundo, mais de 50 milhões de mulheres sofrem doenças ou sequelas relacionadas com a gravidez, e pelo menos 1.200.000 recém-nascidos morrem por complicações durante o ciclo gravídico-puerperal.

Para Muniz (2012), configura-se como abuso impor intervenções que possam causar danos à integridade física e psicológica das mulheres no atendimento nas instituições, assim como a diminuição da autonomia da mulher.

Tem-se visto com muita clareza nos últimos tempos, uma intervenção cirúrgica que muito tem sido usada: a cesariana. E optar por ela sem necessidade é uma forma de violência: é que, além de ser um procedimento arriscado, a cesariana oferece mais riscos a curto e longo prazo para a mãe e o bebê, ao contrário do que popularmente se supõe.

A pesquisadora Simone Diniz, formada em Medicina Preventiva pela Universidade de São Paulo, explica que: “O bebê nasce estéril e à medida que ele entra em contato com as bactérias da vagina durante o parto, é colonizado por elas e isso fará com que ele desenvolva um sistema imune muito mais saudável do que se nascer de cesárea e for contaminado por bactérias hospitalares. Esse é conhecimento recente, mas já saíram pesquisas sobre risco diferenciado de asma, diabetes, obesidade e uma série de doenças.

Há que se pensar então qual o motivo do aumento dos partos cesáreos, uma vez que essa modalidade de parto não é a mais natural para a parturiente, além da já conhecida transformação do parto domiciliar em hospitalar, na década de 1970. É sabido que esse índice cresceu por gravidez múltipla, idade avançada e riscos reais mas a justificativa que parece ser mais condizente com a realidade brasileira é que o parto cesariano privilegia os interesses dos médicos e hospitais em detrimento dos interesses das mulheres.

Para Maria do Carmo Leal, coordenadora do estudo *Nascer no Brasil*, “não há justificativas clínicas para um percentual tão elevado no Brasil. [...] Essas cirurgias expõem as mulheres e os bebês a riscos desnecessários e aumentam os gastos com saúde”.

A pesquisa “*Nascer no Brasil: Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento*”, feito pela Fiocruz em parceria com o Ministério da Saúde apontou que quase 70% das entrevistadas pretendiam ter um parto vaginal no início da gravidez, mas poucas tiveram apoio à decisão durante a gestação. Em razão disso, a maioria das gestantes optaram pela cesárea.

Para exemplificar o que já foi dito acima é interessante ressaltar um estudo apontado por Neiva e realizado por Faúndes (apud MUNIZ, 2012) sobre a opinião de médicos e pacientes em relação à preferência do tipo de parto. O resultado apontou algo estranho: enquanto a maior parte dos médicos relataram que as mulheres têm preferência pelo parto cesáreo, as mulheres, em sua maioria, relataram preferência pelo parto vaginal. (NEIVA)

Isso remete à ideia de que a mulher por estar acompanhada pelo médico é muitas vezes impedida de opinar ou decidir sobre os procedimentos a serem adotados sobre seu próprio corpo. E isso ocorre pela falta de empoderamento feminino para se posicionarem e escolherem livremente durante o processo parturitivo.

Mas a violência obstétrica não para por aí e ocorre também quando se impede ou se retarda, desnecessariamente, o contato da mãe com seu filho logo após o parto ou quando se impede ou se dificulta a amamentação na primeira hora de vida ou, ainda, quando, por mera decisão do hospital, aloja-se a mãe em um lugar e o bebê outro.

Além disso, o Ministério da Saúde lançou neste ano de 2017 algumas diretrizes contra manobras agressivas em partos. Pois, considerou que algumas técnicas, que deveriam ser usadas excepcionalmente, tornaram-se rotina. É o caso, por exemplo, da episiotomia, corte feito na região do períneo. Em tese, a técnica facilitaria a expulsão do

bebê no momento do parto e deveria ser usada em situações específicas, mas em muitos hospitais é feita em quase todas as pacientes.

Hoje considera-se que, se for feita sem necessidade, a episiotomia pode ser mais prejudicial que benéfica, trazendo mutilação, dor e grandes riscos de infecção no pós part

Mas não foi apenas esse procedimento trazido à tona pelo Ministério da Saúde, a Manobra de Kristeller também foi discutida e sua contraindicação é considerada um grande avanço. Já que essa prática é considerada como uma afronta obstétrica pode provocar contusões, hemorragias, prolapso urogenital na mulher além de sofrimento fetal, hemorragia e aumento da pressão intracraniana nos bebês.

Prova disso, é decisão recente do Tribunal de Justiça de São Paulo, numa decisão inédita, condenou um hospital particular e o seguro saúde a pagar uma indenização por danos morais a uma mulher que, em decorrência da manobra de Kristeller, passou a ter incontinência urinária e fecal. O caso agora aguarda o julgamento de recurso, interposto pelo hospital.

Paralelamente a essas intervenções médicas desarrazoadas, vê-se também as práticas de abandono, negligência, e até ofensas morais pelos profissionais de saúde durante o trabalho de parto que afrontam e trazem consigo estímulos negativos às parturientes em um momento tão delicado que é o estado puerperal.

A constância da violência institucional obstétrica em suas várias facetas revelam uma banalização deste tipo de violência, visto que as parturientes aguardam antecipadamente algum tipo de mau-trato e consideram até mesmo aceitável dentro do processo de parturição (Perez, 2015).

Dessa forma, é importante promover o empoderamento feminino através da difusão do conhecimento dos direitos das mulheres a uma assistência de qualidade, humana e digna.

Apensa de posse da ciência de suas garantias as mulheres poderão conquistar sua cidadania e exercê-la plenamente, além de

conquistar capacidade de usar seus recursos econômicos, sociais, políticos e culturais de forma a garantir que atuem com responsabilidade no espaço público em defesa de seus direitos, influenciando as ações dos governos na distribuição dos serviços e recursos (LISBOA, apud PASCHOAL, 2008).

4. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O capcioso é que ainda que essa prática seja constante, a legislação brasileira é extremamente precária sobre o tema.

Diferente do que acontece na Venezuela e a Argentina, que já tipificaram a violência obstétrica em leis federais (Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de março de 2007 e Leis Nacionais nº 25.929 e 26.458, respectivamente), o Brasil ainda engatinha para tratar do tema em todo seu território.

Isso porque existe apenas uma lei municipal que trate especificamente sobre violência obstétrica, no município de Governador Valadares no interior de Minas Gerais (lei ____ de 2018)

Em proporções estaduais, tem-se somente o estado de Santa Catarina cuja vigência é ainda muito recente, dezembro de 2017.

Entretanto, mister se faz ressaltar, que tramitam no Congresso Nacional três projetos de lei, em conjunto, com o intuito de implantar medidas para informação das gestantes, para definir a violência obstétrica e quais agentes podem responder por essa agressão.

Todavia, enquanto a norma federal não é promulgada, as vítimas podem obter apoio no sistema legal vigente o qual permite que os responsáveis pela prática da violência obstétrica sejam criminal e civilmente responsabilizados. E isso ocorre através do uso subsidiário de artigos que tratam da violência de forma genérica, bem como à não obrigatoriedade a fazer alguma coisa senão prevista em lei e de que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, CR/88); além do art. 196, CF/88, que determina que

medidas sociais e econômicas devem ser empreendidas pelo Estado a fim de reduzir o risco de doença e de outros agravos no acesso à saúde.

No Código Penal brasileiro pode-se fazer uso dos arts. 129, (lesão corporal), art. 140 (injúria) e art. 146 (constrangimento ilegal) do Código Penal;

Há também a Lei 11.108/2005, que assegura a presença de acompanhante durante o parto; o Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe acerca da obrigatoriedade do menor internado em hospital estar acompanhado pelo responsável e a Resolução CFM nº 1.897/2009 (Código de Ética Médica), que dispõe que o médico deve aceitar as escolhas de seus pacientes quando estas forem cientificamente reconhecidas.

Todavia, com a repercussão internacional de um caso de mortalidade materna trouxe luz sobre esse assunto e a necessidade de uma legislação específica sobre a questão.

Foi o caso de Alyne, citado por Fabaina Paes, uma gestante que em 14 de novembro de 2002, com apenas 28 anos de idade, e 6 meses de gestação, foi a um hospital público em Belford Roxo (RJ). Mas foi liberada após tomar analgésicos, apesar de apresentar um quadro de fortes dores. Pela ausência de melhora, retornou ao hospital, onde se descobriu o falecimento do bebê. Em seguida, foi submetida, após horas de espera, a uma cirurgia para a retirada placenta, mas a sua situação piorou e ela foi transferida para um hospital em Nova Iguaçu (RJ), transição realizada, com grande demora e com omissão dos profissionais de saúde. No corredor deste hospital, devido à falta de atendimento médico adequado, Alyne faleceu em decorrência de hemorragia digestiva. O caso foi levado ao conhecimento do Comitê CEDAW da ONU em 2011, e o Brasil foi condenado ao pagamento de indenização por negligência no serviço público de saúde.

Outro fato recente que motivou profissionais, sociedade e parlamentares a discutir o assunto em diferentes esferas e localidades brasileiras foi a pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo (2010),

que observou que uma a cada quatro mulheres brasileiras sofre algum tipo de violência – física ou verbal – na hora do parto (Apêndice A).

É perceptível que, a partir de denúncias de mulheres que sofreram violência obstétrica (e tiveram conhecimento de que aquilo era uma violência e não mero procedimento incômodo, conforme já discutido), o assunto começa a chamar a atenção e a ser discutido no Poder Público e no Judiciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora sejam indiscutíveis os benefícios e avanços trazidos pela medicina obstétrica, é de extrema relevância ponderar sobre a real necessidade do uso de intervenções facilitadoras no caso concreto, pois, tem-se visto que práticas que deveriam ser usadas como medida de exceção, tem-se tornado rotineiras sem necessidade e adquirido um caráter negativo, por decorrerem daí muitas vezes consequências danosas para as mulheres.

Por conta desses traços, é de se entender a violência obstétrica como flagrante instrumento de perpetuação de violência contra a mulher, e subjugação do seu gênero, onde a equipe médica conduz as interferências no corpo feminino e impede que a parturiente seja a protagonista dona do poder de decisão, apenas auxiliada pelos profissionais da saúde, sobre qual a intervenção que considera mais adequada para si.

Há que se ter em vista que o momento do parto deve estar em acordo com o preceito da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual e das garantias asseguradas pela Constituição Federal.

Portanto, faz-se mister divulgar, informar, instruir e conscientizar a mulher brasileira já que em países como Venezuela e Argentina, a violência obstétrica é reconhecida como crime e, como tal, deve ser ampla e severamente prevenido, punido e erradicado de qualquer sociedade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REZENDE, CAROLINA NEIVA DOMINGUES VIEIRA DE. VIO-
LÊNCIA OBSTÉTRICA: uma ofensa a direitos humanos ainda
não reconhecida legalmente no Brasil. Repositorio, [S.L], jan.
2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5969/1/20812390.pdf>>.

MUNIZ, Beatriz Maia de Vasconcelos; BARBOSA, Ruth Machado.
Problematizando o atendimento ao parto: cuidado ou violência?
Memorias Convención Internacional de Salud Pública, Cuba, Havana,
2012.

GARCIA, Leila Posenato. Violência contra a mulher no Brasil: da desi-
gualdade de gênero ao feminicídio. Revista Jurídica Consulex, Brasília,
v. 17, n. 404., p. 26-27, 2013.

PÉREZ, B. A. G.; OLIVEIRA, E. V.; LAGO, M. S. Percepções de puér-
peras vítimas de violência institucional durante o trabalho de parto e
parto. Revista Enfermagem Contemporânea, 4(1):66-77, Jan./Jun. 2015.

MOURA, Fernanda Maria de Jesus S. Pires et al. A humanização e a
assistência de enfermagem ao parto normal. Revista brasileira de enfer-
magem, v. 60, . 4, p. 452- 455, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-71672007000400018&script=sci_arttext>.

OLIVEIRA, Sonia Maria Junqueira V. de; MIQUILINI, Elaine Cristina.
Frequência e critérios para indicar a episiotomia. v. 39, n. 3, 2004.

PIOVESAN, Flávia. A luta das mulheres pelo direito a uma vida sem
violência. Revista Jurídica Consulex, Brasília , v.18, n.426, p. 30-31,
out./2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 803 p.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. A proteção à liberdade sexual feminina como expressão da tutela da dignidade humana: os direitos sexuais da mulher na contemporaneidade. In FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). Manual dos direitos da mulher. São Paulo: Saraiva, 2013. 526 p.

PIOVESAN, Flávia. A luta das mulheres pelo direito a uma vida sem violência. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v.18, n.426, p. 30-31, out./2014.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. Direito à igualdade e formas de discriminação contra a mulher. In FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). Manual dos direitos da mulher. São Paulo: Saraiva, 2013. 526 p.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Princípios constitucionais, efetividade, e a proteção da mulher. In FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). Manual dos direitos da mulher. São Paulo: Saraiva, 2013. 526 p.

PAES, Fabiana. *Violência Obstétrica: Um novo termo para uma prática antiga?*, em <<http://agenciapatriciagalvao.org.br/direitos-sexuais-e-reprodutivos/violencia-obstetrica-um-novo-termo-para-uma-pratica-antiga-por-fabiana-dalmas-rocha-paes/>>. Acesso em 24 out 2017.

AMYUNI, **Suzana Amyuni**. Denunciar a violência obstétrica é o 1º passo para reduzir casos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2014/04/denunciar-violencia-obstetrica-e-o-1-passo-para-reduzir-casos-diz-medica.html>>. Acesso em 24 out 2017.

CARAFIZI, Maria Valéria Mielotti. Mulher vítima de violência obstétrica deve buscar reparação. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-27/>>

[maria-carafizi-mulher-violentada-buscar-reparacao-danos](#)>. Acesso em 24 out 2017.

FORMENTI . Lígia. Conselho de Enfermagem no RS já proibiu manobra agressiva em parto. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,conselho-de-enfermagem-no-rs-ja-proibiu-manobra-agressiva-em-parto,70001689127>>. Acesso em 24 out 2017.

REZENDE , Carolina Neiva Domingues vieira de. VIOÊNCIA OBSTÉTROCA: uma ofensa a direitos humanos ainda não reconhecida legalmente no Brasil. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5969/1/20812390.pdf>>. Acesso em 24 out 2017.

ARSIE, Jaqueline Gonçalves. Violência obstétrica: uma violação aos direitos fundamentais da mulher. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/163651/Monografia%20Jaqueline%20.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em 24 out 2017.

DIP, Andrea. Na hora de fazer não gritou. Disponível em: <https://apublica.org/2013/03/na-hora-de-fazer-nao-gritou>. Acesso em 24 out 2017.



A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES AFETIVAS

Cleber Luiz Lopes de Moraes

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O comportamento humano, desde a origem dos grupos sociais, vem sofrendo diversas influências nas relações interpessoais, resultando em uma infinidade de fenômenos e efeitos perniciosos. E considerando que atualmente se vive em um mundo, em que se valorizam sobremaneira os aspectos comportamentais como a reputação e da valorização do ser humano, é que se busca analisar a liberdade do ser humano de manter relações afetivas, que por sua vez comportam ideais e práticas amorosas diversas, cotidianamente presentes na contemporaneidade da vida do homem.

Nesse mosaico de relações afetivas, a mulher ainda tem sido a maior prejudicada, tendo em vista sua própria natureza sensível ao amor, pois em sua grande maioria, é esta parte da relação que vive em estado de ignorância em relação a um outro relacionamento de seu parceiro, crente estar se relacionando com uma pessoa livre, e ou sendo enganada e lesada na relação afetiva pelo companheiro mal-intencionado, e que se utiliza de artifícios ardis, fraudando uma relação com o fim de único de manter relações sexuais ou obter vantagem economicamente relevante mediante o erro iniciado na ilusão perpetrada contra a vítima.

É portanto nesse sentido, que o presente estudo procura apontar a importância da responsabilidade civil nas relações afetivas, que por inúmeras vezes termina por ser maculada pelo desvio de conduta, que resulta em expectativas frustradas, acompanhadas de culpa, humilhação, ausência de lealdade e aflição, se convertendo a relação em patologia psíquica que por sua vez causam sérios danos à saúde física e psicológica da parte enganada e lesada.

Diante deste quadro, é que procura fundamentar a responsabilidade civil que surge nas relações afetivas, quando uma das partes deixa de observar os preceitos jurídicos que norteiam o respeito à dignidade do ser humano. Posto que é no bojo deste direito personalíssimo que emerge o direito a reparação dos danos patrimoniais e ou extrapatrimoniais, que uma pessoa der causa a outra na relação afetiva, pelos diversos motivos que adiante serão esposados.

Por fim se procura apontar as consequências do comportamento fraudulento nas relações afetivas, e uma breve análise da legislação pertinente a matéria, se concluindo pela responsabilização daquele que se utiliza do sentimento de amor de alguém para fraudar uma relação afetiva, com objetivos malignos, de obter vantagem sexual e ou econômica, ofendendo e humilhando pessoas que de boa fé acreditam ter encontrado a felicidade no amor. Cabendo enfim a reparação dos danos causados.

2. ANÁLISE DO COMPORTAMENTO HUMANO NAS RELAÇÕES AFETIVAS

É inegável o fato de que as sociedades contemporâneas cobram do ser humano um determinado comportamento moral, independente das normas jurídicas norteadoras das ações humanas. Assim como, nessa via de mão dupla, criticam e desaprovam determinados comportamentos prejudiciais a uma infinidade de pessoas nessas sociedades.

Dependendo do meio onde vive o ser humano é que se pode definir sua reputação, sendo esta uma forma de valorização natural do homem, abrangendo desde sua imagem até as ações praticadas por este, envolvendo ainda a forma como se determina em uma conduta ética, ilibada e leal, de tal forma que nada a desabone, onde o que se espera é que tal comportamento se encerre em uma obrigação de cumprimento fiel das responsabilidades civis, dentre as quais o respeito a integridade física e psicológica de toda e qualquer pessoa, independente de raça, cor, sexo, etnia e qualquer outra forma de discriminação preconceituosa.

Nesse rumo, a infidelidade, a omissão de informações pessoais de extremo valor, a má fé nas relações afetivas que antecedem as sociedades conjugais, uniões estáveis e demais relacionamentos afetivos, podem ocasionar diversos conflitos, além do mais, a omissão de fatos como filhos de outras relações afetivas, bem como relações afetivas em paralelo, por sua vez culminam em prolongado sofrimento à vítima como parte enganada, bem como sérios danos à saúde desta, tanto física quanto psicologicamente.

Nesse sentido, as relações afetivas restam empobrecidas, pois estão maculadas pelo ideal nômade de encontrar sensações e prazeres corporais sem compromisso, sem responsabilidade, mesmo que ao final alguém não saia bem da relação, por ter outras intenções responsáveis de boa fé, criando expectativas diante de uma relação afetiva. Isso quando as más intenções não possuem somente um fim econômico de melhorar de vida, e nesse caso de um lado “é desejado se enriquecer nosso ser” (COSTA,1998, p.133), e do outro talvez alguém sendo enganado descaradamente, isto claro, enquanto separados tais ideais desvirtuados, pois quando estas más intenções caminham juntas, os danos podem ser muito maiores.

Não se pretende com este estudo, apresentar argumentos coercitivos contra a liberdade de escolha e decisão do ser humano, mas sim que estas faculdades sejam exercidas com responsabilidade e respeito

em relação a qualquer pessoa, posto que ninguém deve ser obrigado a ficar com ninguém, mas que a transparência resida em toda relação afetiva, para que desta forma as partes envolvidas estejam cientes dos possíveis resultados de uma eventual separação motivada por comportamento fraudulento e mal-intencionado.

É sabido que a infidelidade, por si só, não é fato gerador de responsabilização civil, isto porque as relações afetivas não possuem uma aferição economicamente válida. Até porque nesse sentido o corpo que é quem produz a sensação de prazer ou desprazer fica em evidência, principalmente quando uma parte faz uso de suas faculdades para se aventurar em diversas outras relações afetivas em paralelo, com outras pessoas em busca de prazer ou vantagem econômica. Porém a fidelidade quanto a informação pessoal quanto a relações concomitantes, oficiais como o casamento ou não como o concubinato e filhos resultantes destas se faz necessária, para que não venha a induzir a outra parte em erro e ruína.

Com efeito, omitir também informações sobre as diferentes opções sexuais podem gerar enorme frustração também a outra parte que deveria saber. Assim como fazer falsas declarações de amor com a única intenção de manter relação sexual e ou vantagens econômicas, ludibriando a boa intenção da outra parte, também é fato gerador do sentimento de enganabilidade e enorme constrangimento e frustração. Posto que tais comportamentos influenciam diretamente nos sentimentos, nas emoções e na paz mental da parte vitimada, e como efeito cascata na parte física desta.

Conforme se verifica, todo ser humano tem a liberdade de se relacionar com os outros, iniciando e encerrando a relação afetiva quando bem entender, principalmente quando esta relação se tornar insuportável, desde que na medida não tenha faltado com a responsabilidade de respeitar a imagem, a vida, a honra e a integridade econômica da outra parte. Considerando que a dignidade do ser humano é um direito líquido, certo e impostergável.

Neste prisma a responsabilidade civil do ser humano surge quando ocorre as ações e omissões da relação, o que resulta em um comportamento estranho a finalidade da relação afetiva, como o desejo de obter as vantagens sexuais e econômicas, somadas a infidelidade nas informações prestadas. A responsabilização ocorre também em razão da conduta reprovável, como a mentira e a traição, e não somente pela ruptura da relação afetiva com o abandono da noiva no altar por exemplo causando enorme vexame e humilhação da vítima em público.

Na amplitude do reconhecimento da responsabilidade civil nas relações afetivas, se tem como fundamento, a exata compreensão do conceito do princípio de dignidade humana e sua melhor ou menor proteção está diante de um comportamento humano fraudulento, causador de danos à saúde humana, proveniente do sentimento de enganiosidade nas relações afetivas que antecedem a sociedade conjugal ou a união estável e ou mesmo nestas relações estáveis. E que por esse motivo se deve responsabilizar o autor ou autora da fraude na relação afetiva, punindo com a reparação dos danos com reparação pecuniária a título de danos patrimoniais e ou extrapatrimoniais, conforme o dano causado, como forma de inibir e prevenir tal comportamento pernicioso, promovendo assim a paz social com o respeito à dignidade humana, princípio este que tem em seu bojo, os direitos da personalidade, tais como a honra, a imagem, o nome, e a integridade física e psíquica.

3. CONSEQUÊNCIAS DA FRAUDE NAS RELAÇÕES AFETIVAS

Conforme se pode verificar, o comportamento humano quando se define em ações praticadas de forma comprovadamente desarrazoada, capaz de constranger, humilhar ou interferir intensamente no comportamento psicológico de uma pessoa, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, no mínimo deve ser avaliado,

posto que o resultado da fraude nas relações afetivas não pode ser negligenciado por diversos motivos. Principalmente no que tange a dignidade do ser humano.

Não se pode olvidar que os sentimentos de humilhação, angústia, aflição, constrangimento, e demais contratempos causam sérios danos à saúde física e psicológica da vítima nas relações afetivas.

Assim sendo, existe a possibilidade e a necessidade de responsabilizar civilmente o autor ou autora das ações fraudulentas perpetradas contra a integridade psicológica da outra parte, tendo em vista ser causadora de inquietação psíquica e transtorno a saúde mental da parte afetada. Posto que “excepcionalmente, em atenção à boa fé daquelas mulheres em união simultânea com o mesmo homem, há decisão aceitando o direito de indenização às que foram enganadas por ele” (DINIZ, 2002, p. 327). Sendo portanto na convivência social que se encontra razão para a normatização de determinados comportamentos perigosos ao ser humano, assim como com a aplicação da lei. Senão vejamos neste inédito entendimento jurisprudencial brasileiro a seguir, que demonstra a atividade jurisdicional “legislando” sobre o tema de forma específica, posto que não há lei infra constitucional normatizando especificamente tal comportamento, para que se produza justiça:

“TJRJ - 0043585-98.2003.8.19.0000 (2003.001.21623) - APELACÃO - 1ª Ementa. DES. SEVERIANO IGNÁCIO ARAGÃO - Julgamento: 15/10/2003 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - ACÃO DE INDENIZAÇÃO - NOIVADO - ROMPIMENTO - HONRA PESSOAL - DANO MORAL. Dano moral. Rompimento de noivado, “per se”, não engendra danos moral e outros, mas “ofensas a honra de moça grávida”, querendo honestamente casar, pelo pai do noivo (I) e o “abandono da noiva no altar das núpcias”, são ilícitos sociais graves, agravando a honra, a justificar reparação razoável e afirmativa (II), (arts. 186, 927 Código Civil c/c 5., V, X, CRFB/88 - II). Apelo improvido”.

É nesta via que se justifica a delimitação do comportamento humano, para que se possa evitar o conflito de interesses e ou o interesse de um esmague o dos outros. E diante da imposição de limites juridicamente tutelados nas liberdades individuais, é que se pode melhor proteger a dignidade da pessoa humana. Pois com a preventiva previsão de reparação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais é que se poderá vislumbrar um possível cerceamento de comportamentos danosos ao ser humano nas relações afetivas. Considerando que a vítima também vira motivo de chacota, sendo alvo de diversas críticas que terminam em aborrecimento, transtorno e uma infinidade de outros dissabores na vida.

Neste prisma, a jurista e professora Maria Helena Diniz, ensina que:

“Todavia é preciso esclarecer que tal dever de fidelidade visa tão somente valorizar a união estável, podendo os conviventes rompê-la, livremente, sem sofrer, em regra, qualquer sanção. Mas a quebra da **lealdade** pode implicar injúria grave, motivando a separação dos conviventes, gerando em atenção à boa-fé de um deles indenização por dano moral e os efeitos jurídicos da sociedade de fato” (DINIZ, 2010, p. 387-389).

Logo a tutela da responsabilidade civil para regular o comportamento em sociedade, nada mais é que uma exigência social fundamentada nos direitos do próprio ser humano. No entanto *in casu* “é preciso deixar bem claro que a culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, que o risco não a anulou” (DINIZ, 2003, p. 12-13). Necessitando apenas do nexos de causalidade e o dano provocado para que se vislumbre a reparação. Posto que “um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar” (GONÇALVES, 1995, p. 384). E segundo O professor Arnaldo Rizado, se “faz necessário a verificação de uma relação, ou um liame, entre o dano e o causador, o que

torna possível a sua imputação a um indivíduo, é a relação verificada entre determinado **fato** (a fraude, a mentira, a má-fé, a infidelidade, a falta de lealdade na relação afetiva, e o desrespeito ao princípio da dignidade humana), o **prejuízo** (material quando as ações mal intencionadas atingem o patrimônio da parte ofendida, ou moral quando ofendem a saúde física e psicológica da parte ofendida - com resultado danoso comprovado), e um **sujeito provocador** (autor do ato ilícito)” (RIZZARDO, 2007, p. 72). Sendo portanto o liame entre a conduta ilícita e o dano, o desrespeito ao dever de lealdade, boa fé e respeito a dignidade humana.

Cabe enfatizar que a conduta do agente deverá estar diretamente ligada ao dano sofrido pela vítima, para que esteja consumada a culpa. Sendo que se caracteriza a culpa como “toda espécie de comportamento contrário ao direito, seja intencional ou não. Trata-se da violação de uma obrigação preexistente, a qual consiste no dever de não prejudicar ninguém” (RIZZARDO, 2007, p. 02). Desta forma toda ação ofensiva e prejudicial à dignidade do ser humano legitimamente tutelada, constitui desrespeito a norma de direito fundamental assinado no artigo 5º, inc. X na Carta Magna do Brasil de 1988, que assim diz: “Artigo 5º, inciso X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, portanto é considerada ilegal, injusta e passível de sofrer uma sanção, quer seja penal ou civil, toda ação ou omissão perigosa e danosa ao ser humano, enquanto produzida em prejuízo à relação afetiva que importe em danos a parte ofendida.

Assim sendo, o desrespeito aos princípios da boa fé e da dignidade humana podem trazer prejuízos de grande monta ao ser humano nas relações afetivas. A culpa neste caso, decorre do descumprimento de um dever juridicamente tutelado, qual seja de não prejudicar ninguém, pela omissão de cuidado e ou pela quebra intencional e consciente da obrigação de lealdade, respeito e da boa fé em relação a imagem, a

honra, a reputação e a integridade física e psíquica de qualquer pessoa. Gerando por consequência o dever de reparar qualquer dano causado, que por sua vez se quantifica conforme a reprovabilidade do ato ilícito praticado.

4. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS LEGAIS

De forma genérica, o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal do Brasil de 1988, indica que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Nos seguintes termos; “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana;”.

Assim sendo os ilícitos que agredem os bens da vida, da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas previstos neste artigo combinado com o constante no artigo 5º, inciso X da CF /88, repercutem incisivamente na esfera civil, uma vez que, para lei, produzem efeitos jurídicos contra o agressor, neste caso o ofensor é chamado para responder civilmente por seus atos ilícitos e reparar o dano. Posto que se trata daquilo que se denomina como princípio máximo diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana.

A legislação infraconstitucional no Brasil afirma também que, “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito”. E por ato deste gênero, o causídico fica obrigado a repará-lo, bastando para o feito à caracterização dos requisitos da responsabilidade civil, restará ao ofensor reparar o ofendido nos limites de seus prejuízos, sendo a indenização medida pela extensão do dano, conforme se extrai dos artigos 186, 187, 927 e 944 da Carta Civil de 2002.

Desta forma, todo ser humano tem a obrigação de cumprir com o dever de zelar pelo bem estar de seu parceiro em qualquer relação afetiva, não podendo se omitir em prestar todas as informações pessoais que por ventura possam influenciar na decisão de se relacionar ou não da outra parte, sendo que ao se negligenciar tais informações abusará da boa-fé da outra parte, constituindo uma fraude, restando a parte ofendida o sentimento de angústia, descaso e desrespeito, ato este que não obstante desrespeita também os princípios da boa-fé objetiva, da lealdade, da responsabilidade, da confiança e da vulnerabilidade do ser humano diante do sentimento de amor e paixão constituídos na relação afetiva, subtraindo da parte ofendida sua paz mental, abalando o estado de tranquilidade que gozava, aumentando assim significativamente seus problemas, transtornos, abalo psíquico e demais contratempos a partir de uma atitude temerária, geradora de dano de difícil reparação, devendo, portanto a parte causadora responder civilmente pelos danos causados ao parceiro ofendido.

O dano moral atinge um bem de natureza não patrimonial, um dos direitos personalíssimos do indivíduo, tais como a honra, a vida privada, a imagem devendo ser indenizado a título de dano puramente moral, pois atinge a honra subjetiva e o decoro da vítima, passível, portanto de reparação pecuniária, sobrevindo em razão de ato ilícito pela essência fraudulenta com a intenção de obter relação íntima com a parte ofendida, fato este causador de perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configurando-se o dano moral. Posto que não atinge o patrimônio da vítima, mas sim os direitos fundamentais à boa vida, a integridade física, psicológica, mental, sentimental, emocional, assim como a honra, a boa fama, a privacidade, o respeito e a dignidade, que são direitos impostergáveis da pessoa humana.

A indenização é devida neste caso porque a lesão decorreu de conduta culposa e absurda, aproveitando-se as vezes até da ignorância do parceiro, provocando inquietação de grande monta ao espírito

deste, pois o dano moral surge do incômodo, do abalo psicológico, do transtorno causado pelo sentimento de enganabilidade e de sua exposição ao ridículo.

Em outro prisma se pode falar também em danos materiais, principalmente quando o comportamento fraudulento na relação afetiva atinge o patrimônio da parte enganada e lesada. E no sentido dos arrazoados expostos, colha-se outro entendimento jurisprudencial brasileiro sobre o tema a seguir destacado:

“TJRJ 0009923-82.1999.8.19.0001 (2001.001.17643) - APELACAO - 1ª Ementa. DES. HUMBERTO DE MENDONCA MANES - Julgamento: 17/10/2001 - QUINTA CAMARA CIVEL RESPONSABILIDADE CIVIL CASAMENTO INOCORRENCIA DANO MATERIAL DANO MORAL INDENIZACAO. Responsabilidade Civil. Casamento. Cerimônia não realizada por iniciativa exclusiva do noivo, às vésperas do enlace. Conduta que infringiu o princípio da boa-fé, ocasionando despesas, nos autos comprovadas, pela noiva, as quais devem ser ressarcidas. Dano moral configurado pela atitude vexatória por que passou a nubente, com o casamento marcado. Indenização que se justifica, segundo alguns, pela teoria da culpa “*in contrahendo*”, pela teoria do abuso do direito, segundo outros. Embora as tratativas não possuam força vinculante, o prejuízo material ou moral, decorrente de seu abrupto rompimento e violador das regras da boa-fé, dá ensejo à pretensão indenizatória. Confirmação, em apelação, da sentença que assim decidiu”.

Assim sendo os danos patrimoniais e extrapatrimoniais estão diretamente ligados a reparação civil no sistema jurídico de diversos países, inclusive sendo reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil, conforme a Súmula nº 37, que prevê a cumulação das indenizações por dano material e dano moral, quando oriundos do mesmo fato.

No Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, com relação ao tema, ainda que de forma genérica, no título V, Capítulo 1,

sección 1ª, o artigo 1708 trata da responsabilidade civil, tanto na prevenção quanto na reparação de possíveis danos que por ventura forem consumados na vida social do povo Argentino. E via de regra assim diz: “Artículo 1708 - Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”. E segundo Sebastián Picasso y Luis R. J. Sáenz “En los últimos tiempos la doctrina y la jurisprudencia nacionales se encuentran contestes en cuanto a que el objeto perseguido por el derecho de daños no se limita al resarcimiento del perjuicio ocasionado, sino que comprende otros fines, y en particular, la prevención del daño antes de que se produzca” (PICASSO y SÁENZ, 2015, p. 414). Ou seja, quanto a reparação de danos gerados em uma relação afetiva não há especificidade alguma, cabendo portanto a interpretação ampliada da norma.

Neste sentido “la sanción de la conducta subjetivamente reprochable del agente hacia otro que pone el acento en el resarcimiento de todo perjuicio injustamente sufrido” (PICASSO y SÁENZ, 2015, p. 415). Sendo assim é perfeitamente cabível a reparação de danos sobrevindos nas relações afetivas pela ampliação interpretativa da norma, pois “La función resarcitoria, ya consagrada en el CC, actúa cuando el daño ya se ha producido, y tiene por fin que el sindicado como responsable repare el perjuicio, sea en especie o por equivalente dinerario” (PICASSO y SÁENZ, 2015, p. 415).

Da mesma forma “el deber consagrado en el art. 1710 CCyC se vincula con los casos en que la omisión de un sujeto puede constituir un obrar antijurídico, y en materia de omisiones la antijuridicidad también es material y atípica, todo ello en función del principio de buena fe” (PICASSO y SÁENZ, 2015, p. 419). Neste compasso é que surge o dever de reparar os danos, pois o descumprimento da obrigação de não causar danos certamente ensejará um resultado onde a culpa resulta de um comportamento doloso, justo quando na relação afetiva uma parte desrespeita o princípio da boa fé e omite sua realidade

ofensiva em potencial contra a honra, a imagem e a boa saúde que gozava a outra parte na relação afetiva.

Neste sentido, o artigo 1716 del CcyC de la Nación, afirma que o dever de reparar surge com “ La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”. Ou seja, se todo ser humano tem o dever de não causar nenhum tipo de dano a qualquer outro ser humano, então “El deber de reparar un daño em este caso es extracontractual ante una violación de la ley” (PICASSO y SÁENZ, 2015, p. 425). E não obstante o artigo 1738 del CcyC de la Nación, insere nesse contexto a reparação de danos extrapatrimoniais, senão vejamos um trecho desse artigo: “Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”. E assim sendo, neste prisma se pode perfeitamente alocar os danos extrapatrimoniais ocorridos nas relações afetivas consumadas no Brasil e na Argentina.

No entanto é perceptível em ambas as legislações o fato de que o sentido punitivo deixa de existir para dar espaço ao sentido indenizatório e corretivo, como solução reparatória dos danos causados. Assim como a peculiaridade da norma abstrata se limita a prevenção e resolução de danos, com o ressarcimento em relação ao prejuízo causado, objetivando restabelecer o status quo ante, podendo tal ressarcimento ser visto como uma forma de “punição” intrínseca.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a reflexão dos tópicos abordados, não se pode negar que as relações afetivas são cercadas de grandes expectativas, onde de um lado está a realização pessoal, de outro o ideal de felicidade diante das incertezas da relação, e ao meio o exercício da liberdade. Logo uma

relação amorosa desafia a individualidade e a liberdade de movimento, e nesse ínterim as partes não querem ter sua individualidade, desejos e a liberdade ameaçada, pois aceitam submeter-se a fidelidade e a lealdade nas relações afetivas.

Neste prisma se entende que inúmeras pessoas não buscam um parceiro com o fim de manter uma relação afetiva de boa fé, mas sim procuram aventuras amorosas com fins maliciosos, que ao final prejudicam pessoas que passam a acreditar que estão vivendo uma relação verdadeira, do tipo monogâmica, sincera, despida de interesses particulares perniciosos de uma das partes.

Com efeito, é tarefa difícil inventar e implantar um comportamento perfeito para se reduzir o sofrimento do ser humano, principalmente para que este seja mais feliz nas relações amorosas. Tendo em vista que a sociedade mundial está tomada pelo egoísmo, pelo desejo de poder, pela ambição, pela corrupção humana, bem como por uma infinidade de desvios de conduta, motivo pelo qual não é fácil promover o respeito aos direitos inerentes a dignidade do ser puramente humano.

Cabe ressaltar que o resultado desse comportamento maléfico a saúde humana e muito presente nas relações afetivas, não pode ficar sem uma resposta jurídica do Estado, posto que do contrário se estaria diante da anulação do princípio da dignidade da pessoa humana, inerente a todas as pessoas enquanto seres humanos, podendo-se afirmar ser isto a negação dos valores humanos em si mesmos, de uns para com os outros. E que nessa direção, tal comportamento, vem se perpetuando no espaço e no tempo, posto que o Estado que foi constituído para proteger o cidadão dos males inerentes a própria natureza deste, não cumpre com sua função social conforme desejado, como é o caso da ausência de uma lei específica e forte que proteja o ser humano dos desejos e comportamento perigosos de outros seres da mesma espécie.

Neste contexto, a responsabilização civil por dano patrimonial e extrapatrimonial, resultante do comportamento humano nas relações afetivas, não privam as pessoas de sua liberdade de ser, de agir,

decidir, ir, vir e ou de desistir de uma relação afetiva, o que não pode acontecer é uma pessoa prejudicar a outra com atitudes fraudulentas, objetivando manter relações íntimas e ou obter vantagem econômica.

Assim sendo, se pode afirmar que a evolução é também natureza puramente humana, logo não se pode fugir do inevitável, e isto nada mais é do que fazer parte deste mundo globalizado e participar de seu movimento contemporâneo, onde o conhecimento voa célere, eliminando as fronteiras que limitam o acesso à justiça, e o Estado cumpra com seu dever de forma adequada, garantindo o direito de ter a dignidade humana respeitada, com um direito humanizado, personalíssimo e impostergável do ser humano, abolindo assim toda e qualquer atividade desumana e atentatória do homem contra o próprio homem. E para tanto o instituto da responsabilidade civil que vincula a reparação pecuniária dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados, é uma forma de garantir que pessoas, em um contexto moral e social, respeitem a saúde de outras pessoas, respeito este diretamente ligado à integridade física e psicológica das partes envolvidas. Integridade esta que envolve sentimentos e emoções, que uma vez abalados podem trazer sérios riscos a saúde do ser humano afetado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSTA, Jurandir Freire. Sem fraude nem favor: estudos sobre o amor romântico. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. II, 18ª ed. – São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

_____. Curso de Responsabilidade Civil. Editora. 17ª ed. – São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 24ª ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. Dano Moral, dano material e reparação. 5ª ed., Porto Alegre: Ed. Sagra Luzzatto, 2001.

PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luis R. J. Código Civil y Comercial de la Nación comentado, comentários aos artigos 1708 a 1756; 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Ed. Forense, 2008.

Vade Mecum Saraiva - 21ª Ed. 2016

Jurisprudência encontrada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Brasil. Acessado em 10/05/2016. <http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/rompimento-noivado.pdf>

A SUPOSTA MUDANÇA DE PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A COMPENSAÇÃO DECORRENTE DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

*Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro
Fernando César Lopes Cassionato*

À guisa de prelúdio, tem-se que a estrutura normativa da responsabilidade civil traz consigo a ideia da existência tanto do dever de não causar dano a outrem (*alterum non laedere*), como do direito de não sofrer danos, fazendo possível a convivência harmoniosa em sociedade.

Tradicionalmente a responsabilidade civil tinha um caráter sancionatório (centralizado no agente causador do dano, ou melhor, na correção de sua conduta). Entretanto, esse esquema clássico individualista do Código de Napoleão está sofrendo mudanças e, após Revolução Industrial, a responsabilidade civil começou a mudar de protagonista.

Restou abandonada a ideia anterior e a responsabilidade civil agora está com olhos voltados para a vítima e sua necessidade de ser compensada, deixando a pessoa em uma situação mais parecida quanto possível da situação anterior ao sofrimento do dano.

Muitos são os escritos sobre a “mudança de paradigma da responsabilidade civil”, onde a sustentação principal é a de que o modelo sancionador de responsabilidade civil foi substituído pelo

modelo reparador, principalmente no que diz respeito à responsabilidade extracontratual.

A expressão “*la evolución de la responsabilidad civil: de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización*” é propagada como se fosse uma verdade absoluta, mas ver-se-á em seguida tratar-se de uma falsa afirmação, pois não houve a mudança paradigmática alhures.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA FUNÇÃO

A estrutura normativa da responsabilidade civil consiste na análise do dever jurídico de não causar danos a outrem e do direito de não sofrer danos. Trata-se, portanto, de um sistema bilateral entre o agente causador do dano e a vítima, interligados por um vínculo normativo.

Nesse sentido, existem muitas teorias para entender a responsabilidade civil ou o direito de danos. Dentre elas, destacam-se três: a) teoria econômica; b) teoria da justiça corretiva; e c) a teoria da justiça distributiva.

A teoria econômica se preocupa com a análise do custo/benefício, se fundamentando na necessidade social de reduzir os custos dos acidentes. Teoria essa duramente criticada por deixar de lado a análise daquilo que é correto ou incorreto para analisar aquilo que é eficiente ou ineficiente.

Destarte, a teoria da justiça distributiva, na visão de Aristóteles (1991, p. 103), leva em consideração o justo na distribuição, sendo esse justo caracterizado pela posição intermediária e o injusto como sendo aquilo que viola a proporcionalidade.

Veja-se suas palavras:

Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o

outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom.

Dessa forma, reflete o exercício da justiça distributiva o direito a não sofrer danos, bem como os deveres de não causar referidos danos.

Já a justiça corretiva tem como objetivo igualar as relações sociais por meio da aplicação de “penas”, eis que o sofrimento e ação foram distribuídos de forma desigual. Em outras palavras, a justiça corretiva pretende explicar o direito de danos sob a ótica dos participantes. Nesse sentido, Aristóteles (1991, p. 104) ensina que:

Portanto, sendo esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz procura igualá-la; porque também no caso em que um recebeu e o outro infligiu um ferimento, ou um matou e o outro foi morto, o sofrimento e a ação foram desigualmente distribuídos; mas o juiz procura igualá-los por meio da pena, tomando uma parte do ganho do acusado. Porque o termo “ganho” aplica-se geralmente a tais casos, embora não seja apropriado a alguns deles, como por exemplo, à pessoa que inflige um ferimento — e “perda” à vítima. Seja como for, uma vez estimado o dano, um é chamado perda e o outro, ganho.

Melhor explicando a função da responsabilidade civil, quando alguém não cumpre determinada obrigação, há a violação do dever jurídico (originário), surgindo então uma responsabilidade, qual seja, o dever jurídico (sucessivo) de reparar os prejuízos causados pelo não cumprimento da obrigação. Entretanto, existem outras formas de responsabilização civil, consubstanciando então uma mescla entre os sistemas sancionador e reparador.

Nesse viés, cabe aqui vislumbrar o conceito de responsabilidade civil formulado por Stoco (2004, p. 129), que assim ponderou: “Deter-nos-emos na responsabilidade civil, que, em nosso entender, constitui a obrigação pela qual o agente fica adstrito a reparar o dano causado a terceiro”.

Portanto, segundo referido autor, a função da responsabilidade civil é repor a vítima à situação anterior à lesão tanto quanto possível. Sobre o tema Cavalieri Filho (2012, p. 14) pondera que:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se estabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*.

Crê-se que a função hodierna da responsabilidade civil é mais reparadora do que sancionadora, apesar de ainda existir a característica de “castigo” para o agente causador dos danos e isso será melhor abordado no decorrer do presente trabalho. Com efeito, essa função é, em regra, alcançada através da fixação da indenização na proporção do dano ocorrido.

1.1 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

A responsabilidade pode ser classificada de acordo com suas espécies, a saber: pode ela ser civil ou penal; contratual ou extracontratual e ainda subjetiva ou objetiva. No presente trabalho analisaremos a primeira e a segunda classificação porque estão mais intimamente ligadas ao tema.

1.1.1 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

Para classificar a responsabilidade como civil ou penal, deve-se levar em consideração o conceito de ato ilícito, que tem íntima ligação com o conceito de culpa.

Nesta seara, Stoco (2004, p. 129) ensina que os atos ilícitos são aqueles praticados com desvio de conduta – “em que o agente se afasta do comportamento médio do *bônus pater familiae*”.

Manifestando-se sobre o tema, Cavalieri Filho (2012, p. 13) afirma que o conceito de ato ilícito se consubstancia num comportamento voluntário que infringe um dever jurídico e que “desde o momento em que um ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade”.

Em resumo, pode-se afirmar que a ilicitude (em sentido lato) está relacionada com o comportamento voluntário social idealizado pelo direito positivo, ocorrendo a ilicitude concretamente quando o agente atua voluntariamente fora desses padrões sociais.

Também é importante lembrar o conceito de ato ilícito formulado por Nader (2016, p. 100), que afirma que o ato ilícito é modalidade de ato jurídico (manifestação de vontade) e que os atos ilícitos “dentro do gênero ato jurídico se contrapõe aos atos lícitos, uma vez que necessariamente deve contrariar a ordem jurídica”.

No direito pátrio brasileiro, o conceito de ato ilícito em sentido lato está descrito no artigo 187 do Código Civil brasileiro. Veja-se:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Já a ilicitude em sentido estrito está relacionada com o dano injusto sofrido pela vítima e está conceituada no artigo 186 do Código Civil brasileiro. Veja-se:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Sobre a temática em apreço, são preciosas as palavras de Theodoro Junior (2003, p. 18), que distinguiu ato ilícito em sentido lato (comportamento idealizado pelo direito positivo) de ato ilícito em sentido estrito (junção do comportamento do agente com o resultado que cause dano). Veja-se *ipsis litteris*:

Em sentido lato, sempre que alguém se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo, seus atos voluntários correspondem, genericamente, a atos ilícitos (atos do homem atritantes com a lei). Há porém, uma ideia mais restrita de ato ilícito, que se prende, de um lado ao comportamento injurídico do agente, e de outro ao resultado danoso que dessa atitude decorre para outrem. Fala-se, então, de ato ilícito em sentido estrito, ou simplesmente ato ilícito, como se faz no artigo 186 do atual Código Civil. Nesse aspecto a ilicitude não se contentaria com a ilegalidade do comportamento humano, mas se localizaria, sobretudo, no dano injusto a que o agente fez a vítima se submeter

Por fim, cabe ainda ponderar em relação a aludida diferenciação, que o artigo 186 do Código Civil brasileiro faz alusão ao dano, diferentemente do previsto no artigo 187, importando dizer que a ilicitude que configura o abuso de direito pode ocorrer sem que a conduta do agente cause dano a outra pessoa, sendo correto afirmar que referido *Codex* contém cláusulas gerais tanto para responsabilidade subjetiva como para a objetiva.

Isso vem ao encontro do que foi afirmado por Cavalieri Filho (2012, p. 13) que concluiu que “o Código de 2002 contém cláusulas gerais tanto para a responsabilidade subjetiva como para a objetiva, cada qual abrangendo determinadas áreas da atividade humana”.

Feitas tais ponderações, deve-se ainda lembrar que a ilicitude não é peculiaridade do Direito Penal, podendo ter lugar em qualquer ramo do Direito, pois os conceitos de ilicitude levam em consideração a contrariedade entre a conduta e a norma jurídica.

Poderá ainda uma só conduta caracterizar uma dupla ilicitude, civil e penal, v.g. o motorista imprudente que atropela e mata alguém, comete ilícito penal (homicídio) e também comete ilícito civil decorrente do dano causado, surgindo assim o dever jurídico sucessivo de reparação dos danos na esfera civil.

Dito isso, pode-se conceituar a responsabilidade civil como aquela em que a norma violada foi de Direito Privado e responsabilidade penal como aquela em que a norma infringida foi penal, de Direito Público.

Esse conceito vai ao encontro do conceito formulado por Cavalieri Filho (2012, p. 15). Veja-se:

Será chamada de ilicitude penal ou civil tendo exclusivamente em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. No caso do ilícito penal, o agente infringe uma norma penal, de Direito Público; no ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado.

Sem perder os conceitos até aqui formulados, analisar-se-á a responsabilidade contratual e extracontratual, bem como seu inter-relacionamento.

1.2.1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

Também pode-se conceituar a responsabilidade levando-se em consideração a qualidade da violação do dever jurídico.

Melhor explicando, se preexiste um vínculo obrigacional, o dever de indenizar ocorrerá em consequência do inadimplemento, havendo assim a responsabilidade civil contratual.

De outra banda, se o dever jurídico surgir em virtude de um direito subjetivo imposto pela lei ou por qualquer princípio geral do direito, haverá a responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

Esses conceitos foram também abordados por Cavalieri Filho (2012, p. 16). Referido autor afirmou que “se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, tem-se a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo”. De outra banda, afirmou referido autor que se o dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem a pré-existência de uma relação jurídica entre o ofensor e a vítima, “temos a

responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto”.

Cabe aqui, entretanto, dizer que existe um inter-relacionamento muito grande entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Nesse sentido, as regras previstas no Código Civil brasileiro para a responsabilidade contratual (v.g. artigo 393 – regra da não responsabilização por prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior) são também aplicadas para a responsabilidade extracontratual.

Sob esse enfoque, os adeptos da teoria monista criticam a divisão da responsabilidade em contratual e extracontratual, eis que os efeitos jurídicos serão os mesmos nos casos de infringência do dever jurídico originário, quais sejam, o surgimento do dever jurídico sucessivo consistente no dever de reparação civil.

Sobre a incidência da teoria monista no direito brasileiro, Cavalieri Filho (2012, p. 17) pondera que:

O Código do Consumidor, como se verá, superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo.

É também nessa linha de raciocínio (da teoria monista) que Nader (2010, p. 24) afirma não existir distinção essencial entre a responsabilidade contratual e extracontratual e que tanto na responsabilidade extranegocial, quanto na negocial a obrigação de reparar pressupõe: “a) ação ou omissão do agente; b) dano moral ou patrimonial a outrem; c) nexos de causalidade entre a ação ou omissão e o dano; d) culpa lato sensu ou risco criado”.

Saliente-se que a teoria monista é mais moderna e vem encontrando mais adeptos, notadamente em países latinos e o principal fundamento em defesa da unidade da disciplina está no fato de que o dever de reparação (sucessivo) surge como um novo dever jurídico, diferente da obrigação descumprida, seja ela contratual ou extracontratual. Em outras palavras, as perdas e danos e o dever de reparação são coisas totalmente diferentes da prestação inadimplida.

Isto explanado, passa-se ao exame da evolução da responsabilidade civil, com análise dos modelos sancionador e reparador e a suposta mudança de paradigma.

2. MODELOS SANCIONADOR E REPARADOR E A SUPOSTA MUDANÇA DE PARADIGMA E A COMPENSAÇÃO DECORRENTE DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O modelo sancionador se fundava na ideia de castigo para o agente causador de danos e esse castigo era a indenização à vítima.

Nesse sentido, Lorenzetti¹ (2002, p. 271) ensina que:

Durante mucho tiempo la responsabilidad civil fue un epifenómeno de la penal: castigar al autor culpable y, como consecuencia de ello, indemnizar el daño. Desde el punto de vista del lenguaje es sintomático que «reus» significará tanto deudor como culpable².

Para o modelo sancionador o dano injusto só pode ser causado se o causador do dano atuou com culpa em sentido lato. Em outras palavras, se retirada a culpa, deixa de haver a injustiça.

1 LORENZETTI, Ricardo Luis. *El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?* Boletín de la facultad de derecho, núm.19, 2002. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2002-19-10200/PDF>>. Acesso em 13/03/2017.

2 “Durante muito tempo a responsabilidade civil foi um epifenômeno da esfera penal: castiga um autor culpável e, como consequência disso, indenizar o dano. Sob o ponto de vista da linguagem é sintomático que «reus» significará tanto devedor como culpável.” (Lorenzetti, 2002, p. 271, tradução nossa)

Assim, se o dano é injustamente sofrido é porque o dano foi injustamente causado e vice-versa. Dessa maneira, os danos injustamente sofridos e os danos injustamente causados coexistem (não têm nenhum elemento que não esteja em conjunto).

Já no modelo reparador não existe essa coextensão. O dano injustamente causado é só um capítulo do dano injustamente sofrido, deixando a culpa de ser um fator de atribuição. Haverá, portanto, uma alternatividade de fundamentos para a responsabilização civil, sendo injustamente sofrido o dano, OU injustamente causado, OU decorrente do exercício da atividade de risco, OU por qualquer outra causa legal diferente da culpa.

Sobre o conceito do modelo reparador, Lorenzetti³ (2002, p. 276) lembra que “el derecho mira a la víctima, y ya no le interesa castigar, sino reparar⁴”.

Dessa maneira, no modelo reparador, pode ser que um dano seja injustamente sofrido SEM que seja injustamente causado, v.g., responsabilidade por atividades de risco, onde a atividade por ser lícita e mesmo assim causar um dano (injustamente causado).

Em outras palavras, no modelo reparador o âmbito do dano injustamente sofrido é mais amplo que o âmbito do dano injustamente causado, porque meu dano pode ser injusto, NÃO porque tenha sido causado com injustiça (por uma ação incorreta), mas sim porque é injusto que a vítima deva suportar os danos, sendo, nesse caso, outros os fundamentos da reparação, como, por exemplo, a equidade e o exercício de atividade de risco.

Nesse sentido, são valiosas as palavras de Papayannis (2014, p. 123), que afirma que “una noción estricta de causalidad no sirve a

3 LORENZETTI, Ricardo Luis. *El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?* Boletín de la facultad de derecho, núm.19, 2002. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BF-D-2002-19-10200/PDF>>. Acesso em 13/03/2017.

4 “O direito visa a vítima, e já não lhe interessa castigar, mas sim reparar” (Lorenzetti, 2002, p. 276, tradução nossa).

los nuevos propósitos del derecho de daños, del mismo modo que la exigencia de antijuridicidad de la acción truncaría una gran cantidad de reclamos⁵”.

Destarte, para que haja atualmente a compensação, não é necessário que um dano seja injustamente causado. Portanto, a responsabilidade sanção (como punição) é só um capítulo da responsabilidade civil, que pode ter outros fundamentos, v.g., a equidade ou exercício de atividade de risco ou ainda a responsabilidade por atos involuntários.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que havendo violação dos direitos da personalidade (conjunto de direitos inatos do indivíduo humano que prevalece sobre todos os demais direitos privados subjetivos e que se caracterizam por serem vitalícios, intransmissíveis, imprescritíveis, indisponíveis, irrenunciáveis e inexpropriáveis), haverá a possibilidade da exigência de sua compensação, ainda que o dano não seja injustamente causado. Se deixada de lado a teoria monista, a responsabilidade aqui tratada é a extracontratual ou aquiliana.

Devido à mudança de paradigma no direito civil como um todo – perdendo a patrimonialidade sua primazia – pode-se sustentar a compensação de danos em sede de reparação dos danos morais daquele que teve sua esfera individual atingida com o impedimento de sua realização como pessoa, mesmo que o dano moral não seja, como dito antes, injustamente causado.

Nesse sentido, Lorenzetti⁶ (2002, p. 277) afirma que:

En el enfoque actual, hay un principio *favor victimae* que tiende a aliviar su carga. La sola existencia de daño dispara una flecha contra

5 “uma noção estrita de causalidade não serve aos novos propósitos do direito de danos, do mesmo modo que a exigência de antijuridicidade da ação truncaria uma grande quantidade de reclamos”. (Papayannis, 2014, p. 123, tradução nossa).

6 LORENZETTI, Ricardo Luis. *El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?* Boletín de la facultad de derecho, núm.19, 2002. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BF-D-2002-19-10200/PDF>>. Acesso em 13/03/2017.

una categoría de sujetos y cada uno de ellos debe decir «yo no fui» para eximirse; ha cambiado el efecto inercial⁷.

O enfoque atual na vítima, fez com que muitos autores defendessem a mudança de paradigma na responsabilidade civil. É clara essa defesa, por exemplo, nas palavras de Alterini (2004, p. 151). Veja-se:

La regulación clásica, propia de la legislación decimonónica que asoció el deber jurídico de reparar al reproche de conducta, está en crisis: la responsabilidad civil evolucionó de una *deuda de responsabilidad* a un *crédito de indemnización* (Lambert-Faivre); hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora (López Olaciregui), porque los ojos de la justicia se han puesto del lado de la víctima (Ripert)⁸.

No mesmo sentido de Alterini, afirma Lorenzetti⁹ (2002, p. 277) que:

En el aspecto obligacional tiene un gran valor paradigmático y explicativo la doctrina que distingue entre deuda y responsabilidad, que trató de trasladar la atención desde la sujeción del deudor a la expectativa de cumplimiento del acreedor sobre el patrimonio del *solvens*¹⁰.

7 “No enfoque atual, existe um princípio *favor victimae* que tende a aliviar sua carga. Só a existência do dano dispara uma flecha contra uma categoria de sujeitos e cada um deles deve dizer «eu não fui» para eximir-se; houve uma mudança do efeito inercial” (Lorenzetti, 2002, p. 277, tradução nossa).

8 “A regulação clássica, própria da legislação do século dezenove que associou o dever jurídico de reparar à reprovação da conduta, está em crise: a responsabilidade civil evoluiu de uma dívida de responsabilidade e um crédito de indenização (Lambert-Faivre); hoje importe a injustiça do dano ante à injustiça da conduta geradora (López Olaciregui), porque os olhos da justiça estão voltados para o lado da vítima”. (Alterini, 2004, p. 151, tradução nossa).

9 LORENZETTI, Ricardo Luis. *El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?* *Boletín de la facultad de derecho*, núm.19, 2002. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BF-D-2002-19-10200/PDF>>. Acesso em 13/03/2017.

10 “No aspecto obrigacional tem um grande valor paradigmático e explicativo a doutrina que distingue entre dívida e responsabilidade, que tratou de trasladar a atenção da sujeição do devedor para a expectativa do cumprimento do credor sobre o patrimônio do *solvens*” (Lorenzetti, 2002, p. 277, tradução nossa).

Entretanto, é fundamentada a discordância das afirmações feitas por referidos autores, pois a suposta mudança de paradigma, na verdade, significa a ampliação substancial dos fatores de atribuição, que agora compreendem a culpa, o risco criado, o benefício obtido, a garantia ou a equidade.

O resultado disso, nas palavras de Papayannis (2014, p. 122), é que “Se ha abandonado el dogma de que no existe responsabilidad sin culpa, y esto resulta muy significativo¹¹”

Nesse viés, constitui um erro afirmar que o sistema baseado na culpa é essencialmente sancionador. Se assim fosse, não seria possível explicar a vigência do princípio de que não há responsabilidade sem dano, pois a conduta incorreta continua sendo incorreta ainda que não se tenha causado dano algum.

Apenas a título de ilustração, traz-se à baila o modelo sancionador do direito penal. Não se pode duvidar que o direito penal é sancionador. Entretanto na seara penal, existem os crimes formais e de mera conduta, ou seja, existe punição independentemente do resultado.

Ademais, em outra crítica àqueles que sustentam que o sistema era sancionar, deve-se salientar que o castigo em uma interpretação jurídica sistemática, pressupõe a racionalidade. Dessa forma, não se pode fundamentar no ordenamento jurídico um castigo sem que esse castigo seja justificado racionalmente. Então, para que racionalmente alguém seja sancionado, o castigo deveria ser proporcional à culpa do agente. Mas NÃO é isso que ocorre na responsabilidade civil.

Veja-se as palavras de Papayannis (2014, p. 124) sobre o tema:

Un castigo apropiado, entonces, debería ser proporcional a la gravedad de la culpa del agente. Pero esta proporcionalidad no se vê reflejada en la responsabilidad civil, ya que esta parte del ordenamiento jurídico no establece ninguna relación directa entre la gravedad de la acción y

11 “Foi abandonado o dogma de que não existe responsabilidade sem culpa, e isto é muito significativo”. (Papayannis, 2014, p. 122, tradução nossa)

el monto de la indemnización – que siempre se determina teniendo en cuenta el perjuicio sufrido por la víctima¹².

Pode então uma conduta dolosa, praticada com total desrespeito ao ordenamento jurídico, ensejar uma pequena reparação diante do pouco prejuízo causado. Entretanto, pode uma conduta meramente culposa (culpa leve) causar prejuízos enormes, ensejando desproporcionalmente uma sanção gravíssima a título de indenização para o agente causador desse dano.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade não é aplicado em sede de responsabilidade civil, pelo menos, não no binômio: gravidade da ação – montante a ser indenizado. Não pode então, um modelo dito sancionador, se fundamentar na inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade, pois este princípio constitui um elemento básico para compreensão da prática do castigo.

Outra crítica feita àqueles que sustentavam a existência de um modelo sancionador, consiste na ideia de que não é necessário que o agente causador do dano satisfaça a obrigação de ressarcir os danos causados com seu próprio patrimônio.

O dinheiro a ser utilizado para a reparação pode ser doado por alguém; pode ainda derivar do patrimônio de alguma seguradora, que por responsabilidade legal e contratual acaba por ressarcir a vítima.

Ora, qual seria a sanção àquele que praticou a conduta, causou danos e nada pagou concretamente? Se aquele que causa o dano nada paga a título de ressarcimento da vítima, frustrado estaria o castigo.

É também nesse sentido as palavras de Papayannis (2014, p. 125), que diz “cualquiera que sea el propósito del castigo, este se frustra

12 “Um castigo apropriado, então, deveria ser proporcional à gravidade da culpa do agente. Mas esta proporcionalidade não se vê reflexa na responsabilidade civil, já que esta parte do ordenamento jurídico não estabelece nenhuma relação direta entre a gravidade da ação e o montante da indenização – que sempre é determinada tendo em conta o prejuízo sofrido pela vítima”. (Papayannis, 2014, p. 124, tradução nossa).

completamente si no es el agente mismo quien assume las consecuencias de sus acciones incorrectas¹³”.

Por fim, a última crítica feita àqueles que sustentavam que o modelo anterior era o sancionador, consiste no fato de que a ação por responsabilidade civil é privada, ou seja, o direito privado é potestativo para a vítima (pode ou não ser exercido). Assim, consistiria a reparação mais em uma vingança privada do que propriamente um castigo, pois nos casos clássicos de castigo, v.g. ações penais públicas incondicionadas, a ação é pública, ou seja, um direito subjetivo da sociedade e não da vítima.

Assim, é forçosa a conclusão de que o sistema não era unicamente sancionador, pelos seguintes motivos sintetizados: a) inexistência de sanção civil para condutas incorretas que não causem dano; b) é inaplicável o princípio da proporcionalidade no binômio gravidade da ação – montante a ser indenizado; c) o agente causador do dano pode, em alguns casos, nada pagar concretamente a título de indenização, não havendo qualquer castigo/sanção; d) não pode a reparação consistir em uma vingança ao invés de um castigo racional.

De outra banda, também merecem críticas aqueles que defendem que o modelo atual é o reparador.

Na primeira interpretação do modelo reparador, o fator de atribuição no dano injustamente causado é a incorreção da ação, ou seja, a culpa. Entretanto, para explicar a responsabilidade por risco permitido, existem, pelo menos, dois fatores possíveis: a) causalidade (numa ação entre duas pessoas que agem licitamente, aquele que casou o dano deve reparar); b) benefício (é injusto que o causador do dano tenha benefícios e a vítima suporte os danos).

13 “qualquer que seja o propósito do castigo, este se frustra completamente se não é o próprio agente quem assume as consequências de suas ações incorretas.” (Papayannis, 2014, p. 124, tradução nossa).

O problema de adotar a causalidade para explicar a responsabilidade por risco permitido consiste em eleger quem são as pessoas que deram causa? Como definir a causalidade?

Se analisar as causalidades fáticas, existem muitas situações fáticas e, inclusive não é errado o raciocínio de que a vítima também contribuiu faticamente para o evento danoso, pois se tivesse ficado em casa, nada teria ocorrido.

Por outro lado, se analisada a intenção do agente causador do dano, havendo a intenção a ação passa a ser incorreta e o dano passa a ser injustamente causado e não um risco permitido.

A alternativa é a utilização de paradigmas de causas, ou seja, pela expectativa social pode-se prever quem é o causador do dano. Em outras palavras, havendo o dever de agir ou de não agir, por expectativa social, se a ação é contrária a essa expectativa, esse sujeito deu causa ao evento danoso.

A título de exemplo, se vejo alguém se afogando, tenho o dever por expectativa social de avisar o “salva-vidas” (é previsível que se avise) que naquele momento se encontrava distraído. Se o agente que viu outrem se afogando não avisou o “salva vidas”, ele deu causa ao evento danoso por expectativa social frustrada.

Também pode-se utilizar paradigmas de contribuição causal, nas situações em que o agente não deu causa, mas contribuiu para ela. Para exemplificar, contribui para o roubo de um estabelecimento comercial o vigilante que deixa seu posto de trabalho injustificadamente.

O problema dos paradigmas é que eles supõem a introdução de um critério normativo. Assim, se não há um dever normativo de atuar, a ação é lícita. Se existe um dever normativo de atuar, o dano passa a ser injustamente causado e não um risco permitido.

De outra banda, pode-se adotar o benefício para explicar a responsabilidade por risco permitido, onde a ação é lícita, mas o agente

teve um benefício com sua conduta. Há uma distribuição não equitativa entre benefícios e danos. A razão é de ordem distributiva.

Nesse panorama não é injusto que se introduza o risco. É injusto que a vítima suporte o dano. Isso leva à crença de que não existe o dever de não causar dano (*alterum non laedere*), mas sim o dever de compensar a vítima.

O problema de adotar o benefício para explicar a responsabilidade por risco permitido consiste em legitimar a conduta daquela que compensa a vítima. Em outras palavras, estaria o dinheiro legitimando condutas que causam danos. Ademais, a responsabilidade civil estaria pondo preço ao dano, ou seja, colocando preço ao direito de terceiros.

Na segunda interpretação do modelo reparador, admite-se a existência do princípio *alterum non laedere*, estando a chave para definir o dano injusto na sua falta de justificação.

Considerando que o dano injustamente sofrido é aquele causado pelo agente sem justificação, não seria injusto que a vítima suporte o dano, salvo se esse dano for decorrente do dever de abstenção de produção de dano a outrem.

São nesse sentido as palavras de Papayannis (2014, p. 128):

Si el daño injustamente sufrido es aquel que el agente causa sin justificación, entonces no es injusto que la víctima soporte el daño a menos que haya sido causado en violación del principio *alterum non laedere*¹⁴.

As críticas a essa segunda interpretação consistem na reintrodução da antijuridicidade como fator de atribuição e na existência de um círculo vicioso onde todo dano injustamente sofrido é um dano injustamente causado, ou seja, espelha exatamente o que seria o modelo sancionador.

14 “Se o dano injustamente sofrido é aquele em que o agente causa sem justificação, então não é injusto que a vítima suporte o dano, a menos que tenha sido causado com violação do princípio *alterum non laedere*” (Papayannis, 2014, p. 124, tradução nossa).

Pelo todo aqui exposto é forçosa a conclusão no sentido de que o modelo anterior não era sancionador e o modelo atual não é reparador. Os defeitos de ambos os sistemas consistem no fato de que são unilaterais e não bilaterais.

O que existe, na verdade, é uma mescla de ambos os sistemas, ou seja, uma interação entre ambos, com aplicação dos princípios sinderéticos, que consistem na capacidade para apreensão dos primeiros princípios da ética, com o oferecimento intuitivo de orientação para o comportamento moral.

Sobre o modelo de interação, são preciosas as palavras de Papayannis (2014, p. 123):

El modelo de interacción refleja mejor que los modelos analizados en las páginas anteriores la estructura normativa de la responsabilidad extra-contratual. La víctima tiene derecho a exigir una indemnización solo del agente dañador y este último debe una indemnización solo a la víctima. [...] La injusticia no se predica del daño ni de la acción realizada, aisladamente considerados, sino de la causación del daño en ciertas circunstancias que definen la injusticia de la interacción¹⁵.

Repise-se que aqui não se trata de intenção, mas sim de intuição, que leva à aplicação daquilo que intuitivamente se tem como melhor, ou seja, como a justa medida Aristotélica.

Nesse viés, quando da análise dos princípios sinderéticos, tem-se observados as seguintes acepções, sendo a sinderese considerada como sinônimo de: a) sensatez que cuida da conservação do indivíduo; b) voz da consciência e remorso; c) como luz da consciência para distinguir entre o bem e o mal; e d) como hábito que contém os primeiros princípios práticos, que são preceitos da lei natural.

15 O modelo de interação reflexa de maneira melhor que os modelos analisados nas páginas anteriores, a estrutura normativa da responsabilidade extracontratual. A vítima tem direito a exigir uma indenização somente do agente causador do dano e este último deve uma indenização somente à vítima. [...] A injustiça não se fundamenta no dano e nem na ação realizada, isoladamente considerados, mas sim na causa dos danos em certas circunstâncias que definem a injustiça da interação. (Papayannis, 2014, p. 130, tradução nossa).

Em síntese, consistem os princípios sinderéticos, na fórmula de Ulpiano¹⁶ (170-228): *honeste vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não lesar a outrem), *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).

Com efeito, são esses princípios sinderéticos que, para nós, fundamentam a responsabilidade civil hodierna, em uma mescla de modelo sancionador e reparador, sem que um modelo tenha superado o outro, ou seja, sem que tenha havido a suposta mudança de paradigma tão defendida doutrinariamente. Nesse aspecto, cabe salientar que se faz desnecessária a introdução de um critério normativo expresso para responsabilização, pois os princípios gerais do direito (positivamente normatizados) já servem como fundamento para tanto.

3. CONCLUSÕES

À guisa de conclusão, pode-se afirmar em sede de função da responsabilidade civil, que quando alguém não cumpre determinada obrigação, há a violação do dever jurídico (originário), surgindo então uma responsabilidade, qual seja, o dever jurídico (sucessivo) de reparar os prejuízos causados pelo não cumprimento da obrigação. Entretanto, não se pode esquecer que hodiernamente existem outras formas de responsabilização civil, havendo então uma mescla entre os sistemas sancionador e reparador.

Nesse viés, para o modelo sancionador o dano injusto só pode ser causado se o causador do dano atuou com culpa em sentido lato, querendo significar que se retirada a culpa, deixa de haver a injustiça. Assim, se o dano é injustamente sofrido é porque o dano foi injustamente causado e vice-versa. Dessa maneira, os danos injustamente sofridos e os danos injustamente causados coexistem (não têm nenhum elemento que não esteja em conjunto).

16 Ulpiano, *Digesta*, Livro I, Título 1, *De Justitia*, 10, § 1º - Aforismo jurídico.

De outra banda, no modelo reparador não existe essa coextensão. O dano injustamente causado é só um capítulo do dano injustamente sofrido, deixando a culpa de ser um fator de atribuição. Haverá, portanto, uma alternatividade de fundamentos para a responsabilização civil, sendo injustamente sofrido o dano, OU injustamente causado, OU decorrente do exercício da atividade de risco, OU por qualquer outra causa legal diferente da culpa, estando aqui o fundamento de possibilidade da exigência da compensação decorrente da violação dos direitos da personalidade, ainda que o dano não seja injustamente causado.

Em vista dos argumentos apresentados, também se pode afirmar que modelo atual não é o reparador, pois esse modelo não pode interagir com o princípio do *alterum non laedere* sob pena de ser reintroduzida a antijuridicidade como fator de atribuição. Ademais, caso seja feita essa interação, deve-se admitir novamente a coexistência dos danos injustamente sofrido e causado, tal como o modelo sancionador.

Com efeito, então, é forçosa a conclusão no sentido de que o modelo anterior não era sancionador e o modelo atual não é reparador, consistindo os defeitos de ambos os sistemas, no fato de que ambos são unilaterais e não bilaterais.

O que existe atualmente, na verdade, é uma mescla de ambos os sistemas, ou seja, uma interação entre ambos, com aplicação dos princípios sinderéticos, que consistem na capacidade para apreensão dos primeiros princípios da ética, com o oferecimento intuitivo de orientação para o comportamento moral. Nesse aspecto se faz desnecessária a introdução de um critério normativo expresso para responsabilização, pois os princípios gerais do direito (positivamente normatizados) já servem como fundamento para tanto.

Por isso tudo e tendo em vista os aspectos observados, também pode-se concluir que são esses princípios sinderéticos que fundamentam a responsabilidade civil hodierna, em uma mescla de modelo sancionador e reparador, sem que um modelo tenha superado o outro,

ou seja, sem que tenha havido a suposta mudança de paradigma tão defendida doutrinariamente.

4. BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA E GERAL

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALTERINI, Atilio Anível; AMEAL, Oscar José. LÓPEZ CABANA, Roberto. *Derecho de obligaciones*. 2ª ed. Atualizada. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco/Poética*; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. — 4. ed. — São Paulo: Nova Cultural, 1991. — (Os pensadores ; v. 2)

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959.

FERREIRA CUNHA, Daniela Moura. *Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Coimbra: Ed. Almedina, 2006.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. Artigo publicado na Revista da EMERJ, v.2, n. 5, 1999. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista05/revista05_207.pdf>. Acesso em 08/03/2017.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEONARDO, RODRIGO XAVIER. *Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://utp.br/tuiuticienciaecultura/ciclo_2/FCJ/FCJ%2030/PDF/art%206.pdf>. Acesso em 08/03/2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, um crédito de indemnización o una relación jurídica?* *Boletín de la facultad de derecho*, núm.19, 2002. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2002-19-10200/PDF>>. Acesso em 13/03/2017.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1955, v. 2.

MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, responsabilidade civil*, v.7. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Curso de direito civil, responsabilidade civil*. v.7. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PALACIOS, Leopoldo-Eulogio. *Cuatro aspectos de la sindéresis*. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1056/50.pdf>>. Acesso em 26/03/2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAPAYANNIS, Diego M. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2014.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

SÁ, Almeno de. *Relação Bancária, Cláusulas Contratuais Gerais e o Novo Código Civil Brasileiro – Texto apresentado no Rio de Janeiro no âmbito do Congresso Internacional sobre o Novo Código Civil Brasileiro*. In, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol LXXVIII, 2002*.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil, v. III*. 11ª ed. atual. Por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. 9ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1998.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. V. III, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 11ª edição. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2011.



L'ETRANGER DE ALBERT CAMUS: A INJUSTIÇA PRESENTE NO JULGAMENTO DE MEURSAULT

*Eduardo Jansen
Iomana Taiguara Veloso Barreto*

“Não há grandes dores em grandes arrependimentos, nem grandes recordações. Tudo se esquece, até mesmo os grandes amores. É o que há de triste e ao mesmo tempo de exaltante na vida. Há apenas uma certa maneira de ver as coisas e ela surge de vez em quando. É por isso que, apesar de tudo, é bom ter tido um grande amor, uma paixão infeliz na vida. Isso constitui pelo menos um álibi para o desespero sem razão que se apoderam de nós.”¹

1. INTRODUÇÃO

Entender o direito através da literatura nos permite recriar a realidade social com um olhar livre de formalidades e sob a ótica do autor, que com envolvimento e criatividade trata aspectos existenciais e fundamentais do homem, pautados na ética e na moral. Nos possibilita ainda, reflexionar com uma nova perspectiva sobre a iniquidade, a legislação, a política e o poder.

As obras camusianas demonstram perfeitamente o tesouro que é o universo literário aplicado ao direito. Em “L’Etranger” de Albert

¹ CAMUS, Albert. A Morte Feliz. Rio de Janeiro: Record, 1997. Tradução de Valerie Rumjanek. P. 54.

Camus, o personagem Mersault, um homem com uma vida simples e de personalidade indiferente, é submetido ao Tribunal do Júri em decorrência do cometimento de um homicídio sem motivos aparentes.

Vicente Barreto acentua que Camus usa da ficção para expressar a relação absurda entre o homem e os mecanismos sociais, como se a ficção fosse um suporte concreto do pensamento abstrato.² A essência do absurdo envolve toda a obra de Camus, reconhecida pela existência finita do homem em um universo incompreensível, constatada pela sua impotência de compreender o mundo e responder seus questionamentos. Investigaremos com maior profundidade essa característica destacada no enredo.

Analisaremos o desvio de finalidade presente no julgamento de Mersault, que naquele momento, é sentenciado por argumentos referentes ao seu comportamento socialmente inadequado e não pelo cometimento de um crime, sendo verdadeiramente condenado com a mais dura de todas as penas – a pena de morte.

Perante as questões apresentadas, objetivamos ainda, refletir sobre a injustiça presente no julgamento ao qual Mersault foi submetido e identificar no romance “L’Etranger” as influências morais no ato de julgar em detrimento dos fatos geradores da ilicitude.

2. LITERATURA E DIREITO

Compreender o estudo do Direito por meio da Literatura preconiza um novo modo de contar o Direito, formulado pelas consequências das normas jurídicas. É uma forma de entender o Direito a partir de seus efeitos e de seus reflexos concretos na sociedade. Desta forma, a Literatura permite reconstruir determinadas imagens sobre o mundo jurídico circulantes na sociedade e alcançadas pelo autor.³

2 BARRETO, Vicente. Camus: Vida e Obra. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p.143-144.

3 OST, François. Raconter la loi. Paris: Odile-Jacob, 2004, p. 45.

A literatura guarda papel grandioso na organização do homem e da sociedade, bem como na compreensão do direito. Devido a sua característica delatora, a literatura pode atuar como impulso recriador de transformações sociais e jurídicas capazes de contribuir no esclarecimento de casos relativos a justiça, a lei e ao poder. A obra literária funciona como um espelho da sociedade em que foi produzida, desprendida de quaisquer restrições linguísticas ou amarras formais.

O presente trabalho analisa a específica obra “L’etranger” de Albert Camus. Repleta de incoerência e envolvimento, a obra filosófica transparece questões fundamentais e existenciais do homem e da sociedade na busca pela ética espontânea e moral, analisando a aplicação direito e da justiça nas instituições jurídicas poéticas com toda originalidade e simplicidade de Camus.

3. BREVE RESUMO E ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A OBRA

Camus provoca até a atualidade o encanto da crítica literária por ter contribuído com o homem do seu tempo defendendo a liberdade individual, recusando mentiras e violência com obras simples, no entanto extraordinárias. Camus, apegado a sua terra natal, acredita no homem e deixa um grande ensinamento em sua obra: independente do mundo ser um lugar incompreensível, não desistir da vida vale a pena diante das belezas da natureza, do sol e do mar. Conforme Helder Ribeiro, (1996, p. 38) Camus viveu e representou nossos dilaceramentos, nossas nostalgias, afastou o desespero e não dizimou nossa esperança. No mesmo sentido, preleciona Vicente Barreto sobre a importância do estudo camusiano:

A importância da obra camusiana na hora presente transborda o interesse literário e insere-se no cerne da discussão sobre o destino do homem na segunda metade do século XX. Os estudos que foram, são e ainda por muito tempo serão escritos sobre Camus, testemunham a presença de suas ideias [...] Para a busca de seu destino e o reencontro de sua vocação, o homem ocidental deverá conhecer a obra camusiana.

O pensamento de Albert Camus representa para as gerações atuais uma fonte da qual poderão tirar ricos ensinamentos. (1997, p. 7).

O livro *L'etranger* é um convite as ideias camusianas, reunindo perfeitamente ficção e filosofia, e pondo em foco problemas políticos e sociais no mundo, bem como aspirações e frustrações humanas. A maior parte do enredo se produz na cidade de Argel, exceto o enterro da mãe de Mersault, que acontece em Marengo. Camus descreve a capital da Argélia, país situado no norte da África, como um lugar extraordinário e cheio de sol. O personagem Mersault representa o absurdo da vida humana de forma clara.

O conceito do absurdo é presente em *L'etranger* e em outros trabalhos de Camus, sentimento que o autor utiliza para compor Mersault com total ausência de esperança, lamento e resignação, usando o pessimismo como a lucidez para as experiências do homem no mundo. O absurdo de Camus tem provável influência do filósofo alemão Nietzsche, conforme Roberto de Paula Leite:

Em tudo o que escreve [Camus] deixou transluzir sua dolorosa visão, em que o homem procura substituir-se a Deus, fundar seu próprio cosmos a fim de que o paraíso seja encontrado aqui mesmo. Daí a indistintível admiração por Nietzsche, o qual fora o primeiro a abordar tal temática (LEITE, 1963, p. 10).

Conforme Camus, o homem vivendo na forma absurda da vida não acredita na salvação pelo divino. Nessas circunstâncias e sem qualquer esperança, é necessário revoltar-se como fuga ao absurdo⁴, analisando as características da revolta metafísica e histórica de acordo com o entendimento de Camus. Enquanto a revolta metafísica é considerada uma revolta mais ampla, por clamar ao divino um regramento

4 Para Camus, a revolta é a única forma de evasão existente ao absurdo. No mesmo sentido, Vicente Barreto (1991, p. 117) explica que a revolta é o meio disponível ao homem para reagir contra o absurdo. Uma vez que este homem nega o divino e a esperança, tem na revolta uma forma de ação possível.

perante o caos do mundo; a revolta histórica contraria os regulamentos de sujeição impostos pelos próprios homens. A revolta de Camus busca a justiça e retira a violência.

O modo de vida do personagem Mersault em *L'etranger* descreve uma rotina constituída por atos simples e repetitivos. A trama tem início com Mersault descrevendo sobre a morte da sua mãe, sua visita ao asilo, o velório e depois o enterro. “Hoje, a mãe morreu. Ou talvez ontem, não sei bem. Recebi um telegrama do asilo: Sua mãe falecida. Enterro amanhã.”(CAMUS, 2000, p.1). Notamos aqui, a frieza do personagem aos fatos que o cercam, comparecendo ao enterro de sua mãe sem demonstrar qualquer tristeza, choro, ou emoção, sendo indiferente e pondo suas vivencias no mesmo grau de significação, fatos estes que seriam mais tarde causas de sua condenação a pena de morte. O equilíbrio da vida inerte de Mersault é arrebatado quando ele recebe um convite para ir à praia passear com amigos, e encadeado pelo sol, assassina um árabe.

A fatalidade do assassinato cometido por Mersault marca uma enorme mudança na vida do personagem em *L'etranger*: antes do crime o personagem vivia uma vida tranquila com seu emprego e seus pequenos momentos de lazer, como banho de mar e idas ao cinema, após o assassinato Mersault é preso, não tem mais contato com a natureza e fica sujeito a legislação da sociedade. A segunda parte da obra segue com o processo de instrução do personagem, seu comportamento na prisão e seu julgamento final. A partir de então, temos os primeiros pensamentos de Mersault quando preso, e a tênue linha que divide os pensamentos de homem livre e homem prisioneiro.

Mersault se comporta em seu julgamento da forma como se comportou em toda sua vida: de forma simples e como mero espectador, reagindo normalmente a margem das questões, com respostas como: “talvez”, “tanto faz”, ou “isto não quer dizer nada”, em situações que normalmente uma pessoa comum reagiria com grande euforia e contentamento, demonstrado na obra *L'etranger*, por exemplo, quando

Mersault é surpreendido por Marie perguntando se quer casar com ela, ou quando seu empregador lhe oferece uma melhor oportunidade de trabalho, e este se mostra sempre indiferente a qualquer coisa.

Outro aspecto importante do personagem é marcado pela característica da silenciosa revolta em afirmar “não” ao que ele verdadeiramente não acredita, independente das convenções sociais. O personagem expressa esse não, por exemplo, quando se recusa a fazer parte do jogo de mentiras no momento do seu julgamento ou quando não chora, nem demonstra qualquer sentimento no enterro de sua mãe. Mersault questiona: “porque chorar se estava com calor e cansado?”, o não subentendido no seu juízo, revela na realidade um sim ao que ele verdadeiramente acredita, livre de disfarces ou pré-julgamentos. Para o personagem absurdo, honesto e apaixonado pela natureza de Camus, dizer não a mentira é dizer sim a justiça. Com o seu modo de agir descontextualizado com a sociedade, Mersault é visto como estrangeiro.

Em todo o julgamento, é notável no Tribunal o procedimento do promotor relatar a questão de Mersault não ter chorado no velório da sua mãe, como inaceitável e questão principal da acusação. Como se esse fato evidenciasse a frieza do réu bem como sua conduta social, devendo pois ser condenado.

E tentei continuar a escutar, pois o procurador começou a falar da minha alma. Dizia que se debruçara sobre ela e que nada encontrara, senhores jurados. [...] Foi então que começou a falar outra vez da minha atitude para com a mãe. Repetiu o que já dissera durante os debates. Mas falou muito mais longamente nisto, do que a respeito do crime [...] (CAMUS, 2000, p. 69-70).

O crime é esquecido e Mersault é condenado não pelo assassinato, mas pela ausência de sentimento em seu comportamento diante da sociedade. A obra “O estrangeiro” nos remete a reflexão do direito, do sentido do homem e da vida.

4. COMPLEXIDADE ÉTICA PRESENTE NA OBRA

Na trama, percebemos um personagem que marca seu comportamento pautado em circunstâncias momentâneas, suas necessidades físicas e seus impulsos, independente das consequências pós-tumas, afinal, para ele não existe imortalidade, mas simplesmente uma sequência de dias sem significado e uma existência vazia de propósitos. Em suas ações, acredita e aplica somente o seu julgamento, mostrando-se portanto inapto para convivência em sociedade.

Partindo-se do argumento que a moral deve pautar-se na ética para melhor regular a convivência entre todos, Vásquez distingue a ética da moral, dizendo que: “a ética é teórica e reflexiva, enquanto a moral é eminentemente prática. Uma completa a outra, havendo um inter-relacionamento entre ambas, pois na ação humana o conhecer e o agir são indissociáveis.”⁵ Mersault apesar de exprimir uma ética individualista, não tem um comportamento que possamos julgá-lo como amoral. O que há, é apenas uma conduta ética diversa daquela sociedade.

A equivalência entre a ética camusiana e kantiana são muito próximas no que concerne a necessidade do indivíduo realizar seus atos e adotar seu comportamento fundamentado em sua consciência ética. Tanto Kant quanto Camus acreditam na filosofia moral conhecida como moral independente, apoiada na razão e consciência humana.

Esmiuchando as duas filosofias encontramos princípios diversos. Vejamos. A filosofia kantiana expõe que não se pode agir se a máxima de sua ação não puder ser universalizada, de modo que não se pode atingir a verdade por um mal: não se pode mentir para conseguir um bem, nem sequer por razões altruístas.⁶ Camus segue entendimentos distintos e alega que “a revolta existe porque a mentira, a injustiça e a violência fazem, em parte, a condição do revoltado. Ele não pode, pretender não matar e não mentir sem renunciar à sua revolta e aceitar

5 VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

6 KANT, Emmanuel. On a supposed right to lie from altruistic motives.

de uma vez para sempre o crime e o mal. (...) Ele sabe o que é o bem e, contudo, pratica o mal embora contra a vontade.⁷⁷ Camus demonstra em suas obras um ajuste a realidade para conduzir uma contínua luta em busca da verdade.

Respeitante as teorias dos grandes filósofos quanto ao enredo da obra em análise, nos deparamos com uma ótica conflitante: enquanto na investigação pormenorizado do romance inferimos o comportamento instintivo de Mersault, sua carência de princípios e de preocupação social; na apreciação conjuntural percebemos sua racionalidade e seu compromisso com a ética pessoal. Com ausência de comportamento social o personagem o personagem além de vítima, passa a ser causador do absurdo existencial, tornando a própria filosofia incoerente. Camus tolera a possibilidade de uma ação ruim com consciência do seu fim. Mas Mersault não segue esse padrão, comete um assassinato sem esclarecimento coerente. De forma que o personagem não consegue esclarecer para si mesmo o que o fez cometer um assassinato, tão pouco para a sociedade ou as autoridades em seu julgamento.

A procura pela ética pautada na verdade, conforme a obra *L'Étranger*, demonstra a busca por uma nova concepção ética. Pois Mersault, apesar da sua indiferença social demonstra ser leal aquilo que acredita. Desse mesmo modo, a concepção moralista da ética deve ser esquecida para que o homem possa alcançar uma ética natural.

5. O EXISTENCIALISMO E A TEORIA DO ABSURDO DE ALBERT CAMUS

Para Camus, uma vez que o homem recusa o divino e a esperança, encontra na revolta uma forma de ação para reagir contra o absurdo. A filosofia existencialista conforme entendimento de Hélder Ribeiro⁸ tem uma tendência em colocar em cena, sem ação nem reação,

7 CAMUS, Albert. *O homem revoltado*. Lisboa: Livros do Brasil, p. 386.

8 RIBEIRO, Hélder. *Do absurdo à solidariedade: a visão do mundo de Albert Camus*. Lisboa:

a angústia que o homem nunca mais ultrapassa e que é o seu mais alto cume. Para Camus, no entanto, que jamais se considerou um existencialista, essa angústia analisada como limite do homem pode ser excedida pela revolta, afirmando: “Não, eu não sou existencialista [...] o único livro de ideias que publiquei, O Mito de Sísifo, era dirigido contra os filósofos existencialistas” (CAMUS, apud ARONSON, 2007, p. 104).

O conflito existencial do personagem de Camus compreende parte de sua filosofia do absurdo, já abordada em suas obras “O mito de Sísifo” (1942) e “O homem revoltado” (1951), sendo essencial compreender a teoria do absurdo no universo camusiano para entender moral e eticamente Mersault na obra “L’Etranger”.

Em O mito de Sísifo, Camus relata ser o absurdo o confronto entre fatos e ideias inconciliáveis, de forma que quanto maior a proporção das ideias ou fatos que se confrontam, maior a noção de absurdidade.⁹

O questionamento central conforme o pensamento de Camus é que se homem torna-se consciente da falta de significado ou valor objetivo de sua vida, como este pode lhe dar significado em um universo tão absurdo? Camus responde estes questionamentos pautado na busca pela verdade na qual o homem possa acreditar na sua insignificante vida em que a única certeza oferecida é que “não pode haver absurdo fora de um espírito humano. Assim, como todas as coisas, o absurdo termina com a morte. Mas também não pode haver absurdo fora deste mundo. E é com esse critério elementar que eu julgo que a noção de

Estampa, 1996, p. 74.

9 “Há casamentos absurdos, desafios, rancores, silêncios, guerras e até acordos de paz. Para cada um deles, a absurdidade nasce de uma comparação. Tenho base, portanto, para dizer que o sentimento da absurdidade não nasce do simples exame de um fato ou impressão mas que ele brota da comparação entre um estado de fato e uma certa realidade, entre uma ação e o mundo que a ultrapassa. O absurdo é essencialmente um divórcio. Não está nem num nem noutro dos elementos comparados: nasce de sua confrontação “. CAMUS, Albert. O mito de Sísifo. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989, p.48-49.

absurdo é essencial e que ela pode figurar como a primeira das minhas verdades”.¹⁰

O homem revoltado quer encontrar unidade. Emerge de encontro a própria condição humana à procura da felicidade e a saída para o homem absurdo tem como particularidades, de um lado não atribuir importância a Deus ou ao destino e, de outro, ser lúcido quanto a questão da morte que é chegada aos homens, negando assim qualquer esperança.

De acordo com Jean Paul Sartre, em suas ponderações sobre O Estrangeiro, “o homem absurdo quer viver sem abdicar de nenhuma de suas certezas, sem dia seguinte, sem esperança, sem ilusões, e também sem resignação. Fixa a morte com uma atenção apaixonada e esta fascinação liberta-o: conhece a ‘divina disponibilidade’ do condenado à morte. Tudo é permitido, visto que Deus não existe e visto que se morre. Todas experiências são equivalentes, convém somente adquirir a maior quantidade possível delas”.¹¹

No tempo em que o homem vive, determina que o absurdo viva com ele. O suicídio é resolver pôr fim a vida e por conseguinte suprimir o absurdo. Logo, o homem absurdo vive de forma lúcida a condição humana que lhe é imposta e revolta-se. A revolta de Mersault consiste em estar fora do contexto social imposto aos homens por meio de mentiras, de ilusões, da religião e da esperança. Sua revolta desperta sua consciência permitindo que ele seja lúcido. Mersault se recusa a jogar o jogo da sociedade. Ele quebra a lógica dos padrões sociais impostos e aceitos pela mesma sociedade que o julgou e o condenou. Viver lucidamente a condição humana que lhe é imposta pelo mundo sem esperanças é a própria revolta metafísica que aspira à ordem e à

10 CAMUS, Albert. O mito de Sísifo. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989, p. 49.

11 SARTRE, Jean Paul. Introdução. In: CAMUS, Albert. O Estrangeiro. Trad. Rogério Fernandes. Lisboa: Livros do Brasil, p. 12.

felicidade humana. O homem absurdo tem a certeza do seu destino opressivo, porém vive sem resignação.¹²

Levando em consideração que o personagem criado por Camus não quer concorrer com a justiça já existente, ele renuncia as máscaras usadas pela sociedade, contribuindo com o fim da revolta: a justiça. Não praticar a justiça em um mundo absurdo, aumenta ainda mais a iniquidade desse mundo. Concluindo Vicente Barreto (1991, p.83):

A revolta é em última análise a busca inconsciente de uma moral. Nas palavras de Camus, ela é uma forma de aperfeiçoamento do homem, ainda que cego. A exigência que o revoltado faz de si próprio, o equilíbrio necessário para manter-se fiel à sua própria revolta é o que o dignifica. Aquilo que exige do homem faz com que a revolta seja uma manifestação nobre do ser humano.

Para Albano Pepe¹³, a liberdade existencial de Mersault aprisiona-o ao mundo fático e circunstancial; sua vida lhe é informada por seus sentidos e sua existência responde apenas a um modo de ser atual, onde não existe passado nem futuro. Suas relações são instintivas e próprias de um estado de natureza que visa apenas a manutenção da vida. Mersault encontra-se preso entre o mundo das inclinações e o mundo das leis e dos princípios éticos, tornando-se verdadeiramente inapto à vida social.

Em análise ao comportamento de Mersault, percebe-se sua revolta contra as iniquidades do mundo e contra as mentiras empregadas na convivência em sociedade. A sua negação em mentir no momento do seu julgamento revela uma afirmação a integridade, honradez e lealdade a justiça seguida pelo personagem. Esse comportamento pode

12 SILVA, Angela Binda. A indiferença do Sol: Meursault, o herói absurdo em O Estrangeiro de Albert. Vitória: EDUFES, 2013, P. 121.

13 PEPE, Albano Marcos Bastos. Estranhamento, liberdade, a ética kantiana e o direito. Direito e psicanálise: interseções a partir de "O Estrangeiro" de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 30.

ser percebido várias cenas, como no momento das instruções dadas pelo advogado de Mersault, lhe orientando a dizer em julgamento que o motivo de não ter chorado no enterro de sua mãe seria porque havia controlado suas emoções. Entretanto, o personagem da trama se nega enganar o júri e as pessoas que assistirão seu julgamento, objetivando sempre a verdade.

O existencialismo se manifesta no panorama jurídico pela adoção de teses historicistas e positivistas. Cada ser humano possui as suas peculiaridades, seu modo de ser, sua existência própria. Em lugar de submeter os indivíduos a uma camisa-de-força, mediante padrões uniformes, o Direito deve abrir espaço para as preferências e personalizar os métodos jurídicos. Esse amoldamento do fenômeno jurídico às condições individuais constitui propriamente equidade, que significa uma adaptação da norma ao figurino do caso concreto, à justiça do fato real.” (NADER, 2007, p.235).

Apesar de viver a falta de sentido nas coisas e a condição absurda da vida, Mersault acredita que existem motivos para amar esse mundo. Ele nega o suicídio como meio de fuga ao absurdo e vive lucidamente sua comunhão com a natureza até o fim da obra. Condenado a pena de morte, Mersault conclui que foi feliz e ainda era. Quanto a vivência destas experiências Binda Silva ensina:

Enquanto a experiência do absurdo é vivida individualmente e encarada separadamente por cada indivíduo, a revolta é um movimento que ganha uma consciência coletiva. O homem que se sente tomado pelo absurdo alcança sua lucidez individualmente, e a partir daí entende que o sentimento de estranheza frente ao mundo que o toma é compartilhado com outros homens. Camus conclui em *L’homme révolté* que o homem sai da sua solidão a partir da sua revolta. (SILVA, 2013, P.123).

A revolta histórica por seu turno, nega os discursos políticos e ideológicos para salvação da humanidade e questiona a forma que a sociedade se organiza, por exemplo, um escravo que deseja sair do estado de sofrimento e injustiça, rejeitando sua submissão e querendo

a liberdade, como seu senhor. A revolta metafísica é de maior abrangência, e o revoltado por seu turno questiona a ordem criada por Deus. A revolta que acaba em destruição, segundo Camus, essa é ilógica. O homem se revolta por haver injustiças, mentira e abuso em sua volta. Não é em decorrência desse fato, que ele pode cometer violência, pois divulgar a singularidade da criação humana é força de vida e não de morte.

6. ASPECTOS JURÍDICOS A SEREM ANALISADOS NO JULGAMENTO: DIREITO PENAL DO AUTOR OU DIREITO PENAL DO FATO?

Muito se questiona se o autor de uma determinada conduta deve ser punido por sua conduta social (direito penal do autor); pelos fatos cometidos (direito penal do fato); ou ainda, pelos dois motivos simultaneamente.

Há países que adotam o direito penal do autor, mas no Brasil com o advento da Constituição de 1988 este foi quase completamente superado. Para caracterização do crime no Brasil é adotado o direito penal do fato. Nesse caso, para apontar penalmente uma pessoa por determinada conduta delituosa, se atribui ao Estado provar a conduta que lhe foi imputada.

Nesse momento não importam os antecedentes ou o comportamento social do suspeito, é dever do Ministério Público, por meios lícitos, satisfazer os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, provando o envolvimento do acusado, mesmo que este possua péssimos antecedentes. Essa é uma característica marcante do Estado democrático de Direito e consagrado na Carta Magna, garantindo o princípio da dignidade humana e impedindo a injustiça.

Não convém ao direito conter pensamentos e sentimentos, mas condenar um fato ilícito quando este causar um dano a terceiro, como forma de repressão ao crime, conforme ensina Silva:

Frise-se ainda, que só existirá punição quando for lesionado o bem jurídico de terceiro, não podendo ser punido pensamentos, sentimentos, autolesões, não punindo a pessoa por aquilo que ela representa, mas sim pela lesão ao bem de terceiro, também não ocorrerá sanção se a conduta, mesmo que desviada, não afetar terceiros. (SILVA, 2010, p.13).

Quanto ao momento da fixação da pena e regime de cumprimento, apenas nesse momento é adotado em nosso ordenamento o direito penal do autor, levando em consideração a vida pregressa, a reprovabilidade do autor do crime e seus antecedentes.

Diante dessas questões teóricas, analisaremos o desvio de finalidade presente no julgamento de Mersault, por ser condenado e reprimido por seu comportamento, seus sentimentos ou pela ausência deles. Não há julgamento do crime cometido, mas da personalidade do acusado por não ter chorado no enterro de sua mãe, explicando Mersault em seu discurso ao advogado:

Expliquei-lhe, no entanto, que a minha natureza era feita de tal modo que as minhas necessidades físicas perturbavam frequentemente os meus sentimentos. No dia do enterro, estava muito cansado e com muito sono. De forma que não entendi lá muito bem pelo que se passou. O que podia afirmar, com toda a certeza, era que preferia que a mãe não tivesse morrido. (CAMUS, 2000, p.45).

Os fatos que se seguem são denunciadores de uma justiça teatral e descomprometida com os fatos, evidenciando a crítica de Camus ao absurdo institucional da sociedade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao descrever o funcionamento da justiça no decorrer do processo de Mersault, Camus mostra como as instituições sociais, criadas

com o intuito de buscar a verdade e a justiça, tornaram-se, na verdade, obscuras e contraditórias. E, com o desejo humano por clareza – tornaram-se uma parte não-humana do absurdo.¹⁴

Consoante o pensamento de Camus o princípio da revolta é a injustiça do mundo. Suplicar pela vida, não significa protestar por mais vida, mas por razões dessa vida. Se é sabido que a morte põe fim a tudo, depois da morte não há mais sentido de luta. Então lutar contra a morte, seria lutar pelas razões da vida em uma perfeita ausência de sentido, exemplificando com *L'homme revolté*: A revolta não é propriamente pelo sofrimento que uma criança passa, mas pelo fato de que não se justifique por que essa criança sofre. Aceitam-se, por exemplo, a dor e o confinamento pelas razões da medicina. O que falta ao homem revoltado, então, é um princípio de explicação às coisas que o cercam.¹⁵

Nesse sentido, a preservação do homem pelo que julga verdadeiro é o seu único papel no mundo absurdo. O absurdo que Camus expõe em suas obras não é o fim, mas, ao contrário, o ponto de partida para a busca da felicidade.

Nesse enfoque, testemunhamos a revolta do personagem Mersault em não entregar-se as aparências e mentiras colocadas pela sociedade, permitindo a lucidez diante da desordem do mundo e justificando assim, sua resistência em beneficiar-se com mentiras em seu julgamento.

Camus demonstra através do injusto julgamento de Mersault as severas reprovações da sociedade de um homem honesto, cuja pureza sobrevive a tradição da moral atual, frente a um mundo incoerente, que ainda prioriza a manipulação das pessoas, a mentira e as emoções ainda que falsas. A obscuridade figurada pelo personagem atesta a complexidade de firmar uma teoria ética efetiva.

14 HALL, Gaston H. *Aspects of the absurd*. Yale French Studies. n. 25. Albert Camus, 1960, p. 28.

15 CAMUS, Albert. *L'homme révolté*. Paris: Gallimard, 1951, p. 509.

Fica evidente demonstrado na obra as injustiças aplicadas pela legislação e pelo sistema jurídico ao qual estamos inseridos. Na condenação do personagem, o real motivo de ser levado ao júri é esquecido, o direito penal do fato não é aplicado em detrimento do direito penal do autor.

O homem absurdo é aquele que compreendeu a situação paradoxal da condição humana. Ele é um homem consciente, pois reconhece seu papel de revolta frente às injustiças e opressões; ele compromete-se a lutar contra a servidão, a mentira e o terror; ele busca a longa cumplicidade dos homens em luta com o próprio destino.¹⁶ A liberdade que se luta, reivindica-a para todos, não se trata somente do escravo contra o senhor, mas também do homem contra o mundo do senhor e do escravo.¹⁷

As obras de Camus permanecem ao longo das gerações, tornando a justiça imaginável e a felicidade possível.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARONSON, Ronald. Camus e Sartre: O polêmico fim de uma amizade. Tradução de Caio Liudvik. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

BARRETO, Vicente. Camus: Vida e Obra. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

CAMUS, Albert. O estrangeiro. (L'Étranger) Trad. de Antônio Quadros. 1º ed. 2000.

_____. L'Étranger. Paris: Gallimard, 1942.

_____. L'homme révolté. Paris: Gallimard, 1951.

16 CAMUS, Albert. O homem revoltado. Lisboa: Livros do Brasil, 1951, p. 383.

17 CAMUS, Albert. O homem revoltado. Lisboa: Livros do Brasil, 1951, p. 384.

LEITE, Roberto de Paula. Albert Camus: Notas e estudo crítico. São Paulo: Edaglit, 1963.

NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. Assim falou Zaratustra. Tradução de Alex Marins. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

RIBEIRO, Hélder. Do absurdo à solidariedade: a visão do mundo de Albert Camus. Lisboa: Estampa, 1996.



SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN JUAN DE PASTO – COLOMBIA

Gerardo Esteban Dávila Caicedo

1. INTRODUCCIÓN

Importante resulta considerar que el gremio trabajador, desde su vinculación a la empresa, enfrenta una serie de retos para obtener permanencia en su lugar de trabajo. No nos referimos únicamente a la idoneidad y responsabilidad que han de caracterizar su actuar para conservar su trabajo, sino también, a una serie de peligros potenciales a los que permanece expuesto a causa o con ocasión de su desempeño laboral.

Han pasado ya dos décadas desde que las empresas vieron la imperiosa necesidad de integrar modelos de salud ocupacional en su afán de mitigar y prevenir una gran gama de riesgos a los que están expuestos sus trabajadores, lo cual redundaría a su vez en incremento de la satisfacción del talento humano vinculado a su organización, fomento de la productividad y bienestar en general. Corolario de lo anterior, Miguel Pérez García ¹ expresa que *con la denominación del trabajo decente, la Organización Internacional del Trabajo ha venido*

1 PÉREZ GARCÍA, Miguel. “Contratación Laboral, Intermediación y Servicios. La Tercerización Laboral y la de Bienes y Servicios”. Legis, Colombia, 2016, p. 236.

promoviendo el reconocimiento pleno de los derechos del trabajador, no solo en lo relacionado con su salario, sino también en lo referente a la seguridad social, vacaciones, protección a la maternidad y demás aspectos que implican una relación de trabajo seria. El término también incluye todas las garantías que conducen a tener una calidad de vida satisfactoria y ha desembocado, entre otras, en la exigencia a la sociedad de que valore la dignidad que corresponde a la persona, independiente de factores como su género, procedencia, religión, ideología o etnia.

Bajo esta perspectiva, importa destacar la importancia que tienen los sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en aras de prevenir enfermedades laborales en una entidad territorial gubernamental de orden local, de acuerdo a la división geopolítica del Estado colombiano, denominada Alcaldía Municipal de Pasto que funciona en la capital del Departamento de Nariño, ubicada en el extremo sur del país colombiano cuya ubicación limítrofe se da con la hermana República del Ecuador.

2. BREVE MIRADA A LA HISTORIA DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN COLOMBIA

La Ley 57 de 1957 constituye un conato jurídico que intentó salvaguardar en Colombia la protección de la salud de los trabajadores, reglamentando algunas obligaciones del empleador de cara a las prestaciones sociales de sus trabajadores. Previo a su promulgación, el panorama era del todo desalentador: trabajadores sometidos a jornadas laborales extenuantes que no se compadecían de su dignidad humana, amén de los perjuicios sufridos por inminentes peligros a los que estaban expuestos por causa o con ocasión de su desempeño laboral cotidiano y que derivarían en lo que más tarde se denominaría enfermedad laboral ó accidente de trabajo. A esto se sumaba el abaratamiento de la mano de obra y la ignorancia de los derechos que les asistían, circunstancias éstas que fueron cediendo paulatinamente con

la industrialización de la economía y el crecimiento de diversas economías de mercado que finalmente habrían de desembocar en la producción de nuevas normas para mejorar sus condiciones de salud, seguridad e higiene.

A la Ley 57, le siguieron una serie de reformas legislativas para salvaguardar los derechos de los trabajadores, en especial en cuanto se refería a las convenciones colectivas de trabajo, las asociaciones sindicales y la jurisdicción ordinaria de los asuntos del trabajo. También se insistió en el Congreso de la República para crear una entidad previsional de carácter general que permitiera ofrecer un amplio portafolio de servicios de salud obligatoria a los colombianos, así como también asistencia frente a enfermedades profesionales y no profesionales, maternidad, invalidez, vejez, accidentes de trabajo y muerte, ante lo cual surgió el ISS -Instituto de Seguros Sociales – en el año de 1946, el cual sería abolido años después con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 que da vida al SGSS Sistema General de Seguridad Social y al Sistema General de Riesgos Profesionales –hoy riesgos laborales –. Este se erigió como uno de los avances más prolijos en la materia, pues Colombia le estaba confiriendo de una vez por todas el sitio que le ha correspondido al trabajador, reconociendo que el trabajo puede acarrear repercusiones, eventos o incidencias en la salud del mismo y que en consecuencia se debe optar por generarle bienestar y satisfacción que se alcanzan sólo al mejorar sus condiciones de trabajo.

La Ley 9ª de 1979, contiene un articulado que merece destacarse. Así, el artículo 84 de la ley en cita expresa que todos los empleadores están obligados a proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad, mientras que el artículo 85 expresa que todos los trabajadores están obligados a cumplir las normas del reglamento de medicina, higiene y seguridad que se establezca. A su turno, el artículo 88 estipula que toda persona que ingrese a cualquier lugar de trabajo debe allanarse al cumplimiento de las normas de higiene y seguridad establecidas en dicha ley y los decretos o resoluciones que la reglamenten.

El artículo 8 del Decreto 614 de 1984 ordena que la aprobación del Reglamento de higiene y seguridad para los lugares de trabajo deberá incluir el cumplimiento de los requisitos que en cada caso se exijan en materia de salud ocupacional y que las divisiones departamentales del trabajo deberán contar con el concepto de las dependencias responsables de la salud ocupacional en su jurisdicción para efectos de la aprobación del Reglamento de Higiene y Seguridad. Así mismo, el referido decreto contiene definiciones respecto a lo que debe entenderse por higiene industrial y seguridad industrial, y creó el Comité Paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo, complementado años después mediante las Resoluciones 2013 de 1986 y 1016 de 1989, así como también por los Decretos 1295 de 1994 y 1072 de 2015.

El 31 de marzo de 1989, se expide un acto administrativo de gran relevancia en pro del trato digno y responsable que merecen los trabajadores, con la entrada en vigor en el ordenamiento jurídico, de la Resolución 1016 *por la cual se reglamenta la organización, funcionamiento y forma de los Programas de Salud Ocupacional que deben desarrollar los patronos o empleadores en el país*, estableciendo así el deber de cada empresa, sin consideración a que pertenezca al sector público o al privado, de elaborar el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial.

El Decreto 1832 de 1994 tuvo por objeto señalar la Causalidad y la Tabla de enfermedades profesionales a cargo de la Presidencia de la República; decreto que en el año 2014 fue complementado con el Decreto 1443 de 2014 emanado del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, que se encargó de establecer directrices para la planificación e implementación del sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el trabajo.

Mediante el Decreto 1607 del 31 de julio de 2002, el Gobierno nacional señala la tabla de clasificación de actividades económicas para el sistema de riesgos profesionales, ante lo cual, la alcaldía municipal de San Juan de Pasto clasifica en riesgos tipo I, III, IV y V y código

de actividad económica No. 1751201 consistente en *empresa dedicada a actividades ejecutivas de La Administración Pública en general en el Nivel Local*²

Con la Ley 1562 de 2012 se definen con claridad algunos conceptos de lo que debe entenderse por enfermedad laboral, riesgo profesional y prevención, indicando que la primera de estas consiste en *aquella que es contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar*, en tanto señala que riesgo profesional *es la probabilidad de que un trabajador sufra un determinado daño durante la realización de su trabajo o por derivación de éste*. Acerca de la prevención, la define como *el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo*.

Así, queda claro que, en ejercicio del marco preventivo y protectorio, las empresas de naturaleza pública y privada deben efectuar una trazabilidad con los datos que recolectan de las enfermedades laborales y accidentes de trabajo originados en sus sedes o en el desempeño de las tareas cotidianas del trabajador con el fin no solo de recabar la información, sino también diseñar planes para su promoción y prevención –PIP–, e identificar aquellos trabajadores que tienen un mayor riesgo de exposición para atacar frontalmente la fuente o el medio que puede dar lugar al evento, todo esto en aplicación clara y precisa de lo contemplado en el Decreto 1443 de 2014.

A manera de colofón, el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo en cuanto a su aplicabilidad en la alcaldía de Pasto, se adopta en la actual administración pública³ mediante el Decreto 467

² Véase Artículo Primero Decreto No. 0645 del 21 de noviembre de 2016. Alcaldía de Pasto.

³ En virtud del proceso democrático colombiano y de las elecciones populares de alcaldes, concejales, gobernadores y diputados, los períodos de mandato de cada alcalde son por cuatro años, que en el caso bajo examen transcurre desde el 1° de enero de 2016 y se prolonga hasta el 31 de diciembre del año 2019.

del 26 de agosto de 2016, contentivo de afirmaciones y compromisos de la administración. En su decir, *el Alcalde Municipal de Pasto permanentemente orientará sus esfuerzos a través de la asignación del talento humano, recursos físicos y financieros necesarios para el desarrollo efectivo de actividades y programas así como los que se requieren para identificar los peligros, evaluar y valorar los riesgos presentes en la entidad que pueden generar accidentes de trabajo, enfermedades laborales y emergencias; estableciendo medidas de intervención y controles necesarios, con el apoyo del COPASST y del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, favoreciendo el bienestar de los empleados públicos, trabajadores oficiales y contratistas, así como, la eficiencia en el desempeño de las labores y la buena imagen organizacional*⁴

3. EL CASO ARGENTINO

El sistema jurídico de la República Argentina en los años setenta y ochenta perfiló en comienzo lo que años más tarde se constituiría en el sistema de salud ocupacional. Fue así como *se modificó la Ley de Accidentes de Trabajo (al imponerse topes a las indemnizaciones) y el sistema previsional (al sustituirse por un sistema de capitalización individual y fondos de jubilaciones y pensiones privados)* (Palomino y Senén, 1999, p. 32). *Sin embargo, siendo uno de los países de la región que llevó al extremo su estrategia flexibilizadora de las relaciones laborales para promover la creación de empleos y la inversión, tiene al terminar el siglo una de las tasas de desempleo más altas y atraviesa por una de las etapas más recesivas de las últimas décadas* (Palomino y Senén, 1999). *Como resultado de ello, este país ha comenzado a revertir —si se quiere, muy parcialmente— el proceso flexibilizador y nuevamente la legislación laboral es usada como moneda de intercambio político para conseguir el apoyo de los sindicatos al presidente en sus intentos por superar las limitaciones constitucionales para su segunda reelección. Las*

⁴ Véase <http://www.pasto.gov.co/index.php/politica-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo>

reformas flexibilizadoras de los noventa tuvieron un serio impacto sobre el mercado laboral, al crear una fuerte heterogeneidad y segmentación del mismo, muy semejante a la que se dio en los Estados Unidos, en la que perdieron más los trabajadores menos calificados y los de más bajos salarios. Igualmente, entre 1987 y 1988 la legislación experimentó cambios en las obras sociales, la negociación colectiva y el régimen sindical, para restablecer o regular derechos suspendidos o vulnerados durante la última dictadura militar (1976-1983). Ello ocurrió después de un fracasado intento del gobierno radical (1983-1989) por remover las bases institucionales del corporativismo sindical en 1984, lo que fue frenado en el Senado, donde había una mayoría peronista, aliada a las dirigencias sindicales tradicionales (ibid.)⁵

4. ALCANCE DE LA SALUD OCUPACIONAL DE LOS TRABAJADORES EN LA ALCALDÍA DE PASTO

Se ha elegido a los trabajadores pertenecientes a la alcaldía de Pasto por dos razones. La primera tiene estrecha relación con la vinculación que como funcionario público del nivel directivo poseo desde el año 2014 a la fecha y que me han permitido observar de cerca el desconocimiento sistemático de una gama amplia de normas que protegen en la materia a aquellas personas que estamos vinculadas a esta empresa gubernamental del orden local. La segunda, y no por eso de menor importancia, tiene que ver con la necesidad imperiosa de perfilar una propuesta que satisfaga los requerimientos de los trabajadores en cuanto al mejoramiento de su calidad de vida en el ámbito laboral.

Comencemos diciendo que los distintos objetivos que persigue la administración municipal de San Juan de Pasto como entidad

5 BENSUSAN, Graciela. “El Modelo Mexicano De Regulación Laboral”. Plaza y Valdés, S.A. de C.V., México, 2000.

pública, van desde el compromiso de *satisfacer las necesidades básicas de la comunidad, a través de la prestación de productos y servicios de calidad que garanticen la eficacia, la eficiencia y la efectividad de los procesos, contando con personal competente, recursos físicos, tecnológicos, financieros y ambientales, para garantizar una participación ciudadana activa, mediante una información oportuna y veraz, que asegure el mejoramiento continuo del Sistema de Gestión de Calidad*⁶

Como puede advertirse fácilmente, la alcaldía de Pasto centra sus esfuerzos en garantizar la efectividad de los procesos, a través del continuo mejoramiento del sistema de gestión de calidad. Lo que en ningún lado aparece, es el lugar privilegiado que debe conferírsele en toda Organización –máxime en tratándose de una empresa pública – al talento humano vinculado a la misma, pues este es el verdadero motor que orienta y se dirige indefectiblemente a alcanzar los objetivos y las metas trazadas en tal propósito. Bajo este panorama cobra mayor vigencia e importancia la reflexión de un reconocido autor y catedrático argentino según la cual se trata de *una sociedad cosificadora que, antes que sentir preocupación por las personas que trabajan y sus necesidades en cuanto personas, expresa su alarma por los costos –laborales, claro está– que ellas provocan y la relación de éstos con los limitados beneficios que se puede obtener de ellos*⁷

Más adelante habrán de exponerse en detalle los accidentes de trabajo y las enfermedades laborales de mayor ocurrencia en la alcaldía de Pasto, varias de estas que han venido acaeciendo bajo la mirada inerme de los funcionarios encargados de la prevención de factores desencadenantes, entre los que podrían de manera eficaz, a manera de ejemplo, promover e incentivarse capacitaciones en franja laboral a todos los trabajadores de la Organización con el fin de compensar la relación causa-efecto que deriva en enfermedades y accidentes, que, se

6 Véase <http://www.pasto.gov.co/index.php/politica-de-calidad>

7 ACKERMAN, Mario. "Si Son Humanos No Son Recursos". Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2016, p. 33.

traducen, en la generalidad de los casos, en ausentismos laborales y la consecuente pérdida financiera y productiva de la empresa, sin menoscabo del pago también de multas e indemnizaciones. Este es un tema de enorme trascendencia que, aunque no se pretende abordar en estas líneas, sabemos que diversos estudios han demostrado que la pérdida de la capacidad laboral de un trabajador causada por un accidente de trabajo o enfermedad laboral, deriva en una precipitada jubilación por invalidez o, lo que es tan, o más grave, en ausentismos permanentes del lugar de trabajo para asistir a terapias que pretenden restablecer el estado y las condiciones de salud de quien lo padece, pero que en la generalidad de los casos solamente constituyen terapias paliativas que se reflejan o traducen en pérdidas económicas para la empresa, sumadas desde luego al incumplimiento de objetivos y metas de la Organización.

Los riesgos a los que están sometidos los trabajadores de la alcaldía de Pasto, van desde la exposición a los de tipo ergonómicos, psicolaborales, físicos y químicos. Debemos insistir que, tanto en la administración municipal de Pasto, como en cualquier otra empresa, el fin último ha de ser la búsqueda constante para mitigar y controlar estos factores desencadenantes con el fin de mejorar las condiciones de trabajo mediante la realización de actividades sistémicas que faciliten la implementación, mantenimiento y mejoramiento en el transcurso del tiempo mejorando así las condiciones de bienestar de los trabajadores.

Otro de los aspectos que consideramos pertinente recalcar es que la alcaldía municipal de Pasto, y en general cualquier tipo de empresa, debe describir ampliamente no sólo los aspectos normativos respecto al sistema de seguridad y salud en el trabajo en lugares visibles de la organización –lo cual en el caso sub examine no se cumple – sino además señalar los requisitos establecidos, en aras de presentar un eficiente modelo que satisfaga la necesidad de prevención de enfermedades mediante la identificación de las causas que originan estas patologías, los factores de riesgo generales e individuales presentes y estrategias definidas de control y mitigación del impacto.

Los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo deben propender por efectuar una revisión minuciosa a la organización en los distintos ámbitos, pero teniendo presente siempre el direccionamiento de la entidad pública que analizamos en este escrito; no de otra forma se podrá expresar con claridad meridiana la política del sistema que al mismo tiempo debe ser concordante con la visión, misión y direccionamiento estratégico que se exteriorizan al cumplir los objetivos del mismo, los cuales, se insiste, van por una vía totalmente distinta a la del plurimencionado sistema: el sistema de gestión de calidad de la entidad no es afín al sistema de seguridad y salud en el trabajo. En síntesis, se denota una indebida y deficiente planeación de los objetivos generales que posee el sistema de seguridad y salud en el trabajo de acuerdo al marco jurídico de la entidad gubernamental antes citada. Lo que se avizora es entonces que al parecer se han venido planteando metas y recogiendo muestras estadísticas sin efectuar trazabilidad, lo que ha hecho incurrir en error a la entidad y ha soslayado los alcances y propósitos ulteriores respecto al alcance de lo que el legislador quiso plasmar en el ordenamiento jurídico. La administración municipal debe entonces enfocar sus esfuerzos en procura del mejoramiento continuo no solo de su SGC y satisfacción del cliente externo, sino también en el bienestar y seguridad de sus trabajadores en el sentido más amplio.

Mediante Decreto 0645 de 2016, la alcaldía de Pasto adoptó el reglamento de higiene y seguridad industrial de la entidad, el que nos trae de manera simplemente enunciativa, los diversos tipos de riesgos a los que está expuesto cada trabajador en la organización, veamos:

Tabla 1.

Riesgos Laborales Alcaldía de Pasto

RIESGOS FÍSICOS: <ul style="list-style-type: none">• Iluminación (luz visible por exceso o deficiencia)• Ruido (de impacto)	RIESGOS BIOLÓGICOS: <ul style="list-style-type: none">• Virus• Roedores• Residuos biológicos• Bacterias• Hongos• Mordeduras• Fluidos o excrementos• Picaduras
RIESGOS QUÍMICOS: <ul style="list-style-type: none">• Polvos orgánicos o inorgánicos• Líquidos• Gases y vapores• Material particulado	RIESGOS BIOMECÁNICOS: <ul style="list-style-type: none">• Postura (prolongada mantenida, forzada y anti gravitacional)• Movimientos repetitivos en miembros superiores• Esfuerzo• Manipulación de cargas
RIESGOS PSICOSOCIALES: <ul style="list-style-type: none">• Gestión organizacional• Características de organización del trabajo• Condiciones de la tarea	CONDICIONES DE SEGURIDAD: <ul style="list-style-type: none">• Mecánicos• Eléctricos• Locativos• Tecnológicos• Accidentes de tránsito• Públicos• Trabajo de alturas
FENÓMENOS NATURALES: <ul style="list-style-type: none">• Sismos• Erupción volcánica	

Fuente. Alcaldía de Pasto

Las medidas a adoptar por la entidad para la gestión del riesgo deben reflejar la correcta planeación en cuanto a la eliminación del peligro en la medida en que esto sea posible, bien sea disminuyendo la probabilidad de ocurrencia o la gravedad potencial de lesiones o daños, la identificación de peligros, evaluación y control de riesgos constituirán la herramienta más eficaz en la administración de la enfermedad de tipo laboral.

Muchos de los trabajadores, por no decir todos, pasan la mayor parte del decurso de sus vidas en función del servicio a los intereses estatales de la organización en la que laboran y, en el desempeño de sus tareas y funciones cotidianas, se hallan expuestos a multitud de factores que pueden favorecer su salud y bienestar, o, por el contrario, afectar directa o indirectamente su integridad física y mental. Por eso la alcaldía municipal de Pasto, debe disponer de todos los medios a su alcance para propender por el mayor grado de comodidad, salud y bienestar de sus trabajadores dado que el trabajo es una condición indispensable para el desarrollo personal, social, económico, familiar y debe gozar por ende, en términos de la Constitución Política de Colombia, de su especial protección.

Otras de las ventajas que puede arrojar la correcta planeación al interior de este sistema de seguridad y salud en el trabajo, tienen que ver con preservar el buen nombre de la organización, la credibilidad en cuanto al bienestar perseguido de la comunidad de trabajo y en cuanto a solidez frente a esta y los clientes externos, clima laboral organizacional positivo, disminución del ausentismo, prevención de imposición de sanciones y en general cumplimiento y responsabilidad social frente a la comunidad en general. De lo anterior se sigue entonces que los objetivos y las metas del sistema de gestión deben constituir el objetivo central de la alcaldía de Pasto, éstos deben especificarse y documentarse mediante uno o varios programas o planes de intervención que identifiquen claramente la manera como se va a conseguir un resultado

en particular, concretizando las actividades, asignación de responsabilidades, plazos, recursos, cronograma, entre otros.

Prácticas como los estilos de vida saludable al interior de la organización, enfocadas en temas preventivos mediante capacitaciones, ejercicios lúdicos, pausas activas de relajación visual, física y sensorial, así como la realización de actividades de esparcimiento en franja laboral, incentivos económicos después de las evaluaciones semestrales de desempeño laboral a quienes ocupan los primeros lugares, así como descansos compensatorios por haber participado de jornadas extenuantes, constituyen tan solo algunas de las estrategias que de manera eficiente vienen efectuándose en la alcaldía de San Juan de Pasto, que de alguna u otra forma redundan en el bienestar laboral de sus trabajadores. Sin embargo, debemos insistir en que las capacitaciones antedichas deben centrar sus esfuerzos en abordar temas como las mejores prácticas en aspectos ergonómicos y riesgo cardiovascular, postura adecuada en la oficina, estiramiento y movimientos de cabeza y cuello para distensionar, entre otros aspectos.

Punto clave, por el que muy pocas entidades se preocupan, y que se acentúa en la administración municipal de Pasto, en especial en el área en la que laboramos⁸ que tiene una marcada incidencia en resultados operacionales⁹, es el calzado de contextura flexible y blanda que se adapte al pie que debería portar este personal, ya que se mantienen

8 Subsecretaría de Justicia y Seguridad perteneciente a la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía municipal de Pasto.

9 El despliegue operativo de la Subsecretaría de Justicia y Seguridad se basa en varios trabajadores que deben efectuar recorridos constantes, diurnos y nocturnos para conducir por protección a infractores al Centro de Traslado por Protección en los términos de lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1801 de 2016 Código Nacional de Policía y Convivencia, todo ello en asocio de miembros de la fuerza pública y dependencias de la alcaldía de Pasto relacionadas –Policía Nacional, Migración Colombia, Ejército Nacional, Dirección administrativa de espacio público municipal, Personería municipal, etc. – por las doce comunas y en los diecisiete corregimientos y veredas que los conforman, con el fin de efectuar visitas de control a establecimientos comerciales respecto a los requisitos para su funcionamiento, control e incautación de pólvora, material pirotécnico, espuma de carnaval y productos cosméticos prohibidos, asistencia a reuniones con la comunidad, entre otros.

mucho tiempo parados, algunas veces a bordo de un camión de policía transportando infractores a un Centro de Traslado por Protección durante espacios diarios de cuatro a cinco horas –con el peligro adicional que representa para su integridad física –, y desplazándose de un lado a otro en jurisdicción del municipio de San Juan de Pasto que posee una extensión superficial de 6.181 kilómetros cuadrados¹⁰. Estos trabajadores entonces están expuestos potencialmente a desarrollar vena várica, deberían ser sometidos además a continuos y permanentes exámenes médicos con énfasis en la parte osteo muscular con fisioterapia y aplicación de encuestas de sintomatología ergonómica todo lo cual se ha solicitado expresamente a la oficina de Salud Ocupacional de la alcaldía de Pasto sin obtener respuesta alguna a la fecha.

Otra de las falencias visibles que hemos advertido al interior de la administración municipal de Pasto, es que no todas las sillas o mobiliarios son ergonómicas. Pese a que es notable que la entidad incurriría en costos considerables para dar de baja sillas obsoletas que no se compadecen del talento humano que forzosamente debe emplearlas, consideramos que reviste cabal importancia que el trabajador tenga la posibilidad de graduar el espaldar, apoyar los codos y en general tener una posición adecuada que salvaguarde su salud, le evite lesiones cervicales y reúna las condiciones mínimas de comodidad en su trabajo.

La actual administración municipal, desde comienzos del año 2016, trasladó varias de sus dependencias a una nueva sede administrativa que adquirió el municipio mediante un empréstito en el año 2015. Irónicamente, las instalaciones a las que nos referimos, ubicadas en el barrio San Andrés de la ciudad capital de Departamento, Pasto, albergó en el pasado al extinto Instituto de Seguros Sociales, entidad previsional a la que ya nos hemos referido en el presente escrito. En estas instalaciones, en el afán de desobtaculizar el ingreso a la administración municipal del cliente externo y de facilitar los trámites de

10 Véase <http://www.pasto.gov.co/index.php/nuestro-municipio>

la administración pública, se olvidaron los rasgos distintivos que han de favorecer a su talento humano, concretamente en cuanto atañe a la comodidad, salubridad y bienestar en general. Esta afirmación se basa en continuas y reiteradas quejas de quienes ocupan el segundo piso del edificio de esta sede administrativa, pues allí se han ubicado, en condiciones de hacinamiento, a varios inspectores de policía que lejos de contar con espacios privados al tener que atender audiencias y ventilar en sus despachos procesos como querellas penales, querellas civiles, otorgar protecciones policivas, entre otros, cuentan ahora con escritorios modulares carentes de la privacidad y comodidad que debe caracterizar el cumplimiento de sus funciones, todo lo cual se ha puesto en conocimiento de la Subsecretaría de Apoyo Logístico y de la Oficina de Salud Ocupacional de la mentada alcaldía, sin que hasta la fecha exista un pronunciamiento oficial. Lo anterior parecería no incidir de forma marcada en cuanto al objeto del presente artículo, sin embargo, una mirada más acuciosa nos permite evidenciar que son servidores públicos que debido a la precariedad en las instalaciones “modernas” están sometidos desde hace ya casi dos años a estados agudos de ansiedad, depresión, fatiga, debilidad, insomnio, todo lo cual ha generado no solamente una gran tensión con el suscrito – en condición de superior jerárquico- sino también la continua desobediencia, insubordinación, ausentismos laborales prolongados, enfermedades de base como dolores crónicos de cuello, diabetes, obesidad, y, no por ello menos grave, indebida aplicación del Código Nacional de Policía y Convivencia en cuanto a las multas que deben imponerse, las ratificaciones frente a la decisión del personal uniformado de la policía nacional respecto a cierres temporales o definitivos de establecimientos abiertos al público, indebida aplicación del decreto municipal de actividad pedagógica de convivencia o trabajo comunitario para conmutar comportamientos contrarios a la convivencia que generan aplicación de multas tipo 1 y 2, entre otros aspectos, todo lo cual ha generado una avalancha de procesos disciplinarios en su contra debido a las fallas sistemáticas en que

han venido incurriendo, la omisión en el ejercicio de sus funciones por un lado, y la marcada extralimitación de las mismas en el otro. Así, queda claro no solo el grado de afectación de estos trabajadores, sino la incidencia marcada, de manera directamente proporcional, entre el incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo y los niveles de deserción laboral que se han venido padeciendo por espacio ya de veintitrés meses.

Tabla 2.

Accidentes de trabajo y tipos de lesiones trabajadores alcaldía de Pasto

Género	Edad	Día de la Semana	Día/Mes/Año	Área o Sección	Localización	Lugar de Ocurrencia	Naturaleza de Lesión	Parte del cuerpo afectada	Tipo de Accidente
M	25-29	Sábado	28/01/2017	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Cara	Golpeado por
M	35-39	Domingo	22/01/2017	Dirección Plazas de Mercado	Fuera de la empresa	Área de prod. de servicios	Contusión, machucón	Espalda	Golpeado por
F	45-49	Jueves	02/02/2017	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Extremidad inf. izq	Golpeado por
F	40-44	Miércoles	22/02/2017	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Espalda	Caída al mismo nivel
F	40-44	Lunes	06/02/2017	Despacho del alcalde	Dentro de la empresa	Oficina	Contusión, machucón	Extremidad sup. izq	Caída al mismo nivel
F	30-34	Viernes	03/03/2017	Dirección Espacio Público	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Ojo	Golpeado por
F	25-29	Viernes	03/03/2017	Dirección Espacio Público	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Ojo	Golpeado por
M	30-34	Lunes	06/03/2017	Dirección Plazas de Mercado	Fuera de la empresa	Almacén-depósito	Distensiones, desgarro	Espalda	Sobre esfuerzo
M	30-34	Jueves	09/03/2017	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Espalda	Golpeado contra
M	45-49	Miércoles	29/03/2017	Dirección Plazas de Mercado	Fuera de la empresa	Área Prod. De servicios	Contusión, machucón	Espalda	Golpeado por
F	55-59	Jueves	20/04/2017	Secretaría de Salud	Dentro de la empresa	Escaleras	Contusión, machucón	Espalda	Caída de un nivel superior
M	25-29	Lunes	24/04/2017	Secretaría Gestión Ambiental	Dentro de la empresa	Área Prod. De servicios	Contusión, machucón	Mano derecha	Golpeado por
F	35-39	Jueves	27/04/2017	Secretaría Gestión Ambiental	Fuera de la empresa	Áreas deportivas	Contusión, machucón	Mano izquierda	Golpeado por
F	45-49	Jueves	04/05/2017	Casa de Justicia	Dentro de la empresa	Corredores	Contusión, machucón	Pie izquierdo	Caída al mismo nivel
M	55-59	Lunes	08/05/2017	Secretaría de Gobierno	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Espalda	Caída al mismo nivel
F	45-49	Sábado	20/05/2017	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Extremidad inf. izquierda	Golpeado por

**SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE
LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN JUAN DE PASTO – COLOMBIA**

F	30-34	Jueves	08/06/2017	Dirección Espacio Público	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Cara	Golpeado por
M	55-59	Martes	13/06/2017	Secretaría Planeación	Dentro de la empresa	Oficina	Contusión, machucón	Partes no especificadas	Caída al mismo nivel
M	50-54	Martes	20/06/2017	Dirección Espacio Público	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Distensiones, desgarro	Abdomen	Sobre esfuerzo
M	45-49	Miércoles	21/06/2017	Secretaría Planeación	Dentro de la empresa	Oficina	Contusión, machucón	Extremidad superior izquierda	Caída al mismo nivel
M	60 o +	Jueves	06/07/2017	Secretaría de Tránsito	Dentro de la empresa	Oficina	Cortada, laceración, pinchazo	Dedos mano derecha	Golpeado contra
F	40-44	Viernes	14/07/2017	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Extremidad superior derecha	Golpeado por
F	45-49	Lunes	24/07/2017	D.A. Contratación	Dentro de la empresa	Áreas deportivas	Distensiones, desgarro	Extremidad inferior derecha	Sobre esfuerzo
F	45-49	Viernes	28/07/2017	Secretaría Infraestructura	Dentro de la empresa	Oficina	Cortada, laceración, pinchazo	Cráneo	Golpeado por
F	30-34	Lunes	31/07/2017	Secretaría de Hacienda	Fuera de la empresa	Áreas deportivas	Sin lesión aparente	Extremidad inferior izquierda	Golpeado por
M	55-59	Viernes	08/09/2017	Subsecretaría Apoyo Logístico	Dentro de la empresa	Área prod. De servicios	Distensiones, desgarro	Espalda	Sobre esfuerzo
M	30-34	Miércoles	27/09/2017	Dirección Plazas de Mercado	Fuera de la empresa	Áreas deportivas	Distensiones, desgarro	Espalda	Sobre esfuerzo
F	45-49	Miércoles	27/09/2017	Secretaría Planeación	Fuera de la empresa	Áreas deportivas	Contusión, machucón	Hombro izquierdo	Caída al mismo nivel
F	50-54	Miércoles	27/09/2017	Dirección Plazas de Mercado	Fuera de la empresa	Áreas deportivas	Contusión, machucón	Espalda	Caída al mismo nivel
F	50-54	Jueves	28/09/2017	Secretaría Bienestar Social	Dentro de la empresa	Escaleras	Distensiones, desgarro	Pie izquierdo	Reacción corporal
M	55-59	Viernes	29/09/2017	Subsecretaría Apoyo Logístico	Dentro de la empresa	Almacén-depósito	Contusión, machucón	Ojo	Golpeado por
F	55-59	Lunes	02/10/2017	Secretaría de Salud	Dentro de la empresa	Oficina	Contusión, machucón	Mano derecha	Golpeado contra
F	55-59	Martes	01/12/2015	Secretaría Gestión Ambiental	Dentro de la empresa	Oficina	Contusión, machucón	Extremidad inferior izquierda	Caída de nivel superior
M	50-54	Miércoles	03/02/2016	Subsecretaría Apoyo Logístico	Dentro de la empresa	Almacén-depósito	Luxación, esguince	Mano derecha	Sobre esfuerzo
F	45-49	Lunes	15/02/2016	Secretaría de Tránsito	Dentro de la empresa	Oficina	Contusión, machucón	Extremidad inferior derecha	Caída de un nivel superior
M	35-39	Lunes	29/02/2016	Oficina de Comunicaciones	Dentro de la empresa	Oficina	Fractura	Nariz	Golpeado contra
M	40-44	Jueves	03/03/2016	Secretaría de Hacienda	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Otros	Caída al mismo nivel
F	50-54	Miércoles	09/03/2016	Secretaría de Educación	Dentro de la empresa	Áreas deportivas	Contusión, machucón	Dedos mano derecha	Golpeado contra
F	40-44	Lunes	04/04/2016	Seguridad y Salud en el Trabajo	Dentro de la empresa	Baño	Contusión, machucón	Extremidad superior izquierda	Caída al mismo nivel
F	50-54	Viernes	15/04/2016	Dirección Plazas de Mercado	Dentro de la empresa	Oficina	Luxación, esguince	Pie izquierdo	Sobre esfuerzo

GERARDO ESTEBAN DÁVILA CAICEDO

F	30-34	Viernes	22/04/2016	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Otros	Golpeado por
M	25-29	Miércoles	13/07/2016	Dirección Espacio Público	Dentro de la empresa	Calles y vías públicas	Cortada, laceración, pinchazo	Extremidad inferior izquierda	Golpeado por
F	25-29	Martes	09/08/2016	Secretaría de Gobierno	Dentro de la empresa	Oficina	Contusión, machucón	Extremidad superior izquierda	Caída al mismo nivel
F	25-29	Domingo	21/08/2016	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Sin clasificar	Golpeado por
F	35-39	Jueves	28/07/2016	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Extremidad inferior izquierda	Golpeado por
M	35-39	Jueves	15/09/2016	Secretaría de Gestión Ambiental	Fuera de la empresa	Áreas deportivas	Contusión, machucón	Extremidad inferior derecha	Caída al mismo nivel
F	25-29	Martes	28/08/2016	Dirección Espacio Público	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Boca	Golpeado por
M	50-54	Jueves	15/09/2016	Dirección Espacio Público	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Extremidad inferior derecha	Caída al mismo nivel
F	45-49	Viernes	22/07/2016	Secretaría de Gobierno	Dentro de la empresa	Área de prod. De servicios	Contusión, machucón	Extremidad superior izquierda	Golpeado por
F	35-39	Martes	09/08/2016	Secretaría de Gobierno	Dentro de la empresa	Oficina	Contusión, machucón	Extremidad superior izquierda	Caída de un nivel superior
M	40-44	Sábado	03/09/2016	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Otros	Accidente vehículos motoriz.
M	25-29	Martes	30/08/2016	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Partes no especificadas	Golpeado por
M	60 o +	Miércoles	25/05/2016	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Extremidad inferior izquierda	Golpeado por
F	60 o +	Jueves	15/09/2016	Secretaría de Gobierno	Fuera de la empresa	Áreas deportivas	Contusión, machucón	Extremidad inferior derecha	Caída al mismo nivel
M	55-59	Jueves	15/09/2016	Dirección Plazas de Mercado	Fuera de la empresa	Áreas deportivas	Contusión, machucón	Dedos mano derecha	Caída al mismo nivel
F	35-39	Jueves	15/09/2016	Secretaría de Educación	Fuera de la empresa	Áreas deportivas	Contusión, machucón	Extremidad inferior derecha	Caída al mismo nivel
M	60 o +	Viernes	07/10/2016	Secretaría Desarrollo Comunitari	Dentro de la empresa	Oficina	Cortada, laceración, pinchazo	Dedos mano izquierda	Fricción y raspadura
F	55-59	Jueves	06/10/2016	Secretaría de Agricultura	Dentro de la empresa	Estructuras	Cortada, laceración, pinchazo	Dedos mano derecha	Fricción y raspadura
F	55-59	Miércoles	05/10/2016	Secretaría de Agricultura	Dentro de la empresa	Estructuras	Contusión, machucón	Nariz	Golpeado contra
M	60 o +	Viernes	21/10/2016	Secretaría de Salud	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Sin clasificar	Accidente vehículos motoriz.
M	25-29	Miércoles	02/11/2016	Secretaría General	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Mano derecha	Golpeado contra
M	30-34	Miércoles	23/11/2016	Dirección Plazas de Mercado	Fuera de la empresa	Áreas deportivas	Contusión, machucón	Mano derecha	Caída a un nivel más bajo

**SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE
LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN JUAN DE PASTO – COLOMBIA**

M	30-34	Jueves	17/11/2016	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Pie derecho	Golpeado por
F	30-34	Viernes	14/10/2016	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Partes no especificadas	Golpeado por
M	40-44	Lunes	12/12/2016	Secretaría de Hacienda	Dentro de la empresa	Oficina	Contusión, machucón	Hombro izquierdo	Sobre esfuerzo
M	35-39	Martes	13/12/2016	Dirección Espacio Público	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Extremidad inferior derecha	Golpeado por
M	35-39	Martes	13/12/2016	Oficina de Comunicaciones	Fuera de la empresa	Área de prod. De servicios	Distensiones, desgarro	Extremidad inferior derecha	Caída al mismo nivel
F	40-44	Miércoles	21/12/2016	Seguridad y Salud en el Trabajo	Dentro de la empresa	Corredores	Distensiones, desgarro	Pie derecho	Golpeado por
F	30-34	Martes	22/11/2016	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Fractura	Mano derecha	Golpeado por
F	35-39	Miércoles	30/11/2016	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Extremidad superior izquierda	Golpeado por
M	40-44	Martes	08/11/2016	Dirección de Espacio Público	Fuera de la empresa	Calles y vías públicas	Contusión, machucón	Pie derecho	Golpeado por
M	35-39	Domingo	11/11/2016	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Otros	Contusión, machucón	Mano derecha	Golpeado por
M	40-44	Sábado	09/01/2016	Secretaría de Tránsito	Fuera de la empresa	Otros	Contusión, machucón	Mano izquierda	Fricción y raspadura

Fuente. Alcaldía de Pasto. Período comprendido entre el 01/01/2016 y el 30/09/2017

De la información extraída, podemos apreciar que se trata de 73 casos reportados ante la Oficina de Salud Ocupacional de la Alcaldía municipal de Pasto, acaecidos entre el 1° de enero del año 2016 y el 30 de septiembre del año 2017. De este gran total, el 52% corresponde a mujeres con 38 casos, mientras que 35 casos pertenecen a los hombres con el 48%.

En cuanto a los rangos de edad, encontramos que se reportan 22 casos de trabajadores cuyas edades oscilan entre los 30 a 39 años; 10 casos entre 40 a 44 años; 10 casos de 55 a 59 años, y que los de menor ocurrencia son aquellos trabajadores cuya edad oscila entre los 60 años o más, con 5 casos.

Los accidentes de trabajo ocurren con mayor incidencia fuera de la empresa con 44 casos (60%), mientras que dentro de la empresa fueron 29 casos (40%). De estos, los que representan el mayor porcentaje son la Secretaría de Tránsito con 20 casos (27%), seguida

de la Dirección de Espacio Público con 9 eventos (12%), la Dirección de Plazas de Mercado con 8 (12%), la Secretaría de Gestión Ambiental con 4 casos (5%), y con 3 casos las Secretarías de Salud y Hacienda y la Subsecretaría de Apoyo Logístico. Las dependencias de la alcaldía municipal de Pasto “más seguras” son el Despacho del alcalde (1%), la Casa de Justicia (1%), el Departamento Administrativo de Contratación Pública (1%), así como también las Secretarías de Infraestructura (1%) y Bienestar Social (1%).

Según la naturaleza de la lesión se registraron 55 casos de contusión, machucón (75%), y las partes del cuerpo mayormente afectadas fueron las extremidades inferiores con 15 casos, seguido de la espalda con 10 registros y las manos con 9 casos.

Finalmente, en cuanto al tipo de accidente, encontramos que 30 eventos se estructuraron como “golpeado por” (41%); mientras que 18 casos se presentaron por caídas del mismo nivel (25%).

De todo lo anterior, se evidencia que las dependencias de la alcaldía donde más frecuentemente ocurren accidentes de trabajo son aquellas cuyos trabajadores desarrollan tareas operativas en vías públicas y que por ende, ante su contacto con el público en general, registran exposición potencial al riesgo de sufrir agresiones físicas.

Con respecto a las enfermedades laborales en la alcaldía municipal de Pasto:

Tabla 3.

Enfermedades laborales y diagnóstico trabajadores alcaldía de Pasto

Fecha	Código	Descripción Diagnóstica
Enfermedad	Diagnóstico	
Laboral		
16/10/2016	M754	Síndrome de abducción dolorosa del hombro
20/05/2017	M751	Síndrome del manguito rotatorio
21/06/2017	M751	Síndrome del manguito rotatorio
30/06/2017	M190	Artrosis primaria de otras articulaciones

Fuente. Alcaldía de Pasto. Período comprendido entre el 01/01/2016 y el 30/09/2017

Así, puede entreverse que dentro de las enfermedades laborales u ocupacionales, la de mayor frecuencia es la del síndrome del manguito rotatorio. Sin embargo, y a manera de análisis por fuera de esta información oficial a la que hemos podido acceder después de varios intentos ¹¹, hemos advertido que en la administración municipal una de las dolencias, y al tiempo padecimientos, más frecuentes, es el síndrome del túnel metocarpiano ¹², sin que esta información aparezca relacionada en esta tabla. Ello podría deberse al rango temporal en el que ha sido solicitada la información –años 2016 y 2017 – o, podría deberse también a que los dos casos que identificamos jamás fueron reportados en debida forma al sistema de seguridad y salud en el trabajo de la Alcaldía de Pasto.

¹¹ Se suministró la información el día 6 de octubre de 2017 mediante Oficio No. 1491/960-2017 emanado de la Subsecretaría de Talento Humano.

¹² De acuerdo a dos casos puntuales que hemos identificado de compañeros de una de las dependencias de la Alcaldía de Pasto, en la que laboramos, denominada Secretaría de Gobierno.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

VIANA LÓPEZ, César. “Mediación laboral”. Dykinson, España, 2013.

BENSUSAN, Graciela. “El Modelo Mexicano De Regulación Laboral”. Plaza y Valdés, S.A. de C.V., México, 2000.

ACKERMAN, Mario. “Si Son Humanos No Son Recursos”. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2016.

PÉREZ GARCÍA, Miguel. “Contratación Laboral, Intermediación y Servicios. La Tercerización Laboral y la de Bienes y Servicios”. Legis, Colombia, 2016.

AIB (ACCIÓN INTEGRALISTA BRASILEÑA) - “LA ROSA VERDE”

Gilberto Cassuli

Me gusta desafiarme, crear obstáculos para mis narradores, y si fuera para definir mi tipo de escritura, diría que ella es rehén de mis lecturas, siempre dialogo con mis lecturas, pues soy, sobre todo lector, antes que escritor.

Carlos Henrique Schroeder

1. CONSIDERACIONES INICIALES

La materia Historia del Derecho puede ser vista de muchas formas, y a través de muchos medios de estudio a disposición del investigador, tornándose el acto investigativo en multidisciplinariedad. El Derecho, como toda ciencia –especialmente las llamadas Ciencias Sociales– no puede cerrarse en sí mismo y considerarse autosuficiente. El Derecho y la Justicia sobrepasan la vida humana real, por eso también son inter y multidisciplinarios como la vida misma. Es válido el estudio social e incluso antropológico, en sus diversos matices, con los medios capaces de revelar una situación fáctica jurídica. El estudio podrá estar galardonado en relatos jurisprudenciales de la historia de las personas (como por ejemplo: el período de la legislación no escrita), hasta en películas y novelas recientes, que retraten un tiempo y un espacio. Los hechos allí narrados reflejan usos y costumbres que

al transformarse en la ética y moral vigente, acaban por ser normalizados. Incluso, en virtud de las reglas positivas, de forma impositiva, influyen en la convivencia social, y hasta establecen culturas jurídicas impositivas.

Para este trabajo se eligió la literatura, como fuente del derecho colocado y los reflejos sociales como telón de fondo de una situación corriente, en determinado tiempo y espacio, por la imposición de normas de comportamiento social.

En ese sentido, la literatura como fuente descriptiva, clarifica el entendimiento y vigencia del Derecho, formando dos disciplinas complementarias e inseparables. Los cuestionamientos jurídicos –objeto central de estudio– en el transcurso de la obra literaria y en la narración de la historia de personajes, reflejan el pensamiento de la sociedad de una época.

Entre la ficción de la ley y la realidad de los hechos, la literatura podría quebrar la barrera en la aplicación de la Justicia, permitiéndole al Juez atender al clamor de la sociedad¹.

El mayor civilista brasileño, Clóvis Bevilacqua, al escribir sus Comentarios al Código Civil del 15.01.1919, ya se manifestaba a favor de la aplicación extensiva de las leyes civiles, recomendando el acatamiento de la literatura y otros medios para la consecución de la Justicia plena².

1 Dispone el art. 5º de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileiro (LINDB), Ley nº 4.657, del 04 de septiembre de 1942, *verbis*: Art. 5º: En la aplicación de la ley, el juez atenderá a los fines sociales a los que ella se dirige y a las exigencias del bien común.

2 *Si la ley es la expresión por excelencia del derecho, el juez es el órgano superior de su aplicación, dirimiendo las contiendas entre los particulares, declarando el derecho, homologando actos jurídicos, interponiendo su autoridad cuando sea necesario. Órgano vivo del derecho, no puede el juez eximirse de cumplir su misión bajo pretexto o fundamento de que la ley es oscura o indecisa, porque la vida social se mueve bajo la protección del derecho, y no puede interrumpirse, a la espera de que el poder legislativo, que funciona periódicamente, y elabora el derecho por vía de la discusión, esclarezca el punto dudoso. Es indispensable que el órgano de la aplicación del derecho tenga autoridad para afirmar, en relación a la especie, en la cual es llamado a intervenir, cuál es el sentido de la ley, y decida según su inteligencia. Es una necesidad social.* (BEVILACQUA, 1979, p. 109, traducción propia)

Para atender a los propósitos de la materia Historia del Derecho, se elige una novela; relato de una historia humana de ficción, o ni tanto, pues la mayoría de las personas allí citadas son conocidas, y los hechos, aunque novelados, reflejan algo real, o la propia realidad de una época. En el sentido y cualificación doctrinario del profesor Ricardo Rabinovich, quien justifica la elección por su validez jurídica, la **novela literaria** con tales fines, podría ser explicada:

¿Y la novela histórica? Es decir, aquel relato de ficción, que puede incluir personajes reales, enmarcado en un escenario pasado, donde a menudo se insertan hechos “verdaderos”. ¿Cómo puede incidir en los abordajes de nuestra disciplina? Se trata de un género que conoció un gran auge desde el siglo XIX. [...] Baste decir, empero, que casi no hubo una de ellas en que no se tratasen, con bastante relieve, cuestiones jurídicas. [...] El novelista histórico busca “reconstruir” el pasado, de manera muy semejante a la del historiador. Muchas veces lo hace con una genuina preocupación por concordar con los documentos existentes. En tal sentido, su relato posee una forma diferente, pero en muchos aspectos el fondo coincide. [...] no está realizando una tarea “científica”, goza de licencias abiertas. Puede, por ejemplo, crear personajes completamente ficticios, e intercalarlos con los verdaderos. Y, lo que quizás es más importante, nadie duda que puede llenar creativamente los espacios que las evidencias han dejado vacíos. [...]

Hay un género muy interesante, que floreció particularmente en Brasil, desde la segunda mitad del siglo XIX, y se proyectó sobre la siguiente centuria. Se lo ha denominado generalmente “novela de tesis” (“*romance de tese*”, en portugués). En él, los hechos históricos son empleados con una finalidad evidente y principal de incidencia sobre la comunidad con un objetivo concreto. Dice Salviano Santiago que las obras de este género “tienen por función obvia el desenmascaramiento de una situación que está encubierta por la ignorancia, por el prejuicio, por el atraso cultural o por la incapacidad de visión de un determinado grupo humano. (RABINOVICH-BERKMAN, 2014, p. 97-100)

La obra electa –**La rosa verde**– de apenas 127 páginas, de Carlos Henrique Schroeder; escritor, dramaturgo, cronista y periodista

catarinense (premio Clarice Lispector de Literatura 2010), a pesar de ser presentada como obra narrativa, se trata de una novela histórica, en los términos descritos arriba, cuyo guion está expresado en la solapa del libro referido:

En la primera mitad del siglo XX, movimientos de extrema derecha se expandieron por el mundo, con líderes como Hitler, Franco, Mussolini y la versión tupiniquim: Plínio Salgado. La Rosa Verde descubre los movimientos de la Acción Integralista Brasileña en la ciudad con mayor número de adeptos en proporción a su población: la Ciudad Integralista de Jaraguá. En esta historia, conocemos el romántico inveterado Bertoldo en sus años dorados hiperdimensionados por su memoria nostálgica y melancólica. Vemos una ciudad en su esplendor tragada por una ideología. Bertoldo se convierte en uno de los hombres fuertes del movimiento integralista y ayuda a dirigir una verdadera cruzada en nombre de la tríada: tradición, familia y propiedad. Los iconos de una generación, como Emilio da Silva, Oscar Nagel, Ricardo Gruenwaldt, Fernando Sacht y Ricardo Strelow (los tres últimos asesinados por opositores ideológicos) se mezclan con personajes ficticios en escenas líricas, que contrastan con la desnudez psicológica de la parte contemporánea del libro, donde nos encontramos décadas después, con el anciano Bertoldo y su problemática familia, buscando espacio en la naturaleza arbitraria de la vida y de la muerte en la Jaraguá industrializada del siglo XXI (traducción propia).

Dentro de ese contexto, se buscará analizar la importancia de ese movimiento político llamado Integralismo, y sus reflejos sociales y, principalmente, jurídicos.

2. DELIMITACIÓN DEL TEMA

El estudio, incluso teniendo como telón de fondo una obra escrita y, por lo tanto, limitada en sus contornos y propósitos, permite al investigador extender su trabajo a lo que, aun sin perder el contacto con el guion de la obra, se refiere a la misma época y a los hechos relacionados que informan sobre los propósitos, cualesquiera que sean, y sobre el ambiente social y jurídico allí vigente.

A este efecto se recurre a las enseñanzas basilares del profesor Rabinovich, en su libro *La Historia del Derecho*:

Parece imprescindible delimitar las áreas de investigación y de “reconstrucción”. Sin embargo, ello no debería jamás llevar a olvidar la unidad del interminable conjunto de la cultura humana y la infinita interrelación de sus elementos. [...] El investigador no ha de convertirse, al menos no hasta tal punto, en esclavo de sus propias reglas. Las fronteras están en el científico, en su mente, no en los objetos que se investigan. Pueden ser justificadas, explicadas, pero aun así son siempre arbitrarias. Sin embargo, es fundamental delimitar, y “conversar” al respecto con los receptores del trabajo, en su prefacio o en un acápite introductorio. (RABINOVICH-BERKMAN, 2014, p. 31-32)

Aunque se siguen las enseñanzas contenidas en este mismo libro, se busca delimitar el tema, en términos de sus apreciaciones:

2.1 DELIMITACIÓN CRONOLÓGICA DIACRÓNICA

La mención histórica de la obra involucra el período antes de la Acción Integralista Brasileña, fundada en el 7 de octubre de 1932, por Plínio Salgado y desaparecida en octubre de 1945, con reflejos sociales hasta el período de la Revolución Militar de 1964/1988³.

2.2 DELIMITACIÓN ESPACIAL

Los hechos analizados se enfocan en el municipio del Estado de Santa Catarina, considerado el más “camisa verde” (integralista) del país: Jaraguá do Sul, haciendo mención de la unidad ubicada en

³ A los efectos de las delimitaciones, al tiempo se lo considera como una magnitud que discurre, de un punto a otro [...]. Si el investigador escoge una parte de ese segmento, y estructura su relato en concordancia con el “paso” de ese tiempo, al modo de “primero sucedió esto y luego aquello, y más tarde eso otro”, se dice que la “reconstrucción” es “diacrónica”. [...] Algunas demarcaciones presentan un final abierto, como sucede cuando se lleva la pesquisa hasta la actualidad. Claro que, en ese caso, cuando se llega a la época presente, los criterios metodológicos del investigador serán los del periodismo y de la sociología jurídica, porque habrá salido del campo de la reconstrucción histórica. Pero eso no es un delito. (RABINOVICH-BERKAN, 2014, p.35-36).

la vecina ciudad de Blumenau. Por supuesto, los efectos políticos de la época se hicieron sentir en toda la región, así como en todo país⁴.

2.3 DELIMITACIÓN HEURÍSTICA

El libro base de este trabajo de investigación será siempre el de Carlos Henrique Schroeder (2005), sin embargo, como material de apoyo, podrán ser consultados otros libros históricos, periódicos de la época, periódicos fundados en Santa Catarina con el fin específico de divulgar el movimiento, como: el *Anauê* y el *Die Zukunft* de 1934 en Jaraguá del Sur, el *Pliniano* de Joinville, hoy *Diario Catarinense*; el *Flama* y el *Flama Verde* de 1936 en Florianópolis. También el *Jaraguá*, todavía en circulación, *O Correio do Povo* de Jaraguá, así como trabajos bibliográficos de los personajes que hacen parte del acervo del Archivo Histórico de Jaraguá del Sur, y trabajos académicos que versen sobre el tema, publicados por la Universidad Federal de Santa Catarina o la Católica de Jaraguá del Sur.

2.4 DELIMITACIÓN TEMÁTICA

Como delimitación temática, será seguido el guión del propio libro base, cualquiera que este sea, los efectos sociales y su herencia cultural y jurídica en el espacio estudiado, las referencias políticas, y el entendimiento y la interpretación legal de las normas, según la evolución ética vigente al momento de los hechos.

⁴ Además, las fronteras políticas suelen ser pésimas barreras socioculturales. Los habitantes de las provincias de Corrientes y de Misiones en las zonas aledañas al Brasil no es raro que estén emparentados con sus vecinos del otro lado, con los que comparten muchos hábitos y formas de ver el mundo, a pesar de la diferencia de idiomas. [...] La influencia cultural entre grupos humanos diferentes, incluso alejados, parece haber existido desde épocas remotas. Así, lo sustentan antropólogos como Joseph Campbell, con serios fundamentos. Más adelante, las similitudes lingüísticas, a veces plasmadas en idiomas comunes, y las hegemonías políticas incentivaron esos influjos. (IBIDEM, p.38).

3. LA NOVELA

Al inicio del libro el autor nos da una idea del guion.

¿Estaría él en una película muda, en blanco y negro; en otra época; en una encantadora callejuela parisina con los cafés abarrotados de escritores geniales, pintores revolucionarios y prostitutas? ¿O estaría en un reducto bohemio carioca de los años 30, poblado de malandros de toda especie? Se sabe apenas que es noche: ella corre desesperada, sus cabellos rubios sirven de guía. Él necesita alcanzarla, intenta, corre todo lo que puede, se esfuerza, pero siempre choca con alguien o tropieza, mientras ella parece deslizarse lejos de sus manos. (SCHROEDER, 2005, p.11 – Traducción propia)

Bertoldo (personaje central - tal vez de ficción, o quizás un apodo por razones de identidad) persiguiendo sus quimeras, en un momento de amnesia causada por una enfermedad degenerativa, acaba siendo socorrido por una banda de jóvenes muchachos, miembros de un núcleo de la Acción Integralista Brasileña (AIB), en una época donde el movimiento estaba compuesto por personajes que más tarde se convertirían en ilustres ciudadanos jaraguenses: el jefe del núcleo municipal Ricardo Gruenwaldt, el monitor Adel Miranda y el decurión Antonio Zimmerman; Augusto Sylvio Prodoehl, comandante de los scouts integralistas, Emilio Silva, secretario; y los coordinadores de distrito: Fernando Mees, de Hansa Humbolt; Juan Butschadt Junior, de Bananal; el padre Sebastião Escarzello y Julio Cassel, coordinadores de asuntos internos; Orlando Noronha, Luiz Emmrich y Benjamín Jack Riedtmann (este último alemán). Bertoldo se recupera, pero más nunca olvida la silueta y los ojos de la mujer que vio entre sus devaneos y alucinaciones. Más tarde traslada y fija ese sentimiento obsesivo en una joven Integralista, que creía ser la amada, pero con quien nunca se casó.

El libro, novelado, se basa en hechos reales. Bertoldo se suma a las filas del movimiento de extrema derecha –Integralismo– en la ciudad de Jaraguá del Sur (SC). La trama tiene su ápice en el período

Getulista y su desenlace, casi setenta años después, donde el escenario abarca un técnico de computadoras, una esquizofrénica y dos escritores, uno que se suicida misteriosamente como su ícono Ernest Hemingway, y otro en plena crisis creativa (que podría ser el propio escritor del libro).

En medio de esta trama, y mirando el movimiento liderado por Plinio Salgado, los usos y costumbres de la época, la cultura y las normas vigentes, es que se trata de desarrollar este trabajo investigativo.

4. ASPECTOS JURÍDICOS TRATADOS EN LA OBRA

El Integralismo en Brasil fue un movimiento inspirado en el Integralismo Católico, del cual, su fundador Plínio Salgado, era adepto y estudioso (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 2000). El movimiento promulga una concepción global y unitaria del cristianismo, reafirma la unidad doctrinal y, en ese sentido, aboga por un sistema de pensamiento aplicable a todas las necesidades de la sociedad; enfrentándose así, a las concepciones liberales y al idealismo socialista o comunista, que entienden la sociedad como un ente capaz de suplir los medios para resolver sus propios conflictos, relegando la religiosidad a una cuestión de foro íntimo, consensual.

La encíclica *Rerum Novarum* (1891), con sus concepciones políticas y sociales, se transforma en la cartilla del catolicismo integral, en defensa del pueblo cristiano, especialmente, las capas más pobres. Esta, sin ser contraria al mando burgués, pretende la inclusión de los menos favorecidos, lo que significa tener a la Iglesia como parte del Estado, es decir, contraria a los postulados de la Constitución laica. La Acción Social y la democracia cristiana se convirtieron en la filosofía del movimiento.

La Acción Integralista Brasileña nació en una reunión, entre algunos de los mayores intelectuales del país, nombres que se proyectaron en la política hasta después del período integralista, como Alfredo

Buzaid, Pimenta de Castro, Francisco de Almeida Prado, Almeida Salles, bajo la presidencia del entonces exdiputado federal, periodista, dramaturgo y escritor Plinio Salgado. El surgimiento se dio después de diversas tentativas, aplazadas como consecuencia de la eminente eclosión de la Revolución Constitucionalista de San Pablo el 9 de julio de 1932.

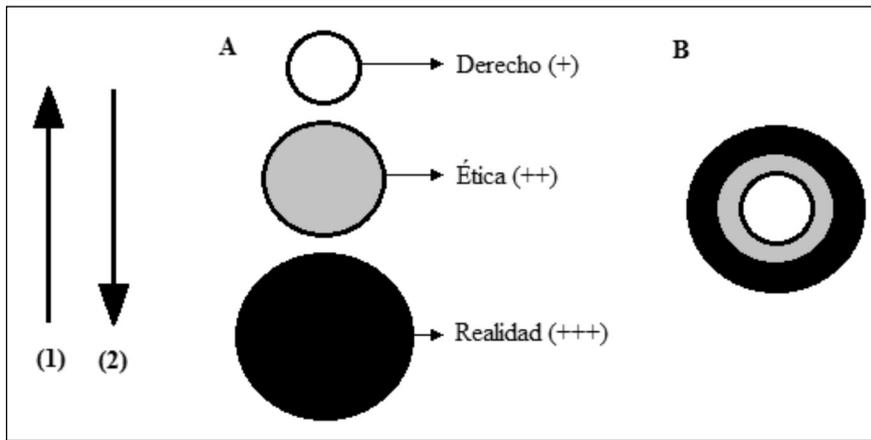
Al finalizar ese movimiento armado, el 3 de octubre de 1932 (durante muchos años las elecciones democráticas de Brasil ocurrieron el 3 de octubre en homenaje a esa fecha), o más específicamente, el 7 de octubre de 1932, fue proclamado el MANIFIESTO INTEGRALISTA (copia del documento anexo). Este manifiesto, con diez ítems normativos, sentó las directrices claves que orientarían el movimiento insurgente, e instituyó el lema; DIOS, PATRIA Y FAMILIA; valores éstos, para aquel entonces, entendidos como anticomunistas.

¿Cuál es la fuerza normativa de un documento insurgente?

Esta parece estar en la aceptación y el acatamiento de la norma por toda, o parte, de la comunidad receptora. Contrario al sentido de la historia Kantiana, donde el mundo de la libertad y el mundo de la naturaleza deberían sufrir un corte que separe el campo de la Ética del campo de la Ciencia. Miguel Reale (2003), en su Teoría Realista de las Normas (que no necesariamente son derechos positivados), recuerda el hecho de que el valor y la norma siempre están presentes y correlacionados en cualquier expresión de la vida jurídica. No es la idea descender a las menudencias del estudio del maestro, pero en materia de hecho normativo, no puede despreciarse su magistral visión del Derecho.

También Diana Cañal (2012, p.139) se inclina por el tema, presentándolo con un enfoque preciso, aunque no muy lejano de la Teoría Tridimensional. La norma, según la autora, como fuerza de ley imperativa, no se constituye uniformemente en todo el territorio nacional, transformándose en obligación per-se de todos sus ciudadanos. Su eficacia y aplicación dependen de su aceptación, de acuerdo con los parámetros de identidad cultural de la comunidad objetivo:

Figura 1



La flecha ascendente en la figura 1 indica las costumbres, que se vuelven morales, dándole sustento a la norma e ilustrando el hecho de que la realidad siempre supera el Derecho, o lo que es lo mismo, el Derecho no puede dar cuenta de toda la realidad. La flecha descendente en sentido inverso, como se puede apreciar en la imagen, indica la norma impositiva del derecho positivado de Kelsen, cuya obligación o coerción viene de una ley, que nace de una moral legislativa y que intenta ser aceptada en la base de la pirámide social, siempre quedando por debajo de las demandas reales de la sociedad. Este hecho cultural determina y rectifica, a veces, los movimientos insurgentes.

Insurgencia que, nos abstenemos de definir en términos propios, para hacerlo en base al excelente relato de César Amorim Krieger (2006, p.85):

[...] los insurgentes son una disidencia política y militar dentro de un Estado soberano, que resulta en un conflicto armado de gran escala, en que los rebeldes controlan un pequeño espacio territorial y pasan a mantener una estructura operativa capaz de obtener efectiva autoridad e influencia sobre la población que reside en ese lugar. Cuando esto ocurre, el partido insurgente normalmente reivindica alguna medida de reconocimiento, con sujeto internacional. [...] De manera general, la insurgencia es tratada de forma hostil por el Estado en el cual ocurre;

éste trata a los rebeldes como un asunto doméstico –criminales comunes– sujeto a Derecho Penal (traducción propia).

Y sobre el tratamiento atribuido por el Derecho Internacional, el autor continúa:

El reconocimiento de los insurgentes como sujetos de Derecho Internacional Público depende de la actitud y reacción de un número limitado de otros sujetos, y Estados, concediéndoles algunos pocos derechos y deberes, a aquéllos, dentro del marco internacional. [...] Deben considerarse los medios utilizados por el Estado para hacer frente a la insurgencia; éste puede aplicar medidas excepcionales [...] siempre y cuando se garanticen los derechos humanos y las libertades fundamentales. Por otro lado, las reglas del Derecho Internacional Humanitario deben aplicarse cuando las actividades de los insurgentes sean actos de guerra [...], que hagan uso de la fuerza militar. En este contexto, las normas que regulan las actividades de conflicto armado no internacional deberán ser aplicadas. [...] El Protocolo Adicional II de 1977, es el documento que define los grupos organizados y las fuerzas armadas en el caso de conflictos armados no internacionales [...]. (KRIEGER, 2006, p.86 – traducción propia).

Tales insurgencias también se dieron en Portugal y España. Si aquí no fueron tan férreos combates como allá, si se formó una movilización militar lista para la confrontación; se propiciaron diversas actitudes agresivas propias; y también otras, en represalias, perpetradas contra el movimiento por sus férreos adversarios, como: arrestos, asesinatos, persecuciones, aislamiento social y hasta deportaciones.

El MANIFIESTO INTEGRALISTA, y todos los demás edictos y órdenes expresados en periódicos, tenían para la comunidad regimentada, fuerza normativa y coercitiva, incluso no teniendo reconocimiento como Ley de Estado, ni como derecho positivado.

Aquí se ve que no se trataba de un positivismo metodológico, quizás estuviese más próximo a una teoría crítica de las normas. Por cierto, esas normas eran observadas rigurosamente por los componentes de los núcleos integralistas de todo el país. Esa fase pre-normativa,

ya se encontraba latente en los actos y manifestaciones de los intelectuales que componían la cúpula del movimiento. La idea anticomunista, por su parte, se difundía a través de los periódicos y otras informaciones de la prensa de la época, liderados por personas de tendencia de derecha anglo-americana (aunque negado por el movimiento); ideología que se había mantenido en la conciencia popular, desde los resquicios de la primera gran guerra, y que se había reavivado con la naciente dominación económica de estos países anglófonos, donde el cine se había convertido en un elemento dominante de la propaganda liberal, influenciando la moda de la época.

A pesar del *crash* de la bolsa de Nueva York, en 1929, y la consecuente caída de las exportaciones de café al interior de São Paulo, la influencia de ese liberalismo era visible en las vestimentas, trajes e imitaciones de héroes; algunos históricos, otros propaganda del régimen liberal. La situación, entonces, era propicia para la formación de convicciones y entendimientos políticos derechistas, que aunque controvertidos, se enfrentaban a una realidad que justificaba, para los insurgentes, tal racionalidad y fundamentos éticos.

Con tal oportunidad, una mente tan aguda como la de Plinio Salgado, hizo prevalecer sus convicciones, con cuidadosa arquitectura de las proposiciones, reforzadas por el miedo de la población a perder sus propiedades, en caso de establecerse un sistema comunista, tal y como creían. También temían la desestructuración de las familias y la posibilidad de ver manchadas sus creencias nacionalistas, que se veían reforzadas por el lema Integralista: DIOS, PATRIA Y FAMILIA.

En este sentido, la historia normativa es revelada por el momento histórico; momento reforzado por el anhelo y la manifestación política, como fenómeno cultural, aprehendido por la experiencia social y los juicios de valor. Es la historia haciendo ley, aceptando y acatando las creencias y valores comunes de una parte de la población. De esta manera, se comprende, de forma viva, que el sistema jurídico es histórico e ideológicamente construido; un sistema que, para ser

parámetro de armonía social –tal y como intenta ser– necesita ser socialmente validado y legitimado, algo que no se consigue sin embates y enfrentamientos.

El manifiesto era, entonces, una especie de Constitución del movimiento. Y hubiese sido base de norma jurídica (Ley), si hubiese prevalecido la dominación de los insurgentes y éstos hubiesen tomado el poder del Estado⁵.

En la analogía de la formación de las leyes y las reglas sociales, como coparticipación sobre normas jurídicas, se revela la conciencia legal de la comunidad. El proceso legal tiene eficacia cuando el ciudadano internaliza la obligatoriedad de la regla⁶. Por ejemplo, siguiendo las enseñanzas de la profesora Cañal, aunque no todos los juristas estén dispuestos a admitir que el Movimiento de los Sin Tierra en Brasil tiene la connotación de derecho, podríamos llamarlo de derecho alternativo, en una visión crítica, tal y como en el caso de los insurgentes Integralistas.

La Iglesia (léase católica) le daba, entonces, respaldo al movimiento. Citando la obra (p.31), se lee textualmente: “Con la bendición de la Iglesia formamos un estado fuerte que combatirá la amenaza

5 Sin embargo, cuando venga a configurarse el sistema con fuerza vinculante, que tenga el carácter de “lex ferenda” o de “sententi ferenda”, toda norma jurídica revelará su historia, pues éstas no surgen de la nada, sino siempre de un interés, de una necesidad, de un anhelo, de una utopía o de la manifestación de una conjetura política. El Derecho es un fenómeno cultural, delimitado por la experiencia social y por los juicios de valor. Es por eso que nada de lo que pasa en el mundo ocurre sin historia. En el plano empírico, la experiencia nos revela que el derecho positivo, si por un lado depende de criterios de conveniencia y de oportunidad, por el otro depende de una conformación con exigencias axiológicas en la perspectiva de algo mejor (FERREIRA DE MELO, 1998, p.20 – traducción propia).

6 De modo que en verdad esta inducción no se realiza sobre un objeto del mismo tipo que la rosa, porque cuando tratamos de determinar qué cosa es el derecho, lo que en verdad hacemos es analizar el proceso de inducción que realiza cada ciudadano cuando busca determinar si una regla pertenece al sistema: si es obligatoria; por lo tanto, si es derecho. En palabras de Hart, construimos nuestro “punto de vista interno” desde un “punto de vista externo”. Esto nos permite reflexionar que, más que un objeto estático, estamos observando uno dinámico, puesto que se trata de un proceso, el que solo se termina cuando el ciudadano “internaliza” la obligatoriedad de la regla.(CAÑAL, 2011, p.20)

comunista, liberal y del capitalismo imperialista (*como se ve, las convicciones no eran muy ideológicas, ni coherentes con cualquier facción de la época*). Brasil formará una raza superior a través de una mezcla de razas (blancos, negros, amarillos, etc.) que será el futuro de la humanidad: una sociedad armoniosa sin antagonismo de clases” (traducción propia).

Puede parecer extraña la Cartilla, pero no lo era, más bien era conveniente. El propio autor de la obra, en la misma página, aclara: “Años más tarde, investigando, vi que esos ideales no eran más que la relectura que Mussolini hizo de Marx, adaptada para Brasil, y además influenciada por los pensamientos nacionalistas del antimperialista Alberto Torres y el filósofo Farias de Brito” (traducción propia).

Aún si los postulados eran de idealismo dudoso o incluso contradictorio, no dejaron de hacerle un gran daño político al gobierno de Vargas, y crear creencias de días mejores entre sus adeptos.

En la base Jaraguanesa, las intenciones Integralistas se hacían ley. Debemos recordar que la autoridad máxima de estos ciudadanos era el Alcalde (interventor nombrado por el gobierno del Estado) y el Delegado de la Policía (nombrado por el Gobierno del Estado y ratificado por el Gobierno de la Unión), uno representante del poder legal y el otro del poder de la fuerza.

Jaraguá del Sur fue construida por inmigrantes atraídos por promesas gubernamentales, que ofrecían ventajas y asistencia para la ocupación de las tierras, hasta entonces inhóspitas. Fueron traicionados, al igual que otros inmigrantes de otras regiones brasileñas (como la Sierra Gaucha). Los sufrimientos para ocupar la tierra fueron indescriptibles; empleaban las pocas herramientas que habían llevado consigo, sin la asistencia médica a la que estaban acostumbrados, y todo lo demás que uno pueda imaginar. En los años de 1930 –cuando tiene lugar la historia– no son más que la segunda o tercera generación de inmigrantes, habiendo muchos que ni siquiera hablan portugués. Era natural entonces que estas personas aspirasen a una nación más

asistencialista y justa. No existe explicación histórica precisa sobre el porqué de la preferencia por el Integralismo en Jaraguá del Sur. Lo más probable era la existencia de diarios y periódicos simpáticos al movimiento, que circulaban estratégicamente, por estar la ciudad ubicada en un cruce ferroviario importante.

Nunca se sabrá si se alineaban o no con los ideales nazis. Se cree, sin embargo, que no, por dos premisas básicas: primero porque el movimiento integralista se declaraba frontalmente contra el nazismo, y segundo porque, para ser admitido en el cuadro nazi necesitaban ser alemanes nativos, o descendientes directos, y aquí, la colonización era de alemanes, pero también de italianos, húngaros y hasta polacos. Ya para la tercera generación, es probable que estuviesen mezclados. A esto se le añade la posibilidad real de alistamiento militar para servir en la II Guerra Mundial.

Debe observarse también que, aun anhelando construir una nación de "raza superior", la pretensión era inclusiva (blancos, negros, amarillos...), al contrario de la pregonada "pureza aria" de los nazis.

La Constitución del 16 de junio de 1934, que nunca entró en vigor a razón del golpe de Estado de Getulio Vargas, fue sustituida por la Constitución del 10 de noviembre de 1937 que, en su artículo 27, otorgó poderes a los Gobernadores de Estados para nombrar a los alcaldes de sus territorios⁷. El artículo 15, por su parte, centralizaba el poder de la policía, reservándole esa prerrogativa a la Unión⁸.

La Constitución de 1937, se inspiró en la carta magna portuguesa, promulgada durante el gobierno del dictador Antonio de Oliveira Salazar. Con el tiempo, ésta sería conocida como la "Polaca", por tener también una fuerte influencia de la dictadura polaca, además de un sentido peyorativo que no viene al caso discutir aquí.

⁷ Art. 27. El alcalde será de libre nombramiento del Gobernador del Estado (traducción propia).

⁸ Art. 15 Compete privativamente a la Unión: XXVI – organización, instrucción, justicia y garantías de las fuerzas policiales de los Estados y su utilización como reserva del Ejército (traducción propia).

El gobierno mantuvo, con mano de hierro, el orden vigente en el país, lo que sirvió para refrendar las persecuciones a los opositores del *Estado Novo*, especialmente, los Integralistas, otorgándole una autoridad despótica a los representantes nombrados por el gobierno central.

Es importante recordar, que la influencia del Gobierno Vargas –incluso con mano de hierro– era política, no económica. En 1954 (al final del Gobierno Vargas), sólo Industrias Reunidas Francisco Matarazzo; la industria brasileña más importante de la época, facturaba aproximadamente 350.000,00 *contos de réis*⁹, más que todo el presupuesto del Estado de São Paulo. En aquella época, sólo existían 1,2 mil kilómetros de carreteras asfaltadas (IBGE), lo que convertía a la nación en un conjunto de islas económicas, en torno a las principales capitales. Las comunicaciones eran precarias, y la presencia física del gobierno se hacía con prepuestos inescrupulosos a pequeños dictadores rurales¹⁰.

El movimiento Integralista en Jaraguá del Sur y región, estaba tan organizado que sus miembros marchaban uniformados, en los desfiles cívicos del 7 de septiembre y del 15 de noviembre (Independencia y Proclamación de la República, respectivamente), entonando el himno del movimiento¹¹.

Cabe acotar, la organización jurídica del movimiento. En las p. 40/44 del libro de referencia, el personaje Bertoldo (trabajado en primera persona, como si fuese el propio autor del libro), llevado por un ímpetu Integralista, se mete en una pelea –agresiones corporales– con

9 *Contos de réis*: expresión que indica un millón de *réis* (R\$ 1.000.000)

10 Datos disponibles en: <http://www.arquivopublico.ribeiraopreto.sp.gov.br/scultura/arqpublico/historia/i14_algodoeira.htm> Acceso em: 20 out. 2014.

11 “*Brasileños: ¡marchemos, marchemos! ¡no se vence temiendo al peligro! ¡A los traidores de la Patria, machacaremos! ¡Enfrentaremos a los viles enemigos! Compañeros de todo Brasil: ¡Anauê! Anauê sea el grito. Y el soldado de pecho viril, que tenga brazo de hierro y granito. En la defensa de la patria y de Dios, que enfrente las batallas, estoico, y en la guardia de la tierra de los suyos, que sea bravo, integral, fuerte y heroico*” (SCHROEDER, 2005, p.36 – Traducción propia).

un comunista, Wachoski, por lo que es llevado a juicio. *El juicio es descrito en el libro:*

[...] vamos a convocar al Consejo para votar por la expulsión del muchacho [...].

— [...] Tenemos que dar el ejemplo — dijo Emilio.

[...] Mi juicio sería la próxima semana, hasta entonces tenía terminantemente prohibido usar cualquier vestimenta que hiciese referencia al Integralismo y no podría ni hablar de él. [...] yo sería el primer integralista a ser expulsado del núcleo municipal. Le pedí a Cassel que intercediera por mí [...]. Él prometió ayudarme, desencadenándose una guerra entre bastidores: por un lado, Emilio da Silva, liderando el ala radical, y por el otro Cassel, el ala más liberal [...]. Gruenwaldt se mantuvo neutral. La votación fue intensa y con acaloradas discusiones. Seis votos a cinco, a mi favor, ¡gané! [...] pero Emilio más nunca me dirigió la palabra (SCHROEDER, 2005, p. 42-44 – Traducción propia).

El autor también afirma que en los grandes centros, los enfrentamientos entre comunistas e integralistas eran frecuentes. El gobierno y los servicios de Inteligencia de la Acción Integralista Brasileña sabían que había una insurrección comunista, único vínculo que unía a las dos fuerzas, gobierno/integralistas, en una lucha común.

Se explica: el gobierno de Vargas fue muy turbulento, lo que no compete relatar aquí, por no ser éste el objeto de estudio de esta investigación. Sin embargo, no pueden omitirse algunos hechos que incidieron directamente sobre la historia y el espacio investigado. El gobierno de Vargas, fue inicialmente de carácter fascista. Aunque no todo fue malo, también se obtuvieron algunos beneficios desarrollistas como la consolidación de la Ley del Trabajo (por Decreto Presidencial n° 21.175 del 21/03/32, reglamentada por el Decreto 22.035 del 29/10/32), copia fiel de la constitución fascista de Mussolini. La parte dedicada a los derechos civiles, por su parte, fue transmutando durante el período de guerra. Vargas finalmente cambió la ideología de su gobierno a sistema democrático (ni tanto) capitalista, a cambio de favores americanos que, obligaron a Brasil, a entrar en la guerra de 1945.

Durante ese momento histórico, que particularmente marcó a Jaraguá del Sur, por la convocatoria que se hiciera a gran parte de la joven fuerza de trabajo (de todo el país) para unirse a la lucha armada contra el Eje en territorio europeo, específicamente en los campos italianos; Getulio hizo uso del poder dictatorial que la Constitución le había otorgado, para perseguir a su antiguo aliado, el Integralismo¹².

En 1938, en virtud de su carácter dogmático e inflexible, el movimiento se vuelve enemigo del gobierno populista de Vargas, instigando un golpe de Estado, que se dio a conocer como la INTENTONA INTEGRALISTA, en alusión a la revolución de São Paulo de 1932, conocida como Intentona Comunista.

Esto ocurrió como represalia al hecho de que el Presidente Vargas, el 2 de diciembre de 1937, por el Decreto-Ley nº 37 anuló todos los partidos políticos¹³.

Jaraguá del Sur siempre fue un núcleo integralista, incluso después de la extinción del movimiento. En el período activo del partido (AIB y más tarde PRP), siempre tuvo un gran margen de votos.

Como se lee en el libro de referencia p. 77: “*En todo país la AIB elegía 351 concejales, y veintidós alcaldes, ocho sólo en Santa Catarina (traducción propia)*”. Es decir, la AIB se había convertido en un partido político. Una vez más la voluntad del pueblo tomaba fuerza de ley, en un país que anhelaba convertirse en una nación con identidad propia, en años turbulentos de grandes ajustes políticos y sociales.

Es cierto que, como bien informa el libro guía en la página 76/77, el agricultor Leopoldo Augusto Gerent, se convirtió en alcalde de Jaraguá del Sur, por una coalición partidista: Partido Republicano Catarinense y Legión Republicana, que no eran más que núcleos políticos de la AIB (Acción Integralista Brasileña). Eso ocurrió en octubre de 1937. Posteriormente, los alcaldes pasaron a ser nombrados por los

12 De la redacción de la Constitución de 1937, in verbis:

13 Art. 1º **Quedan disueltos, en esta fecha, todos los partidos políticos.** (Se destacó).

gobernadores, quienes podían refrendar a los elegidos, o sustituirlos por quienes ellos aprobasen.

La AIB (Acción Integralista Brasileña) –como el partido verde de Marina Silva en la actualidad– fue un partido inscrito, pero en realidad poco reconocido; tanto que solía aparecer en disputas por coaliciones como en la elección del concejal Ricardo Gruenwaldt. Nació como “partido político” el 07 de octubre de 1932 (lo frustró que la Justicia Electoral no fue creada sino hasta el Estado Nuevo en 1937). Obtuvo éxito en las elecciones y fue anulado por Getulio Vargas el 10 de noviembre de 1937.

No obstante, los miembros restantes, liderados por Plínio Salgado, fundaron el PRP (Partido de Representación Popular, sucesor legal del AIB), con el cual su líder disputó las elecciones presidenciales de 1955, obteniendo el 7% de los votos. El partido fue finalmente extinto por Acto Institucional AI-2, en 1966.

En el movimiento integralista de Jaraguá, nuestro personaje Bertoldo, no se cansaba de buscar a aquella mujer que había visto en sus devaneos. Se volvió reclutador de simpatizantes y militantes del movimiento, y eso le dio la oportunidad que tanto quería. Hans Henning Von Cassel era su jefe, a quien le solicitó, como se lee en el libro guía p. 47: “Me gustaría hacer una investigación en las fichas de alistamiento femeninas para trazar el perfil de la integralista jaraguense; así se haría más fácil el reclutamiento en masa” (traducción propia). Fue a la búsqueda y allí encontró a Clara, en quien vio la posible silueta de su amada. El libro guía p. 50 describe: “las mujeres usaban faldas negras y camisas verdes, ella tenía cabellos rubios y ojos azules, como la había visto en aquel entonces” (traducción propia).

Las mujeres tuvieron una participación importante en el movimiento. Francisco Assis Holanda Loyola dedicó parte importante de su Plan General de Métodos Pedagógicos, encomendado por Plínio Salgado, para instruir al movimiento. Afirmaba que la mujer no es inferior ni superior al hombre, y por eso tiene actividades propias en la

construcción de la sociedad. “Un camisa verde debe ser fuerte de físico y espíritu”. Con ese pensamiento, sometió a las mujeres integralistas, según su cartilla, a la catequesis moral y a una educación física acorde con su condición. Algunos autores dicen que, en realidad, era una forma de mantenerlas también movilizadas militarmente, como señala, por ejemplo, Jefferson Rodrigues Barbosa (2006: 67-81).

Los hombres también eran entrenados para los combates (que nunca existieron), creándose los *stands* de tiro, donde se aprendía el arte de las armas. Esto se asociaba, de manera conveniente, a la tradición ancestral (germánica) que traían, y así surgieron las fiestas de tiros que se mantienen hasta hoy en día, (y que estuvieron prohibidas en el tiempo de la guerra). La tradición permanece y es revigorizada cada año en la “Schützenfest”, *Festa dos Atiradores* (documento adjunto), formando parte de la cultura local.

Volviendo al personaje central – Bertoldo: – No encontrando a su “hada” en los archivos, pero sabiendo de su afiliación al movimiento, y habiéndola visto con el uniforme integralista, comenzó a frecuentar las reuniones femeninas. Siendo reclutador, tenía un buen argumento. Y “bingo” encontró a Clara, y comenzó a cortejarla. En las revelaciones del libro de texto:

No perdí tiempo, con la excusa de reorganizar datos de los archivos, hice una rápida entrevista; obteniendo su dirección, comencé a enviar flores y cartas. Inicialmente fui rechazado, pero usé todas las armas posibles: me hice amigo de su padre y, cuando ella percibió, yo ya frecuentaba su casa. Conquisté a su madre con regalos y encontré un empleo para su hermano menor en el almacén. [...] Bajo la presión de la familia ella cedió y comenzamos a encontrarnos los domingos, en su casa, “sin compromiso”, ella había dicho, “como amigos” [...]. (SCHROEDER, 2005, p.74 – Traducción propia)

Como ya se observó en páginas anteriores en *aquella época: Dios, Patria y Familia = sexo sólo después del matrimonio* (IBIDEM, p.77). Casamiento que, por cierto, era realizado según el ritual

Integralista: en la iglesia, con el uniforme verde. Esta costumbre prevaleció incluso hasta hace muy poco tiempo, pues teníamos en la región el "matrimonio" católico o luterano, con efectos civiles.

En la página 76 del libro guía, el autor cuenta (según el sentido de aquel año) que, en 1936 Jaraguá del Sur tenía una población de veintidós mil, trescientos treinta y tres habitantes. Todos descendientes de alemanes, italianos y húngaros, (razón por la cual los integralistas fueron confundidos con la juventud Hitleriana), que llegaron como agricultores; característica típica de la colonización europea en América del Sur de aquella época.

La región montañosa fue dividida en forma de "tifas" (pequeñas calles que se adentran en los valles), donde la propiedad va desde el área plana, normalmente, desde el borde de un arroyo (hay innumerables fuentes de agua en las laderas), en una franja no muy larga, hasta la cima de las colinas de fondo. Con los problemas de la herencia, esas propiedades se fueron dividiendo, convirtiéndose en minifundios, repartidos entre los descendientes de los inmigrantes. Cuando el sustento familiar empezó a hacerse insuficiente, la población comenzó a dispersarse hacia estados con una agricultura más próspera y tierras más abundantes, como el Estado de Paraná y Mato Grosso.

Fue en el período siguiente, entre los años 1950 y 1960, que el país despertó una época más orientada hacia la industrialización.

El Banco Nacional de Desarrollo Económico, creado por la Ley 1.628, el 20 de junio de 1952, ofrecía incentivos fiscales subsidiados para atraer inversiones, más orientadas hacia la Región Nordeste. El 5 de diciembre de 1962, se creó el Banco Regional de Desarrollo del Extremo Sur, que subsidiaba a los estados de Paraná, Rio Grande do Sul y Santa Catarina.

Comienza entonces un fenómeno social impar. Los burgueses (si es que existían), poseedores de los servicios esenciales, con capital propio e incentivos de los gobiernos de turno, aprovecharon la vocación innata de los inmigrantes hacia las artes industriales, y articularon

pequeñas industrias, absorbiendo la mano de obra disponible. Fue entonces cuando, las familias retiradas comenzaron a retornar a su tierra natal, volviéndose muy exitosas. La región antes agrícola, ahora servía de subsistencia familiar: mientras que los menores y ancianos jubilados, se encargaban de producir leche, huevos, carne, y se ocupaban de algunas lagunas de pescado y huertos, los jóvenes en edad laboral se inscribían (como hasta hoy en día) en el reclutamiento industrial. Con el dinero de los salarios nutrían (y aún lo hacen) la economía familiar, para satisfacer necesidades mayores, como la construcción de casas, la adquisición de carros, etc.

Esta transición de zona rural a parque industrial, obviamente, creó nuevos contornos de relación económica entre sus habitantes; una dualidad capital/trabajo, hasta entonces desconocida. Los habitantes comenzaron a experimentar un nuevo tipo de reglamento en cuanto a las relaciones sociales y de trabajo, basado en la Legislación Laboral (CLT de Getúlio Vargas) y estimulado por el financiamiento del Banco de Brasil para trabajos cooperativos.

Durante esos años los antagonismos fueron brutales, y la noche del 7 de octubre de 1936, conocida como la *Noche de los Tambores Silenciosos*, la represión armada del gobernador Nereu Ramos tuvo dos víctimas fatales: Ricardo Strelow y Fernando Sacht, los dos primeros “mártires” del integralismo (SCHROEDER, 2005, p.106).

Fue después de ese período, cuando el antagonismo radical cedió lugar a unas amargas elecciones, y a un nuevo gobierno dictatorial, ahora militar. En diciembre de 1979, vuelve a tener lugar el pluripartidismo y las elecciones libres, por los menos, para los cargos legislativos, y la novela histórica, aquí analizada, le hace seguimiento a todo ese proceso.

Reaparece nuestro protagonista, Bertoldo, ya enfermo, después de estar internado durante un largo período en un hospital de Curitiba (PR), delirando muchas noches y aun amando platónicamente a su Clara, con quien nunca pudo vivir. Retorna más tarde a Jaraguá

del Sur, su ciudad natal. Solo cuando consigue volver se entera del matrimonio de Clara y de su fallecimiento durante el primer parto. Las cartas que le escribió durante su exilio hospitalario se habían perdido. Tal vez Clara jamás las recibió, pues el servicio de Correos de la época, era una lástima. Con aciertos y desaciertos, encuentros y desencuentros entre los personajes del libro, Bertoldo se convierte en un escritor obsesionado por Hemingway, y al igual que su ídolo, se suicida con un tiro de escopeta.

Sólo después que Wagner, el nieto, descubre los legados de su Abuelo Bertoldo, comprende que su novia Karina es la nieta de Clara, y como se lee al final del libro:

“Este libro es la historia de un amor no consumado, y espero sea realizado por nuestros representantes genéticos, los míos y los de Clara, Wagner y Karina. La rosa creció, dio mudas que cruzaron mi camino. Clara, mi amor, parece que planeaste todo eso, mi rosa, ya no verde, tal vez con un rubor incesante madurado por el tiempo” (traducción propia).

5. CONSIDERACIONES FINALES

La trama de la novela La Rosa Verde se revela como el proceso vivo de las relaciones sociales y económicas de una época. Y en medio de un entrecroque, entre ideologías y valores, la sociedad construye, dinámicamente, el marco jurídico que la sostiene. En realidad, la historia de Bertoldo demuestra que los humanos viajamos por caminos de doble vía. Por un lado, la historia habla de los hechos generados por la creación de leyes positivas, por el otro, son las leyes las que generan los hechos, interfiriendo e influenciando en la vida de las personas.

Toda ideología tiene el deseo de estructurarse, fortalecerse y perpetuarse a través de un aparato legal positivo e impositivo. El ideal de la Ley es ser explicación fiel de los valores sociales dominantes y la moral predominante. Sin embargo, en un contexto de diversidad

cultural y de grandes diferencias individuales, el consenso sobre las leyes a implementar y legitimar nunca será fácil, dado los múltiples intereses individuales, muchas veces conflictivos (ver *La Lógica de la Acción Colectiva* de Mancur Olson). La Ley es fruto del debate y embate de las ideologías, y acaba prevaleciendo, por regla general, el grupo más fuerte, el cual ni siempre representa a la mayoría.

La historia, así como *La Rosa Verde*, muestra que no hay un sistema jurídico listo, acabado y permanente. El sistema jurídico de una sociedad no está ni en su inicio, ni en su final. Es un proceso; no un punto de llegada o destino, sino el propio instrumento de travesía que la sociedad construye a lo largo de su propia historia. El ideal de la Ley y la Justicia, en esta novela histórica, se encuentra representado por la figura de Clara, la musa misteriosa e inspiradora de Bertoldo; siempre vislumbrada como amor platónico, como el amor y el placer nunca consumado, como el sueño jamás realizado. Sin embargo, Clara también es la esperanza que justifica el vivir y el luchar, aunque sea por algo que acontecerá en generaciones futuras (representadas por los nietos: Wagner y Karina).

El hecho de tratarse de una novela, que presenta a sus personajes con sus sueños y valores, nos permite entender mejor el proceso histórico de construcción del Derecho. En este caso, Clara es ese ideal de Justicia, soñado desde los principios de la sociedad humana, pero que sigue pareciendo inalcanzable e irrealizable. Entre todos los animales, sólo el humano es insaciable en su búsqueda e incansable en cuanto a construir sueños.

De esta manera, nuestro sistema jurídico estará siempre por debajo de lo que deseamos y necesitamos. Su construcción es interminable y se confunde con los procesos sociales de consensos y desacuerdos; de armonías aparentes y provisionales; y de aproximaciones cada vez mayores a un ideal de justicia, esquivo, platónico, pero que, afortunadamente, parece garantizar la permanente búsqueda de trascendencia y patrocinar la paz social.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Jefferson Rodrigues. **Aascensão da ação integralista brasileira (1932-1937)**. Revista de Iniciação Científica da FCC, v.6, 2006. Também disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/ric/article/view/148>>. Acesso em: 16 out. 2014.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Ed. Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Editora UnB, vol. 1, 2000.

CAÑAL, Diana Regina. **Controversias en el Derecho Laboral**. Buenos Aires: Errepar, 2012.

CAÑAL, Diana Regina. **Uma Visión Pragmática del Derecho**. Buenos Aires: Errepar, 2011.

FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

Jornal JARAGUÁ. Número 1, Edição de 19 de fevereiro de 1934.

Jornal JARAGUÁ. Número 106, Edição de 26 de março de 1936.

Jornal JARAGUÁ. Número 110, Edição de 25 de abril de 1936.

Jornal O CORREIO DO POVO. Edição de 15 de setembro de 1934.

KRIEGER, César Amorim. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Juruá, 2006.

OLSON, Mancur. **A lógica da Ação Coletiva**. São Paulo: Edusp, 2011.

RABINOVICH-BERKMAN. **Historia del Derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2014.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHROEDER, Carlos Henrique. **A rosa verde**. Florianópolis: Ed. da UFSC; Jaraguá do Sul: Ed. da UNERJ, 2005.

SITUACIONES CONFLICTIVAS EN EL RÉGIMEN DE ADOPCIÓN EN ARGENTINA

Gustavo Adrian Somoza Lopez

1. DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO. CRISIS DEL RÉGIMEN DE ADOPCIÓN EN LA ARGENTINA. SITUACIONES CONFLICTIVAS EN EL RÉGIMEN DE ADOPCIÓN EN ARGENTINA

El objeto del presente trabajo es plantear lo que considero una crisis del régimen de adopción en Argentina, cuáles son sus orígenes, consecuencias y explorar posibles alternativas de solución.

Lo que debe ser nuestro centro de estudio para poder resolver los conflictos que surgen en torno a la adopción en nuestro país es el drama de crecer sin padres: sólo el 8% de los niños y adolescentes en instituciones es adoptado. En el país, según Unicef, hay más de 9000 niños y adolescentes que viven bajo el cuidado del Estado; a pesar de que la mayoría llegan por violencia familiar, se prioriza que vuelvan a su entorno de origen, lo cual muchas veces no se hace con la necesaria prudencia que debe tener la investigación previa para poder decidir ese retorno. Es una cifra que duele. Sólo el 8% de los niños y adolescentes que viven en instituciones sin sus padres y al cuidado del Estado salió del sistema porque fue adoptado por una nueva familia. Y hay más: fueron más los que dejarán de vivir en hogares después de cumplir los 18 años y haber pasado toda una vida a la espera de que alguien los

adoptara que los que lograron tener una nueva familia. Eso es lo que ocurre con el 12,1% de los niños y adolescentes sin cuidados parentales que viven en la Argentina. Los datos surgen de un relevamiento nacional de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (Senaf) y Unicef. Sin embargo podemos mencionar como pequeño logro en los últimos tres años el número de niños y adolescentes institucionalizados en el país se redujo en un 37%. En la Argentina hay 9219 niños y adolescentes en esa situación. Hace tres años eran 14.675. Pero la reducción no fue el resultado de un mayor número de adopciones. Durante los últimos tres años se redujo la cantidad de niños y adolescentes que llegaron al sistema de adopciones y a su vez creció el número de los que dejaron de vivir en hogares. Y la principal causa es que muchos de ellos fueron revinculados con su familia de origen.

A veces con no tan buenos resultados casi siete de cada 10 niños y adolescentes pudieron regresar a su casa, una vez resuelto el conflicto que generó el alejamiento, o se integraron a su familia ampliada, esto es primos, tíos, abuelos o adultos cercanos que asumieron las tareas de cuidado y tutoría legal.

No obstante, hay un dato que resulta preocupante. Más de la mitad de los niños y adolescentes que viven en hogares e instituciones fueron separados de su familia biológica por razones de violencia. Al igual que en la medición anterior, la violencia es la principal causa de ingreso al Sistema de Protección del Estado: más de la mitad de los chicos que viven en hogares fueron separados de su familia por situaciones de maltrato grave (52,6% de los casos), en tanto el 22,8% sufrió abandono y el 19%, abuso sexual.

La violencia contra los niños y adolescentes no sólo continúa primera entre las causas de ingreso al sistema de protección del Estado, sino que además se incrementa: los casos de maltrato y abuso sexual aumentaron en comparación con a los últimos años, en tanto el abandono se redujo levemente. Tenemos que dejar de lado la visión ideal de

la adopción. Ser adoptado para un niño o adolescente es su segunda mejor opción. La primera es crecer dentro de su familia, en su entorno, siempre y cuando garantice sus derechos, pero luego y de modo inmediato la mejor opción es la adopción cuidando en primer lugar la seguridad psicofísica, social y económica y contención en el niño, niña o adolescente que se incluya en el proceso de adopción.

Hay un concepto muy arraigado, que pondera que lo mejor para un niño es permanecer en su familia de origen y que desprenderse de su entorno supone un trastorno. El dilema es cómo se evalúa si la vulnerabilidad familiar hace necesaria o no una separación. No hablamos de vulnerabilidad económica, porque es allí donde debe estar el Estado, sino la vulnerabilidad en las funciones maternantes y paternantes, que para revertirse requieren un trabajo y un tiempo prolongado de acompañamiento. No sé si eso se está haciendo. En cambio sí sé lo que le pasa a un niño o adolescente después de que volvió varias veces a su entorno familiar y tuvo que regresar porque volvió a vivir la misma situación traumática que dio origen a la separación inicial. Puedo decir que, incluso cuando tienen apenas cuatro o cinco años, el daño de ese proceso, de volver a vivir ese fracaso, es muy profundo y los va a marcar de por vida. Eso también se debería tomar en cuenta, siendo también una cuestión que se vincula con la adopción y el proceso que debe realizarse de mejoramiento del proceso de adopción.

A renglón seguido nos debemos preguntar ¿por qué son tan pocos los niños y adolescentes que son adoptados? ¿Son pocas las familias dispuestas a recibirlos? La respuesta es que no. Hay 7000 personas o parejas inscriptas en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (Dnrua) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Sin embargo, las perspectivas no son alentadoras, nueve de cada 10 inscriptos desean adoptar niños de 0 a 2 años, mientras que solamente uno de cada 100 acepta adoptar a mayores de 10 años. Es un mito que hay muchas familias que quieren adoptar y que los hogares

están llenos de niños y adolescentes sin padres. Recién una vez agotada la posibilidad de avanzar en la revinculación con su familia de origen se podrá pensar en la adopción como la alternativa.

De los 9219 niños y adolescentes sin cuidados parentales sólo 760 están en condiciones de ser adoptados. Entre ellos, se explica, son mayoría los grupos de hermanos, los que padecen alguna patología y los que tienen más de seis años, que son los perfiles para los que más cuesta encontrar familias.

Son muy pocos los bebés y menores de dos años. Esto hace que las chances de adoptar sean nulas si la búsqueda se limita a niños de poca edad.

Podemos verificar que el 24% de los que viven en instituciones tiene menos de cinco años. Y la lentitud del sistema hace que se les pase la edad del rango de búsqueda de las familias.

Hoy, sólo uno de cada 10 de estos niños está en condiciones de adoptabilidad. Y la falta de sentencias de jueces que resuelvan sobre su situación es la principal razón. Hoy, para que un niño o adolescente pueda ser adoptado tiene que mediar una sentencia judicial en la que un juez deje asentado que se agotaron todas las posibilidades de que permanezca con su familia de origen o familia ampliada.

2. DEFINICION Y ALCANCE DEL DERECHO DE ADOPCIÓN EN LA ARGENTINA

En el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que entro en vigencia el día 01/08/15 busca acelerar los tiempos de la Justicia. En líneas generales, ningún niño, niña o adolescente podría pasar más de nueve meses sin que se resuelva su situación y que se declare su situación de adoptabilidad. Casi la mitad de los 9219 niños/niñas o adolescentes sin cuidados parentales vive en la ciudad y la provincia de Buenos Aires. En el ámbito de la ciudad, fueron adoptados apenas 153. Se desconoce cuántos fueron en la provincia de Buenos

Aires. El fenómeno de los que egresan del sistema de adopciones sin haber conseguido una familia plantea un nuevo desafío, se trata del mayor que enfrenta el Sistema de Protección del Estado: actualmente, el 8,2% de los adolescentes se va del hogar que lo contuvo hasta los 18 años sin saber dónde va a vivir ni de qué va a trabajar. Es importante que los niños y adolescentes que egresan lo hagan con un proyecto de vida autónomo, no debemos en ningún momento olvidar que el centro del proceso de adopción es el niño o adolescente a adoptar y no el adulto que adopta.

Con el nuevo proceso de adopción ningún niño o adolescente debería estar en el sistema por más de nueve meses sin que se resuelva su situación. Ése es el plazo máximo para que un juez declare su estado de adoptabilidad y se le busque una familia

Hasta ahora no existían plazos para que la Justicia se expidiera

Existen dos excluyentes para que se produzca una adopción: que al niño o adolescente le hayan declarado el estado de adoptabilidad y que los padres estén inscriptos en el registro único. Cualquier otro tipo de adopción es ilegal

Hay tres situaciones en las que un niño o adolescente puede ser adoptado: por filiación desconocida, decisión de la familia de origen de darlo en adopción y cuando se lo separa de sus padres por una medida de protección.

Si se trata de un supuesto de filiación desconocida el juez tiene 30 días para buscar a su familia de origen, prorrogable por otros 30. Y un mes más para declarar su estado de adoptabilidad. La familia que dará en adopción a un hijo tiene sólo 45 días para cambiar de decisión. Superado el plazo, el juez debe resolver su adoptabilidad en 90 días. En casos de malos tratos, abuso y abandono, el juez tiene 180 días para evaluar si la situación que dio origen a la separación se revirtió. Si no ocurrió, debe resolver en los 90 días siguientes. La adopción es definida en el CCCN en el artículo 594 como una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes

a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones del CCCN.

Vélez manifestó su disfavor sobre el instituto en su nota de acompañamiento al proyecto de Código Civil y sostuvo allí que la legislación del Código Napoleón y los fundamentos de los juristas franceses no eran más que un intento de revivir una institución totalmente ajena al siglo XIX, donde los principios familiares romanos que la habían inspirado ya no tenían ninguna vigencia.

Por ello, en la nota al art. 4050 del Código de Velez, señala que “no reconoce adopción de clase alguna”, aun cuando reconoce los derechos de los adoptados bajo la legislación anterior. Sin embargo, las reformas producidas en el derecho italiano y francés tuvieron repercusión en nuestro país. Ello determinó la existencia de varios proyectos de ley que concluyeron con la sanción de la ley 13.252 en 1948, que admitió la adopción de menores de edad con el alcance que hoy se conoce como simple, donde el vínculo se establece entre adoptante y adoptado sin extinguir los lazos con la familia de sangre. Se exigió una diferencia de edad de dieciocho años entre adoptante y adoptado y, en caso de que el adoptante fuera casado, se exigía la conformidad de su cónyuge. Las personas que tuvieren descendencia propia no podían adoptar y el adoptante no tenía vocación sucesoria respecto del adoptado.

La ley 19.134 reemplazó, en 1971, a la 13.252, incorporando el instituto de la adopción plena, ya presente en Europa y considerado favorablemente por nuestra doctrina.

Con las reformas al régimen de filiación y patria potestad producidos por la ley 23.264, la admisión del divorcio vincular y, fundamentalmente, por la Convención sobre los Derechos del Niño, fue necesaria otra revisión de la legislación que se produjo con la sanción de la ley 24.779 (del año 1997), que incorporó la reforma directamente al articulado del anterior Código Civil.

Pero debemos puntualizar que el Código derogado en el año 2015 no contenía ninguna norma que definiera a la adopción, y ello en virtud del disfavor a la institución que la misma tenía y que solo en parte fue subsanado con las sucesivas leyes adopción, que se enumeraron en el presente trabajo.

Es importante destacar que el proyecto de reforma del año 1998, tampoco contenía ningún artículo que definiera a este instituto. Varias son las definiciones que se han dado en doctrina, pero todas concluyen en definirla como la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación. Como podemos observar su finalidad estaba dada por dar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que, aun teniéndolos no le ofrecen la atención, la protección o los cuidados que la menor edad requiere.

La concepción de la adopción ha virado durante el siglo pasado y ha tomado un rumbo diferente al que traía desde sus orígenes: ya no se pone el acento en las necesidades del adoptante, ni en su imposibilidad de tener hijos biológicos, sino que el instituto hace centro en la necesidad de amparo de los niños, y en crear entre éstos y sus adoptantes un vínculo signado por el amor con similares características al de la relación natural y cuidando de que coadyuve al desarrollo del proyecto personal del niño o adolescente a adoptar.

El CCCN consideró necesario definir a la adopción, generando de este modo un cambio en cuanto a su finalidad, ya que conforme a esta definición, este instituto tiene en miras el interés de los niños por sobre el de los adultos comprometidos.

Este concepto expone el derecho del niño/a de vivir y desarrollarse en una familia cuando éstos no pueden ser proporcionados por su familia de origen.

Si analizamos el modo en que se define la adopción en el CCCN, la norma expresa una obligación de medios del Estado. En tanto que norma programática, sería preferible dejar el marco enunciado por la Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo en análisis da una definición incompleta del instituto de adopción porque sólo se refiere a la adopción de menores, siendo que el Código regula cuatro tipos de adopción: la de niños, la de integración, la de mayores y la adopción en el extranjero.

Evidentemente, el concepto no incluye a la adopción de integración ya que alude a niños que carezcan de una familia que pueda satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, y cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente no se da tal situación de desamparo.

Tampoco comprende a la adopción de mayores de edad, porque se refiere a niños, niñas y adolescentes y no a mayores.

La conceptualización tampoco comprende a la adopción conferida en el extranjero o adopción internacional, que se rige por las leyes del lugar de su otorgamiento.

Hay que tener en cuenta que la definición del presente artículo se dirige a conceptualizar sólo la adopción de menores de edad otorgada en la Argentina, que no sea una adopción integrativa.

La jurisprudencia posterior a la sanción del CCCN indica que dicho cuerpo normativo reconoce tres tipos de adopción: la plena, la simple y la de integración. La primera de ellas confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen -subsistiendo el impedimento matrimonial-, en la simple se

confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante y la de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente y se mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante. “En este último caso, la pretensión es que se reconozca una situación preexistente de vinculación familiar. Es así que no existe un derecho a ser adoptante ni un derecho a ser adoptado, sino más bien un derecho a vivir en un ámbito familiar, propio de la naturaleza del ser humano”, i “La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante (art. 630 del CCyC). En la adopción de integración el niño, niña o adolescente tiene satisfecho su derecho a la convivencia familiar con al menos uno de sus progenitores y lo que se pretende es integrar a la pareja (convivencial o matrimonial) del padre o madre biológicos. No se pretende extinguir, sustituir o restringir vínculos, sino todo lo contrario: ampliarlos mediante la integración de un tercero que no fue primigeniamente parte de la familia”.¹

También en la jurisprudencia respecto a la aplicación del CCCN a la materia en análisis es de destacar la denominada adopción unilateral, que es receptada jurisprudencialmente en términos tales como : De conformidad con las previsiones del nuevo Código Civil y Comercial (CCyC), la Cámara de Familia de 1º Nominación de la ciudad de Córdoba concedió la adopción unilateral de un adolescente a uno de los cónyuges de una pareja que desde hace tres años se encuentra separada de hecho y en trámite de divorcio. La guarda con fines de adopción había sido concedida originariamente al matrimonio en 2008, pero cuando la pareja se separó la mujer se mudó de ciudad y le fue concedida a ella la guarda. No obstante, posteriormente, por orden judicial, se revocó tal decisión y se la concedió al ahora adoptante. Este último demandó la adopción del adolescente bajo el argumento de que él siempre lo había considerado y tratado como a un hijo. El Tribunal,

tras aclarar que el peticionante contaba con la edad requerida por el código, esgrimió que “ha quedado suficientemente probado que el otorgamiento de la adopción solicitada es la respuesta que mejor garantiza el interés superior del adolescente”. En esa dirección, manifestó que, si bien el peticionante se encuentra separado de hecho de su cónyuge, “esta situación no es obstáculo para la procedencia de la petición según la regulación legal vigente, ya que se prevé especialmente tal posibilidad para la adopción unilateral” (artículo 603, inc. “c” del CCyC).²

Pero si bien hay aun problemas que los operadores de la materia deben solucionar, el avance con el CCCN en la materia es innegable, a ello incluso se refiere la jurisprudencia en temas tales como que por aplicación de las nuevas previsiones del Código Civil y Comercial, la Cámara de Familia de 2º Nominación de la ciudad de Córdoba reconoció a un hombre de 35 años el derecho a la adopción plena de la hija de cinco años que su esposa había tenido fruto de una relación anterior. En la resolución, se tuvo en cuenta que, a diferencia del derogado Código Civil, el nuevo prevé que “la adopción de integración”, que se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente, pueda ser concedida con “efectos de adopción plena o simple, según la valoración de las circunstancias (del caso) y de lo que mejor convenga al interés de la menor de edad”. Cabe recordar que la “adopción plena” –según la normativa vigente– confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, es decir que adquiere en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo. En cambio, la “adopción simple” confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante.³

Por lo que es innegable que el CCCN es un avance si bien falta mejorar sobre todo procedimientos, pero ello no obsta a que se reconocen derechos fundamentales tales como el de ser oído del menor en el proceso de adopción y el que por la acción judicial se subsanan situaciones de notoria injusticia. A ello hace referencia un fallo de la

Pcia de Corrientes en términos tales como: el artículo 619 del nuevo Código Civil y Comercial enumera los tres tipos de adopción: plena, simple y de integración. Y en el último párrafo del artículo siguiente explica que “la adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente”. Para la magistrada, “dicho instituto no está orientado a amparar a un niño abandonado, sino a su incorporación a una familia en la que su padre o madre han contraído matrimonio y desean que ese hijo de uno de ellos sea un hijo común, un hijo de ambos para integrar o constituir una única familia en lo jurídico, porque en la práctica lo constituyen”. Por otra parte, la jueza señaló que el artículo 26 del nuevo Código Civil y Comercial dispone que los menores tienen derecho a ser oídos en todo proceso judicial que los concierne. En ese marco, indicó que la adolescente ha sido oída en el proceso y ha manifestado “en todo momento, sin duda alguna”, sentir al esposo de su madre como padre y ha expresado claramente su voluntad de llevar su apellido. En la resolución, la magistrada señaló que si bien en la actualidad la adolescente no tiene relación con su padre biológico (el progenitor había manifestado su negativa a la acción) es necesario que la menor cree un vínculo con éste para su desarrollo saludable, conozca sus orígenes e intente revincularse con su progenitor. “Con la presente acción se pretende que (la menor) amplíe vínculo y no extinguirlos. En consecuencia, la presente adopción será otorgada con carácter simple”.⁴

En el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamentos en los valores justicia, solidaridad y paz social.

Como consecuencia de ello, para una correcta comprensión del problema que se suscita cuando se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor por sobre cualquier circunstancia,

de conformidad con los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño arts. 3°.1, 8°.1, 9°.1 y 21 y art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y en el art. 321, inc. i, del Cód. Civil, cuestión que es de apreciación ineludible para los jueces.⁵

El nuevo paradigma en materia de adopción, que privilegia a los niños y adolescentes, les restituye sus derechos, pone plazos a la justicia y amplía la plataforma de adoptantes.

La resolución para que la justicia declare el estado de adoptabilidad de un niño o adolescente tiene un plazo de 90 días y podrán adoptar no solo los matrimonios y las personas solas, sino que lo podrán hacer las parejas que integran uniones de hecho, al tiempo que las entregas directas quedan definitivamente prohibidas.

El CCCN define a la adopción en su artículo 594 en términos tales como que la adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código. Rigiéndose la adopción por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad del adoptado; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años. Manteniendo el CCCN el derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su

origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada. Pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental. Excepcionalmente, puede ser adoptada la persona mayor de edad cuando: a) se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar; b) hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada. Pueden ser adoptadas varias personas, simultánea o sucesivamente. La existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción. En este caso, deben ser oídos por el juez, valorándose su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez. Todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí.

El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona. Todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente. En caso de muerte del o de

los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción, se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad.

3. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA ARGENTINA

Con respecto a la adopción internacional, dada sus particulares características, debe estar rodeada de todas las garantías legales, de modo que no encubra ilícitos, tales como tráfico de niños o un beneficio de los pobladores de países más desarrollados en claro desmedro de quienes no han alcanzado ese status o proyección económica, evitando que esta institución se constituya en una mera simulación, donde el niño resulte objeto de apropiación y comercialización.

A partir de 1980 se ha desarrollado en la región americana un Derecho Internacional sobre la Niñez representado en la firma de cuatro Convenciones Interamericanas (Adopción de Menores, Restitución Internacional de Menores, Obligaciones Alimentarias y Tráfico Internacional de Menores), suscriptas en el marco de la III, la IV y la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), realizadas respectivamente en 1984, 1989 y 1994, en La Paz, Montevideo y México.

Los avances registrados en el continente americano, importan dotar de efectividad a los principios y derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, esencialmente a sus artículos 11, 21, 27 y 35, los avances en este sentido, no sólo se han operado en la región, sino también en la codificación internacional, tal como se advierte en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Si analizamos las normas internacionales sobre la materia se verifica que un punto de especial interés es evitar la venta y tráfico internacional de menores con fines de adopción, los que constituyen dificultades de gran entidad y gravedad, que denotan la necesidad de contar con normas eficaces que impidan ese accionar y que a la vez

garanticen la seriedad y regularidad de las adopciones entre diferentes Estados.

La recepción del instituto de la adopción internacional debe ser inicialmente analizada a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos de las Naciones Unidas, asimismo debemos analizar la reserva formulada por el Estado de la República Argentina al artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Recordemos que la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 21, establece:

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

El contenido del citado artículo se origina en el anteproyecto de Polonia, sobre el cual el Grupo de Trabajo elaboró una nueva redacción, destinada a los países que permiten la adopción y en los casos que las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

El inciso b, hace mención a las instituciones destinadas a brindar al niño la protección y la asistencia subsidiarias a que refiere el inciso a. Así se mencionan la guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario, la colocación en institutos adecuados de protección.

La Declaración determina que el objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente, debiendo los encargados de su colocación considerar el medio más idóneo para el niño.

Con relación a ello aparece adecuado citar el siguiente articulado:

Artículo 17 Cuando no sea factible colocar a un niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia. Artículo 18 Los gobiernos deberán establecer políticas, legislación y una supervisión eficaz, respecto de la protección de los niños que sean adoptados en otros países. Si las circunstancias lo permiten, la adopción en otros países sólo deberá realizarse cuando se hayan establecido esas medidas en los Estados de que se trate. Esta Declaración ha sido criticada, ya que sólo uno de sus artículos, de manera inequívoca enuncia un derecho del niño, así vemos que el artículo 5, expresa que en todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del

niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental. Continuando el análisis se verifica que en el resto de la Declaración contiene garantías como la integración del niño al seno de la familia adoptiva, siendo que esa formulación es realizada en términos de llamado a las autoridades, más que un expreso reconocimiento de derechos y necesidades del niño, pero no se registra un fuerte reconocimiento de derechos en cabeza del niño.

En particular a partir de los años ochenta surge un marco normativo de gran relevancia, cito como ejemplo a Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo es dable destacar que el fenómeno del aumento de las adopciones internacionales trajo de modo paralelo como consecuencia diversos problemas de índole tanto legal, social como psicológico.

Por lo expresado ut supra, la formulas convencionales existentes, se han visto enriquecidas, abrevando en situaciones de la realidad y en adecuaciones que la realidad misma provoco, con la elaboración de diferentes disposiciones tales como:

* En el ámbito internacional: De la Convención de la Haya del 15 Noviembre de 1965 sobre Jurisdicción, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones Relativas a Adopciones y la Convención de la Haya, del 29 de Mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

* En el ámbito regional americano: Por la Convención Interamericana sobre Conflictos de leyes en materia de adopción de menores.

En dichas disposiciones se ha buscado acordar soluciones integrales que tiendan a considerar que la adopción ya sea interna o internacional es una respuesta jurisdiccional estatal, ante la situación de desprotección en que se encuentra un niño. De esta manera, los principios fundamentales receptados en la Convención tales como el respeto por los derechos personalísimos del niño y su interés supremo, son las guías de toda decisión respecto de la vida y el porvenir del niño y adolescentes considerado sujeto de protección.

Debemos también indicar que el Estado argentino hizo una reserva respecto al artículo 21 citado precedentemente, al respecto fundó la reserva manifestando que dicho artículo no regiría en su jurisdicción, por entender que para aplicarlo debería contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta, lo cual sería loable si de modo paralelo se buscaran mecanismos para evitar dichos flagelos, lo que en la práctica vemos que no ocurre y de ese modo se frustra no solo la persecución del delito mencionado sino que se obsta al proceso para poder darle una familia a niños y adolescentes que como índice en el presente pueden llegar a la adultez sin tener una familia.

La Convención sobre los Derechos del Niño, fue ratificada por nuestro país en el año 1993 y sancionada por Ley 23.849, siendo incorporada en el artículo 75 inciso 22 a la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994.

Al incluir a la Convención sobre los Derechos del Niño, en el mencionado artículo 75, inciso 22 de la Constitución, este tratado internacional, ha adquirido la supremacía de las normas constitucionales, y como lo señala explícitamente el referido artículo esto acontece en las condiciones de su vigencia. Por lo que se deben tomar en cuenta las reservas y declaraciones que la República Argentina incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación o adhesión internacional. De esta manera, la Convención sobre los Derechos del Niño, tendrá jerarquía constitucional tal como rige en nuestro ordenamiento jurídico, es decir respetando las reservas, como las declaraciones formuladas por nuestro país al momento de su ratificación en sede internacional.

En febrero de 1997 fue sancionada la nueva Ley de Adopción con el número 24.779. Con relación al tema que nos ocupa, el artículo que se incorpora al Código Civil con el número 315 establece que

podrá ser adoptante “toda persona que acredite, en forma fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anteriores al pedido de guarda”, posición coherente con la asumida al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, ya que se trata de una prohibición velada, a la adopción internacional. Uno de los grandes planteamientos que pueden formularse, es la limitación impuesta a potenciales adoptantes argentinos que luego de una ausencia en el exterior, hayan regresado al país. Al examinar el primer y segundo informe presentado por la República Argentina, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité sobre los Derechos del Niño señaló en ambas oportunidades: “su preocupación acerca de las reservas formuladas por el Gobierno de Argentina al ratificar la Convención con respecto al artículo 21 (b), (c), (d), y (e).” ,que son muy amplias, recomendando por ello se considere revisar las reservas interpuestas al ratificar la Convención con el fin de retirarlas .

La reserva tuvo por finalidad, impedir el tráfico de niños que alcanza índices muy preocupantes en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, de tal modo. Que de establecerse un régimen permisivo, resultará necesario eliminar la reserva, conllevando esto a poner en marcha los mecanismos estatuidos por las normas constitucionales vigentes.

Dentro de las normas de fuente convencional regional americana podemos citar a las siguientes:

- 1) Código de Derecho Internacional Privado de 1928 (Código de Bustamante) El artículo 73 del Código de Bustamante, que expresa que la capacidad para adoptar y ser adoptado y las condiciones y limitaciones de la adopción, se sujetan a la ley personal (ley del domicilio) de cada uno de los interesados. El artículo 74, reguló ciertos efectos de la adopción, supeditando a la ley personal del adoptante, la sucesión de éste y por la ley del adoptado, lo que se refiere al apellido, y a los derechos y deberes que conserve

respecto de su familia natural, así como la sucesión respecto del adoptante.

- 2) Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889
Este Tratado no contiene normas relativas a la adopción, por lo que deberá aplicarse analógicamente el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, a los casos vinculados a los países ratificantes del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, ya fueron ratificado por los mismos Estados, más Bolivia, Colombia y Perú.
- 3) Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940
El artículo 23 de este Tratado, expresa que la adopción se rige, en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal que el acto conste en instrumento público.

A través de la expresión en cuanto sean concordantes nos permite concluir siguiendo el criterio de favor adoptionis, favor minoris, que en caso de resultar discordantes ambas legislaciones del adoptante y del adoptado, no resultará inválida la adopción, al respecto corresponde expresar que el juez que entienda en tal controversia, procederá a la adaptación de esos derechos materiales discordantes, los que no se aplicarán acumulativamente, sino cada uno de aquellos en las partes respectivas que no resulten contradictorias, vale decir el derecho del domicilio del adoptante a la capacidad, condiciones, limitaciones y efectos respecto de éste, para adoptar, y el derecho del domicilio del adoptado, en iguales supuestos para éste último

El citado Tratado de Montevideo de 1940, condiciona la extraterritorialidad de la adopción a que el acto conste en instrumento público dejando una puerta abierta, en cuanto a la forma de constituirse las adopciones, de este modo, no sólo se circunscribe a las sentencias judiciales. El artículo 24 expresa que las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes, se rigen por las leyes a que cada uno de éstas se halle sometida.

Podemos a renglón seguido destacar los aspectos más sobresalientes de la Convención Interamericana sobre Conflictos de leyes en materia de adopción de menores:

- a) En cuanto al Ámbito de aplicación, el artículo 1° determina que regulará la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación está legalmente establecida, basándose la internacionalidad cuando el adoptante/es tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte, de ese modo la Convención abarca las adopciones plenas sin obstar ello a poder extender su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional de menores, según lo prescribe el artículo 2°, respetando de esta manera los derechos nacionales que prevean otras formas de adopción. Respecto del Juez competente, según lo ordena el artículo 15 que indica que serán competentes en el otorgamiento de las adopciones a que se refiere esta Convención las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado.
- b) A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante o adoptantes.
- c) Debe señalarse que utiliza un criterio diferenciado según se trate de adopciones plenas o simples. En relación a las adopciones plenas se aplica la ley única; en tanto que en relación a las adopciones simples, distribuye la conexión entre la familia de origen y la nueva familia. El artículo 7° refiere a la confidencialidad que impera en el trámite de adopción, respecto a la filiación de origen al expresar que se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere. No obstante, cuando ello fuera posible, se comunicarán a quien legalmente proceda los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se los conociere, sin mencionar su nombre ni otros datos que permitan su identificación.

La institución de la adopción internacional, debe considerarse como una institución cuyo fin superior es el de conferir un hogar al niño que lo carece, si esta premisa no se satisface, la institución pierde

su razón de ser y más aun pierde su finalidad si en su utilización se desvía a figuras cercanas al tráfico de niños y niñas o a su venta, íntimamente relacionados ambos fenómenos delictivos. El propósito de la adopción internacional no es proveer niños de países pobres a familias ricas de países centrales por una suma de dinero, en todo el análisis de las adopciones internacionales debemos considerar que el sujeto a proteger en todo contexto y situación es el niño o adolescentes que necesita un hogar, una familia y que no podemos, en tanto operadores jurídicos, privarlo de la alegría de tener una familia antes de llegar a su adultez.

Tal como exprese *ut supra* no debe nunca olvidar el operador jurídico que el permanecer en su familia de origen es un derecho fundamental del niño y es por ende uno de sus Derechos Humanos fundamentales, por lo que a partir de esa condición es que la adopción internacional debe considerarse como última alternativa para poder darle un lugar donde desarrollar su proyecto familiar el niño o adolescente en situación de adoptabilidad.

En relación a ello, es fundamental el rol que en el proceso ocupa el Estado de origen del niño, para lo cual debe cumplir con políticas públicas que permitan garantizar a éste la plena satisfacción de sus derechos, entre ellos el primario, esto es el de desarrollarse en su familia de origen, a crecer en su ámbito, velando por su desarrollo integral.

Una vez cumplido este imperativo democrático, el número de niños que no podrán crecer y estar contenidos afectivamente por su familia biológica disminuirá sustancialmente, y si aún ello no fuere posible, habrá que privilegiar a las adopciones dentro del Estado de nacionalidad del niño, no debemos dejar de considerar la incidencia respecto a los niños y adolescentes que el cambio de cultura que implica un adopción internacional, siempre considerando la cultura del lugar de residencia de su familia de origen y que ello puede ser traumático. Debemos reiterar que solo una vez agotada la instancia de la adopción nacional se puede recurrir a la instancia de la adopción internacional.

Por lo expresado es claro que si recurrimos a la instancia de la adopción internacional, se debe exigir un preciso control, unido al compromiso de la Comunidad Internacional, ya que la cooperación entre Estados es la vía para garantizar la protección de los niños, que siempre debe ser el centro de todo el referido proceso .

En razón de ello, es que no debe confundirse la figura delictiva configurada por el tráfico de niños, con la institución legal de la adopción internacional, desarrollada en un marco de legalidad, siendo la adopción internacional una institución útil, aunque siempre de aplicación subsidiaria, en la labor de promover la protección integral del niño.

Por tales motivos, la República Argentina, debería implementar, mecanismos de protección legales que permitan prevenir y enfrentar el tráfico de niños, de modo que en situaciones extremas, donde el niño no pueda permanecer con su núcleo familiar de origen, se apele a la adopción nacional y solo una vez agotada la instancia de la adopción local recurrir a la adopción internacional. Pero siempre cuidando que sea un proceso ágil y buscando la seguridad en el sujeto del proceso.

Con relación a la Convención Interamericana sobre Conflictos de leyes en materia de adopción de menores, se puede deducir que intenta fijar las garantías necesarias para que la adopción internacional garantice el interés superior del niño, en el respeto de sus derechos reconocidos internacionalmente, remarcando el respeto por la ley personal del menor que se traduce en el punto de conexión residencia habitual, permitiendo que al quedar en las autoridades del país de origen del menor la facultad de autorizar la adopción, se ejerce un control sobre las posibles salidas masivas de los niños de ese país.

Nuestros tribunales de familia reciben numerosos pedidos de reconocimiento de adopciones llamadas internacionales, porque a través de sentencias de jueces extranjeros, personas domiciliadas en la Argentina adoptan niños de otros países.

Al respecto es posible encontrar jurisprudencia que trata al respecto, tal como el supuesto de una madre argentina había adoptado a su hijo en Haití, se hizo lugar a la demanda y se reconoció la existencia de la sentencia de adopción simple dictada en la República de Haití, pese a no contarse con la misma en original por los hechos catastróficos e legalizara la sentencia de adopción -que ya estaba firme- y de que se emitiera su pasaporte para ir a buscarlo. La sentencia quedó enterrada entre los escombros. Una vez en nuestro país, sin ningún documento de identidad del menor y solo con una fotocopia de la sentencia de adopción y una fotocopia de la partida de nacimiento del niño, se solicitó en el Tribunal de Familia N° 1 de Quilmes un reconocimiento de sentencia extranjera, la conversión de la adopción simple a plena y que se adicionara un segundo nombre al original del niño. La sentencia indica que: “La conversión de la sentencia de adopción simple dictada en la República de Haití por la de adopción plena, situación contemplada por el art. 340 del CCiv., aparece como lógica a la luz de los postulados y las condiciones marcadas por la catástrofe de su país de origen, que convertirían en su caso a la institución de adopción simple en una abstracción sin ningún efecto para el niño, privándola de su real inserción a la familia del adoptante”.⁶

En los últimos años se han presentado diversos casos en donde los pretensos adoptantes de un niño residente en el extranjero solicitan ante nuestros tribunales el llamado certificado de idoneidad. Se verifica que los países que aceptan la adopción de niños por eventuales adoptantes residentes en otros países requieren que la idoneidad, la capacidad de los solicitantes, emane de un organismo oficial. Al respecto podemos encontrar fallos que al respecto expresan que en el caso se trata de un proceso de jurisdicción voluntaria que tiene por objeto lograr que el órgano judicial local emita un certificado de idoneidad de los eventuales adoptantes a los efectos de ser presentado ante las autoridades competentes en Haití donde tramitarán la adopción internacional de un niño. El Tribunal de segunda instancia decidió hacer lugar al

recurso de apelación deducido en subsidio y, en consecuencia, revocar el proveído de 23 de agosto de 2011, como así también el de fecha 4 de noviembre de 2011 que lo sostuvo, declarando competente al Juzgado de Familia de Cuarta Nominación para tramitar la sumaria informativa requerida a los fines de emitir el certificado de idoneidad de los pretensos adoptantes para ingresar al sistema de adopción internacional de un/a niño/a haitiano/a. Para ello, argumentó principalmente, lo siguiente: En primer lugar, aclara que “el certificado de idoneidad no es más que un documento que da fe de la aptitud de los pretensos padres para adoptar en un país determinado y, en principio, se emite luego de que el Juez valora un informe psicológico y una encuesta ambiental de los postulantes de la adopción internacional y estima que reúnen las condiciones morales, económicas y personales necesarias para ello.” En segundo término, manifiesta que “en la República Argentina la única vía para lograr los informes psicológicos y la encuesta ambiental que se ha considerado como oficial es la de un proceso judicial, donde los pretensos adoptantes solicitan la producción de determinadas pruebas periciales mediante una información sumaria que establezcan la idoneidad o no de los mismos para aspirar a una adopción internacional de un niño que se llevará a cabo en un determinado país”. Manifiesta, en particular, que “no existe un organismo administrativo estatal que tenga competencia para otorgar el certificado de idoneidad requerido, con lo cual la vía que resulta idónea para ello no es otra que la judicial, la cual precisamente le da el carácter oficial que en cuestiones de esta naturaleza se impone y luce como la más conveniente y adecuada. Es que no hacerlo de esta manera violentaría el orden público interno. Asimismo, la Cámara reconoce que existe un vacío legal en torno a la autoridad oficial competente de la que debe emanar la información sumaria peticionada. En razón de ello, existen diferentes criterios en relación a si la autoridad competente es meramente administrativa o si es judicial; y a su vez, dentro de cada esfera cuál es el organismo competente. En este sentido, estima que “siendo los Tribunales de Familia

los órganos con competencia exclusiva en materia de adopción (art.16 inc.11de la Ley N° 7676).⁷

‘NOTAS DE FIM’

1 Juzgado de Familia N° 5 de Viedma, Río Negro, otorgó la adopción por integración de dos adolescentes –en un caso de carácter plena y en el otro simple- a un hombre que es pareja de la madre de los menores, figura incorporada por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. No es posible incluir la cita del expediente por la reserva sobre las partes. Adopción plena. Expte Nro. XX 12/08/15.

2 Sentencia Numero: 793 12/08/2015 “C., C. E. – Adopción plena”. Expte.N°xxx

3 Cordoba, 19/08/2015. “B., A.- ADOPCIÓN SIMPLE “(Expte. N°XXX).

4 Corrientes .12/08/2015. 1C01MR.9266425.*Exp. Nro 90832/13.”Segundo cuerpo S., G. A. s/adopción simple”.

5 CNCiv., sala E, sumario N° 19406, Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 1/2010.

6 G. S. M. / exequatur (inscripción de partida extranjera - adopción y acciones vinculadas)”l Tribunal de Familia de Quilmes, 2 de agosto de 2010

7 Cordoba. 02/03/2012. Cámara de Familia de 2° Nominación de la Provincia de Córdoba. “R., P. M. y otro – actos de jurisdicción voluntaria – sumaria información - recurso de apelación” (Exp. N° 319290)

HEGEMONÍA Y HUMANIDAD: LA REIVINDICACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA COMO DERECHO QUE SE REHÚSA A LA HOMOGENEIZACIÓN (A PROPÓSITO DE YAWAR MALLKU)

Héctor Hernán Pinzón López

*“...Together we stand, divided we fall”
Pink Floyd (Hey you)*

1. SANJINÉS Y LA REVOLUCIÓN HECHA CINE

En cuánto contribuye el cine a la revolución, era la inquietud con la cual se aperturaba un encuentro¹ con el director boliviano Jorge Sanjinés, pregunta cuya formulación se erige al abrigo de la obra de éste conspicuo cineasta, merced a su decidida y comprometida postura crítica que propugna por la reivindicación del pueblo indígena de su país.

1936 es el año que atestigua el nacimiento de Jorge Sanjinés en la capital boliviana de La Paz. Formado inicialmente en filosofía, posteriormente adelantará estudios de cine en el Instituto Cinematográfico de la Universidad Católica de Chile.

¹ Encuentro propiciado con ocasión del 23° Festival Internacional de Cine Mar del Plata Argentina. Ver en: http://www.grupokane.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=144:artmastersanjines&catid=44:catmaster

“De vuelta en Bolivia en 1962 conforma el Consejo Nacional de Cultura Para el Cine y de 1965 a 1966 dirige el Instituto Cinematográfico Boliviano. Como realizador su actividad no decrece; filma varios cortometrajes, entre ellos Revolución (1963), quizás el más conocido y logrado que recibió el premio Joris Ivens en Leipzig (1964). También los medimetrajes Un día Paulino (1964) y ¡Aysa! (Derrumbe, 1964) y la serie de cortos Bolivia avanza, El Mariscal Zepita e Inundación (1965). Durante esos años fue dando forma al grupo Ukamau, cuya premisa principal es una vuelta a los orígenes de la cultura y cosmovisión indígena andina, para revalorizar y defender la voz de estas sociedades.

La filmación de Ukamau (¡Así es!, 1966), será la señal de profundos cambios en la concepción del cine de Sanjinés. La película gana los premios “Grandes Directores Jóvenes” en Cannes (1967); “Flaherty” en Locarno (1967). A raíz de ese éxito el grupo se bautiza con el mismo nombre”².

Para efectos de este trabajo, será la siguiente película, Yawar Mallku (Sangre de Cóndor, 1969), la que ocupará nuestra atención y sobre la que discurriremos tratando de desentrañar, de manera particular, los elementos que nos permitan ir tras esa huidiza y vaga noción que tanto se pregonaba en nuestra cultura jurídica occidental, llamada dignidad humana.

Pues bien, el film en comento se produce en una época en que el mundo, polarizado, se debatía entre los extremos generados por la guerra fría, traducida en la confrontación entre la “amenaza comunista” y el hegemónico régimen democrático. Así mismo, el efervescente e inestable ambiente socio político, era la tendencia en la mayoría de países latinoamericanos, realidad a la que no escapaba Bolivia.

2 Ver: http://www.grupokane.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=144:artmastersanjinés&catid=44:catmaster

“Previo a 1964 Bolivia estaba en un periodo de revolución social que empezó en 1952 (Revolución Nacional Boliviana). Su fin era implementar una reforma agraria para terminar con la desigual distribución de tierras, devolver al Estado el manejo sobre los recursos naturales y la economía boliviana por medio de la nacionalización de minas y un mayor control de la economía, otorgar mayor participación política con la introducción del voto universal y el reconocimiento de una mayoría indígena-campesina, e implementar una reforma profunda a la educación con el fin de masificarla. Una serie de medidas económicas y sociales, sumadas a quiebres internos del partido de gobierno, fueron generando una desestabilidad en el país que terminó con el golpe del general René Barrientos contra el que fuera entonces presidente Víctor Paz Estenssoro. A partir de ese momento y durante 18 años, tuvieron lugar una serie de regímenes militares y autoritarios”³.

1.1 EL ORIGEN DE “LA SANGRE DEL CÓNDOR”

Al referirse a los antecedentes de La Sangre del Cóndor, Sanjinés nos cuenta:

“Nosotros fuimos a la ciudad del pueblo Kaata a 400 Km. de la ciudad de La Paz, un lugar muy difícil de llegar. Piensen que el camino llegaba hasta al pueblo de Charazani y de ahí había que ir 30 Km. por camino de mula para llegar a esa comunidad lejana. Habíamos hecho contacto con el jefe de la comunidad, Marcelino Ianuguani, un hombre muy simpático que nos contactó porque había visto la película Ukamau y dijo “¿Por qué no hacemos una película así en mi comunidad?”. Y esta propuesta llegó justo en un momento en el que estábamos pensando, buscando un lugar para hacer esa película, porque estábamos profundamente conmocionados por la agresión criminal que estaba sufriendo el pueblo boliviano: la tarea de esterilización de mujeres campesinas sin

3 AMNISTÍA INTERNACIONAL. “No me borren de la historia”. Verdad, justicia y reparación en Bolivia (1964-1982), 2014, p.30. Documento digital consultado en: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR18/002/2014/es/ff535461-e585-41b2-b923-f312de1610a6/amr180022014es.pdf>. Una mirada más detallada en: DEFENSOR DEL PUEBLO, República de Bolivia. Democracia y Dictadura, hechos que debemos recordar. 1ª edición, La Paz: 2008.

su consentimiento que habían desatado los cuerpos de paz norteamericanos dentro de esa campaña de control de natalidad; tarea que estaban aplicando en todo el continente²⁴.

Es así como Sanjinés y su equipo asumen adentrarse en la comunidad indígena Kaata, para, en clave de denuncia, desnudar las subrepticias actividades de los denominados cuerpos de paz norteamericanos⁵ que a la postre desataría una importante discusión en torno a la problemática y la consecuente expulsión de la delegación extranjera del territorio boliviano, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

4 Ver diálogo con Jorge Sanjinés en: http://www.grupokane.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=144:artmastersanjines&catid=44:catmaster

5 “El 1 de marzo de 1961, Kennedy firmó el Decreto Ley 10924, que lanzó oficialmente el Cuerpo de Paz. Preocupado por la creciente cantidad de sentimiento revolucionario en el tercer mundo, Kennedy vio el Cuerpo de Paz como medio de contrarrestar el concepto del llamado “Ugly American” (Estadounidense Feo) y del “Imperialismo Yanqui”, especialmente en las naciones emergentes de África y Asia post-colonial” ([http://es.wikipedia.org/wiki/Cuerpo de Paz](http://es.wikipedia.org/wiki/Cuerpo_de_Paz)). En este sentido: Los cuerpos de paz en el Perú (<http://grancomboclub.com/2013/08/1960s-los-cuerpos-de-paz-en-el-peru.html>) y 382 espías “voluntarios”. Historia de los cuerpos de paz en Chile (http://www.pf-memoriahistorica.org/PDFs/1967/PF_032_doc.pdf). Es de resaltar la coherencia conceptual y estratégica de dichos Cuerpos de Paz con el programa de ayuda económica, política y social de USA para América Latina (1961-1970), denominado Alianza para el Progreso, también impulsado por Kennedy. De acuerdo con el Acta del Cuerpo de Paz (Public Law 87-293, documento digital disponible para consulta en <http://research.archives.gov/description/299874>), su propósito es: “...promover la paz y la amistad mundial a través del Cuerpo de Paz, el cual hará disponible para los países y áreas interesados a los hombres y las mujeres estadounidenses que estén dispuestos a servir y estén capacitados para trabajar en el extranjero, bajo condiciones difíciles si es necesario, y ayudar a las personas de tales países y áreas a satisfacer sus necesidades de mano de obra calificada...”. Por su parte, respecto de la Alianza para el Progreso: “...en el texto oficial de su Constitución se establece su objetivo general: “mejorar la vida de todos los habitantes del continente”; para ello se proclamaron varias medidas de carácter social (educación, sanidad, vivienda...), político (defendiendo la formación de sistemas democráticos, según el principio de autodeterminación de los pueblos) y económico (limitación de la inflación, mejora de la balanza de pagos, siempre bajo la iniciativa privada). Para garantizar estos objetivos, Estados Unidos se comprometía a cooperar en aspectos técnicos y financieros”. ([http://es.wikipedia.org/wiki/Alianza para el Progreso](http://es.wikipedia.org/wiki/Alianza_para_el_Progreso)).

2. EL ARGUMENTO

El tono de la película, sin ambages y con contundencia, se revela desde el inicio con la decantación de la postura antagónica, inscrita en un párrafo extraído de una noticia publicada por la Associated Press en Pasadena, California:

“Pronóstico para la próxima centuria por Ralph Dighton en una conferencia ante el Instituto Tecnológico de California. James Dohner declaró: “El habitante de una nación desarrollada no se identifica con el hambriento de la India o Brasil. Vemos a esta gente como una raza o especie distinta y en realidad lo son. Tendremos, antes de cien años, métodos apropiados para deshacernos de ellos. Son simplemente animales, diremos, constituyen una verdadera enfermedad. Resultado las naciones ricas y fuertes devorarán a los pobres”.

Afincada así la controversia, la obra de Sanjinés nos llevará a través de un diálogo guiado por la dialéctica y el incesante contraste, en donde la voz grave del descontento y la indignación, se realizará y matizará con el desahogo de la beligerante rebeldía contenida:

“A partir de ahí, la película se configura oponiendo constantemente lo indígena/occidental y lo rural/urbano a modo de acentuar el argumento central de Yawar Mallku: el genocidio humano por parte de quienes consideran a las poblaciones del “tercer mundo” inferiores, va de la mano del aniquilamiento cultural, bajo la misma lógica de erradicación. Como diría Sanjinés “un pueblo sin cultura propia es un pueblo desarmado” (SANJINÉS, 1979 pg. 59). De acuerdo a esto, muchos de los rituales andinos serán registrados como parte de la resistencia indígena frente a aquella penetración.

En estas escenas parece encontrarse la fuerza interna de la población. Las imágenes realizadas mediante planos abiertos o largos paneos permiten mostrar a la colectividad reunida bajo el manto de la noche o la presencia imponente de las montañas, danzando o compartiendo la comida, logrando que el sentido de comunidad prevalezca

frente a la lógica occidental individualista y que el ritual pase de ser el escenario de espiritualidad para además convertirse en un bastión de reivindicación...”⁶.

3. DOS HISTORIAS, UNA LUCHA

La sangre del cóndor correrá vertiéndose en dos caminos que se bifurcan sin perderse de vista, siempre apostando por la resistencia de un pueblo que reclama su dignidad. Así, el film discurrirá entre el paralelismo de dos historias que se complementan. Por un lado, la cruzada del jefe de la comunidad Kaata, Ignacio Mallku, por develar el misterio en torno a la infertilidad de las mujeres de aquel asentamiento (pasado), y por otro, el aflictivo y penoso padecimiento de Ignacio, por cuyo alivio propenderá su esposa Paulina y hermano Sixto en la gran urbe paceña (presente). Con el propósito de lograr tal dinámica, Sanjinés salta del presente al pasado haciendo uso de la analepsis⁷.

3.1 EXTERMINIO, INDIGNACIÓN Y JUSTICIA

El punto de partida nos inserta en la concurrida celebración a cielo abierto, ofrecida con ocasión de la elección de Ignacio como jefe de la comunidad Kaata. El festín halla su esplendor y sazón en el maridaje de la abundante comida e inagotable licor, así como en el de los sonidos andinos y las danzas tradicionales.

6 VARGAS SERPA, C. Gabriela, “UN ARMA CARGADA DE FUTURO”: los colectivos de cine militante y revolucionario de contrainformación. pp. 37-38. Documento digitalizado consultado en: https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/22221/TFM_GabrielaVargas.pdf?sequence=1

7 La analepsis (escena retrospectiva, *flashback* en inglés) es una técnica, utilizada tanto en el cine y la televisión como en la literatura, que altera la secuencia cronológica de la historia, conectando momentos distintos y trasladando la acción al pasado (Wikipedia: <http://es.wikipedia.org/wiki/Analepsis>).

Culminado el agasajo, el futuro de Paulina es consultado por el Yatiri⁸ a la mama coca, revelándose la aciaga noticia acerca de la imposibilidad de concebir más hijos.

Este momento es determinante, pues ante la ausencia de explicaciones, las sospechas se enrutan hacia los gringos y sus actividades en la comunidad, desarrolladas bajo el auspicio de los denominados cuerpos de paz o de progreso.

En adelante, Ignacio se dará a la tarea de indagar con los pobladores, buscando esclarecer el misterio. Con el transcurrir de sus pesquisas y con sustento en las versiones recogidas, el dedo acusador se yergue, y sin dubitaciones, apunta al centro de maternidad levantado por el cuerpo de paz norteamericano.

A esta altura, cabe detenernos en aquel primer encuentro de esas dos culturas, en donde, como se verá, se delinearán subrepticamente la pretensión hegemónica de los forasteros, en tanto que se le cubrirá con el velo del progreso y desarrollo, intención que no pasará desapercibida por los líderes de la comunidad.

Pues bien, auspiciados por el intendente de policía, los gringos son presentados ante los pobladores como benefactores, razón que busca reafirmarse con carácter suficiente, de modo que sea la gratitud y admiración la reacción a seguir.

Desplegado el preámbulo y abonado el terreno, el discurso norteamericano, amalgama de paternalismo y subestimación, se lanza tras la búsqueda de la simpatía y aceptación. “*Venimos a traer del desarrollo*”, es la consigna, cuyo contenido y alcance se explicita con la entrega de vestimentas occidentales, pregonándose, tácita pero contundentemente, la ausencia de reconocimiento, consideración y valoración de aquello que se deslinda del arquetipo occidental.

En contraste, los sucesos posteriores se ocuparán de reafirmar la cosmovisión Kaata, para lo cual se acudirá a la recreación de

8 Sabio, vidente y curandero de la comunidad.

ceremonias en honor a los dioses Machulas y Achachillas⁹, en favor de la fecundidad de sus mujeres, de tal suerte que se conjure la amenaza del exterminio étnico. Así, el punto álgido de ese inicial choque cultural se materializará con la devolución de las dádivas entregadas, aspecto de importante valor simbólico, pues denotará la resistencia y el ánimo reivindicador de la comunidad.

Recurriendo una vez más a la *mama coca*, las conjeturas respecto de la esterilización de las mujeres en el centro maternidad son confirmadas: “*Los gringos está sembrando la muerte en el vientre de nuestras mujeres...*”, sentencia el Yatiri.

Es esta proclamación la que desata la ira de la comunidad. Armados con fusiles y antorchas, los hombres se encaminan a ajusticiar a los gringos, quienes son sorprendidos mientras sus cuerpos danzan delirantemente al ritmo de “*Born to be wild*”¹⁰, canción de raíces norteamericanas que ambientará el juicio sumario que tendrá lugar y que paradójicamente, encarnará el clamoroso grito de una raza ajena que vindica su lugar en el mundo.

Luego de la confrontación y oídas las desesperadas e infructuosas justificaciones, la culpabilidad se impone y bajo el abrigo de la Ley del Talión, la condena no se hace esperar, pronunciándose a título de orden: “*¡Cástrenlos!*”, dispone tajantemente Ignacio.

9 Deificaciones de las montañas que, en sus orígenes, integraron la legión de los dioses del Tawantinsuyu. Al respecto: BAPTISTA GUMUCIO, Mariano. Políticas culturales: estudios y documentos. La política cultural en Bolivia. Unesco, 1977.

10 “*Es una canción rock compuesta por Mars Bonfire e interpretada por la banda de rock canadiense Steppenwolf. Es en ocasiones descrita como la canción originaria del estilo heavy metal, y asociada al bautismo de este estilo musical*” (Wikipedia: http://es.wikipedia.org/wiki/Born_to_Be_Wild). Un aspecto que llama la atención del deliberado uso de la canción, es su interpretación, en tanto que se trata de un cover hecho por la banda boliviana “Clímax”. La siguiente estrofa es, sin duda, la más emblemática dentro del contexto de la película:

“Like a true nature’s child

We were born, born to be wild

We can climb so high

I never wanna die

Born to be wild

Born to be wild”.

3.2 AGONÍA, RENACIMIENTO Y REBELIÓN

Como contrapartida de lo acaecido, la retaliación se despliega. El aparato estatal, personificado en el Intendente de Policía, uno a uno, pone bajo arresto a los miembros de la comunidad Kaata que participaron en el escarmiento infligido a los gringos. Entre ellos su jefe, Ignacio Mallku.

Una vez instalados en una zona escarpada de las montañas, los primeros planos de los rostros desnudan la tensión y la zozobra.

“*¡Escapen escapen!*” es la orden, a la que sigue el desesperado pedido de Ignacio porque no lo hagan. Su clamor es en vano. La cruenta cacería comienza. Los disparos irrumpen anunciando la tragedia, que se consuma bajo el cielo azul de los andes que impávidamente atestiguan el fatal desenlace. Los cuerpos abatidos y sin vida yacen inmóviles al lado del camino, excepto el de Ignacio, a quien, por alguna razón, no le es asestado el tiro de gracia.

El sobreviviente es rescatado por la comunidad y puesto en una improvisada camilla, emprendiéndose un prolongado descenso que culmina en una polvorienta y maltrecha carretera. Entretanto, el desconsuelo de Paulina, lejos de desatar indiferencia, convoca el vuelo imponente del cóndor de los andes, que desde lo más alto, acompaña la desdicha.

Allí, la comunidad consigue acomodar a Ignacio en un camión atestado de personas y víveres, con la esperanza puesta en que sea en la ciudad, donde pueda hallar su alivio y recuperación.

La intimidante y amedrentadora ciudad se muestra ante la apabullada mirada y el consecuente abrumado semblante de Paulina:

“...las escenas dentro de la urbe paceña revelarán la cara del individualismo de una sociedad incapaz de mirar al otro, donde aquellos migrantes indígenas reniegan de sus raíces y a la vez son discriminados. Cuando Paulina traslada a Ignacio hacia la ciudad, después de que éste es herido por los oficiales, vemos mediante un ángulo en contrapicado los edificios de la urbe y luego a Paulina en un ángulo en picado

observándolos desde abajo con temor. Mientras tanto Sixto, el hermano de Ignacio, se encuentra al interior de una fábrica donde el sonido ensordecedor de la maquinaria y un gran plano general del lugar, acentúan la idea de producción y automatización a la que se ven sometidos los migrantes campesinos en la ciudad. Este personaje ya totalmente alienado por el trabajo fabril, viviendo en uno de los núcleos de “progreso” del país, se habría alejado de su cultura al límite de afirmar con contundencia en la escena siguiente: “¡Yo no soy indio!”. Sin embargo, esta negación identitaria, consecuencia de las mismas condiciones racistas de la sociedad boliviana, se va debilitando a medida que Sixto se enfrenta a una profunda indiferencia por parte de los que lo rodean, coartando así sus posibilidades de conseguir los medios que puedan ayudar a su hermano a sobrevivir”¹¹.

Finalmente, Ignacio es llevado al hospital, en donde el galeno de turno, en tono despectivo lo valora. Dada la gravedad del herido, cuestiona a Sixto y a Paulina por la demora en traerlo.

Seguidamente, ante la urgente solicitud de medicamentos y sangre, la preocupación se apodera de Sixto, quien acometerá una apremiante búsqueda de recursos que le permitan solventar las costosas exigencias y salvar la vida de su hermano.

El antagonismo y las diferencias irreconciliables de dos cosmovisiones que se rechazan y desconocen, adquieren su culmen en las siguientes líneas, que aunque breves, condensan con suprema sensibilidad la realidad que se denuncia:

“Hubiéramos hecho una ofrenda a los dioses primero” reflexiona Paulina, *“No hay Yatiris, la ciudad se ha olvidado de los dioses”*, precisa Sixto.

Compelido por la necesidad de dinero, Sixto recurre a los enseres de su humilde vivienda. A cuestras, de puerta en puerta llevará el metal que le sirve de soporte a su lecho, esfuerzo que resultará infructuoso al no poderlo canjear por algunas monedas.

11 VARGAS SERPA, C. Gabriela. Op. cit., p. 38.

Con la desesperación en su clímax, el camino de la ilegalidad cobra sentido para Sixto, viéndose tentado por el hurto. No obstante y a pesar de tener la oportunidad, impero su indecisión, resultado tal vez de la conmoción que emerge del desentendimiento respecto de las propias convicciones.

Entretanto, las menesterosas y miserables condiciones de atención hospitalaria se escenifican con el desfile de enfermos desvalidos por las inmediaciones del centro médico.

Finalmente, el calvario halla su última estación. Sixto, asediado por la fatalidad y aún cuando los avatares no desfallecen en su intento por diezmarle, con tozudez se juega su última carta. Para tal efecto, va al encuentro del doctor Millán, galeno que posiblemente le puede ayudar con la valiosa sangre para Ignacio.

Conminado por el desasosiego y la impaciencia, Sixto irrumpe en el recinto que congrega la Secretaría de Salud y miembros de una delegación médica norteamericana, a quienes se les exalta y reconoce su labor filantrópica desarrollada en territorio boliviano, bajo las banderas del “progreso”, idea que se delinea y sustenta en el discurso de Millán, al pregonar como propósito *“Desterrar al hechicero emplumado y reemplazarlo por el científico”*.

Ignorado y despreciado, Sixto se retira mientras es embestido por el trago amargo de la resignación, el cual se resiste tragar, merced al nudo en la garganta que lenta e inmisericordemente allí se amarra.

A su llegada al hospital, la nefasta noticia de la muerte de su hermano lo recibe. Su inmovible reacción lo dice todo, el resultado no podía ser otro.

Acompañado de una marcha marcial andina, Sixto retorna a su tierra y sus raíces con la indignación posada en su rostro, en un inequívoco mensaje que desafía y confina cualquier asomo de conformismo y sumisión. Sentimiento que se subraya con el respaldo de una pluralidad de brazos que se alzan empuñando fusiles, en señal de revolución.

4. DE LA “HIPÓTESIS METAFÍSICA” A LA CONCRECIÓN

Mucho se ha escrito y debatido en torno a la inacabada idea de dignidad humana, concepto que hoy en día sigue convocando la polémica¹², circunstancia que deriva de su trasegar histórico y su incidencia en la fundamentación de los derechos humanos:

“El concepto de dignidad humana tiene su origen en la antigüedad griega; sin embargo, se ha enriquecido en su significado y alcance a lo largo del desarrollo de la historia humana, pasando por ser un concepto vinculado a la posición social a expresar la autonomía y capacidad moral de las personas, constituyéndose en el fundamento indiscutible de los derechos humanos”¹³.

No obstante y como lo precisa el filósofo argentino Roberto Andorno, citado por el profesor Rabinovich-Berkman, *“más allá de todas las diferencias socio-culturales y filosóficas entre los pueblos, parecen estar la necesidad y la expectativa de la dignidad humana entre todas las civilizaciones”¹⁴.*

Muestra de ello es la inclusión de la dignidad humana como elemento estructurador de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales (positivización), presupuesto para el ejercicio y goce de los derechos y garantías allí reconocidas, especialmente y como consecuencia de las atrocidades ocurridas con ocasión de la segunda guerra mundial¹⁵.

12 Ver RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. ¿Cómo se hicieron los derechos humanos?. Ediciones Didot, Buenos Aires: 2103. Volumen I. Allí, el autor se pregunta si la dignidad humana, ¿es un concepto “inútil”, una noción meramente ideológica o una creación cultural? (pp. 157-158).

13 MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Victor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013, p. 39. Documento digital disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/136/art/art2.pdf>

14 RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. ¿Cómo se hicieron los derechos humanos?. Ediciones Didot, Buenos Aires: 2103. Volumen I, p. 156.

15 Ver MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Victor M. Op. cit. pp. 53-55. En igual sentido: GUALDE, Andrea. Dignidad, derechos humanos y bioética. En: La dignidad humana. Filosofía, bioé-

Es así que el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, en París, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que en su artículo 1º consagró:

“Art. 1º. Todos los seres humanos nacen libres e **iguales en dignidad y derechos** y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. (Resaltado fuera de texto)

Sin ser ajena a esta tendencia mundial, la Constitución Boliviana de 1967 en su momento recogió esta filosofía, integrando la idea de dignidad humana en el artículo 6º, correspondiente al título primero, relativo a los derechos y deberes fundamentales de la persona:

“**Artículo 6º.**- La persona humana y el Estado:

Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídicas, con arreglo a las leyes.

Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidas por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera.

La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”. (Resaltado fuera de texto)

Como se observa, la humanidad prohíja la reivindicación de la dignidad humana como pilar esencial y “*condición necesaria para establecer una sociedad civilizada*”¹⁶.

Pero, ¿qué se entiende por dignidad humana?

tica y derechos humanos. Serie debates y nuevos desafíos. Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires: 2010, pp. 68-72. Documento digital disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/1038816/publicacion_14-dhpt-dignidad_humana.pdf

16 ANDORNO Roberto, citado por RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Op. cit., p. 157.

“Más que perdernos en definiciones académicas, dice este pensador –Andorno- podemos empezar por la experiencia de las indignidades sufridas por los seres humanos en situaciones concretas. Quizás no podamos definir en abstracto la dignidad, asume, pero sí reconoceremos concretas situaciones de denigración”¹⁷.

Si bien se comparte lo recién dicho, se considera que aunque la definición abstracta y por tanto genérica -pretensión de universalización- resulta ambiciosa, desbordando la modesta intención de este escrito, es posible no sólo reconocer concretas situaciones de denigración, sino que, a partir de ellas, también aportar elementos que permitan acercarnos, dándole contenido, a esa vaga noción de dignidad humana.

4.1 LA DIGNIDAD HUMANA EN YAWAR MALLKU

Si bien a lo largo del film la idea de dignidad humana es inmanente, nuestra atención se posará en aquellos momentos que resultan cruciales para su delimitación. Lo anterior, por cuanto en tales situaciones es donde, por un lado, se exaltan las tradiciones e idiosincrasia y por otro, se hace palmario el antagonismo de las cosmovisiones indígena y occidental así como la desidia y olvido estatal, manifestándose, a su vez, las demandas y proclamas reivindicativas de la comunidad Kaata.

La vida comunitaria: Demarcada a través de la recreación de congregaciones conmemorativas y pequeñas reuniones solemnes, en cuyo seno se exaltan los ritmos y danzas autóctonas, las vestimentas, la gastronomía, la estructura social, las creencias (espiritualidad), todas hiladas, puntada a puntada, por su principal rasgo distintivo: la lengua quechua.

¹⁷ Ibidem, p. 156.

Es la identidad de un pueblo, que busca ser reconocida, como presupuesto de respeto y consideración.

La confrontación Kaata-gringos: Explicitada con: a. La entrega de vestimentas occidentales por parte del Cuerpo de Paz, pregonándose, tácita pero contundentemente, el rechazo y ausencia de valoración de aquello que se deslinda del arquetipo occidental; b. La devolución de las dádivas, reafirmación de la identidad cultural; c. el ajusticiamiento infligido a los norteamericanos, repudio y condena al condicionamiento de la existencia del pueblo indígena; y d. el pretendido progreso mediante el apoyo norteamericano, perfilado desde la perspectiva hegemónica, inscrita en la frase del doctor Millán: *“Desterrar al hechicero emplumado y reemplazarlo por el científico”*.

La ausente e ineficiente acción estatal: Aspecto denotado con el obligado y penoso traslado de Ignacio hacia la ciudad, ante la falta de acceso a servicios de salud dentro del asentamiento Kaata. Así mismo, con las menesterosas y miserables condiciones de atención hospitalaria a las que se ven sometidos los pacientes en la ciudad.

Con base en lo expuesto en precedencia y condensando los elementos allí planteados, la dignidad humana que Yawar Mallku reclama, importa una prerrogativa en cabeza de una minoría representada por el pueblo Kaata, de la que emana un deber u obligación correlativo en cabeza de la hegemónica sociedad occidental.

Dicho derecho a tener un lugar en el mundo por el que se aboga, comportaría las siguientes características:

Imposición de un deber de respeto y consideración, que implican el reconocimiento de una particular cosmovisión en un plano existencial igualitario.

Lo anterior se sustenta al precisar que la fuente primigenia de legitimidad se hallaría no en la constatación de la diferencia, sino en la atribución de la condición genérica de ser humano. En otros términos, es la dignificación del ser humano por ser humano, principio fundamental a partir del cual se reafirma y abraza la singularidad de éste.

Garantismo en dos vías: a. Hacia adentro, entendido como garantía de intangibilidad cultural, lo que proscibiría cualquier tipo de intervención que atente contra el acervo material e inmaterial de la comunidad; y b. Hacia afuera, garantía en términos de satisfacción y concreción de derechos (acceso a servicios de salud, v. gr.).

4.2 COMENTARIOS FINALES

La revolución hecha cine, decíamos al inicio de este escrito, afirmación que adquiere sentido y contenido en la obra de Jorge Sanjinés. Insurrección no como capricho que desatiende realidades, sino como necesidad que se nutre de la sensibilidad y la diatriba, exhortando la reivindicación.

Bajo esas premisas, Yawar Mallku asume con entereza el compromiso que el momento histórico le recaba, matizado por las tensiones surgidas de las disputas hegemónicas globales y locales, en donde intenta florecer la pretensión de “sociedad civilizada” a partir de la prolijada y positivada idea de dignidad humana.

Ahora, si bien el film no pasó desapercibido, conmoviendo a la sociedad boliviana al punto de decretarse la expulsión de los cuerpos de paz norteamericanos¹⁸, el vasto legado de la “Sangre del Cóndor” va más allá, trascendiendo incluso los propósitos de sus autores, sirviendo como ventana que permite asomarnos a la humanidad y a sus intrincados y rebeldes anhelos de dignidad.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL. “No me borren de la historia”. Verdad, justicia y reparación en Bolivia (1964-1982), 2014. Documento digital

18 Ver VARGAS SERPA, C. Gabriela. Op. cit., p. 40. Noticia reseñada en el Diario del Pueblo, La Paz; Martes 25 de Mayo de 1971, consulta en: <http://edweb.sdsu.edu/sdpca/mines/Expulsion.html#top>

consultado en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/4000/amr180022014es.pdf>

BAPTISTA GUMUCIO, Mariano. Políticas culturales: estudios y documentos. La política cultural en Bolivia. Unesco, 1977.

DEFENSOR DEL PUEBLO, República de Bolivia. Democracia y Dictadura, hechos que debemos recordar. 1ª edición, La Paz: 2008.

GUALDE, Andrea. Dignidad, derechos humanos y bioética. En: La dignidad humana. Filosofía, bioética y derechos humanos. Serie debates y nuevos desafíos. Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires: 2010, pp. 68-72. Documento digital disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/1038816/publicacion_14-dhpt-dignidad_humana.pdf

MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Victor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013. Documento digital disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/136/art/art2.pdf>

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. ¿Cómo se hicieron los derechos humanos?. Ediciones Didot, Buenos Aires: 2103. Volumen I.

VARGAS SERPA, C. Gabriela, “UN ARMA CARGADA DE FUTURO”: los colectivos de cine militante y revolucionario de contrainformación. Treballs de recerca dels programes de postgrau del Departament de Comunicació, Universitat Pompeu Fabra, 2013. Documento digitalizado consultado en: https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/22221/TFM_GabrielaVargas.pdf?sequence=1

5.1 SITIOS WEB

http://www.grupokane.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=144:artmastersanjines&catid=44:catmaster

<http://grancomboclub.com/2013/08/1960s-los-cuerpos-de-paz-en-el-peru.html>

http://www.pf-memoriahistorica.org/PDFs/1967/PF_032_doc.pdf

<http://research.archives.gov/description/299874>

http://es.wikipedia.org/wiki/Alianza_para_el_Progreso

<http://es.wikipedia.org/wiki/Analepsis>

http://es.wikipedia.org/wiki/Born_to_Be_Wild

http://es.wikipedia.org/wiki/Cuerpo_de_Paz

BLOCKCHAIN E OS CONTRATOS INTELIGENTES

Ivone Zeger

1. INTRODUÇÃO

No mundo globalizado, onde há a supremacia da livre negociação sobre os ditames estatais, o Direito Civil e, em especial, os Direitos das Obrigações, exprime as regras já testadas pelos mercados e pelas relações entre as pessoas, mais certificando aquilo que se concretizou como correto, ágil e seguro do que necessariamente impondo limites. Outros conjuntos de leis, como os Direitos Internacionais, se juntam às regras locais de cada país para balizar acordos, negociações, contratos. É nesse ambiente em que empresas gozam de liberdade quase irrestrita – as restrições estão vinculadas à observância de convenções, tratados internacionais e leis locais, a depender da natureza da atividade – que a tecnologia se insere e parece querer amplificar liberdades de toda ordem.

Nesse trabalho, os Direitos das Obrigações serão mencionados em relação à revolucionária tecnologia do blockchain, que dispôs para a internet a moeda digital bitcoin, e que vem sendo testada para inúmeros outros fins, entre eles, o registro e a automação de contratos inteligentes. Não há respostas claras às inúmeras situações oferecidas por esse contexto. Há, entretanto, uma necessidade que emerge de maneira inequívoca: a de tatear o futuro. Ou seja, a necessidade de imaginar

como a lei acompanhará a tecnologia. Da mesma forma como as transações por meio de bitcoins conclamam à independência total de instituições e estado, há quem afirme que os contratos inteligentes, totalmente automatizados, também terão destino similar. Se assim for, quais destinos terão os demais atores presentes nas constituições dos contratos? Essa e outras perguntas instigam o mercado financeiro, os economistas, as instituições, os operadores da lei, os magistrados e os cidadãos em geral.

A internet e as vantagens que ela oferece já foram absorvidas pelos sistemas judiciário e cartorial, com utilização de assinaturas e certificações digitais, embora, na prática, em alguns locais do Brasil, ainda existam resistências. Mal uma tecnologia se acomoda e o desafio atual é absorver a nova tecnologia do blockchain, na medida em que já vem sendo testada pelas empresas, instituições financeiras e por pessoas físicas, usuários em todo o mundo.

2. AS OBRIGAÇÕES

O Direito das Obrigações é um conjunto de regras destinado a disciplinar as relações jurídicas de ordem patrimonial. Na atualidade e cada vez mais, o Direito das Obrigações ganha relevância, na medida em que a sociedade de consumo é praticamente o único modelo de desenvolvimento das sociedades e, nela, o estabelecimento de regras negociais é imprescindível. Pode-se afirmar que a vontade é o objeto dos direitos obrigacionais.

No Código Civil Brasileiro – Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002 –, Do Direito das Obrigações é o Livro I da chamada *Parte Especial*, elencando do art.233 até art.965. Para Flávio Tartuce,

O Código Civil de 2002 mantém a estrutura do Código anterior, dividido em uma Parte Geral e uma Parte Especial, facilitando o estudo dos institutos privados. Esta última parte recebe nova organização, constando agora como primeiro livro o direito das obrigações e não mais o direito de família, como outrora. Diante da grande importância

do mundo negocial, a obrigação e o contrato assumem o papel de institutos jurídicos privados mais importantes. Muitas vezes relegada a segundo plano, a matéria direito obrigacional merece estudo aprofundado, comum que é sua problemática na vida do cidadão.¹

Não há no Código Civil brasileiro a definição expressa de obrigação, como ocorre no Código Civil e Comercial argentino, porém, pode-se defini-la mais objetivamente como sendo a relação jurídica transitória, em que há, ao menos, dois indivíduos: o sujeito ativo (credor) e um sujeito passivo (devedor), sendo a prestação o objeto imediato. A prestação é um ato humano ou a omissão desse ato; é dar algo, realizar um trabalho ou não realizar. Assim, pode-se entender a obrigação também a partir da seguinte distinção: dar, fazer e não-fazer.

De modo geral, os conceitos e definições que embasam os Direitos das Obrigações vêm migrando para uma internacionalização e, de acordo com Tortuce, cresce a adoção da teoria dualista:

...À obrigação vincula-se sempre a ideia de dever, cujo descumprimento gera consequências amplas para todos os envolvidos, surgindo daí a responsabilidade.

Cresce na doutrina pós-moderna a adoção à teoria dualista da obrigação. Essa teoria procura amparar a obrigação nos conceitos de débito (*debitum* ou *Schuld*) e de responsabilidade (*obligatio* ou *Haftung*). A última somente existe nos casos em que o dever jurídico obrigacional não é cumprido, surgindo a favor do credor um direito subjetivo decorrente da responsabilidade do devedor.

Vale ainda dizer que existem situações em que há débito sem responsabilidade (*Schuld* sem *Haftung*), como ocorre nas obrigações naturais ou incompletas. Por outro lado, temos responsabilidade sem débito (*Haftung* sem *Schuld*) na fiança, em que a dívida não é do fiador, mas de um terceiro (devedor principal).²

1 TARTUCE, F.: Código Civil Interpretado. (Org. Costa Machado; Coord. Silmara Juny Chinellato), SP, ed. Manole, 2008, p. 203.

2 Idem, p.204.

O novo Código Civil e Comercial da Argentina foi promulgado em 2014. No Livro Terceiro, dos Direitos Pessoais, o Título I diz respeito aos Direitos das Obrigações, com artigos que vão do 724 ao 956. A obrigação é definida no artigo 724, como “uma relação jurídica em virtude da qual o credor tem o direito a exigir do devedor uma prestação destinada a satisfazer um interesse lícito e, diante do descumprimento, a obter forçadamente a satisfação do dito interesse”. Sendo a prestação caracterizada em seguida, no art. 725: “a prestação que se constitui o objeto da obrigação deve ser material e juridicamente possível, lícita, determinada e determinável, suscetível de valoração econômica e deve corresponder a um interesse patrimonial e extrapatrimonial do credor”.

3. O BLOKCHAIN

O blockchain, ou cadeia de blocos, é a tecnologia que está por traz do Bitcoin, moeda digital criada nos Estados Unidos, em final de 2008, a partir da concepção de software de código aberto, também chamado open-source. Um software de código aberto tem características específicas, como a livre distribuição, sem a obrigação de pagamento de royalties. Outra característica é que, como o nome “código aberto” sugere, o software deve incluir o código-fonte, para que possa ser modificado pelos programadores que se ocuparão dele. Esse código é um conjunto de palavras escritas e ordenadas de tal forma a instruir a programação. As licenças para softwares são concedidas pela OSI – Open Source Initiative. Quando um software de código aberto é licenciado não são identificadas as pessoas ou a equipe de trabalho que participou de seu desenvolvimento. Além disso, ao licenciar, não se pode restringir seu uso para áreas específicas, tanto comerciais quanto de pesquisa.³

3 Rivas, T. *Objetos de aprendizagem no contexto das comunidades virtuais auto-organizadas para a produção de software livre e de código aberto*. Universidade de São Paulo – Escola de Engenharia de

Naquele ano de 2008, ocorria a grande crise dos mercados financeiros. Foi quando a equipe que gestou o Bitcoin explicou, por meio de um artigo, a concepção da nova moeda cujo objetivo principal é facilitar as transações entre as pessoas, suprimindo as instituições financeiras e, dessa maneira, evitando comissões e juros, com a vantagem de preservar a identidade das pessoas. Essa equipe ou pessoa que desenvolveu o software aberto se identificou nas redes como Satoshi Nakamoto. Esse artigo contém nove páginas, e sua conclusão é a seguinte:

Nós propusemos um sistema para transações eletrônicas sem fiar-se em credibilidade. Começamos com a estrutura de moedas feitas a partir de assinaturas digitais, o que proporciona controle rígido de propriedade, mas está incompleta sem uma maneira de evitar o duplo-gasto.⁴ Para resolver isso, nós propomos uma rede ponto-a-ponto⁵, utilizando um sistema de proof-of-work⁶ para registrar um histórico público de transações, que rapidamente se torna impraticável a um atacador trocá-lo, por meio do computador, se os nós⁷ honestos controlarem a maioria da força da CPU. A rede é robusta em sua simplicidade não estruturada. Os nós trabalham de uma só vez com pouca coordenação. Eles não precisam ser identificados, uma vez que as mensagens não são encaminhadas para qualquer lugar específico e só precisam ser entregues em uma base de melhor empenho. Os nós podem sair e se juntar à rede à vontade, aceitando o sistema proof-of-work na cadeia como prova do que aconteceu após sua passagem. Eles creditam com a força da CPU, expressando sua aceitação em blocos válidos, trabalhando para estendê-los e rejeitando blocos inválidos, recusando-se a trabalhá-los.

São Carlos. Tese de doutorado, 2009.

4 O duplo-gasto é a prática de utilizar uma moeda digital mais de uma vez, dentro de um sistema específico de criptomoedas, por falha desse sistema.

5 Peer-to-peer, par-a-par ou ponto-a-ponto, também designada pela sigla P2P é uma arquitetura de rede que tem como característica principal a descentralização das funções convencionais de rede. O computador de cada usuário conectado realiza as funções de servidor e de cliente ao mesmo tempo.

6 O conceito da função proof-of-work é usado para definir o requisito para a geração de um novo conjunto de transações ou “bloco” a ser adicionado ao banco de dados de transações distribuídas, a “block-chain”.

7 Os nós são dispositivos ou pontos de dados em uma rede maior. Dispositivos como um computador pessoal, telefone celular ou impressora são nós. Ao definir nós na internet, ele será algo que tem um endereço IP, como todos os nossos microcomputadores ou celulares têm.

Quaisquer regras e incentivos necessários podem ser aplicados com este mecanismo de consenso.⁸

Assim, o Bitcoin é uma moeda descentralizada, não fixada por um banco central ou sistema bancário, é utilizada como um sistema de troca de bens e serviços diretamente de usuário para usuário, exclusivamente através de transações on-line. Como explica o artigo de Nakamoto, a função *proof-of-work* é usada para definir o requisito para a geração de um novo conjunto de transações ou “bloco”. Estruturalmente, um “bloco” na cadeia é um registro de um conjunto de dados, contendo e confirmando as transações em espera. Esses blocos vão sendo acumulados, adicionados a um banco de dados de transações: esse banco de dados é o *blockchain*, a cadeia de blocos, espécie de livro de registros compartilhado. Uma transação significa a transferência de valores entre carteiras de Bitcoin. Cada vez que uma transação é realizada, ela é incluída no *blockchain* e torna-se possível, portanto, calcular o saldo disponível de cada participante. Também pode-se afirmar que cada transação é digitalmente assinada, com o número da chave de acesso privada, com o objetivo de garantir sua autenticidade e para que ninguém possa adulterá-la.

Para efetuar suas transações, a única informação que o participante da rede deve oferecer é o seu endereço, que se assemelha a um endereço físico ou a um e-mail; esse endereço também é denominado chave pública. Para cada pessoa com que se realiza uma transação é criado um endereço. Há softwares e interfaces que facilitam essas operações. A seguir, trecho bastante esclarecedor de artigo publicado no *The Economist*:

O Bitcoin usa uma técnica chamada criptografia de chave pública, que se baseia na criação de um par interligado de chaves de criptografia: uma chave pública que pode ser livremente distribuída, e uma privada

⁸ NAKAMOTO, S.: Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system [acesso em 08.11.2016]. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

que deve ser mantida em segredo a todo custo. A chave pública é tratada como um endereço para o qual o valor pode ser enviado, semelhante a um número de conta. Cada transação envolve a parte pagadora que assina uma parte ou todo o valor em um desses endereços, usando sua chave privada para executar uma operação, denominada “assinatura”, sobre o conteúdo da transferência, que inclui o endereço do destinatário. Qualquer pessoa pode usar a chave pública do remetente para verificar se a chave privada do remetente assinou a transação. Todas as transações são anexadas a um livro de registro público, chamado de blockchain.”⁹

O blockchain pode ser configurado a partir de incontáveis parâmetros, determinando consensos entre as transações e incluindo e excluindo participantes da cadeia. Além disso, uma vez “depositada” a informação no blockchain – sempre atrelada a um código com informações, inclusive esse código que identifica os participantes, espécie de assinatura – ela não pode ser retirada e ali permanece *ad aeternum*.

Se a princípio essa tecnologia estava atrelada à criação e compartilhamento de bitcoins, na atualidade, tanto as empresas, como pesquisadores e investidores, tiveram um pensamento uníssono: se o blockchain, a cadeia de registros, pode transacionar moedas, pode transacionar trocas de toda ordem. Por exemplo, especialistas presentes no Fórum Econômico Mundial, realizado em janeiro de 2016, em Davos, em relatório, afirmaram que o blockchain é uma tecnologia que pode ser utilizada por bancos para melhorar a eficiência e a transparência. No Brasil, empresas ligadas à tecnologia ou as startups¹⁰ enxergam

9 *The bitcoin under pression*, The economist, edição de 30.11.2013 [acesso em 25.11.2016]. Disponível em <http://www.economist.com/news/technology-quarterly/21590766-virtual-currency-it-mathematically-elegant-increasingly-popular-and-highly>

10 Startup é uma palavra provinda do fenômeno da bolha da Internet, ocorrida entre os anos 1996 e 2001, e designava grupos de pessoas envolvidos com a tecnologia e trabalhando com uma ideia diferente, com baixo custo e que atraía investidores. Hoje em dia a palavra continua a designar esses grupos, estando ou não atrelados à tecnologia. E pode, também, simplesmente designar o início do funcionamento de uma empresa.

no blockchain uma tecnologia que mediará com sucesso a realização de contratos, a autenticação de assinaturas e até registro de patentes.¹¹

Informações contidas em uma única página na imprensa brasileira podem apontar para as transformações que estão em curso, a partir da utilização da blockchain. Por exemplo, redes de supermercados rastreando produtos por meio de um código na embalagem vinculado ao blockchain, contendo todas as informações do produto, e que será impressa na nota física. Especialistas apontam que a mesma tecnologia pode registrar dados biométricos. Mais especificamente relacionado ao tema deste trabalho, as informações dão conta de pesquisas que envolvem a elaboração de contratos eletrônicos, “que permitem a execução automática de cláusulas em transações entre pessoas que não se conhecem”; outra informação bastante interessante diz respeito ao registro de terras: “Honduras e Grécia testam o cadastro de propriedade em arquivos de blockchain, cujo sistema de confirmação coletiva pode impedir a ação de grileiros e outros tipos de fraudes”.¹²

Nesse contexto, surgem os contratos eletrônicos, ou contratos inteligentes, que podem ser programados e executados automaticamente, sem a necessidade da intermediação de uma autoridade no ato de contratação. Esses contratos e as plataformas por onde eles “rodam” estão sendo testados por instituições financeiras, empresas e investidores. Para esses atores, ainda há muito a ser aperfeiçoado, principalmente porque, por enquanto, tentativas de tornar as transações mais seguras acabam por influir na rapidez e versatilidade dos processos gerados pelo blockchain.

Com essa perspectiva, há uma espécie de corrida rumo à criação de plataformas compatíveis e linguagens de programação com a

11 Capelas, B.: *Peça central do bitcoin entra no radar das startups*, jornal O Estado de São Paulo, caderno Link (Economia), 30.10.2016, p.B10.

12 SETTI, R.: *Aplicações práticas do blockchain*. O Globo, 25.12.2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/aplicacoes-praticas-do-blockchain-20691028>

Acessado em 10.11.2017.

tecnologia do blockchain, e que podem dar suporte a contratos inteligentes. O potencial de transformação do blockchain no mundo dos negócios é imenso. Mas os desafios para os desenvolvedores são muitos; alguns deles estão explicitados abaixo:

Muitos acreditam que com a implementação de “**smart contracts**” – **contratos inteligentes** – os contratos em papel irão acabar, sendo substituídos por código de computador. Este código, desenvolvido através da tecnologia de **blockchain**, é que receberia a confirmação final – a “assinatura” das partes – através da escolha de palavras de passe ou senhas específicas para um determinado contrato por parte de cada um dos participantes. Isto evitaria a necessidade de uma terceira parte que sirva como avalista, tal como um cartório, uma empresa de certificação de assinatura digital, mediadores ou testemunhas.

E por causa da exclusão desta terceira parte e da transformação de um contrato em um documento digital, alguns analistas do mercado prevêem grande redução de pessoal nas áreas de contabilidade, jurídica e administrativa nas empresas.

No entanto, deve-se levar em conta que não é só a implementação técnica que será necessário fazer. Há uma quantidade enorme de acordos legais em um específico contrato. Isto é, se considerarmos um contrato empresarial típico, com cerca de dez a quinze cláusulas, a forma mais correta de converter um contrato em papel para um “**smart contract**” em blockchain seria gerar um contrato específico para cada cláusula, com uma forma de avaliação de execução que fosse a mais isenta e automática possível e uma forma de “multa” embutida em cada uma. Construir de outro modo embute muita subjetividade, o que pode permitir que o contrato se torne objeto de embates legais e causando mais complicação, ao invés de simplificar o processo.¹³

13 AZEVEDO, A.: *A nova era dos contratos inteligentes*. Guia do Bitcoin; 12.05.2017. Disponível em: <https://guiadobitcoin.com.br/a-nova-era-dos-contratos-inteligentes/>. Acessado em 05.11.2017.

Por mais desafios que existam, não restam mais dúvidas quanto ao futuro: contratos entre pessoas, sejam quais forem o número de cláusulas e seus conteúdos, poderão ser firmados, assegurados e mantidos em meios digitais. E se há receio em relação à redução de pessoal das áreas administrativas e contábeis, também muito se fala do futuro em relação aos cartórios de registro.

4. A TECNOLOGIA, AS INSTITUIÇÕES E A LEI

Se na área de tecnologia os desafios de construir plataformas e linguagens compatíveis com o blockchain são abraçados por um exército de pesquisadores e empreendedores, em paralelo, as empresas, os mercados, os bancos e na área jurídica, os novos tempos começam a levantar questionamentos e polêmicas, apontando que a tecnologia segue um pouco mais rápido. As instituições financeiras apressam estudos e testes:

A tecnologia de “blockchain”, que está por trás da moeda virtual “bitcoin”, promete ser a nova onda de destaque dos serviços financeiros. Essa tecnologia permite que o registro de dados e transações deixem de ficar armazenados em apenas um local e sejam distribuídos entre diversos participantes, com potencial de redução de custos operacionais, ganho de eficiência e aumento da segurança.

No Brasil, a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) junto com a B3 e a Câmara Interbancária de Pagamentos (CIP) já vêm discutindo a aplicação dessa tecnologia no sistema financeiro. Foram desenvolvidos dois projetos de prova e conceito sobre a criação de um cadastro único de clientes que possa ser compartilhado entre as instituições financeiras.

O primeiro teste desse projeto, batizado de *Fingerprint*, foi testado na plataforma Corda, do consórcio internacional R3, do qual fazem parte Itaú Unibanco, Bradesco e B3. Outra simulação foi feita na plataforma *Hyperledger*, da IBM, e testada por todos os bancos que fazem parte da Comissão Executiva de Tecnologia e Automação Bancária (CNAB), mais a CIP e a B3.

Agora, a Febraban está na fase de testar essa prova de conceito em ambiente produtivo. “Não temos a intenção de colocar em mercado, é uma prova de conceito ainda”, diz Adilson Fernandes da Conceição, coordenador do grupo de trabalho de *blockchain* da Febraban.

Lá fora, alguns bancos já têm testado o uso de *blockchain* em produtos e sistemas. Segundo o diretor-executivo de análise de empresas financeiras do UBS, Frederic de Mariz, essa tecnologia deve trazer desintermediação dos serviços financeiros e a grande discussão é quais empresas serão impactadas.

Relatório publicado pelo UBS destaca que os serviços de liquidação, custódia, registros e pré-pagamento estariam mais expostos à implementação dessa tecnologia.

No caso do Brasil, a B3, como bolsa e mercado de balcão, segundo analistas, poderia ser a mais afetada se os participantes do mercado decidissem fazer os serviços de registro das transações e custódia por meio de *blockchain*. “Não acho que empresas como a B3 vão desaparecer, mas a função delas vai mudar”, diz Mariz.

...

O UBS não acredita que a nova tecnologia é aplicável para a negociação de ativos que exige velocidade muito grande no envio de ordens, em que milésimos de segundo fazem a diferença.

Outra área que também poderia ser afetada é a de pagamentos. No Brasil, o banco vê a credenciadora de cartões Cielo, única empresa de cartões de capital aberto, como uma das impactadas. Com as informações sobre os pagamentos a receber dos lojistas distribuídos por meio da tecnologia de *blockchain*, a informação, em tese, deixaria de ser propriedade exclusiva da Cielo e um outro banco poderia fazer a antecipação de recebíveis.

O diretor do UBS afirma que é difícil dizer quando os bancos devem lançar produtos ou serviços que utilizam essa tecnologia no Brasil, mas acredita que algo possa vir a mercado em 2018.¹⁴

14 ROSA, S.: *Bancos e B3 começam a testar a tecnologia de “blockchain”*. Jornal Valor Econômico, 09.06.2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/financas/4998566/bancos-e-b3-comecam-testar-tecnologia-de-blockchain> Acessado em 25.11.2017.

Já na área jurídica, a cautela parece estar na ordem do dia dos magistrados. Recentemente, a 36ª Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferiu decisão negando a um banco a penhora de bitcoins. O desembargador que foi relator do caso explicou que:

... por se tratar de bem imaterial com conteúdo patrimonial, em tese, não há nenhum problema para que a moeda virtual possa ser penhorada para garantir a execução. Porém, o banco não apresentou nenhum indício de que os devedores tenham investimentos em bitcoins.

“O pedido formulado é genérico e, por essa razão, não era mesmo de ser acolhido. Competia à agravante comprovar a existência dos bens que pretende penhorar, uma vez que não se pode admitir o envio indiscriminado de ofícios sem a presença de indícios mínimos de que os executados sejam titulares dos bens”, afirmou Carvalho.

O desembargador disse que o banco apenas indicou duas empresas que seriam operadoras de moeda virtual, atuando na intermediação de serviços e negócios pela internet. “Porém, não há informações acerca de sua atuação como agentes de custódia de bitcoins ou de sua relação com possíveis bens dos agravados”, afirma.¹⁵

A decisão, entretanto, parece não levar em conta uma característica da moeda digital: não há como provar a sua propriedade, pois o que cada detentor de bitcoins tem é sua chave privada de acesso, seu código para transacionar bitcoins e efetuar transações nas plataformas digitais. Da mesma maneira, é possível imaginar que muitas outras situações ganharão os tribunais, até que a tecnologia – relativamente simples, porém ainda inusitada – do blockchain seja devidamente compreendida. Por exemplo, por ser uma cadeia de registros e lá os dados permanecerem *ad aeternum*, um contrato não poderá ser alterado. Uma vez registrado no blockchain, funcionará de acordo com os

15 MARTINES, F.: *Penhora de bitcoin exige que credor prove sua existência, decide TJ – SP*. Site do Conjur, reportagem de 06.12.2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-06/penhora-bitcoin-exige-credor-prove-existencia-tj-sp>. Acessado em 06.12.2017.

parâmetros da programação, da mesma maneira que um software executa funções para as quais foi programado. Essa característica certamente alterará a maneira como as cláusulas deverão ser pensadas e, em caso de necessidade de alteração, um novo registro, com novo código, deverá ser efetuado.

Em relação às transações em bitcoins e outras moedas digitais, o maior ineditismo lançado por Nakamoto e sua equipe foi extinguir a necessidade de intermediários, como as instituições financeiras, que na atualidade são os que mais lucram com a definição de regras, juros, e colocam no mercado produtos para investidores. O que naturalmente se espera que é as moedas digitais ganhem adeptos no mundo todo, assim como aconteceu com as notas de papel, quando estas substituíram as barras de ouro ou as moedas de material nobre, por uma simples questão: praticidade. Enquanto as barras de ouro ou moedas esperavam no ourives para receber identificação e cunhagem, este emitia um papel informando quantas barras ou moedas determinado cidadão detinha.

Já no caso da utilização do blockchain para contratos, e para as situações previstas nos direitos obrigacionais, seja qual for a plataforma utilizada, muitas etapas podem ser suprimidas. A praticidade é indiscutível, mas é justamente esse contexto que suscita inúmeros questionamentos, sobretudo em relação à segurança e ao cumprimento das obrigações, afinal, a maneira como as pessoas devem agir umas com as outras, quando realizam negócios, é justamente o mote dos Direitos das Obrigações. Como estes serão aplicados diante desta nova tecnologia? Como as decisões judiciais acompanharão as peculiaridades dessa tecnologia? Por exemplo, no conjunto dos direitos obrigacionais, inserida no Título III – Do adimplemento e extinção das obrigações – está a Seção IV, “Do lugar do pagamento”. Trata-se de um conjunto de quatro artigos que regulam a escolha desse local:

Art. 327. Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias.

Parágrafo único. Designados dois ou mais lugares, cabe ao credor escolher entre eles.

Art. 328. Se o pagamento consistir na tradição de um imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar onde situado o bem.

Art. 329. Ocorrendo motivo grave para que se não efetue o pagamento no lugar determinado, poderá o devedor fazê-lo em outro, sem prejuízo para o credor.

Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

Uma vez que credor e devedor optem por plataforma digital, via tecnologia do blockchain, – assim como, normalmente, as partes optam por depósitos bancários –, credor e devedor deverão ter os mesmos códigos de acesso para obter informações acerca dos pagamentos ou do cumprimento das cláusulas previstas no contrato. Após o registro efetivado no blockchain, há emissão de um comprovante, que é uma prova legal de autenticidade. Para reforçar a validade jurídica de contratos, as partes envolvidas podem comprovar sua ciência e concordância sobre o conteúdo registrado. Esse documento será importante no caso de existirem disputas legais futuras. Porém, ainda não existem jurisprudências a respeito. Caso uma das partes não corresponda ao previsto em contrato, como se constituirão as ações eventualmente ajuizadas? Como os magistrados terão acesso às informações, uma vez que elas se constituem em linguagens de programação de computadores?

Para Benito Arruñada, os Direitos das Obrigações referentes à compra e venda de um imóvel, por exemplo, podem muito bem ganhar registros no blockchain sem prejuízos ou dificuldades para as partes.

Porém, o mesmo não diz respeito à transmissão do direito à propriedade, que exige a participação de atores públicos:

Qualquer um pode vender seu imóvel mediante um contrato de compra e venda ou, também, dispor do bem por meio da blockchain. Poderá fazê-lo mesmo quando a propriedade seja igualmente do cônjuge, ou onerada com uma hipoteca. Contudo, tanto o direito de propriedade do cônjuge, quanto a hipoteca permaneceriam incólumes.

O contrato de compra e venda tem, deste modo, efeitos meramente obrigacionais. Não tem o condão de transmitir a propriedade imóvel. Simplesmente o vendedor se obriga a entregar o bem ao comprador e este a recebê-la. Em outras palavras, a venda de coisa alheia (parcialmente) é válida e eficaz entre as partes – e o será também no caso de imóvel gravado com um direito real de garantia (hipoteca). No entanto, os direitos reais de terceiros sobre a coisa vendida não serão afetados por esta compra e venda.

Esta distinção entre os efeitos obrigacionais do contrato e a eficácia real da transmissão da propriedade pode arrefecer o entusiasmo dos partidários da blockchain, que tendem a superestimar a eficácia dos contratos entre particulares e a subestimar a importância dos intermediários que desfrutam da confiança do público. No âmbito do mercado, os agentes podem intercambiar direitos obrigacionais, isto é, podem prestar ou não prestar, fazer ou não fazer. Contudo, transmitir direitos de propriedade requer um mínimo de intervenção pública. A razão é simples: dado que a alienação afeta interesses de terceiros alheios ao contrato, a transmissão requer a presença de um terceiro neutro e imparcial que garanta o adimplemento. Este terceiro deve ser independente – não apenas em relação às partes de uma relação concreta, mas, também, em relação a todos os titulares de direitos de propriedade sobre o ativo que se negocia no mercado. Do contrário, o mercado sofreria seriamente devido à possível existência de gravames ocultos incidentes sobre tais ativos.¹⁶

16 ARRUNADA, B.: *Limites da blockchain – criar obrigações é mais fácil do que transmitir direitos de propriedade*. 31.10.2017. Site do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Disponível em: <http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/limites-da-blockchain-criar-obrigacoes-e-mais-facil-do-que-transferir-direitos-de-propriedade> Acessado em 23.11.2027.

Em relação às funções cartoriais, as especulações são muitas, as dúvidas são necessárias, como a que segue:

Vejamos a seguinte problemática:

O *blockchain* tem o recurso de validação ponto a ponto, eliminando terceiros de confiança, assim, a comunicação seria direta entre o cidadão e o tribunal. Mas a eliminação de terceiros de confiança se mostra até então inviável, uma vez que:

- As serventias extrajudiciais através de seus tabeliães e ou registradores dão fé pública aos atos por eles praticados no desempenho de suas funções, então não podem ser excluídos do sistema, uma vez que na recepção dos atos e soluções jurídicas para o caso concreto é necessário uma certa sensibilidade na prática de praticamente todos os atos cartorários, e um exemplo que está em evidência é a Ata Notarial, que está envolvida praticamente em todos os processos cíveis e penais que necessitam de preservação de provas digitais. Além de ter o direito adquirido por lei, pois aprovados em concurso público, conforme preceitua a lei;
- Terceiros de confiança que recebem informações do cartório, como por exemplo: SERASA, SIRC, CENSEC, CRC, CRA, entre outros, também não podem ser eliminados, visto que recebem dados dos cartórios por disposição legal.

Portanto, se mostra inviável que todo e qualquer terceiro de confiança que esteja entre o cidadão e o tribunal seja eliminado pela tecnologia *blockchain*.¹⁷

As plataformas que ora estão em desenvolvimento devem buscar aprimorar a interface com todos os usuários, ou seja, o credor, o devedor, e todos os possíveis envolvidos num eventual processo legal. É possível que se desenvolvam plataformas específicas para que os contratos recebam serviços cartoriais ou para aqueles que estão sob a apreciação da lei, facilitando o armazenamento de registros e a análise

17 LOSSIO, C.J.B.: Blockchain e sua criptografia aliada à segurança da informação dos cartórios. 06.2017. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/58855/blockchain-e-os-cartorios> Acessado em:01.12.2017.

da Justiça. E, assim como credor e devedor guardam consigo cópias de contratos, e ao utilizarem o blockchain terão ambos as chaves de acesso, estas também deverão ser liberadas aos que julgarão processos relativos a esses contratos. E como opina Losso:

No *blockchain* se dá a comunicação ponto a ponto criptografada através de chaves públicas e privadas, que são códigos que irão identificar cada usuário no processo de uma transação. É através destas chaves que são gerados sequencialmente um código hash de validação de cada transação, com intuito de se manter a transparência transacional através da chave pública no qual ficará a amostra, como também o sigilo através da chave privada. Com base no exposto, todos saberão que ocorreu uma transação, mas só os portadores da chave privada referente a essa transação saberão o conteúdo, com isso será mostrada a prova de trabalho apenas para as partes envolvidas.

...

Essa tecnologia inovadora assim como a web, necessita obrigatoriamente da internet para funcionar, e poderá operar de forma híbrida junto a outros softwares conforme citado anteriormente, como por exemplo, softwares de automação cartorária, visto que as validações criadas pelo *blockchain*, servirão para apresentar a prova do trabalho de cada ato cartorário, e não o conteúdo em si do banco de dados deste software, tudo com base nos princípios apresentados no início. O *blockchain* comprovará o ato concluído com êxito, e não o conteúdo do ato em um todo, como por exemplo, armazenando junto a transação o nome das partes, número de documentos, número do selo utilizado, números de livro, folha e ordem. Assim esse código de validação ficará impresso no documento gerado pelo software cartorário promovendo assim a consulta via web a validade do documento, visto que essa validação ficará armazenada no bloco do *blockchain* e poderá ser acessada publicamente conforme previsto na abordagem anterior referente as chaves públicas e privadas.

O Conselho Notarial do Brasil tem acompanhado as grandes investidas de pesquisadores e desenvolvedores de plataformas para uso da tecnologia blockchain, por meio de seminários e reuniões. O presidente da entidade sinaliza para a necessidade de regulamentação para utilização dessas plataformas:

... Andrey Guimarães Duarte explicou como a nova tecnologia será no futuro um grande aliado ao setor extrajudicial para a autenticidade de documentos. “Estamos tentando alterar esse conceito jurídico que o cartório representa para a sociedade, fazendo o necessário para atingirmos o objetivo que as pessoas desejam”, articulou. “O *blockchain* traz a imutabilidade da informação que circula, e não a veracidade. Também traz o consenso, não concordância. De que forma o notário pode ajudar com isso? Atestando o fato e o consenso entre as partes”.

No entanto, a disrupção pura e simples pode ser problemática. Por isso, o presidente do CNB/SP defende a necessidade de regulação. “Ela deve ser equilibrada, sendo inclusiva – de forma a permitir que todos atuem – e proporcional – sem sufocar a iniciativa a ponto de impedir seu desenvolvimento”. O principal mote para que a tecnologia se torne hígida é a complementariedade, ou seja, credibilidade na introdução do dado matriz. Por isso, o CNB/SP vem desenvolvendo estudos sobre a utilização da tecnologia na atividade notarial, sobretudo com relação à junção da segurança fática do *blockchain* com a jurídica da fé pública notarial.

Por fim, Andrey Guimarães Duarte elencou os principais requisitos que devem ser preenchidos para a necessidade de utilização da tecnologia: criar novo valor, otimizar o ambiente do negócio e reduzir riscos. “O modelo aplicado ao *blockchain* é exitoso pela geração espontânea; mas aplicada aos fatos externos, a rede não testemunha a geração da informação. É importante um agente de confiança, com credibilidade, na introdução da informação dessa tecnologia”, concluiu.¹⁸

É importante frisar que os meios eletrônicos e a internet se constituem em um ambiente já utilizado por todas as instâncias da Justiça, embora, às vezes, utilizado parcialmente. Regras contemplando as características do uso em meio eletrônico foram introduzidas no Código de Processamento Civil em 2006. No Brasil, o Código de Processo Civil, em seu art.154, afirma que “Os atos e termos processuais

18 Blockchain Summit 2017: CNB/SP apresenta palestra “Blockchain em cartórios: teste em posicionamento”. Site do Colégio Notarial do Brasil. 23.11.2017. Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTU0MTQ=&filtro=&Data=> Acessado em 01.12.2017.

não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”. Em seu inciso 2, diz que “Todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei”. Esse mesmo artigo contém parágrafo único em que se lê: “Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – IGP – Brasil.”

Esse parágrafo único do art.154 do Código de Processo Civil foi criado pela lei n. 11.280/2006, elegendo a metodologia tecnológica a ser aplicada pelos tribunais. A Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil “é uma cadeia hierárquica de confiança que viabiliza a emissão de certificados digitais para identificação virtual do cidadão”. É também “um conjunto de técnicas, práticas e procedimentos a ser implementado pelas organizações governamentais e privadas brasileiras com o objetivo de estabelecer os fundamentos técnicos e metodológicos de um sistema de certificação digital baseado em chave pública.”¹⁹Atualmente, no Brasil, há extensas e acaloradas discussões em torno da criação de um novo Código de Processo Civil, e será a oportunidade para os legisladores e magistrados incrementarem a utilização de tecnologias disponíveis.

5. CONCLUSÃO

Ainda é prematuro detalhar quais serão os impactos efetivos da tecnologia blockchain no mundo dos negócios. Ao mesmo tempo que parece ser inevitável que essa nova tecnologia faça parte do dia a dia dos cidadãos, assim como a internet o faz, é importante considerar

19 Instituto Nacional de Tecnologia da Informação: *ICP- Brasil*. 27.06.2017. Atualizado em 04.2018. Disponível em://www.itl.gov.br/icp-brasil.

os interesses de todos os segmentos envolvidos. Quase sempre, grandes acordos acomodam esses interesses, ou, ao contrário, determinam o fim de mercados, por exemplo, como ocorreu com a telefonia fixa, na década dos anos 90s. Ou ainda, com o uso de aplicativos em serviços urbanos, como no caso dos táxis, cujo segmento sofreu grande reviravolta.

Em relação aos Direitos Obrigacionais, até o momento, tudo leva a crer que a automatização de contratos, ou a prevalência dos contratos inteligentes, é um caminho sem volta. Sendo assim, efetivamente causará impactos que vão desde facilitar a vida das pessoas a diminuir ainda mais as vagas de trabalho. Também exigirá alterações no Código de Processamento Civil. Entretanto, a exemplo do que ocorre com o comércio virtual, em que a necessidade de aprimoramento das leis em defesa dos consumidores se mostra um desafio constante, é possível que o mesmo aconteça com os novos contratos. A redação de cláusulas é uma das questões mais sensíveis, pois termos e conceitos estão atrelados às tradições notariais e/ou empresariais, administrativas, e serão traduzidas por desenvolvedores para uma linguagem de programação. É nesse conteúdo vertido em números que reside a inquietação, pois outro desafio será efetivar a análise de contratos inteligentes por parte da Justiça e magistrados.

Se o número de usuários entusiasmados com o blockchain o suficiente para realizar contratos inteligentes ultrapassar o número de pessoas que preferem a maneira tradicional de realizar contratos, os magistrados terão de se inteirar dos aspectos dessa tecnologia e passarão a criar jurisprudências. Estas, possivelmente, indicarão o caminho de novas regras. Quanto tempo todas essas transformações demorarão para acontecer é, ainda, uma incógnita.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUÑADA, B.: *Limites da blockchain – criar obrigações é mais fácil do que transmitir direitos de propriedade*. 31.10.2017. Site do Instituto de

Registro Imobiliário do Brasil. Disponível em: <http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/limites-da-blockchain-criar-obrigacoes-e-mais-facil-do-que-transferir-direitos-de-propriedade> Acessado em 23.11.2027.

AZEVEDO, A.: *A nova era dos contratos inteligentes*. Guia do Bitcoin; 12.05.2017. Disponível em: <https://guiadobitcoin.com.br/a-nova-era-dos-contratos-inteligentes/>. Acessado em 05.11.2017.

Blockchain Summit 2017: *CNB/SP apresenta palestra “Blockchain em cartórios: teste em posicionamento”*. Site do Colégio Notarial do Brasil. 23.11.2017. Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/index.php?p-G=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTU0MTQ=&filtro=&Data=> Acessado em 01.12.2017.

CAPELAS, B.: *Peça central do bitcoin entra no radar das startups*, jornal O Estado de São Paulo, caderno Link (Economia), 30.10.2016, p.B10.

Instituto Nacional de Tecnologia da Informação: *ICP- Brasil*. 27.06.2017. Atualizado em 04.2018. Disponível em://www.iti.gov.br/icp-brasil.

Instituto Nacional de Tecnologia da Informação: *ICP- Brasil*. 27.06.2017. Atualizado em 04.2018. Disponível em://www.iti.gov.br/icp-brasil.

LOSSIO, C.J.B.: *Blockchain e sua criptografia aliada à segurança da informação dos cartórios*. 06.2017. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/58855/blockchain-e-os-cartorios> Acessado em:01.12.2017.

MARTINES, F.: *Penhora de bitcoin exige que credor prove sua existência, decide TJ – SP*. Site do Conjur, reportagem de 06.12.2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-06/penhora-bitcoin-exige-credor-prove-existencia-tj-sp>. Acessado em 06.12.2017.

NAKAMOTO, S.: Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system [acesso em 08.11.2016]. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

RIVAS, T. *Objetos de aprendizagem no contexto das comunidades virtuais auto-organizadas para a produção de software livre e de código aberto*. Universidade de São Paulo – Escola de Engenharia de São Carlos. Tese de doutorado, 2009.

ROSA, S.: *Bancos e B3 começam a testar a tecnologia de “blockchain”*. Jornal Valor Econômico, 09.06.2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/financas/4998566/bancos-e-b3-comecam-testar-tecnologia-de-blockchain> Acessado em 25.11.2017.

SETTI, R.: *Aplicações práticas do blockchain*. O Globo, 25.12.2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/aplicacoes-praticas-do-blockchain-20691028> Acessado em 10.11.2017.

TARTUCE, F. *Código Civil Interpretado*. (Org. Costa Machado; Coord. Silmara Juny Chinellato), SP, ed. Manole, 2008.

The bitcoin under pression, The economist, edição de 30.11.2013 [acesso em 25.11.2016]. Disponível em <http://www.economist.com/news/technology-quarterly/21590766-virtual-currency-it-mathematically-elegant-increasingly-popular-and-highly>

ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS EN MATERIA DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN BRAZIL, ENFOCÁNDOSE EN EL RESPETO DEL PRINCIPIO DE ORDEN PÚBLICO EN LA PROCEDÊNCIA DEL RECURSO DE PROTECION

Jane Eyre Ribeiro Macedo

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo consiste na realizacion de una análise jurídica de dos fallos del Tribunal de Arbitraje Internacional com homologacion del Superior Tribunal de Justiça de Brasil, que se pronuncia sobre el Orden Público.

La problemática más relevante del arbitraje en Brasil es la excessiva formalización de la práctica arbitral de su ordenamiento jurídico nacional, lo qual comprende su constitucionalización y la formación de una jurisprudência que fomenta una cultura desfavorable a la liberalización de solución de controversias pero rápido.

Señalaremos algunos aspectos positivos y negativos que hán sido identificados nos fallos analizados, las consecuencias y también la modernización de la ley brasileña.

Un contexto jurídico favorable al arbitraje comercial internacional presume la existencia de por lo menos dos elementos, a saber: una normativa procesal acorde a los estándares modernos y el apoyo al arbitraje por parte de los tribunales nacionales de justicia.

2. HOMOLOGACION DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS EN BRASIL

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, atribuye al Superior Tribunal de Justicia – STJ, por medio de la Enmienda Constitucional n. 45/2004, competencia originaria para, que en instancia de apenas probar, homologar la sentencia extranjera que no se revele ofensiva a la bajoeranía nacional, a la orden pública y a los buenos costumbres, dándoles todavía competencia para indicar las situaciones que son contrarias a la Orden Pública y cuales no son contrarias a la Orden Pública, para fines de homologación de la sentencia extranjera.

Debido a la globalización, el arbitraje por ser un medio extrajudicial de solución rápida de conflictos capaz de dirimir problemas contractuales ultrapasa las fronteras y está siendo utilizado en larga escala para la solución de controversias en el ámbito del comercio internacional, tornándose una herramienta imprescindible en la búsqueda rápida solución de controversias en las transacciones comerciales, preservándose el orden público.

La viabilidad de las partes contratantes someten litigios futuros decurrentes del arbitraje a Tribunales diversos del país en que se dio el arbitraje, ultrapasa las fronteras y es en esa perspectiva que considerable contingente de contratos son firmados en países diversos de los que son requeridos a homologación.

VALÉRIO garante que el arbitraje es un medio extrajudicial de solución de conflictos capaz de dirimir problemas contractuales, pudiendo ser determinada antes o después del surgimiento de la Homologación de la sentencia arbitral extranjera, por la cláusula arbitral o por el compromiso arbitral, respectivamente. Tiene por virtud la libertad de las partes envueltas en la contienda puedan establecer las reglas y indican las personas que deben decidir la materia puesta en cuestión (VALÉRIO, 2004, p. 17).

La eficacia de la sentencia alienígena en Brasil, depende de su homologación por el órgano jurisdiccional competente, conforme dispuesto por el art. 35 de la Ley de Arbitraje no. 9.307/96.

El Pedido de homologación, debe estar suscrito por abogado regularmente inscrito en la OAB de Brasil y seguir las directrices indicadas en el art. 5º, de la Solución 09 del 4 de mayo de 2005, que establece los imprescindibles requisitos para la validación de la sentencia extranjera en Brasil.

3. ANALISIS DE SENTENCIAS EXTRANJERAS HOMOLOGADAS EN BRASIL

1º.) - Sentencia Extranjera Contestada N° 4.439 - GB (2009/0188275-1) en que fue Relator el Ministro Teori A. Zavascki, cuya homologación fue solicitada por la Western Bulk Carriers, legalmente representada por abogados inscritos en la OAB de Brasil en desfavor de A.P. Óxidos Industria y Comercio Ltda, también representada por abogados.

Se trata de pedido de homologación de sentencia arbitral extranjera proferida por el Tribunal Arbitral en Londres/Inglaterra, que acató el pedido de indemnización de la empresa solicitante en frente de la empresa solicitada por alegado descumplimiento del contrato de pago para transporte por medio de embarcación para transporte marítimo de mineral de hierro del Puerto de Santos/Brasil a Nantong/China.

Regularmente citada, la solicitada presento contestación argumentando en resumen:

- a) - la imposibilidad de homologación de la sentencia porque la conclusión a la que el árbitro llego, al condenar la solicitada, fue “sin amparo documental, legal y técnico” á que no llevó en consideración los argumentos en el sentido de que el Comandante de la embarcación contratada descumplió “las orientaciones y nor-

mas de la Autoridad Portuaria de Santos e da Marina Brasileña”, además de las normas internacionales de navegación, existiendo, por consiguiente, violación al orden público ya la soberanía nacional”; b) “todos los documentos presentados en los autos, y no apenas las firmas del Notario Público Inglés, para que tengan validez en Brasil, deberían estar - y no están - legalizados directamente por la Autoridad Consular Brasileña”;

Indica todavía que el “documento presentado a la fl. 347, a título de certificado de tránsito en juicio (...) no sirve para los fines que se propone, una vez que la simple copia de fax-símil de una declaración firmada y que según el conocimiento del árbitro, no fue interpuesto cualquier recurso en frente de su decisión, pues “el árbitro invoco diversos dispositivos de la Ley de Arbitraje Inglesa, que darían cuenta del plazo para la interposición de recursos y de su competencia para la respectiva certificación del tránsito en juicio” (fl. 400), entretanto, “no fueron adicionadas ninguna copia de la legislación alienígena a fin de que se pudiera conferir la veracidad de tales afirmaciones” porque la “firma puesta en el ‘certificado de tránsito en juicio’ indica que su subscriptor es Sr. Michael Baker-Harber, pero, el respectivo documento de autenticación de la firma, expedido por el Notario Público de Londres, atesta que aquella firma es del Sr. Russel St John Gardner” y “no hay en los autos cualquier prueba de que la parte acusada haya sido intimada de la postergación de la sentencia arbitral”, circunstancia que, acrecida a la “falta de certeza cuanto a la firma”, no permite certeza de que la sentencia es de hecho definitiva.

En respuesta (fls. 450-477), el solicitante reitera su pedido de homologación integral del documento extranjero, según precedente que conferencia (SEC 587/CH; la sentencia arbitral está debidamente reconocida por la autoridad consular que firma copia debidamente traducida; el certificado de tránsito en juicio que fue junto es válido y fue comunicada la empresa solicitada; es desnecesaria la prueba de la ley extranjera por la parte solicitante, por ausencia de previsión legal.

En manifiesto al fl. 48, Ministerio Público Federal requiere que sean juntos los siguientes documentos por el solicitante: la documentación comprobatoria explicando la conexión entre Hill Dickinson LLP e M J Baker-Harber; copia autenticada de la legislación inglesa aplicable al procedimiento arbitral en cuestión; Traducción por profesional juramentado.”

Delante de estos relatos, conviene asegurar con certeza que el art. 5º, I, de la Solución 9/2005 considera indispensable para homologación de la sentencia extranjera la comprobación de haber sido proferida por autoridad competente. Se verifica que, la sentencia arbitral fue proferida y firmada por el árbitro Michael Baker-Harber, que de acuerdo con la documentación, es un árbitro miembro de la “London Maritime Arbitrators Association”, razón de la inconsistencia de la alegación.

Aguardando la respuesta al pedido de homologación, la parte solicitada, alega que hubo violación a la soberanía nacional y a la orden pública porque “el Capitán del navío, representando por el Armador, se rehusó a acatar el plano de cargamento de las autoridades portuarias que habían concordado/contratado, además de las normas de la Capitanía de los Puertos y de la Marina de Brasil, así como de las prácticas internacionales” (fl. 388).

Sin razón e insubsistente es esa alegación. El simple juzgamiento contrario a los intereses de una parte no configura, por sí solo, violación a la soberanía nacional o la orden pública. Fuera eso, se registra que la homologación de las sentencias extranjeras comportan apenas juicio de pruebas sobre los requisitos formales, vetada la apreciación de los aspectos concernientes al mérito del juicio.

Es evidente que no se hacen presente cualquiera de las situaciones indicadas en los artículos 37 e 38 de la Ley 9.307/96 que impidan la homologación de la sentencia arbitral proferida. La sentencia homologada no causa ofensa a la soberanía nacional o a la orden pública (arts. 5º e 6º de la Resolución STJ 9/2005).

El pedido de homologación fue juzgado procedente. La parte perdedora debe arcar con los honorarios del abogado, que considerados los parámetros del art. 20, §§ 3º e 4º, del Código de Proceso Civil Brasileño, fueron arbitrados en R\$ 10.000,00 (diez mil reales).

2º.- La segunda sentencia a ser analizada se refiere a una decisión arbitral proveniente de pedido de homologación de sentencia arbitral proferida en Nueva York, Estados Unidos de América, por la Cámara de Comercio Internacional, formulado por KIA MOTORS CORPORATION, teniendo como pre-requisitos WASHINGTON ARMÊNIO LOPES, CHONG LIN JEON, ROBERTO UCHÔA NETO, ASIA MOTORS DO BRASIL S.A., JBP DO BRASIL, SET TRADING S.A., SET PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S.A. e AMERICAN SAMOA CORPORATION.

Regularmente citados, la contestación fue presentada apenas por el solicitante WASHINGTON LOPES. A la solicitada JBP DO BRASIL constituye patronos en los autos, con todo no respondió al pedido de homologación. Los demás demandantes, no obstante regularmente citados, no comparecieron a los autos, había sido nombrado curador, que presentó la contestación por negativa general. El contrato de joint venture trajo, todavía, la siguiente convención arbitral y cláusula compromisoria (fl. 114):

Cualquier conflicto o reclamación que surja de este acuerdo, o que a él se relacione, incluyendo la interpretación, aplicación y rescisión de este acuerdo, y que no pueda ser resuelto amigablemente entre las partes, será resuelto por arbitraje compulsorio, en conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional del Comercio (“ICC”).

El proceso de arbitraje ocurrirá en la ciudad de Nueva York, estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América u otra ciudad y país y será realizado en lengua inglesa. Los conflictos serán resueltos por tres árbitros. Los Accionistas Brasileños y la AMC nombrarán, a cada uno, un árbitro.

El Tribunal Arbitral de la Cámara Internacional del Comercio nombrará el tercer árbitro. Las partes reconocen que la decisión del árbitro será final y obligatoria con relación a los veredictos, sin derecho a apelación en ningún tribunal de ninguna competencia. Los costos del árbitro serán divididos igualmente por las partes, a no ser que el árbitro determine que los costos serán calculados de otra forma.

El acuerdo entablado y sus Anexos albergan todos los acuerdos entre las partes contratantes en relación a las cuestiones ya especificadas y substituye todos los acuerdos, declaraciones y negociaciones anteriores escritas o verbales de las partes.”

Con relación a las cláusulas de los referidos anexos, especialmente en lo que cabe al denominado ACUERDO DE ACCIONISTAS (fls. 120 y siguientes), todavía se puede extraer como compromiso específico del arbitraje y otros (fl. 147/151):

- “7.1. Este acuerdo será regido e interpretado en conformidad con las leyes de la República Federativa de Brasil. Las partes eligen el fórum de la ciudad de São Paulo, Estado de São Paulo, renunciando a cualquier otro, no importando los privilegios inherentes, para resolver cualquier duda o disputa que surjan en este acuerdo.
- 7.2. Es la intención de las partes cumplir las disposiciones de este Acuerdo en conformidad con los principios de buena fe y la negociación justa, así como Documento: 1056429 - Entero Contenido del Juicio (Sentencia Hecha por Tribunal Colectivo) - Site certificado - DJe: 01/02/2012 Página 13 de 62 Superior Tribunal de Justicia, se observa y respeta la esencia y el contenido de este Acuerdo. Las partes se esfuerzan al máximo para resolver las disputas entre ellas de forma amigable que surjan de este Acuerdo, o que se relacionen a él.
- 7.3. Cualquier controversia o reclamación que surja del ejercicio de los derechos de los Accionistas, o que a ellos se relacione, bajo el Capítulo 4 y sus sub-secciones, que no puedan ser resueltas amigablemente entre las partes, será resuelta por arbitraje

compulsorio en conformidad con las Normas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional del Comercio. (“ICC”).
(...)

En el juicio de deliberación de la vía propuesta fue decidido no resultar en la homologación pretendida en ofensa a la soberanía o a la orden pública nacional.

Introdujo el análisis por el substrato de la convención arbitral y de la cláusula de compromiso prevista en el contrato de joint venture, cumpliendo observar en la convención el aspecto del compromiso de las partes – declaración de voluntades - y de someterse al juicio arbitral, en cuanto que la cláusula de compromiso es su formalización.

La cuestión conceptual en torno de la convención, en el caso, se figura importante por la previsión de los arts. 3º y 4º de la Ley 9.307/1996 (Ley de Arbitraje), a ser observada por la autonomía de la voluntad de las partes que eligieron la ley brasileña para resolver todas las peticiones eventualmente propuestas.

A propósito, es de buena al cuña transcribir los dispositivos mencionados:

“Art. 3º. Las partes interesadas pueden someterse a la solución de sus litigios en juicio arbitral mediante convención de arbitraje, así entendida la cláusula de compromiso y del compromiso arbitral.”

“Art. 4º. La cláusula de compromiso es la convención a través de la cual las partes en un contrato se comprometen a someterse al arbitraje los litigios que puedan venir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Es oportuno destacar que por el contenido de los argumentos lanzados por las partes, tanto en el sentido de mantener la competencia cuanto no de negarla al Tribunal Arbitral, todo fue objeto de confronto y examen.

El Arbitraje, al disciplinar los requisitos necesarios a la homologación de las sentencias arbitrales extranjeras, establece que no

será pasible de homologación sentencia que implique ofensa a la orden pública.

Requisitos indispensables para la homologación de la decisión extranjera en Brasil.

Prescribe el art. 963 del Código de Proceso Civil brasileño, requisitos indispensables para la homologación de la decisión extranjera. Es necesario que haya sido proferida en el exterior por autoridad competente, las partes hayan sido citadas o hayan habido legalmente la revelación, sea eficaz en el país en que se dictó, no ofenda la cosa juzgada brasileña, esté acompañada de traducción oficial, salvo disposición que la dispense prevista en tratado y no contiene manifiesto ofensa al orden público.

Conforme Súmula 420-STF: No se homologa la sentencia dictada en el extranjero sin prueba del tránsito en juzgado.

La orden pública es protegida en el ordenamiento jurídico brasileño por el artículo 17 de la Ley de Introducción al Código Civil, el cual dispone “las leyes, actos y sentencias de otro país, así como cualquiera declaración de voluntades, no tendrán eficacia en Brasil, cuando ofendan la soberanía nacional, la orden pública y los buenos costumbres”.

Para TARANTA y DELGADO Orden **Pública** es la situación y el estado de legalidad normal, en que las autoridades ejercen sus principales atribuciones y los ciudadanos las respetan y las acatan.-

El concepto de orden pública refleje los valores de determinada época y de ciertas culturas jurídicas, representando, así, los valores que la moral vigente en nuestra cultura jurídica considera fundamentales. Así, todo que se muestra contrario a esa conformación moral básica será considerado contraria a la orden pública y no deberán recibir el sello o timbre del Superior Tribunal de Justicia – conforme dispuesto por la Ley de Introducción al Código Civil.

Del punto de vista formal, la orden pública es el conjunto de valores, principios y normas pretenden que sean observados en una

sociedad. Del punto de vista material, la orden pública es la situación de hecho que ocurre en una sociedad, resultante de la disposición armónica de los elementos que en ella se encuentran, de modo a permitir un funcionamiento regular y estable, que garanta la libertad de todos.

Además, la concretización y la delimitación del contenido de la orden pública constituye atribución a ser desempeñada exclusivamente por las Cortes Nacionales, salvo en raras excepciones en que el propio legislador se incumbe de constituir la, como es el caso del propio destaque hecho en el párrafo único del artículo 39 de la Ley n° 9.307/96.

Carlos Alberto CARMONA predica que “el fundamento de tal orientación se apoya en la garantía del derecho de defensa establecido por el proceso, de tal modo que el modelo brasileño de ‘due process of law’ acaba considerado como único y satisfactorio, exigiéndose, entonces, de la utilización de carta rogatoria (carta que le pide a un tribunal extranjero ejecutar una cierta acción), cuyo manejo – todos sabemos – torna penosa (para decir lo mínimo) la realización del acto procesual citatorio”.

La orden pública sería, así, consecuencia de la orden jurídica o del conjunto de reglas formales, que emanan del ordenamiento jurídico de la nación. De esa forma, el concepto de orden pública refleje los valores dominantes y la cultura jurídica en vigor en determinada época - la Constitución, la noción de interés social y de los derechos basilares de una colectividad.

La concretización y la delimitación del contenido de la orden pública constituyen tarea exclusiva de las Cortes nacionales, salvo raras excepciones en que el propio legislador se encarga de conformarla.

Son normas de la orden pública las constitucionales, las procesuales, las administrativas, las penales, las de organización judicial, las fiscales, las de policía, las que protegen los incapaces, las que tratan de la organización de la familia, las que establecen condiciones y formalidades para ciertos actos y las de la organización económica.

El artículo 29, § 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que no ejercicio de estos derechos y disfrutando de estas libertades nadie está sujeto sino a las limitaciones establecidas por la ley con vista exclusivamente a promover el reconocimiento y al respecto de los derechos y libertades de los otros y a fin de satisfacer las justas exigencias de la moral, de la **orden pública** y del bien-estar en una sociedad democrática.

En juzgamientos de procesos para la homologación de sentencia extranjera o STJ viene estableciendo los parámetros para el entendimiento de lo que sea Orden Pública, destacando cuales son las reglas aplicables, para conferir se ocurrió la violación o no a la Orden Pública brasileña. Se establece así, el siguiente papel: son normas de orden pública las constitucionales, las procesuales, las administrativas, las penales, las de organización judicial, las fiscales, las de la policía, las que protegen a los incapaces, las que tratan de la organización de la familia, las que establecen condiciones y formalidades para ciertos actos y las de la organización económica (SEC 802/US, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO).

De esta forma, las sentencias *judiciales* extranjeras que contrariaren tales reglas, no son homologadas en Brasil, ponderándose que la orden pública procesual es la garantía del respeto al debido proceso legal, debiendo ser respetada en el proceso arbitral y en la sentencia arbitral, bajo pena de no ser homologada (artículo 39, II de la Ley de Arbitraje) o de ser declarada nula (artículo 32, VIII c/c 21, párrafo 2º de la Ley de Arbitraje).

En el Estado Democrático de Derecho la preservación de la orden pública debe realizarse dentro del ordenamiento jurídico y por los Poderes del Estado, de forma integrada y armoniosa de modo a garantizar los derechos e intereses de una nación libre y soberana.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El presente artículo analizó el alcance de la intervención de los tribunales ordinarios en materia de arbitraje comercial internacional, enfocándose en el respeto del principio de Orden Público y en la procedencia del recurso de protección. Por lo tanto, el concepto de Orden Pública es multifacético y admite una serie de definiciones. Pero mismo dentro de esa pluralidad de conceptos, las normas de carácter público y aquellas que traducen protección a los derechos fundamentales, todavía que infra constitucionales, deben siempre ser consideradas en el juicio de las pruebas acerca de la homologación de una sentencia emitida fuera del territorio nacional.

Las sentencias *judiciales* extranjeras que contrariaren las reglas, no son homologadas en Brasil, ponderándose que la orden pública procesual es la garantía del respeto al debido proceso legal, debiendo ser respetada en el proceso arbitral y en la sentencia arbitral, bajo pena de no ser homologada.

En el Estado Democrático de Derecho la preservación de la orden pública debe realizarse dentro del ordenamiento jurídico y por los Poderes del Estado, de forma integrada y armoniosa de modo a garantizar los derechos e intereses de una nación libre y soberana.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA de 1988, Art. 105, inciso I, alínea.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 29, § 2°;

FURTADO, Paulo, et alii. *Lei da Arbitragem Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 132.

LAZZARINI, Álvaro. Estudos de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 p. 52

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph De. *Vocabulário Jurídico*, Vols. IV, p. 291.]

KNABBEN, Flávio. Poder de Polícia: uma análise sobre fiscalização de alvarás em estabelecimentos de jogos e diversões públicas. Florianópolis: Universidade do Sul de Santa Catarina, 2006.

RESOLUCION STJ no. 05;

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Arbitraje en el derecho brasileño. São Paulo: Leud, 2004. Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça, por Álvaro Lazzarini; Polícia de Manutenção da Ordem Pública e suas atribuições, por Hely Lopes Meirelles. In *Direito Administrativo da Ordem Pública*, Forense, Rio de Janeiro, p. 13 e p. 156/157.

VICENZI DE VIEIRA, Brunela, MACHADO, César Rossi. A complexidade da Ordem Pública entre outras culturas.

Conceito de ordem pública e sua aplicação quando da homologação de sentença arbitral estrangeira, por Mario Luiz Elia Junior.



RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN COLOMBIA Y ARGENTINA

Karoll Marcela Burbano Padilla

1. INTRODUCCIÓN

La figura de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador fue frecuentemente rechazada bajo la defensa irrestricta del principio de la soberanía parlamentaria¹, según el cual los actos producidos del legislador no pueden ser causa de daño alguno que deba ser reparado en tanto resultan ser expresiones del poder soberano, de forma que la ley *que causara perjuicios era expresión de la voluntad general y por consiguiente también voluntad de los que sufren el daño*². Aunado a ello, la irresponsabilidad del Estado-legislador se vio favorecida por otras teorías como la generalidad de la ley y la obligación de soportar las cargas públicas³, la imposibilidad de violar en estricto sentido derechos preexistentes, la separación de poderes y la ausencia de disposición legal expresa que reconozca la indemnización y la falta de control de constitucionalidad de las leyes. No obstante en la actualidad

1 Sobre los argumentos que favorecen la teoría de la irresponsabilidad del Estado-Legislator ver, Fallo de 11 de enero de 1930, Consejo de Estado Francés.

2 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. 6ª edición, Tomo IV. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 1997, p. 600.

3 Al respecto ver también, GAMBA Ladino, Julio César, *Responsabilidad del Estado Legislador*. Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1626/14.pdf>, p. 266.

se han esgrimido suficientes argumentos de peso para sostener la existencia de un régimen de responsabilidad patrimonial por los hechos del legislador⁴.

En este escrito no se realizará una revisión de la historia de la figura, ni se examinarán a profundidad los argumentos mencionados. Se intenta presentar el fundamento constitucional y legal de la figura dentro de los ordenamientos jurídicos de Colombia y Argentina – lo que se considera es la base para comprender el alcance de la figura en uno y otro ordenamiento –, así como revisar la posición doctrinal y jurisprudencial frente a este tipo de responsabilidad. Finalmente, a manera de conclusiones se evidenciarán las diferencias en el tratamiento de la figura entre los dos países. Se advierte desde ya que, para facilitar el estudio se distingue entre la responsabilidad derivada de la actuación ilegítima y la responsabilidad proveniente de sus actuaciones legítimas o conformes a derecho del legislador.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR

2.1 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA

La Constitución Nacional de 1991, a través de los artículos 6 y 9, introdujo el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado. Antes de ello la responsabilidad del Estado había sido desarrollo único jurisprudencial⁵. Pero antes de revisar el contenido

4 Sobre los argumentos contra las teorías de que favorecen la irresponsabilidad del Estado ver al respecto: NUÑEZ Leiva, José Ignacio. *Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: Distinguiendo*. Revista de derecho Universidad del Norte, N° 35, Barranquilla, 2011, pp. 284-287; FRANCO Rodríguez, Paola & GONGORA Mera, Manuel. Tesis para optar al título de abogado: *La responsabilidad del Estado legislador en los eventos de sentencias moduladas*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2001, pp. 75 y ss.

5 Aunque la constitución política de 1886 previó la posibilidad de reconocimiento de indemnización ocasionada por la actuación legislativa para aquellos eventos en que se afectara la propiedad a través de la expropiación (artículo 30 constitucional) o cuando se establecía un

de las disposiciones señaladas, se debe advertir que la Constitución Colombiana de 1991 estableció expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del legislador. El artículo 58 constitucional, por ejemplo, impone el deber de indemnizar el daño derivado de la aplicación de la figura de la expropiación; el artículo 336 dispone lo suyo respecto de los monopolios rentísticos y el artículo 365 respecto de la reserva de determinadas actividades estratégicas o servicios públicos por parte del Estado. Figuras en las cuales se ha reconocido la obligación de reparar como tradición constitucional. Ahora bien, el artículo 6 constitucional prevé la responsabilidad de los particulares y servidores públicos por infracción de la constitución y la ley, pero en el caso de los servidores públicos, señala que, además responderán por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

A su turno, el artículo 90 ha sido entendido como la cláusula general de la responsabilidad del Estado, en tanto en el sentir de la Corte Constitucional no sólo se refiere a la responsabilidad extracontractual del Estado, sino también a la precontractual y contractual, siendo preciso predicarse de cualquier autoridad pública. Así, el inciso primero del artículo 90 constitucional consagra que *[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*, sin realizar ninguna clase de distinción de tales autoridades por lo cual se entiende que el legislador está incluido en ellas⁶ – así lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996: “*El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado*

monopolio con arbitrio rentístico (artículo 31 constitucional) no existía ninguna cláusula general expresa de responsabilidad patrimonial estatal, ni en la constitución ni en la ley. Al respecto ver Corte Constitucional Colombiana respecto en sentencia C-333 de 1996 . También ver sentencia del 8 de mayo de 1995 del Consejo de Estado, Exp. 8118.

6 Para LLERAS DE LA FUENTE, “[l]a redacción del artículo [90] está indicando que el Estado responde por los daños cualquiera que sea su actividad; se abre así el campo a las responsabilidades legislativa, judicial, etc., que deberán definir la jurisprudencia o la Ley” en LLERAS DE LA FUENTE. Carlos, et. al. *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Carrera 7ª, 1992. p. 198.

responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública (...)

Incluso antes de la providencia en cita, la Corte Constitucional en sentencia C-587 del 12 de noviembre de 1992 reconoció que, a la luz de la constitución de 1991, es perfectamente viable predicar responsabilidad de cualquier órgano del poder público frente a posibles vulneraciones:

“Así, en el Estado social de derecho -que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto-, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí.

En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas: el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; El Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales.

(...)

Si mientras la Constitución protege el derecho a la vida, el legislador no hace punible el delito de homicidio, y el juez no cumple eficazmente con su función judicial, un homicidio impune es, no solamente la vulneración de un derecho fundamental por parte de un particular, sino, en última instancia, un hecho cuya responsabilidad compete directamente al Estado.” (Subrayas fuera del texto original)

Ahora, el artículo 90 constitucional estableció dos requisitos indispensables para establecer la responsabilidad del Estado: i) el daño antijurídico causado por la acción u omisión de una autoridad pública

y ii) la imputabilidad de estos dos al Estado, a través de alguno de los títulos de imputación, sea objetivo o subjetivo⁷. Con ello, la constitución de 1991 modificó la configuración de la responsabilidad estatal, tal como había sido ilustrada hasta al momento. En efecto, se entiende que uno de los grandes avances de la Constitución de 1991 es la separación de la antijuricidad del daño de su causa antijurídica, así se pasa de una responsabilidad sancionatoria a una reparatoria, en donde no sólo generan responsabilidad las actividades ilícitas del Estado sino también las lícitas. Para entender lo anterior, la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-333 de 1996, al referirse al daño antijurídico trae a colación el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado en España, esto es, el artículo 106 de la Constitución Española⁸, sobre lo cual expresa:

“Nótese que el sistema español consagra un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que no representa un mecanismo sancionatorio: la indemnización no es una pena que deba sufrir el agente del daño en razón de su culpa, sino que es un dispositivo que se funda en la posición de la víctima pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello puede haber daño antijurídico, sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio real o supuesta. Así, la doctrina española ha entendido este régimen de responsabilidad en los siguientes términos: *“Quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión “funcionamiento anormal de los servicios públicos”, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de “funcionamiento normal” (o “funcionamiento de los servicios públicos”, simplemente, en el artículo 106.1 de la Constitución). (...)*”

7 Sentencia del 8 de mayo de 1995, Exp. 8118, Consejo de Estado, sección tercera. Sentencias del 12 de julio de 1993, Exp. 7662; sentencia del 5 de julio de 1996.

8 Artículo 106: *“Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”* Constitución Española.

No obstante, no se asegura que la responsabilidad del Estado se encuentre basada en un régimen totalmente objetivo, como muchos lo han entendido, excluyendo de tal manera la responsabilidad por falla en el servicio, pues el artículo 90 constitucional lo que hizo fue englobar los distintos regímenes bajo la noción del daño antijurídico⁹.

De otro lado, el artículo 124 constitucional, consagra que le corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva¹⁰. Sin embargo, hasta el momento no existe desarrollo legal sobre la responsabilidad del Estado-legislador. Pese a ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que, además del artículo 90 constitucional, existen elementos suficientes para su reconocimiento ello por cuanto los mismos principios y fines del estado establecidos en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política de 1991, excluyen los argumentos de soberanía usados frecuentemente para negar la responsabilidad del Estado-legislador que resultan incompatibles con un Estado Social de Derecho y su naturaleza garantista¹¹. Es decir, la responsabilidad del Estado, entendiéndose también del Estado-legislador *emana de los principios constitucionales que nutren el Estado social de derecho*¹² en tanto el Estado para la consecución de sus fines esenciales debe valerse del ejercicio de la potestad estatal a través de sus tres funciones fundamentales: la administrativa, la legislativa y la judicial¹³, mismas que a su vez deben corresponder a tales fines en tanto constituyen su propia justificación¹⁴.

9 Sentencia C-333 de 1996, Corte Constitucional Colombiana.

10 ARTICULO 124, Constitución Política de Colombia.

11 BAUTISTA González, Cristian & DIAZ Cujica, Jorge. Trabajo de grado para optar al título de abogado: *Responsabilidad Estatal derivada de la Función Legislativa en Colombia*, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, 2006, pp. 50 y ss.

12 *Ibidem*, p. 56.

13 Funciones no entendidas desde el punto de vista orgánico sino desde el punto de vista formal, esto es no determinadas por el órgano que las ejerce sino por su contenido. De tal manera el Congreso por excelencia cumple función legislativa, pero ello no impide que cumpla en ocasiones funciones de carácter administrativo y judicial. Ver al respecto Vladimiro, Teoría Constitucional e instituciones políticas, Bogotá, Temis, 1991, p.215.

14 La Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-110 del 2000 y C-790 del 2002 ha esta-

Por su parte la Corte Constitucional ha dicho que el daño antijurídico determinado como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades particulares frente a la actividad de la administración¹⁵.

En consecuencia, subsumido lo anterior a la clase de responsabilidad que nos ocupa, se ha concluido que la responsabilidad del Estado-legislador en Colombia no sólo es predicable cuando la actividad legislativa deviene ilícita, como en el caso de la responsabilidad derivada de leyes declaradas inconstitucionales, sino que se puede perfectamente reconocer responsabilidad patrimonial del Estado por daños derivados de una ley lícita, pues con la Constitución nacional de 1991, sentó como garantía constitucional la reparación de los daños antijurídicos que el Estado ocasione. De forma que, si un particular debe sacrificar su derecho individual y soportar una carga pública especial el Estado debe indemnizarlo cuando el daño que se le cause pueda calificarse como antijurídico.

2.2 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN ARGENTINA

En cuanto al derecho argentino, debemos partir de una prevención necesaria. No se debe perder de vista que el tema de la responsabilidad del Estado se encuentra ilustrada de manera tangencial por la reglamentación civil¹⁶ – ello aun cuando últimamente la Corte

blecido con claridad que si bien al Congreso de la República le corresponde expedir las normas restrictivas de libertades y derechos de los ciudadanos con base en razones de orden público e interés general, no puede admitirse la existencia de una facultad discrecional del Congreso al respecto, puesto que la Constitución, así como los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, constituyen límites claros a su actuación.

15 Sentencia C-333 de 1996, Corte Constitucional Colombiana.

16 Sin embargo, cabe anotar, que existen desarrollos teóricos aplicables a la noción de la responsabilidad extracontractual del estado totalmente extraños al derecho civil, tal como sucede

Suprema de Justicia de la Nación ha dado lugar al reconocimiento de algunos principios que permiten fundamentar la responsabilidad del Estado por sus actos legítimos¹⁷ – por lo que, las soluciones del derecho civil se aplican con frecuencia en los asuntos referentes a la responsabilidad estatal. Se ha aceptado que tratándose de daños que provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil o mercantil, la responsabilidad se rige según las reglas del derecho privado, basada como se dijo en la noción de culpa. Pero cuando el daño provenga del cumplimiento de la función administrativa o con ocasión de la misma, la reparación se rige por principios del derecho público¹⁸.

Hoy en día el sistema de responsabilidad estatal en la Argentina, no cuenta con una ley general o especial, no obstante, como se intentará explicar, ella se encuentra cimentada sobre la base de los principios generales del derecho administrativo, algunos con base constitucional o legal. Muchos doctrinantes han concluido que según los precedentes jurisprudenciales, en Argentina, se ha sostenido como regla general la irresponsabilidad del Estado por la función legislativa¹⁹, afirmando que una ley ajustada a la constitución no puede generar responsabilidad aunque cause perjuicio a particulares, esto se ha sostenido en el perjuicio por cobro legítimo de impuestos, por perjuicios en el caso del ejercicio de poderes de guerra y por leyes que organicen o regulen los servicios públicos. Sin embargo excepcionalmente ha aceptado la responsabilidad en virtud de principios como: existencia de un perjuicio especial²⁰, la igualdad ante las cargas públicas²¹, el

con el concepto de “falta de servicio”, consistente en el funcionamiento irregular o defectuoso de la administración, debiendo apreciarse la misma no en relación a la culpa del agente sino de acuerdo a las leyes y reglamentos que rigen la función y al daño causado.

17 CASSANGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, 7ª Edición, Tomo I, Abeledo Perrot, p. 264.

18 *Ibidem*. p. 271

19 DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Tomo V. Argentina. Plus Ultra Ed. 1971. P. 151.

20 CANASI, José. *Derecho administrativo*. Vol. II. Buenos Aires. Depalma, 1997, p. 555. Ver también CSJN in re “Carlos Reisz y Cia. SRL vs. Nación Argentina”, del 14/10/1960

21 CASSGNE, Juan Carlos. *Op cit*, pp. 274 y ss.

enriquecimiento sin causa²², la lesión al derecho de propiedad²³, los derechos adquiridos, los principios del Estado de Derecho, la justicia distributiva y la lesión antijurídica resarcible. En efecto, la identificación de las bases jurídicas en las que se asienta la obligación del Estado de resarcir los daños que causa en el ejercicio de su actividad lícita es una cuestión que ha suscitado discusión, ello en parte se debe a la comentada mediación del derecho privado en la materia. El artículo 1071 del Código civil de la nación en su primer párrafo sostiene que *“el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, ha encontrado fundamento de esta responsabilidad tanto en los artículos 14 y 17 de la Constitución nacional, en defensa de la propiedad privada²⁴, y en los anteriores más el artículo 16 constitucional, con base en la teoría de la igualdad ante la ley y las cargas públicas²⁵.

Para MARANIELLO, es la misma esencia de la responsabilidad extracontractual la que permite endilgarle responsabilidad al Estado por las actuaciones legítimas; dado que en la responsabilidad extracontractual no existe un contrato sino una relación jurídica preestablecida, no es necesario que se proceda en contra de la ley, sino que también tendrá responsabilidad en su obrar lícito²⁶. Para el autor la res-

22 Fallo 245, 246 y 153 Corte Suprema Argentina

23 DIEZ, Manuel María. *Op. Cit.*, p. 155. Ver también CSJN in re “Francisco Piria vs. Provincia de Buenos Aires”, del 8 de noviembre de 1939.

24 En el caso “Laplacette” del 16/2/1943, en el cual se reclamaba por la inundación de los campos de la actora como consecuencia de la realización de obras hidráulicas, la corte consideró que se trataba de una responsabilidad por actividad legítima del estado y ante la ausencia de regulación normativa aplicó por analogía las normas de expropiación. Ponderó el artículo 18 de la ley 19.549, el que se refiere a la revocatoria de los actos administrativos y prevé la correspondiente indemnización cuando por razones de oportunidad, mérito o conveniencia se causen perjuicios a los administrados, y el art. 10 de la ley 21499 de expropiación. En cuanto a la reparación excluye el lucro cesante.

25 “Los Pinos” del año 1975

26 MARINELLO, Patricio. *Responsabilidad del Estado Legislador* en: Estudios de Derecho Público/Edgardo Tobías Acuña et.al.; prólogo de Alberto Antonio Spota, - 1ª edición, Buenos Aires, Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013, p. 1048.

ponsabilidad por actuación legítima del Estado, encuentra fundamento en la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada, donde deben mediar los siguientes requisitos: *a) una causa de utilidad pública, entendida como aquella que sirve para la satisfacción del bien común, b) la materialización a través de una ley formal, donde se deberán especificar los bienes involucrados, y c) la indemnización, el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación (p. ej.: ocupación temporaria de bienes, inundaciones por trabajos hídricos, etc.).*²⁷

Para MARIENHOFF²⁸, el origen y fundamento de toda responsabilidad estatal sea legítima o ilegítima lo constituye el propio Estado de derecho y sus postulados. El autor señala que de la Constitución Nacional es posible extraer principios que orientan la teoría de la responsabilidad del estado como el derecho a la propiedad y las normas que rigen la expropiación (artículo 17); la igualdad ante las cargas públicas (artículo 16); la consecución de justicia (preámbulo); el reconocimiento de los derechos esenciales (artículo 14)²⁹; las garantías a la libertad (artículo 18) y lo dispuesto en el artículo 116, del cual deriva la posibilidad de someter a juicio al Estado³⁰.

Para CASSAGNE, La responsabilidad del estado por actividad legítima, se ha sentado en varias ocasiones en la teoría de la indemnización. Esta teoría diferencia entre los casos de reparación de los daños provocados por el Estado causados por un acto ilícito – fundamentada en la noción de culpa – y los eventos que se relacionen con una indemnización de derecho público, que permite responsabilizar al Estado sin que medie la noción de culpa, en tanto encuentra su fundamento en la igualdad de los administrados ante las cargas públicas. Sin embargo,

27 *Ibidem*, p. 1058.

28 MARIENHOFF, Miguel, *Op. cit.* pp. 724 y ss.

29 Según se desprende del preámbulo, podría afirmarse que el Estado frente a los derechos individuales (artículos 14-20) se encuentra en el deber jurídico de no dañarlos.

30 Artículo 116, Constitución Nacional Argentina.

sostiene el autor, que sobre ella también es posible formular una crítica sustancial, esto es, la innecesaria diferenciación entre responsabilidad e indemnización ya que las dos figuras pueden corresponder a un fundamento común y unitario para responsabilizar al estado por su actuación y un mismo fin, esto es restituir el desequilibrio causado por el daño al administrado. Así si bien existen distinciones en cuando a la medida de la reparación, según se trate de actividad legítima o ilegítima, no existe diferencia sustancial en el fundamento de ambos tipos de responsabilidad³¹. Lo mismo ocurre respecto de la denominada teoría de la lesión resarcible, pues no es necesario encontrar un fundamento positivo para la responsabilidad estatal, sino reconocer que esta se funda en la alteración del principio de igualdad. Para CASSAGNE todos los demás fundamentos – como el enriquecimiento sin causa, la inviolabilidad de la propiedad, etc. – son derivaciones o complementaciones del principio de igualdad.

La crítica de CASSAGNE se corresponde con el sentido que han tomado los fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional. En principio se mantuvo la idea de que la reparación integral sólo se debía al particular que soportó un daño por un acto ilegítimo. Cuando el daño provenía de una actuación legal, no había lugar al reconocimiento del lucro cesante. No obstante, en varios fallos se ha reconocido la reparación integral con base en la justicia conmutativa, tal como aconteció en el precedente “Jucalán” y en el caso “Eduardo Sanchez Grane” de 1984³² en el que se determinó la admisión del rubro lucro cesante en la composición de la indemnización debida por el Estado por su actuar lícito³³.

De modo que se puede concluir que la obligación de reparar tiene como fundamento primordial el principio de la corrección del

31 CASSAGNE, Juan Carlos. Op cit, p. 274 y ss.

32 Corte Suprema de Justicia, fallos: 306:1409.

33 En igual sentido se pueden consultar el caso “El Jacaranda S.A.” de 2005 y “Zonas Francas Santa Cruz S.A.” de 2009.

desequilibrio causado al administrado que soporta el daño, desigualdad que requiere ser restituida³⁴. Principio que se encuentra reconocido a través del artículo 16 de la Constitución Nacional Argentina.

3. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR

3.1 REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA

Como se expresó, el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia consagró dos requisitos indispensables para establecer la responsabilidad del Estado: i) el daño antijurídico causado por la acción u omisión de una autoridad pública y ii) la imputabilidad de estos dos al Estado, a través de alguno de los títulos de imputación. En primer lugar, entonces, se deberá determinar si el daño es antijurídico o no. Para saberlo se impone verificar, no sólo, si se trata de un perjuicio patrimonialmente evaluable, sino también, si existe ausencia de causas de justificación, no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado³⁵. Además, deberá tratarse de un daño personal y cierto, excluyendo en primera instancia la posibilidad de contemplar la reparación de daños eventuales o hipotéticos³⁶. En segundo lugar, se requerirá la existencia de un título de imputación, el cual corresponde a un título jurídico al que le sea atribuible el daño causado por la acción u omisión del agente estatal y que va más allá de la simple causalidad material, esto es, un régimen de responsabilidad. Sin embargo, además de los mencionados requisitos, tratándose de la responsabilidad del legislador, la jurisprudencia ha determinado ciertos presupuestos necesarios para verificarla, según se trate de la

34 C, Juan. Op cit. p. 276.

35 García de Enterría citado por Luis Martín Rebollo. *La responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia*. Civitas, S.A., pp. 59 y 60.

36 Cabe rescatar la denominada teoría de la pérdida del chance u oportunidad.

responsabilidad generada por la actividad legítima del legislador o por actividad ilegítima. Por lo cual se han distinguido diferentes eventos en que la ley puede convertirse en un hecho dañoso:

3.1.1 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR SUS ACTUACIONES ILEGÍTIMAS

Casos en los cuales el Estado responde patrimonialmente por un acto ilegítimo del legislador, en tanto ha contrariado la Constitución. Por lo cual se considera que estos eventos opera un régimen de responsabilidad subjetivo, basado en la falla o falta de servicio³⁷, la cual puede suceder cuando el servicio funcionó irregularmente, cuando no funcionó o lo hizo tardíamente. De tales postulados la jurisprudencia ha reconocido que Estado puede responder patrimonialmente por fallas en el servicio legislativo por dos causas: por ley declarada inconstitucional³⁸ y por omisión legislativa.

Responsabilidad del legislador por ley declarada inconstitucional: en este caso se han señalado como presupuestos: i) el hecho dañoso imputable al Estado, ii) el daño antijurídico, cierto, personal y evaluable y iii) la conexión causal entre la ley inconstitucional y el daño ocasionado. En cuanto a ellos cabe hacer las siguientes precisiones. Sobre la imputabilidad del daño, se siguen los elementos generales que al respecto se han determinado por el Consejo de Estado, esto es, no basta con que exista daño antijurídico, sino que se requiere además que este sea imputable jurídicamente al Estado, esto es la atribución de reparar con base en una relación existente³⁹, lo que para el caso de las

37 El Consejo de Estado en sentencia del 11 de junio de 1989 determinó que el término “servicio” tiene un carácter general y se refiere a cualquier actividad de la función pública. Por lo que el Estado puede incurrir en una falla en el servicio legislativo.

38 El Control de constitucionalidad de las Leyes en Colombia se rige por el artículo 241 de la Carta, el cual determina que es la Corte Constitucional la encargada de llevar a cabo dicho control, mismo que se fundamenta en el principio de supremacía de la Constitución consagrado en el artículo 4 constitucional.

39 Consejo de Estado, sentencia del 13 de julio de 1993, expediente 8163.

leyes declaradas inconstitucionales equivale a la sentencia que declara la norma inexecutable.

Sin embargo, no toda declaración de inexecutableidad genera la responsabilidad del Estado, aunque su declaratoria si sea indispensable para que la falla en el servicio sea ostensible. Al respecto se ha dicho que no basta la relación de causalidad, sino que es necesario probar que el daño se derivó del específico vicio de inconstitucionalidad. Por lo que se excluye los daños derivados de leyes declaradas inconstitucionales por vicios de forma, como también cualquier perjuicio que se haya ocasionado con la aplicación de la ley pero que no se derive directamente de la tacha de inconstitucionalidad⁴⁰. El Consejo de Estado en auto del 15 de mayo de 2003⁴¹, admitió la acción de reparación ejercida para obtener la declaratoria de responsabilidad del Estado por falla en el servicio legislativo por ley declarada inexecutable. En esta ocasión el Consejo de Estado entendió que la acción de reparación directa es adecuada para obtener la reparación de daños causados por leyes declaradas inexecutables por la Corte Constitucional, *en tanto tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública*, pero ello siempre y cuando, tales daños se encuentren debidamente acreditados, por lo que la inexecutableidad no implica ipso facto el reconocimiento de la responsabilidad del Estado.

Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa: la omisión legislativa, entendida como la abstención del legislador del deber de legislar cuando expresamente se lo ha ordenado en la constitución, ha sido reconocida como fuente de vulneración de derechos constitucionales. Tal omisión puede ser absoluta, cuando no hay acción del legislador, o relativa, cuando en el cumplimiento de su deber de legislar favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando excluye a un grupo de ciudadanos de ciertos beneficios que reconoce a

40 BAUTISTA González, Cristian & DIAZ Cujica, Jorge. Op Cit. p. 65.

41 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 15 de mayo de 2003.

otros sin causa justificada o cuando se omite una exigencia esencial de acuerdo con la Constitución⁴².

En el caso colombiano se ha negado la responsabilidad en el caso de omisiones absolutas. Las razones de esta posición fueron apuntadas por el Consejo de Estado en sentencia del 1 de noviembre de 2001, caso en el cual se solicitó la declaración de responsabilidad de la Nación colombiana por omisión derivada de la falla del servicio legislativo por no reglamentar el artículo 39 de la Constitución política⁴³. El Tribunal de lo Contencioso administrativo sostuvo que no puede existir juicio de responsabilidad por la omisión legislativa porque la actividad legislativa no es un deber jurídico, ni una obligación, en tanto la función legislativa se ejerce programáticamente. Su tesis fue que no existió ninguna conducta jurídica reprochable por ausencia de una obligación de contenido claro en la medida que no podía preverse un plazo o termino para su cumplimiento.

El problema de la reparación patrimonial del legislador por omisión legislativa absoluta, es que no existe texto legal del cual se pueda demandar la declaratoria de inconstitucionalidad. Esta posición fue la que sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996 frente a la petición de inconstitucionalidad por la omisión del legislador de reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución Política. En esa oportunidad sostuvo que el control constitucional solo procede ante las omisiones relativas en tanto en las omisiones absolutas no existe una actuación que pueda ser susceptible de control y en la medida en que el artículo 241 constitucional, que reglamenta su competencia respecto del conocimiento de las demandas de inconstitucionalidad, no determinó expresamente la posibilidad de ejercer control constitucional en tales eventos, no podía analizar asuntos diferentes a los señalados en la disposición comentada. No obstante

42 Corte Constitucional, sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996.

43 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de noviembre de 2001.

es importante el salvamento de voto en el que se sostiene que las omisiones absolutas son susceptibles de control debido a que la ausencia de texto legal no implica ausencia de marco normativo sino una regulación diferente ya que los principios del ordenamiento y la propia actividad judicial se encargan en no pocas veces de llenar los vacíos existentes. En ese sentido el control se predicaría de la norma que se deriva de la omisión legislativa la cual puede ser contraria a la Carta fundamental en tanto por alguna razón el constituyente creyó necesario su desarrollo legal.

La doctrina sostiene que la responsabilidad patrimonial del legislador por omisión legislativa absoluta es posible en el entendido de que configura una transgresión a la norma constitucional que expresamente le señala el deber de legislar, lo cual implica vulneración directa del artículo 4 constitucional que establece la supremacía de la Carta fundamental⁴⁴. El anterior razonamiento también es extensible respecto de las omisiones relativas⁴⁵ ya que éstas fácilmente pueden ir en contra vía del artículo 13 Constitucional, el que propugna por la igualdad en la medida de que la omisión relativa se traduzca en un trato discriminatorio frente a los administrados⁴⁶ o de cualquier otra disposición esencial de la Constitución. Pues como bien lo ha reconocido la Corte Constitucional el legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución: cuando favorece a ciertos grupos en perjuicio de otros,

44 FRANCO Rodríguez, Paola & GONGORA Mera, Manuel. Tesis para optar al título de abogado: *La responsabilidad del Estado legislador en los eventos de sentencias moduladas*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2001, pp.200 y ss.

45 La Corte Constitucional ha aceptado el control frente a las omisiones relativas en sentencias Nos. 555/94, 108/94, 473/94 y 247/95. En la sentencia C-427 de 12 de abril de 2000, en la cual se precisaron los requisitos de la omisión legislativa, tales son: “a) Que exista una norma constitucional sobre la cual se predica la omisión; b) Que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) Que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) Que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas porta norma y; e) Que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador”

46 Ibid.

cuando excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto o cuando va en contravía de presupuestos esenciales que prevé la Carta magna. Transgresiones que tendrían que evidenciarse por medio de la previa declaratoria de inconstitucionalidad y por tanto dar pie a la responsabilidad del Estado.

3.1.2 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR LEY CONSTITUCIONAL O ACTO LEGISLATIVO LEGÍTIMO

En Colombia, si la Ley no es demandada ante la Corte Constitucional, opera la presunción de constitucionalidad debido a que se supone su conformidad respecto de las normas de la Carta Fundamental. Sin embargo como se advirtió en líneas anteriores, el Estado puede llegar a responder por el ejercicio de su actuar legítimo, lo que es aplicable tratándose de leyes acordes a la constitución. Entre algunos eventos de leyes constitucionales que causan perjuicios se identifican las leyes de consagración de monopolios estatales, las que prohíben fabricar o comercializar determinados producto o aquellas que prohíben importar ciertas mercaderías.

Sobre la necesidad de establecer la voluntad del legislador como requisito para conceder la reparación en estos casos, se ha previsto que el silencio del legislador no impone la presunción de que los perjuicios que ocasione la ley no son indemnizables, pues en virtud de la cláusula general de responsabilidad debe establecerse si la víctima no tenía la obligación de soportarlos, sin importar que el legislador no haya dispuesto nada al respecto⁴⁷. Conjuntamente, en virtud del

⁴⁷ En principio se sostuvo que el legislador tiene discrecionalidad para conceder o negar la reparación de los perjuicios que la aplicación de una Ley cause. En sentencia del 18 octubre de 1990, el Consejo de Estado afirmó que le corresponde al legislador apreciar si se debe conceder la reparación, por lo que esta solo procede con la disposición expresa del legislador o por lo menos con su tácito asentimiento. Por consiguiente si se niega expresamente o tácitamente el derecho a reparación, el juez no podrá hacer lugar a ella.

artículo 4 constitucional, el cual sostiene que la Constitución es norma de normas, el legislador no puede liberarse de responsabilidad negando la indemnización por los daños que la Ley ocasione pues con ello violaría el artículo 90 constitucional, repugnando la norma suprema⁴⁸. Sobre el particular, se ha dado lugar a teorías de responsabilidad sin culpa como la del daño especial cuando se viola el principio de igualdad ante las cargas públicas como aconteció en sentencia del 25 de agosto de 1998 del Alto Tribunal de lo contencioso administrativo. En esta sentencia el Consejo de Estado se pronunció frente a la reclamación de perjuicios ocasionados con la muerte de un ciudadano tras ser arrollado por un vehículo diplomático, conducido por un agente militar Norteamericano. Los actores predicaron la responsabilidad del Estado con ocasión de la ley 6 de 1974 por medio de la cual se aprobó la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, cuya existencia impide obtener resarcimiento del daño ocasionado por el hecho de la inmunidad diplomática, respecto del agente que conducía el vehículo, pues en efecto, la Corte Suprema de Justicia había rechazado la demanda civil por falta de jurisdicción.

El Consejo de Estado ratificó la sentencia de primera instancia con el fundamento en la teoría del Daño especial señalando que con la ley 6 de 1974 se puso a la parte actora en una situación especial y excepcional ante la imposibilidad de acceder a la justicia en la medida en que la mencionada ley, al contemplar la inmunidad, causó un daño antijurídico a los ciudadanos colombianos en dos sentidos: i) les negó la posibilidad de demandar en Colombia los perjuicios de acciones producidas por agentes diplomáticos y ii) desequilibra las cargas públicas al imponérsele la necesidad de demandar ante la justicia del Estado acreditante. El Consejo de Estado aclaró que para reconocer la responsabilidad del legislador no necesariamente se requiere que la Ley se encuentre en pugna con la Constitución, por cuanto la responsabilidad estatal no se deriva de la licitud o ilicitud de la conducta sino de

48 RAMOS ACEVEDO, Jairo. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Departamento de Publicaciones Universidad Libre, Cali, 1994, p.239.

la antijuricidad del daño. A pesar de lo dicho, el Consejo de Estado no condenó al Estado-legislador, sino al Estado, en tanto estimo que en la expedición de la ley 6ta, por tratarse de la ratificación de un convenio internacional, intervinieron tanto el poder legislativo, como el ejecutivo y el judicial⁴⁹. Respecto a la imputación del daño, el Consejo de Estado manifestó:

“En el sub-judice, estima la Sala, que es pertinente aplicar el régimen de la responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la convención de Viena de fecha del 18 de abril de 1961, en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública consistente en la negociación y firma del dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar. “(...)Si excepcionalmente como en este caso y por un tratamiento de privilegio conferido por el Estado a una persona, atendidas sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en el hecho dañino ante su juez natural, es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello el particular está habilitado para demandar al Estado en reparación con fundamento en su actuar complejo como ya se dijo.

“En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C. p.”⁵⁰

49 El ejecutivo al suscribir el tratado, el legislativo al incorporarlo a través de la ley y el judicial a través de la revisión del convenio que lleva a cabo la Corte Constitucional.

50 CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena. Sentencia IJ-001 de agosto 25 de 1998. C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

3.2 REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR EN ARGENTINA

3.2.1 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR SUS ACTUACIONES ILEGÍTIMAS

La responsabilidad del Estado por sus actuaciones ilegítimas, se encuentra subsumida en una responsabilidad directa y objetiva – no es necesario indagar en el dolo o la culpa, tan sólo hay que probar un actuar irregular - con fundamento normativo en el artículo 1112 del Código Civil, el cual contempla la responsabilidad por “*los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas*”, quedando subsumidos dentro de este concepto general todos los elementos de la responsabilidad civil y, en particular, lo ateniendo a la ilicitud del acto de la administración pública por no ejecutar aquel al que estaba obligada⁵¹, esto es el acto omisivo.

Como presupuestos se han establecido los siguientes: i) la imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones; ii) la falta del servicio por funcionamiento defectuosos o irregular sea derivado de acción u omisión; iii) el daño o perjuicio sufrido; iv) la conexión causal o relación de causalidad entre la actuación o la conducta omisiva de la administración y el daño ocasionado. Es menester determinar la causa eficiente del daño alegado. Dentro de esta responsabilidad se entiende incluida la derivada de actos normativos o legislativos declarados ilegítimos por sentencia judicial en firme⁵², requisito éste último indispensable para su procedencia. La corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos como t.263, t.297, t.252⁵³ ha atribuido responsabilidad por la

51 BUSTAMANTE Alisina, J. *La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía* en LL 1990-C, p.429 citado por MARINELLO, Op. Cit. p 1051.

52 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. IV, pág. 738; REIRIZ, María Graciela, *ob. cit.*, págs. 71-72.
53 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 252, en el caso “Acuña Provincia de

actividad legislativa y reglamentaria ilegítima, entendidas como transgresiones a las disposiciones constitucionales o legales.

Para GORDILLO, la responsabilidad por acto legislativo ilegal, como en el caso de ley inconstitucional es posible *en primer lugar porque una ley inconstitucional también es violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos y su ejecución genera de todos modos responsabilidad internacional*⁵⁴.

A su vez, como se anotó dentro de esta clase de responsabilidad (ilegítima) quedan comprendidos los eventos en que el daño se ha ocasionado por una omisión legislativa, la que goza de igual fundamento normativo, esto es, el artículo 1112 del Código Civil. Sobre el particular, se ha considerado que para imputar responsabilidad al Estado por un acto omisivo es indispensable analizar si tal omisión deviene antijurídica, la cual se configura únicamente cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona, lo que a su vez exige que medie un deber concreto, es decir, que opere una obligación legal expresa o implícita y no un mandato genérico y difuso⁵⁵.

No obstante, en algunas ocasiones la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado lugar a la responsabilidad del Estado pese a estar frente a un mandato jurídico indeterminado, como resultado de un juicio estricto y basado en la ponderación generalizada de la decisión

Santiago del Estero”, donde sobre la base de inconstitucionalidad de un decreto que violaba el principio de la libre circulación, el derecho de propiedad y los derechos de libertad de comerciar y ejercer industrias, se condenó a la provincia demandada al pago del resarcimiento por los daños provocados por el actor. En el caso “Azucarera de Buenos Aires S A. d la Nación s/ cobro de pesos”, del 22/11/72, la Corte declaró la responsabilidad del Estado Nacional por los daños causados por el dec. 563/66, que adolecía de irrazonabilidad, por haber establecido un régimen de cupos en función a la caña entregada a los ingenios en años anteriores, sin tener en cuenta las plantaciones reales de los productos (considerando 21).

54 GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado, Bogotá, DIKE, 1998, Capítulo XX-41 / 749.

55 MARINELLO, Patricio. Óp. Cit. p. 1052.

a tomar⁵⁶. Tal posición podría ser extensible para el caso de omisiones legislativas.

3.2.2 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR SUS ACTUACIONES LEGÍTIMAS

A su turno, con relación a la responsabilidad extracontractual por actuaciones legítimas se ha dicho que además de los presupuestos que se predicán de la irresponsabilidad con ocasión de actuaciones ilegítimas, en estos eventos se requiere según la jurisprudencia de la Corte Suprema⁵⁷, además: i) la necesaria verificación de un perjuicio especial, directo y desproporcionado en el afectado, lo que da lugar a su singularidad. No se aceptan menoscabos de carácter general debe haber especialidad en el daño y ii) la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño.

En cuanto al perjuicio especial, la Corte Suprema Nacional de Justicia parece aceptar esta teoría que proviene de la doctrina alemana en tanto en el caso “Granty” (Fallos: 182: 146, 152, Spurr, 1938) la CSJN sostuvo que el perjuicio reclamado no reunía la condición de especialidad necesaria para que pueda declararse la responsabilidad legislativa, esto es, se requiere que el perjuicio afecte de manera desigual y desproporcionada al reclamante del daño, caso en el cual empieza a actuar la equidad y por tanto deberá indemnizarse. No obstante, la jurisprudencia, también sostenido que no existen derechos adquiridos respecto al mantenimiento de leyes o reglamentos y que el presupuesto de la responsabilidad del Estado requiere que por su obrar se haya producido una lesión a una situación jurídica protegida. Pero esto no ocurre respecto de las pautas cambiarias y de la cotización de monedas⁵⁸. Otro grupo de acciones que se han negado son aquellas que propenden por

56 Tal como ocurre en los casos de la responsabilidad del Estado por omisión del deber de seguridad. Ver al respecto el caso “Mosca”, fallos 330:563 de 2007

57 “Columbia S.A.” del 19 de mayo de 1992

58 “Revestek S.A” del 15 de agosto de 1995

la responsabilidad del Estado con ocasión del desarrollo de la legislación general en ejercicio del poder de policía de salubridad o sanitaria, considerando que de dar lugar a ello, sería imposible gobernar⁵⁹. En el caso “Friar SA” se reclamaron daños y perjuicios ocasionados por la prohibición de exportar carnes, impuesta durante la epidemia de fiebre aftosa. La Corte lo rechazó, considerando que no le incumbía cuestionar el acierto o desacierto y eficacia de la política del Servicio Nacional de Sanidad Animal, ya que sostener lo contrario implicaría sustituir la autoridad instituida por el Congreso para decidir sobre el tema.

Respecto de la indemnización debida por actuación legislativa, sea por actual lícito o ilícito, generalmente la ley no dispone el monto a indemnizar por el daño producido⁶⁰. Para los tratadistas argentinos, si es admisible la responsabilidad extracontractual del Estado legislador aun cuando la ley expresamente lo prohíba o guarde silencio. Procede la reparación en primer lugar, cuando la ley en su texto contempla la indemnización por el daño causado a los administrados; en segundo lugar, cuando la ley guarda silencio en materia de indemnización pero que va en contravía con las normas constitucionales y, por último, cuando la ley niega expresamente la indemnización, en este caso, es interpretación del juez buscar el alcance de la ley y la constitución⁶¹.

En conclusión citando a CASAS⁶², se puede decir que conforme a los fallos establecidos por la Corte Suprema de Justicia Nacional,

59 CSJN in re “Friar S.A. vs. Estado nacional - Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y SENASA . s/daños y perjuicios (ordinario)”, del 26/9/2006, T. 329, p. 3966.

60 Marinello, Patricio. Op cit. p. 1064.

61 En varios fallos la jurisprudencia argentina ha estructurado la responsabilidad del Estado legislador en la noción de enriquecimiento sin causa, concretamente en el caso de la compañía Swift de la Plata, S.A.C., en la provincia de Buenos Aires. En 1969 la provincia cobró un impuesto a las ganancias lucrativas, el sujeto pasivo del impuesto fue siempre una sola persona. La jurisprudencia estableció que la empresa podía repetir el pago del impuesto cuando lograra probar que hubo una percepción ilícita por parte del gobierno y que ésta no había trasladado el costo del impuesto a los consumidores. Altamira, Pedro Guillermo, Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, De Palma, 1971, p. 118. Citado por Gamba ladino p. 271

62 José Casas. La responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario, Ad- Hoc. 2010

por regla general si un acto legislativo es regular o constitucional, pese a que su aplicación ocasiona daños a los particulares, no genera responsabilidad por parte del Estado, salvo escasas excepciones que pueden ser: i) cuando existe un daño especial y significativo al particular⁶³, ii) cuando hay una lesión manifiesta al derecho de propiedad⁶⁴, o cuando la lesión proviene de norma declarada inconstitucional⁶⁵.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Son muchos los obstáculos los que ha tenido que superar la teoría de responsabilidad del Estado por hechos del legislador, sin embargo no son pocos los que se enfrenta hoy en día. Pese a que la doctrina hace un gran esfuerzo y énfasis por reconocer la importancia de dar lugar al reconocimiento de esta clase de responsabilidad, los jueces muchas veces se muestran renuentes a su declaración. Así, mientras en Colombia se concentran esfuerzos dirigidos al avance sobre el reconocimiento de la responsabilidad Estatal por omisión legislativa, en especial, la absoluta. En Argentina es la responsabilidad estatal por sus actos legítimos la que ha suscitado discusión.

Colombia al incluir en su Constitución Política la cláusula general de responsabilidad se muestra más presta al reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los actos del legislador. Su consagración de rango constitucional, con el carácter de norma superior obliga a la reparación de los daños antijurídicos ocasionados por el Estado a los administrados independientemente del poder contra el cual se pretendan. Por lo que, es un fuerte argumento contra la tesis del Estado

citado por MARINELLO, Patricio. Op. Cit. p. 1069.

63 Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Carlos Reisz y Cía. SRL vs. Nación Argentina, del 14 de octubre de 1960.

64 Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Francisco Piria vs. Nación Argentina, del 8 de noviembre de 1939.

65 Corte Suprema de Justicia de la Nación en “SRL Acuña Hnos.” del 17 de febrero de 1962 y “Azucarera Buenos Aires” del 22 de noviembre de 1972.

Soberano en el entendido de que ningún poder, ni siquiera el legislador, es discrecional en el ejercicio de su función sino que por el contrario su primer límite son los derechos reconocidos en la Carta magna. Ahora, en tanto la obligación de reparar se encuentra erigida sobre la noción de daño antijurídico, tal como lo ha explicado la Corte Constitucional Colombiana, esta no sólo podrá devenir de las actuaciones ilegítimas del legislador sino también de sus actos lícitos.

A su turno, Argentina no cuenta con la constitucionalización de la responsabilidad Estatal. No obstante, el artículo 16 de la Constitución Nacional Argentina que consagra el derecho a la igualdad e instituye el principio de igualdad ante las cargas públicas, se ha convertido en el argumento esencial de la teoría de responsabilidad del Estado por actuaciones legítimas, argumento que del mismo modo ha sido usado por la jurisprudencia y doctrina Colombiana. De igual manera la doctrina Argentina es coincidente en afirmar otros principios de derecho público que han orientado a afirmar la teoría de la responsabilidad, así como el razonamiento de los postulados propios del estado de Derecho como fuente de la responsabilidad Estatal tal como lo prevé MARIENHOF. Por lo cual, tal como se advirtió desde el inicio de este breve escrito, se cree que cobra vital importancia el fundamento en el cual se asienta la teoría de la responsabilidad del Estado Legislador en la tarea de seguir avanzando en la materia para intentar ofrecer un panorama que garantice la reparación a los administrados de los daños antijurídicos que efectivamente se comprueben.

Contrario a todo presupuesto del Estado de derecho o social de derecho sería sostener que la indemnización de perjuicios por daños ocasionados por la Ley sólo se podrían reconocer si el Legislador autorizó explícitamente o implícitamente la indemnización de perjuicios en la Ley. Negar la responsabilidad del Estado legislador sería afirmar que el legislador es un poder absoluto al que no le caben equívocos de ninguna clase, lo que equivaldría a negar la realidad por completo.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUTISTA GONZÁLEZ, Cristian & DIAZ CUJICA, Jorge. Trabajo de grado para optar al título de abogado: *Responsabilidad Estatal derivada de la Función Legislativa en Colombia*, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, 2006.

CANASI, José. *Derecho administrativo*. Vol. II. Buenos Aires. Depalma, 1997.

CASSANGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, 7ª Edición, Tomo I, Abeledo Perrot.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 11 de junio de 1989, C.P.: Gustavo De Greiff.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 1993, Exp. 7622. C.P. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993, Exp. 8163. C.P.: Juan de Dios Montes.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995, Exp. 8118. C.P.: Juan de Dios Montes Hernández.

CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena. Sentencia IJ-001 de agosto 25 de 1998. C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 1 de noviembre de 2001, Rad: 13002. CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Auto del 15 de mayo de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-333 de 1996. Expediente D-1111. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-543 de 1996.
Expediente D-1286. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-110 de 2000.
Expediente D-2460. Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA
CARBONELL.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-427 de 2000.
Expediente D-2510. Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO
MESA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-790 de 2002.
Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-555 de 1994.
Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-108 de 1994.
Magistrado Ponente: DR. HERNANDO HERRERA VERGARA.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-473 de 1994.
Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-247 de 1995,
Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “Francisco
Piria vs. Provincia de Buenos Aires”, del 8 de noviembre de 1939.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “Laplacette”
del 16/2/1943.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “Carlos Reisz y
Cía. SRL vs. Nación Argentina, del 14 de octubre de 1960.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “SRL Acuña Hnos.” del 17 de febrero de 1962.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “Azucarera Buenos Aires” del 22 de noviembre de 1972.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “Los Pinos” del año 1975.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “Columbia S.A.” del 19 de mayo de 1992

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “Revestek S.A” del 15 de agosto de 1995

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “El Jacaranda S.A.” de 2005.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “Friar S.A. vs. Estado nacional - Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y SENASA del 26/9/2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa la “Mosca”, fallos 330:563 de 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “Zonas Francas Santa Cruz S.A” de 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “Acuña Provincia de Santiago del Estero”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, causa “Compañía Swift de la Plata, S.A.C.”

DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Tomo V. Argentina. Plus Ultra Ed. 1971.

FRANCO Rodríguez, Paola & GONGORA Mera, Manuel. Tesis para optar al título de abogado: *La responsabilidad del Estado legislador en los eventos de sentencias moduladas*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

GAMBA LADINO, Julio César, *Responsabilidad del Estado Legislador*. Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjy/libros/4/1626/14.pdf>, pp. 247-290.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. La defensa del usuario y del administrado, Bogotá, DIKE, 1998.

LLERAS DE LA FUENTE. Carlos, et. al. *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Carrera 7ª, 1992.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. 6ª edición, Tomo IV. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 1997.

MARINELLO, Patricio. *Responsabilidad del Estado Legislador en: Estudios de Derecho Público*/Edgardo Tobías Acuña et.al.; prólogo de Alberto Antonio Spota, - 1ª edición, Buenos Aires, Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

NARANJO MEZA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Temis, 1991.

NUÑEZ Leiva, José Ignacio. *Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: Distinguiendo*. Revista de derecho Universidad del Norte, N° 35, Barranquilla, 2011, pp. 284-287;

RAMOS ACEVEDO, Jairo. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Departamento de Publicaciones Universidad Libre, Cali, 1994.

REBOLLO, Luis Martín. *La responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia*. Civitas, S.A.

OBRIGAÇÕES: DO DIREITO DE DAR, SOB O ENFOQUE DOS CÓDIGOS CIVIS, BRASILEIRO E ARGENTINO

Leiliane Andrade de Araujo

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo discorrerá dentro do âmbito do Direito Civil, referente às obrigações e dentro desse quesito será dada ênfase ao “Direito de Dar”. Onde tem como consonância os seguintes apontamentos: Obrigação de dar e os acessórios; hipóteses de perda da coisa certa; hipóteses de deterioração da coisa certa; melhoramentos e acrescidos à coisa certa; tratamento processual e entrega de coisa certa. E esses serão os pontos elencados no discorrer desse trabalho.

Vale enfatizar inicialmente, no que se caracteriza a obrigação representada no Direito Civil Brasileiro, conforme se pode observar abaixo:

A obrigação com eficácia real é obrigação em sentido estrito, com vínculo jurídico e direito a uma prestação, sendo oponível a terceiros. A obrigação terá eficácia real quando, sem olvidar a característica de direito a uma prestação, são transmitidas a terceiros, que adquirem direito sob a coisa. Um exemplo é o compromisso de compra e venda que for inscrito no registro imobiliário (FERNANDES, 2010, p. 86).

O Código Civil Argentino prevê a obrigação em seus artigos 724 a 1881, do Livro Terceiro. O artigo 724 assim define obrigação:

A obrigação é uma relação jurídica em virtude da qual o credor tem o direito a exigir do devedor uma prestação destinada a satisfazer um interesse lícito e, ante o descumprimento, a obter forçadamente a satisfação de dito interesse.

No que tange à questão relativa à aquisição de um direito real, as obrigações, constituem-se em justa causa para a aquisição da propriedade ou de outro direito real, sendo necessária cautela para não se confundir a obrigação de dar com o direito real.

E nesse espírito interpretativo, é que se busca apresentar nesse trabalho o direito das obrigações em face dos Códigos Civis, Brasileiro e Argentino, e dentro desses, no que consiste a obrigação de dar.

2. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

O Direito das obrigações divide-se em dois grandes grupos que são os não patrimoniais e patrimoniais. Os não patrimoniais referem-se à própria pessoa humana, como o direito a vida, liberdade, dentre outros, estando estes imanentes à condição humana. Tais direitos são de caráter personalíssimo e se caracterizam pela originariedade, extrapatrimonialidade, indisponibilidade, intransmissibilidade, impenhorabilidade, perpetuidade, imprescritibilidade e oponibilidade *erga omnes*. Já os Patrimoniais são os direitos exercidos sobre um bem jurídico, tendo conteúdo econômico (PANTALEÃO, 2005).

Observa-se assim que os direitos obrigacionais compõem os denominados direitos patrimoniais, que depende do seu exercício, do cumprimento de prestação devida do devedor ao credor, apresentando assim relação jurídica obrigacional.

Pode-se ainda destacar referente aos direitos obrigacionais que este tem por objeto o cumprimento de uma determinada prestação pelo sujeito passivo (devedor) ao sujeito ativo (credor); o elemento subjetivo trata-se de sujeito determinado ou pelo menos, determinável; quanto ao exercício deve haver a figura intermediária do devedor;

quanto à duração são transitórios e se extinguem de forma direta ou de forma indireta; quanto à formação não precisam necessariamente ser criados em lei, podendo ser criados pela vontade das partes, desde que sejam observados elementos essenciais de criação, bem como validade; e quanto à ação somente deve ser intentada contra figura no polo passivo da relação jurídica (PANTALEÃO, 2005).

Conforme cita Lopes (1995) as obrigações representam um dos pontos mais importantes do direito, pois, através desta depende a solução de um problema. As relações de obrigações são, portanto, vínculos entre pessoas, vínculos de coordenação, mas não de subordinação.

Pode-se ainda colocar que o direito das obrigações compreende as relações jurídicas mais desenvolvidas de autonomia privada na esfera patrimonial. Retrata a estrutura econômica da sociedade. Consiste no completo de normas que regem as relações jurídicas, de ordem patrimonial, que tem por objeto prestação de um sujeito em proveito do outro (PANTALEÃO, 2005).

3. OBRIGAÇÃO DE DAR

As obrigações de dar pertencem à classe das obrigações positivas. No direito romano, esta obrigação caracterizava pela transferência de propriedade ou outro direito real. Porém, atualmente, tal obrigação consiste não só na transferência da propriedade, como na posse de uma coisa, e também na entrega de alguma coisa móvel ou imóvel (PANTALEÃO, 2005).

No Código Argentino a obrigação de dar está prevista nos artigos 746 a 772. E o artigo 746 prevê os efeitos da obrigação de dar: “O devedor de uma coisa certa está obrigado a conservá-la no mesmo estado em que se encontrava quando contraiu a obrigação, e entregar com seus acessórios, ainda que tenham sido momentaneamente separados dela”.

Inicialmente pode-se colocar que o termo “dar” que refere o direito das obrigações, pode ser transcrito no sentido de “doar”, ou até mesmo num ato de entrega. Está categorizada como obrigação de forma patrimonial. No cenário mais real em que normalmente é evidenciada a obrigação de dar, é o da propriedade, onde se transmite um direito real anteriormente existente, onde facultam o uso ou a mera detenção ou restituição de coisa ao dono. Sob o ponto de vista econômico, uma forma refere-se à troca de bens concretos, ou seja, e do ponto de vista jurídico, a obrigação de dar é a de mais fácil realização e execução (DÍEZ – PICAZO, 1996).

As obrigações de dar devem ser compreendidas como condutas comissivas, pois constituem-se numa obrigação positiva em que há o dever de restituir um bem móvel ou imóvel a seu proprietário de conceder fruição desse bem, ou para que constitua um direito real de propriedade. Em outros termos, a obrigação de dar é prestação de coisa, vez que incumbirá ao devedor a transferência da propriedade do objeto (FERNANDES, 2010, p. 87-88).

Entende-se assim que a obrigação de dar pode ser considerada como uma obrigação de resultado.

3.1 MODALIDADES DA OBRIGAÇÃO DE DAR

A obrigação de dar apresenta nas seguintes modalidades que são: dar coisa certa, obrigação de restituir ou obrigação de dar coisa incerta, conforme será ressaltado melhor abaixo.

Referente à obrigação de dar coisa certa, nota-se que esta deve ser perfeitamente individual, ou seja, diferente de outras de igual espécie. Conforme explica Pontes de Miranda (2003, p. 116) que “os caracteres da coisa individuada só encontram-se no objeto que se há de prestar, sobrelevando os sinais distintivos para a plena identificação”.

Na entrega da coisa certa, a não ser que conste diferentemente do título ou que se depreenda das circunstâncias do caso, os acessórios da coisa a

ser entregue seguirão de acordo com a regra de direito civil, o principal mesmo que não sejam mencionados (FERNANDES, 2010, p. 90).

No Direito Argentino, qualquer das partes tem direito a requerer a inspeção da coisa no ato de sua entrega. A recepção da coisa pelo credor faz presumir a inexistência de vícios aparentes e a qualidade adequada da coisa, sem prejuízo do disposto sobre a obrigação de saneamento na Seção 4ª, Capítulo 9, Título II do Livro Terceiro (art. 747, Código Civil Argentino).

Nesse diapasão, depreende-se que a obrigação de dar visa transferir a propriedade do objeto da prestação; ceder à posse do objeto da prestação ou até mesmo restituir o objeto de determinado pagamento (PANTALEÃO, 2005).

Dentro do contexto da obrigação de dar, estão incluídas várias obrigações como: obrigação de dar propriamente edita; obrigação de ceder; de restituir; de contribuir e de solver dívida em dinheiro. *Grosso modo*, esses cinco tipos podem ser reduzidos em duas formas de prestação que são: dar e restituir.

A Obrigação de dar propriamente dita refere à entrega da coisa, tendo por finalidade a transferência de domínio ou de outros direitos reais, como no caso de compra de um bem móvel, sendo esse normalmente através de um contrato de compra e venda (PANTALEÃO, 2005).

A obrigação de ceder à posse (art. 749, do Código Civil Argentino) se caracteriza quando o devedor compromete-se a transferir posse de alguma coisa, como a transferência de propriedades, onde o credor passa a ter posse do objeto, ou até mesmo, no caso de locação de um determinado imóvel (NEVES, 2008).

A obrigação de restituir já não se tem a transferência de propriedade, normalmente caracteriza pela devolução de um objeto que pertença ao credor, quando ocorrido à cessão de posse do bem ao devedor, onde também pode em caso de não comum acordo, ocorrer

a reintegração de posse (PANTALEÃO, 2005). Esta obrigação é prevista no artigo 238 do Código Civil Brasileiro e 759 do Código Civil Argentino.

A obrigação de contribuir destaca-se referente à obrigação de contribuição igual a todos, ou melhor, explicando, no caso de condôminos, onde se cede sua parte para as despesas de conservação de coisa comum (PANTALEÃO).

E, por fim, a obrigação de solver dívida em dinheiro, que abrange as prestações, onde se caracteriza o dinheiro, e também perdas e danos e em pagamentos de juros (BIAGI, 2015). De igual modo, prevista tanto no Código Civil Argentino (art. 765 a 772), quanto no Brasileiro (art. 304 e seguintes).

3.1.1 HIPÓTESES DE DAR COISA CERTA

Na obrigação de dar coisa certa, tanto no Brasil quanto na Argentina, a transmissão da propriedade ocorrerá com a tradição, significando afirmar que, antes disso, a coisa ainda segue na propriedade do devedor. Ocorre isso em razão da eficácia do negócio jurídico onde está sujeito à condição suspensiva, ou seja, enquanto esta não se implemente não se adquire o direito a que ela visa, assim o devedor deve conservar a coisa íntegra para cumprir sua obrigação (FERNANDES, 2010).

A ideia de perecimento do objeto está no sentido de perda total, quando o objetivo desaparece sob o prisma de seu interesse econômico. Em caso de acidente, tem como consequência nascer o direito à resolução do negócio jurídico, onde cabe ao devedor provas que houve a perda, e de não ter havido culpa por sua parte.

O Código Civil Brasileiro em seu art. 234, na sua 2ª parte, destaca a hipótese da perda da coisa com culpa imputável ao devedor, onde antes da tradição ou pendente condição suspensiva. E, diante de tais casos, o devedor deve responder pelo equivalente e também por possíveis perdas e danos que porventura possam ter ocorrido (LOTUFO, 2003).

3.1.2 HIPÓTESE DE DETERIORAÇÃO DE COISA CERTA

A perda caracteriza-se como desaparecimento completo da coisa (objeto), e no caso de deterioração, foco deste subtópico, refere-se à perda parcial do bem, ou dano. Sendo Lotufo (2003, p. 24) descreve o seguinte “a deterioração é a danificação da coisa que diminui a sua qualidade, afetando seu valor econômico”.

Dessa forma subentende-se que pela natureza da obrigação de dar coisa certa, o objetivo deve estar em perfeitas condições. E, dentro da ideia obrigacional, deve-se averiguar se houve deterioração com culpa ou sem culpa do devedor (FERNANDES, 2010).

No Brasil, em caso de constatado que não há culpa por parte do devedor em relação à deterioração existente, haverá reposição das partes ao estado anterior, sem indenização por perdas e danos. Se houver culpa do devedor, surge assim a possibilidade de indenização por perdas e danos. Nesses casos, o art. 236 apresenta como alternativa ao credor, que este receba o objeto ou mesmo o valor equivalente em dinheiro, e ainda indenização por perdas e danos (LOTUFO, 2003).

Já na Argentina, o proprietário suporta os riscos da coisa. Os casos de deterioração ou perda, com ou sem culpa, regem-se pelo disposto sobre a impossibilidade de cumprimento.

3.1.3 TRATAMENTO PROCESSUAL

Quem é devedor deve adimplir, ou seja, pagar ou realizar transação conforme dita a lei de obrigações, visto que, o adimplemento é a consecução do fim da obrigação (PONTES DE MIRANDA, 2003).

3.1.4 ENTREGA DA COISA CERTA

O objeto da ação pode ser uma coisa certa, perfeitamente individualizada, ou coisa incerta. Na ação que tenha por objeto a entrega da coisa certa, o autor a individualizará na petição inicial, pedindo a coisa a que tem direito. Na ação que tenha por objetivo a coisa incerta,

cumpra distinguir a escolha que cabe ao credor ou ao devedor, e vale ao primeiro, o cumprimento individualizado na petição inicial e ao segundo a entrega de acordo com prazo fixado pelo juiz (ALTERINI; AMEAL, CABANA, 1997).

Na Argentina, o exercício da ação direta pelo credor requer o cumprimento dos seguintes requisitos:

- a. um crédito exigível do credor contra seu próprio devedor;
- b. uma dívida correlativa exigível do terceiro demandado a favor do devedor;
- c. homogeneidade de ambos créditos entre si;
- d. nenhum dos dois créditos deve ter sido objeto de embargo anterior à promoção da ação direta;
- e. citação do devedor a julgamento (art. 737, do CC)

Dessa forma pode-se então colocar que a obrigação de restituir consiste na devolução de uma coisa ao seu proprietário, onde a obrigação de dar confere ao credor um direito pessoal e não real, visto que, tem-se a obrigação de dar a coisa certa, que refere as coisas infungíveis, ou seja, individualizadas e insubstituíveis por outras equivalentes, melhor explicando, o corpo certo, prestações determinadas. Diante disso, caracteriza-se o preceito no art. 313 do Código Civil, que o devedor não pode modificar unilateralmente o objeto da prestação, ou seja, não pode compelir o credor a receber outra coisa. Isso somente ocorre com a concordância do credor em receber uma coisa por outra, como ocorre na dação em pagamento (art. 356, CC).

O perecimento refere-se à perda total da coisa por destruição, onde deve ser apurado se o devedor tem culpa ou não deste fato, e assim devem ser analisadas as consequências jurídicas de cada caso. Não havendo culpa deste ou pendente a condição suspensiva, extingue-se a obrigação, voltando às partes ao *status quo ante*, tanto na obrigação de entregar quanto na de restituir (arts. 248 e 238, CCB e 755, CCA). Percebe-se claramente que a apuração da culpa é fundamentada na

imposição da responsabilidade em decorrência de eventuais prejuízos causados.

No Direito Brasileiro, se comprovada a culpa pelo devedor em qualquer de suas modalidades, este restituirá o credor no valor equivalente do objeto, já no Direito Argentino independe da culpa.

Deterioração refere-se à perda parcial, onde o estrago torne a coisa menos própria a sua finalidade, ou ocorra perda de valor. Também nesse a apuração da culpa é fundamental para que defina responsabilidades na deterioração do objeto, analisando se houve ou não culpa (PANTALEÃO, 2005).

A obrigação de dar a coisa incerta refere a uma determinação específica no que tange ao objeto em prestação, caracterizando assim obrigação genérica. Tal processo decorrer que a expressão de coisa incerta, está prevista no art. 243, CC, onde estabelece que a obrigação tenha objeto indeterminado, sendo indicada pelo gênero e pela qualidade, não tendo apenas sua indicação qualitativa (PANTALEÃO, 2005).

4. CONCLUSÃO

Respondendo aos objetivos da presente pesquisa que seria esclarecer no que se caracteriza o direito das obrigações, observa-se que este se refere à característica positiva, onde o devedor tem como dever entregar algo ao credor, como no acaso de transferência.

Referente à obrigação de dar que é o foco principal do objetivo deste estudo, pode-se observar que este se subdivide em duas formas: que a obrigação de dar coisa certa ou de dar coisa incerta. A certa quando objeto tem determinação e a incerta há entrega determinada, a obrigação é genérica ou, melhor dizendo, é determinada pelo gênero e pela quantidade.

E no transcorrer dos julgados, no Brasil, é necessário que se avalie também processo de deterioração ou perda, visando assim que o credor não saia prejudicado ao final do processo. Já na Argentina,

o proprietário suporta os riscos da coisa, nos casos de deterioração ou perda, com ou sem culpa, resta impossibilitado o cumprimento da obrigação.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERINI, A.A; AMEAL, O. CABANA, R. L. **Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales**. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1997.

BIAGI, Maria Luísa de Araújo. **Direito das Obrigações**. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. São Paulo, 2015.

Código Civil y Comercial de La Nación. – 1ª Ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : DyD, 2014.

DIEZ-PICAZO, Luiz. **Fundamentos del derecho civil patrimonial: introducción, teoría del contrato**. Madrid: Civitas, 1996. Vol. I.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: obrigações**. Caxias do Sul: EducS, 2010.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Bastos, 1995.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: GZ, 2008.

PANTALEÃO, Leonardo. **Teoria geral das obrigações: parte geral**. Barueri: Manole, 2005.

PONTESDE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2003.

“HOLOCAUSTO BRASILEIRO”: VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO MAIOR HOSPÍCIO BRASILEIRO

Lení Maria de Souza

*De mim para mim,
Tenho certeza que não estou louco; mas devido
ao álcool, misturado com toda a espécie de
apreensões que as dificuldades de minha vida
material, há seis anos, me assoberbam, de quando
em quando dou sinais de loucura, delírio. (Lima
Barreto, Diário do Hospício, 1919-1920)*

1. INTRODUÇÃO

Neste sucinto trabalho se constata inúmeros abusos e atrocidades perpetradas pela sociedade médica brasileira em desfavor daqueles considerados anormais, sob a complacência da hipócrita sociedade brasileira, por anos a fio. Buscou-se aquilatar qual era a concepção social nos idos de 1920 a 1980 quanto à eliminação em massa dos desvalidos que por algum infortúnio acabaram segregados no maior manicômio brasileiro O Colônia, construído em 1903 na cidade de Barbacena, Estado de Minas Gerais objetivava a internação compulsória de toda sorte de pessoas indesejadas pela sociedade, numa clara cultura de exclusão.

O portador de doença mental automaticamente é portador de estigmas, preconceitos e dificuldades, através da análise do Livro

Intitulado Holocausto Brasileiro de Daniela Arbex¹ uma narrativa histórica investigativa do passado vergonhoso e degradante a que foram submetidas as pessoas intituladas “loucas”, buscou-se a compreensão das ideias acerca da “loucura” e dos “diferentes”.

Paralelamente buscou-se conhecer a situação das pessoas desequilibradas” especialmente no Brasil em outros hospitais colônias e outros estados a fim de conhecer o modelo de segregação e tratamentos empregados.

2. NASCIMENTO DOS ASILOS

Antes de adentrar na história “do Colônia” necessário um breve histórico do nascimento dos manicômios.

Hospital de St. Bethlehem, inaugurado em 1247, é conhecido como o primeiro hospício do mundo, fora instalado no centro de Londres. Embora existam outras fontes que indicam que o primeiro hospital psiquiátrico surgiu na Arábia.

Para Foucault (1972) a função basilar dos primeiros asilos do século XIX era “castigos e terapêuticas”, afirma que o médico Pinel recomendava que fosse aplicado o “terror”, além do trabalho a que eram obrigados, os castigos incontáveis e inimagináveis os “loucos” eram literalmente torturados, deixados amontoados a sua própria sorte.

1 ARBEX, Daniela. Repórter do Jornal Tribuna de Minas Gerais. Formada em Jornalismo pela Universidade Federal de Juiz de Fora Minas Gerais. Em Fevereiro do ano de 2000, iniciou uma série de reportagens sobre a Santa Casa de Misericórdia de Juiz de Fora, por este trabalho foi homenageada com o prêmio Esso, na Categoria especial interior. Em 2009 recebeu o prêmio Ipys de Melhor Investigação Jornalista da América Latina e 2010 recebeu o prêmio Knight International Journalism Award ambos por temas ligados à área da saúde pública. Em 2012, venceu o prêmio Esso de Jornalismo na categoria regional centro-oeste com uma série de sete reportagens sobre o Hospital Colônia de Barbacena, Minas Gerais. Que inspirou o livro Holocausto Brasileiro.

2 FOUCAULT, Michel. Doença mental e Psicologia. Tradução de Lilian Rose Shalders. RJ.1975.

“O asilo ocupou rigorosamente o lugar do leprosário na geografia dos lugares assombrados, bem como nas paisagens do universo moral”. Foucault.

O filósofo conclui que “A loucura será punida no asilo, mesmo que seja inocentada fora dele. Por muito tempo, pelo menos até nossos dias, permanecerá aprisionada num mundo moral.” p. 547.

Para Foucault (História da Loucura) “Não seria falso, mas apenas parcial, dizer que os loucos eram tratados, pura e simplesmente, como prisioneiros da polícia.” Afirma ainda que o hospício chegou a ser utilizado como “prática de controle social”.

“Estas casas não têm vocação médica alguma; não se é admitido aí para ser tratado, mas porque não se pode ou não se deve mais fazer parte da sociedade”. O mesmo autor em *Maladie Mentale et Psychologie*² afirmava que na época clássica o “trabalho forçado” era obrigatório, porém, no Colônia assim como em outros manicômios brasileiros para aqueles que podiam trabalhar além obrigatório era “trabalho escravo” e torturante. Para o filósofo o trabalho tinha “um papel de sanções e de controle moral” no Colônia tinha fins lucrativos conforme se detraí de toda narrativa do exemplar pesquisado.

3. BRASIL

Através do Decreto Imperial nº 82, Dr. Pedro II determinava a criação do primeiro hospital psiquiátrico brasileiro. O hospício foi nominado: Hospício de D. Pedro II e Hospício de alienados de D. Pedro II. Sendo inaugurado em 05 de dezembro de 1852.

Para Ramos e Geremias (2010) era incontestável a aparente pressão da sociedade no sentido de promover a internação dos alienados e retirá-los das ruas. Afirma ainda que a sistemática de criação de instituições para receber os alienados foi sinalizada pelo consentimento da população o que justificava a detenção destes desvalidos em hospícios próprios.

Costa (1989) analisando a conduta médica dos psiquiatras, afirma que, foi criada no Rio de Janeiro a LDHM (Liga Brasileira da Higiene Mental) em 1922, visava inicialmente assistência aos doentes mentais. Em 1928 os objetivos foram reformulados e passou a ser a prevenção e não a cura da doença mental, afirma ainda que existiu também “*desejo de “instaurar no Brasil os tribunais de eugenia e a reforma eugênica dos salários, ...” “...a atitude preventiva transformou a psiquiatria em veículo de propaganda ideológica do nazismo.”*”

Segundo mesmo autor no século XX a doença mental era o objeto da psiquiatria e não o doente mental então qualquer desvio de comportamento ou anormalidade de comportamental era encarada como doença mental, assim pessoas que não apresentavam nenhum tipo de anomalia eram encarcerados nos asilos², tais como alcoólatras, os portadores de sífilis, mendigos, desocupados, prostitutas, dentro outros.

2 MACHADO DE ASSIS. Em *O Alienista e outros contos*, demonstra a semelhança da ficção com a realidade, propõe o problema entre a fronteira do normal e o anormal da mente humana. O médico Simão Bacamarte constrói um Sanatório chamado Casa Verde, no início com o apoio de toda a população de Itaguaí, que ansiava por se ver livre de seus loucos, esquizofrênicos, alcoólatras e outros indesejados, porém, o médico começa a internar todas as pessoas que apresentem um comportamento diferente. A semelhança com o Colônia continua até no fato de o médico esclarece que: “*sem este asilo, continua o Alienista, pouco poderia fazer, ele dá-me, porém, muito maior campo para meus estudos e tinha razão*”. Ao final este chega à conclusão que o único ser perfeito de Itaguaí é ele próprio Simão Bacamarte, logo é único que deveria ir para Casa Verde, assim o médico libera todos os pacientes e se interna. “*Dizem os cronistas que ele morreu dali a dezessete meses no mesmo estado em que entrou, sem ter podido alcançar nada.*” 1ª edição publica em 1822.

4 As fotos em preto e branco refletem um sofrimento intenso, em cada rosto uma dor, um desalento, um distanciamento, uma solidão embora o pátio estivesse cheio de “doido” como eram chamados. O material foi cedido pelo jornalista de bom grado à ARBEX tanto que ela lhe presta uma homenagem no final do livro.

5 Expressão criada por Guimaraes Rosa. Escritor. Médico voluntário da Força Pública que conheceu bem a realidade brasileira.

6 FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na idade clássica*. Editora Perspectiva. Título do original em francês *Histoire de la Folie à l'Âge Classique*. Coleção Estudos. 1972

4. O COLÔNIA

Reportagem investigativa publicada no livro *Holocausto Brasileiro* de Daniela ARBEX em 2011 narra muitas das várias atrocidades ocorridas dentro do hospital psiquiátrico, o qual foi comparado por Franco Basaglia a um “**campo de concentração**” (grifei), porém, o livro não é de todo inédito, embora traga histórias e acontecimentos novos, toma emprestado do fotógrafo Luiz Alfredo e do repórter José Franco arquivos e fotos de 1961⁴ que publicaram uma série de reportagens na revista *O Cruzeiro* com título “*A sucursal do inferno*”, sendo que na época ecoou extraordinariamente, contudo, não fora suficiente para forjar uma denúncia de ofensa aos direitos humanos.

Nas palavras da autora “*Este livro é dedicado a milhares de homens, mulheres e crianças que perderam a vida num campo de concentração chamado Colônia.*” p. 07

“*_Está chegando mais um “trem de doido” _ gritou um funcionário do hospital.*”⁵ p. 22

Daniela descreve com sensibilidade o drama de cada paciente que ela conseguiu resgatar sua história, fundamentando suas denúncias em provas documentais e testemunhais, inclusive, com um vasto material fotográfico. Os fatos ocorridos, as pessoas recolhidas ao hospício sem que apresentassem qualquer tipo de doença mental, alguns porque estavam tristes, outros porque eram tímidos, meninas porque foram estupradas, crianças porque foram rejeitadas, esposas porque seus maridos queria viver com suas amantes.

Curiosamente o Colônia foi inaugurado mais de dois séculos depois da célebre cena no asilo Bicêtre, na França onde Foucault⁶ narra a libertação dos cativos, mesmo assim os métodos são os mesmos aplicados naquela época.

Em 1911 segundo os registros daquela casa mais de setenta por cento as pessoas ali internadas não eram “*loucas*”. Revela que existia uma padronização nos prontuários médicos. Na maioria das vezes

não existia um diagnóstico para internação do paciente bastava que fosse solicitada a internação por um familiar, pelo delegado da cidade ou pelo juiz, não necessitava de laudo para internação. Milhares de pacientes tiveram o Colônia como destino sem que apresentassem qualquer problema de saúde mental, cita como exemplo “*desafetos, militantes políticos, homossexuais, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, negros, pobres, pessoas que perderam seus documentos e todos os tipos de indesejados, inclusive, os insanos*”. (grifei) O que autoriza dizer que apenas os excluídos tiveram o Colônia como destino. Neste sentido preleciona o professor Dr. Marcelo Raffin em *La Experiencia del Horror*:

“Es necessário asimismo atender a todas las “exclusiones” de las definiciones del sujeto que recorrieron los siglos de la modernidade. Los excluídos, los diferente, los otros, siempre fuereon y continúan siendo, los pobres, los desposeídos, los subdesarrollados (los “atrasados”), los “miserables” (em todos los sentidos), los “explotados”, em una palabra, los “diferentes” del modelo.” p. 302.

TRATAMENTO DESUMANOS – CHOQUES – CASTIGOS – BANHEIRA DE FEZES

A autora afirma que os abusos praticados no hospital se fortaleciam ante a teoria eugenista da limpeza social que dominava à época³.

“Em 1930, com a superlotação da unidade, uma história de extermínio começou a ser delineada. Trinta anos depois, existiam cinco mil pacientes em lugar projetado inicialmente para 200. A substituição de camas por capim foi, então oficialmente sugerida, pelo chefe do Departamento de Assistência Neuropsiquiátrica de Minas Gerais, José Consenso Filho, como alternativa para o excesso de gente.” P. 22

³ Existiam no país diversos hospitais como o Colônia, não se pode afirmar que em todos eles se praticassem a barbárie tal como naquele hospício de Barbacena, uma vez que não tiveram seus “porões” abertos ao jornalismo como o Colônia, porém, existem fortes indícios de que os tratamentos dispensados aos pacientes não era privilégio do Colônia de Barbacena. Os mais conhecidos eram: Adauto Botelho que tinha casas no RJ, GO, ES, MT, PR. Hospital psiquiátrico do Juqueri em Franco da Rocha –SP, um dos maiores e mais antigos hospitais colônias.

“Aos quinze anos, Conceição foi mandada para o hospital, porque decidiu reivindicar do pai a mesma remuneração dada aos filhos machos. Embora trabalhasse como os irmãos na fazenda Dores do Indaía, município pouco povoado do centro-oeste das Gerais, a filha do fazendeiro não desfrutava dos mesmos direitos. Pela atitude de rebeldia da adolescente, o pai aplicou o castigo. Decidiu colocar Conceição no famigerado “trem de doido”, único no país que fazia viagens sem volta. Em 10 de maio de 1942, ela deu entrada no hospital, de onde nunca mais saiu. Em trinta anos, nunca recebeu visita”. P. 36.

Uma das primeiras fotos que ilustra o livro de Daniela é um pátio sujo, triste, pessoas sob o sol, e um homem tomando água do esgoto, sob o olhar de outro homem vestindo jaleco, talvez médico ou enfermeiro⁴. Imagem deprimente. Seres humanos em situação degradante. Inicialmente imagina-se deve ser porque é doido. Ledo engano. Da narrativa detalhada entende-se que a única forma de matar a sede seria se sujeitar a tomar a água fétida que corria pelo esgoto a céu aberto (P.20).

“Fome e sede eram sensações permanentes no local onde o esgoto que cortava os pavilhões era fonte de água. Nem todos tinham estômago para se alimentarem de bichos, mas os anos no Colônia consumiam os últimos vestígios de humanidade.”

*“Sueli, para fugir das agressões impostas por funcionários, ela chegou a passar uma semana escondida no porão do hospital. Quando conseguia, Malaquias roubava alguma comida e levava para ela. Porém, como os alimentos nunca foram fartos, apesar de haver registros de compras generosas em nome do Colônia, ela acabava passando muita fome. Assim, **nessa condição subumana**, alimentou-se de ratos.” (grifei)*

COMIDA PARA PORCOS

A comida era servida em coche igual ao que se serve para animais, para porcos, *“Barreto já tinha ouvido falar do hospital, mas não*

⁴ A figura do enfermeiro ou médico insensível a dor, ao sofrimento, indiferente, é a concepção da “banalidade do mal”.

estava preparado para testemunhar a banalização da violência. (...) No primeiro dia de testes, ele chegou ao Colônia na hora do almoço. _Ué! Vocês criam porcos aqui? _ Não. Isso aqui é a comida dos pacientes _ respondeu o cozinheiro, balançando a cabeça.”

“O aspecto repugnante da refeição deixou o estudante com náuseas. Ele passou o dia todo sem comer. (...) _ Isto não pode ser abrigo, nem asilo, muito menos um hospital _ repetia para si mesmo. _Este lugar é a ante-câmara da morte”. P. 181

Frio -

“Geraldo Magela Franco, um dos guardas que cuidavam da disciplina em 1969 declara que A gente tinha que acordar os pacientes às 5 horas para entregar o pavilhão em ordem ao próximo plantão que começava às 7 horas. Eles eram colocados no pátio houvesse o frio que fosse. Os doentes ficavam lá o dia inteiro e só voltavam aos prédios no início da noite para dormir.” P.41

“O frio cortava a pele exposta, fazia os músculos enrijecerem e a boca ressecar até ganhar feridas. Embora fosse mais fácil culpar os pacientes por exporem o corpo sem pudor, a nudez não era uma opção. Muitas roupas eram peças únicas, por isso, no dia em que elas eram recolhidas para a lavanderia, o interno não tinha o que vestir. Se não conseguisse recorrer à caridade alheia, por meio de doação era obrigado a entregar-se à exposição indesejada.” P.41

Choques:

“Francisca Moreira dos Reis, funcionária da cozinha, era uma das candidatas à vaga de atendente de enfermagem em 1979. Ela e outras vinte mulheres foram sorteadas para realizar uma sessão de choques nos pacientes masculinos do pavilhão Afonso Pena, escolhidos aleatoriamente para o exercício. (...) A Colega Maria do Carmo, que também era da cozinha foi a primeira a tentar. Cortou um pedaço de cobertor, encheu a boca do paciente, que a esta altura já estava amarrado na cama, molhou a testa dele e começou o procedimento. Contou mentalmente um, dois, três e aproximou os eletrodos das têmporas de sua cobaia, sem nenhum tipo de anestesia. Ligou a engenhoca na voltagem 110 e, após nova contagem, 120 de carga. O coração da jovem vítima não resistiu. O paciente morreu ali mesmo, de parada cardíaca, na frente de todos. Estarrecidas se mantiveram em silêncio.” P. 34

TRABALHO ESCRAVO

Com o título do capítulo o único homem que amou o Colônia Daniela conta a história do senhor Luiz Felipe⁵ filho de um mestre de obras responsável pelas construções no Colônia, o menino cresceu em uma casa colonial cerca do hospital e “*ouvia tantas histórias sobre os loucos perigosos, mas não conseguia compreender como aqueles homens que ele via trabalhando sem trégua ofereciam tanto risco. _ Mas que loucura eles têm? Perguntava a si mesmo, sem coragem de questionar os mais velhos.*” [...] “*De longe, Luiz Felipe observava a lida daquela gente. Não pareciam doentes, mas escravos*”. P.53

Luizinho, que escapou com vida do Colônia conta que foi internado porque era tímido, porque sua pobre mãe foi convencida que seria melhor para ele, que foi levado para Hospital Oliveira e depois transferido para Colônia e nunca mais viu sua mãe. Assim Luizinho que não tinha doença mental fora submetido à escravidão, obrigados a trabalhar por funcionários inescrupulosos, mas para Luizinho a dor maior além de ficar distante de sua família era as humilhações que fora submetido. “*_Por qualquer coisinha de nada, ele me dava um coro, batendo com a mão aberta no meu rosto e orelha.*” p.117.

DESVIO DE VERBAS

O hospital teve sua finalidade alterada desde início. Embora os pacientes vivessem em condições inumanas e sendo submetidos à fome, sede, frio, tratados como “animais” em estrebarias, o hospital embolsava constantemente “*liberações de suplementos de créditos aprovados pela Assembleia legislativa*” (P. 26).

Apesar dos registros demonstrarem outra realidade, os dirigentes alegavam sempre falta de verbas para manutenção dos pacientes,

5 Luiz Felipe Cisalpino Carneiro. Aos doze anos mudou-se Belo Horizonte. “*Só tomou conhecimento das atrocidades passadas no hospital de Barbacena décadas depois de ter saído de lá, quando descobriu que os homens que abriam caminhos do progresso estavam privados de ir e vir*”.

exemplo que “1916 quase a metade da receita do hospital foi garantida pelo suor dos pacientes e pela venda dos alimentos que eles plantavam. Com a colheita de dez alqueires de milho, cinco de batata-doce, nove de feijão e nove hectares de mandioca, os negócios no Colônia iam bem. O faturamento era garantido, ainda, pelo uso da mão de obra dos internos no conserto de vias públicas, limpeza de pastos, preparo de doces. A venda de roupas – 4 mil peças só naquele ano – também era negócio lucrativo” (P. 53).

VENDAS DE CADÁVERES

“Ivanir surpreendeu-se com o que viu. No pátio interno da faculdade havia dezenas de cadáveres espalhados pelo chão em grotescas posições.”
 ... *“Pareciam egressos de um manicômio. O cheiro não deixava dúvida de que estavam mortos haviam dias.”*

“_Rapaz que luta! Essa madrugada uma camioneta de Barbacena chegou lotada de cadáveres. O responsável localizou o diretor da medicina e ofereceu cada corpo por 1 milhão (cerca de R\$364 nos dias atuais)⁶.”

A autora informa que:

“1.823 corpos foram vendidos pelo Colônia para dezessete faculdades de medicina do país entre 1969 e 1980. Como a subnutrição, as péssimas condições de higiene e de atendimento provocaram mortes em massa no hospital, onde registros da própria entidade apontam dezesseis falecimentos por dia, em média, no período de maior lotação”.

Discorrendo sobre a banalidade do mal o professor RAFFIN afirma que *“En su afán por hacer que todo sea posible, el nazismo transformó la muerte em algo común y corriente o banal. De ahí que el mal termine siendo definido, según ARENDT, por su banalidade.”* P. 187.

⁶ Fato comprovado. Livro diário, inclusive, a autora apresenta cópia documental das anotações registradas.

Reexaminando alguns trechos do livro de ARBEX observa-se que BASAGLIA estava totalmente correto ao afirmar que estivera num “campo de concentração” e Barreto de imaginar que era a “antecâmara da morte”.

SOBREVIVENTES

A autora esclarece que quando começou a escrever a história do holocausto os sobreviventes eram 190 pacientes. De forma emocionante relatou a história de alguns homens, mulheres e crianças que foram despidos de sua condição humana quando transpuseram os portões do Colônia. Reduzidos a condição análoga de “bichos”.

A autora colheu vários depoimentos dos pacientes que ela chama de “sobreviventes do Colônia” narra suas conversas:

*“Sônia demonstra lucidez ao falar do sofrimento passado. ... Sônia cresceu sozinha no hospital. Foi vítima de todos os tipos de violação. Sofreu agressão física, tomava choques diários, ficou trancada em cela úmida sem um único cobertor para se aquecer e tomou as famosas injeções de “entorta” que causavam impregnação no organismo e faziam a boca encher de cuspe. Deixada sem água, muitas vezes, ela bebia a própria urina para matar a sede. Tomava banho de mergulho na banheira com fezes, uma espécie de castigo imposto as pessoas quem, como Sônia, não se **enquadravam às regras** (grifei). Por diversas vezes, teve sangue retirado sem o seu consentimento por vampiros humanos que enchiam recipientes de vidro, a fim de aplica-lo em organismos mais debilitados que o dela, principalmente nos pacientes que passavam pela lobotomia⁷. A intervenção cirúrgica no cérebro para seccionar as vias que ligam os lobos frontais ao tálamo era recorrente no Colônia” (p.44).*

Conta ainda que havia um hospital psiquiátrico chamado Oliveira que era destinado a mulheres e “crianças com qualquer tipo de deficiência mental, na maioria rejeitada pelas famílias”, agora pasmem,

7 Mas uma vez a ficção se rende a realidade a lobotomia foi o procedimento utilizado para acalmar o personagem interpretado por Jack Nicholson que não se “enquadrava as regras”. No filme Um Estranho no Ninho. Dirigido por Milos Forman. EUA 1976.

este hospital foi *“interditado não pelo número de estupros ocorridos dentro da instituição mas porque uma telha caiu na cabeça do diretor”*.

Elzinha é uma destas crianças, foi internada no hospital Oliveira, no ano de 1956, quando tinha nove anos de idade, foi estuprada dentro da instituição que deveria protegê-la. Transferida para Colônia. Recebeu alta em 2004, após trinta e sete anos de vida em reclusão. Hoje vive em uma residência terapêutica. Quando indagada sobre as décadas de internação *“ela se lembra de tudo, menos de ter brincado”*.

Acrescenta ainda que Hiran Firmino, jornalista de Belo Horizonte, o segundo do país a entrar no Colônia, em 1979. O jornalista ficou tão impressionado com a cena, que indagou a uma funcionária o que aconteceria com eles, caso chegassem a idade adulta. A resposta cortou como um “golpe de navalha”: “_Ué? Eles morrem.”

Geralda, aos onze anos de idade, analfabeta, órfã, foi levada para trabalhar na casa de um advogado em Virgíópolis –MG, deveria fazer todo trabalho doméstico. *“A jornada, que começava ainda de madrugada, só terminava à noite, quando ela, exausta, seguia para o quarto dos fundos, sem qualquer ventilação.”* (grifei)

Não levou muito tempo para ser abusada sexualmente pelo patrão. (...) *“Pela primeira vez na vida, desejou a morte”. [...] “Logo a gravidez foi descoberta e familiares do advogado começaram a articular uma saída.”* O que se detrai da narrativa da autora é que no mínimo as “irmãs de caridade” as “freiras H. G. e T” foram coniventes com a situação além de ocultarem o crime cometido pelo advogado ainda levaram uma criança que nunca foi insana para um hospício. Que caridade é essa? Não creio que praticaram alguma caridade, nem muito menos o bem, no caso em tela, inadmissível a conduta das freiras. *“Mesmo grávida tomou o primeiro eletrochoque, para “amansar”, disseram os guardas”*. Sequer teve o direito de escolher o nome do filho que foi batizado de João Bosco pelas freiras. Quando a criança fez dois anos de idade as freiras mandaram que Geralda fosse embora, mas a

criança ficaria ali. Assim se passou um ano, Geralda podia ver seu filho apenas nos finais de semana, trabalhava e economizava para poder tirá-lo daquele hospício. Porém, mas uma vez as freiras lhe tiraram João Bosco. Disseram-lhe não está mais aqui sem explicar para onde o levaram. Geralda ainda recebeu a ameaça de que “_se voltar aqui, não te deixaremos sair.” p. 130

PESSOAS QUE LUTARAM PARA MUDAR A REALIDADE DO COLÔNIA

“*Testemunha do holocausto, o médico Ronaldo Simões Coelho, oitenta anos, garante que, de perto, o horror era ainda maior*”. (p. 31). Inconformado a situação das pessoas largadas, literalmente abandonadas pelas suas famílias Ronaldo declara:

“O que acontece no Colônia é a desumanidade, a crueldade planejada. No hospício, tira-se o caráter humano de uma pessoa, e ela deixa de ser gente. É permitido andar nu e comer bosta⁸, mas é proibido os protestos qualquer que seja a sua forma”. P. 14.

Ronaldo Simões, desfrutava de prestígio na imprensa por sua luta e suas ideias revolucionárias, ainda que fosse rechaçado pela classe médica. Em 1973 conheceu Foucault durante um ciclo de palestras em

8 Hospital Psiquiátrico Vera Cruz. Conexão Repórter mostra bastidores de hospital psiquiátrico em Sorocaba no interior de São Paulo. Ala masculina. Reportagem apresentada em janeiro de 2013 pelo canal de televisão SBT, sobre o hospital Vera Cruz, O repórter presencia o “paciente comendo bosta” eles são deixados em condições totalmente desumanas. Uma funcionária conta que “doentes já morreram de frio” porque ficam totalmente nus. O assunto é tratado “por de baixo dos panos”, alguns pacientes, inclusive deficiente físico, são obrigados a trabalhar e quando se machucam são chamados de “retardados”. O repórter fica perplexo com o que vê “Quadro de abandono é visível, a falta de leitos é notória” Não existem colchões. As imagens são dantescas. Funcionários “tentam explicar o inexplicável” dizem que não podem falar porque perderão o emprego. Morte. “Morreu, engasgado com pão, na hora do café” na verdade foi um infarto. Inadmissível mas é verídico quando tem fiscalização tudo é maquiado para que pareça bom e humano. Vigora a “lei do silêncio” O repórter questiona “Como é possível que doentes mentais possam se recuperar tratados assim? O tratamento é indigno. A alegação da administração é que a verba é insuficiente. Conexão Repórter – SBT. www.sbt.com.br/conexãoreporter/vídeos. Acesso em 02/01/15.

Belo Horizonte. Arrebatado pelas ideias de Foucault, Simões denunciou no III Congresso Mineiro de Psiquiatria, as atrocidades cometidas no Colônia. Como era de se esperar foi demitido do emprego público.

Francisco Paes Barreto, setenta anos, também se insurgiu contra a inumanidade de Barbacena. Tinha vinte e dois anos quando conheceu o Colônia. *“Sozinho, num canto do pátio, ele chorou. Indignado, podia suportar a ideia de permanecer naquele local nos próximos 180 dias.”* *“Um ano depois, em 1966, o jovem médico fez a sua primeira denúncia pública contra Barbacena.*

Em 1972, nova tentativa. Escreveu o artigo “Críticas do hospital psiquiátrico” para apresentar no Congresso Brasileiro de Psiquiatria. O CRM instaurou sindicância contra o médico por transgredir a “ética médica”.

Apesar da represália Barreto declara:

“A tolerância mórbida dos psiquiatras se estendeu ao meio médico, em cujas faculdades os cursos de anatomia eram abastecidos por generosas quotas de cadáveres provenientes de Barbacena. Os hospitais de crônicos da rede pública “instituições finais”, numa alusão à “solução final” do nazismo. A realidade brutal de nossos hospitais psiquiátricos, enquanto permanecer restrita aos meios profissionais, mostra-se inteiramente inócua, pois há uma acomodação, na qual todo aquele horror se torna banal.” P. 182.

Em julho de 1979, o italiano Franco BASAGLIA, esteve no país para visitar os hospícios brasileiros, Antônio Soares Simone, psiquiatra mineiro, convida-o para fazer uma visita aos hospitais mineiros e o leva ao Colônia.

“Ao final da conferência, ele fez um pedido ao brasileiro. _ Simone, eu quero que você acione a imprensa. O prestígio de Basaglia atraiu toda a mídia para o endereço da conferência.” P. 185

“_ Estive hoje num campo de concentração nazista. Em lugar nenhum do mundo, presenciei uma tragédia como esta.” (grifei)

Segundo a autora o Jornalista Hiran Firmino, “*foi o grande porta-voz dos pacientes de Barbacena*”. Ele é o autor da sequência editorial “*Os porões da loucura*” publicada em 1979 no jornal Estado de Minas com a ajuda da fotógrafa Jane Faria.

Hiran foi segundo jornalista a entrar no Colônia, com a permissão do Dr. Levindo. Secretário da Secretaria de Estado da Saúde.

Helvécio Ratton estudante de psicologia. Desejava fazer um documentário sobre Barbacena, desde quando teve contato com algumas fotos dos pacientes, tiradas, na clandestinidade, por Júlio Bernardes.

“No terceiro dia de filmagem, um paciente o segurou pelo braço. _ sei o que vocês estão fazendo. Tirando foto de todo mundo. Assim. Quando a gente morrer, as pessoas vão saber que estivemos aqui.” P.193

“Em vinte e cinco minutos de filme, o diretor exibiu relatos de pessoas que estavam a vida inteira internados por causa de brigas familiares, do abuso de álcool e de comportamento homossexual”.

BASAGLIA estava na plateia e comentou:

“_ O seu filme tem um grande poder de revelação”. E foi certo. Com o documentário “Em nome da razão Ratton tinha conseguido derrubar os muros da indiferença”. 196.

Paulo Delgado, sociólogo, irmão do psiquiatra Pedro Gabriel Delgado, se filiou ao partido PT em Juiz de Fora e tornou-se o “*deputado dos doentes mentais*”. Para os favoráveis a reformar psiquiátrica a Lei 10.216/2011 impôs um novo rumo ao processo de reestruturação do setor.

Embora muito polêmico e controverso, existem várias críticas em relação a não segregação do doente mental, necessário que se faça mais estudos a respeito do tema. A comunidade médica psiquiátrica ainda não chegou a um consenso o que se sabe que encarcerar por

encarcerar nada resolve, inclusive, não existe uma fórmula predeterminada. Cada Paciente é um ser humano distinto e deve ser tratado como tal e na pior das hipóteses, se a internação for indispensável que seja feita da forma menos traumática possível e que lhe seja garantido todos os direitos inerentes ao ser humano.

“Quase meio século depois de denunciar a falência dos hospícios brasileiros o psiquiatra mineiro Francisco Paes Barreto, setenta anos, uma das vozes mais conscientes pela mudança de paradigmas na saúde pública brasileira, defende que é tempo de um novo discurso.”

Inúmeros erros e enganos cometidos após a reforma psiquiátrica. Jairo Toledo era estudante de psicologia 1979 tornou-se diretor do Hospital Colônia e tentou resgatar a dignidade aos seus desvalidos internos, com ajuda de outros estudantes, fez várias mudanças, retirou as crianças daquele nosocômio e as enviou para local adequado. Proibiu a transferência indiscriminada de pacientes para o Colônia acabando assim com o que ele chamava de *“cronificação de pacientes”* em suas palavras: *“Esquecidos em Barbacena, eles acabavam adquirindo novas patologias dentro da instituição. Milhares de atestados de óbito exibem o termo “enterite do alienado”, criado para tentar explicar a morte em massa por diarreia aguda.”* (grifei)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Livro Holocausto Brasileiro embora noticie uma tragédia de proporção desmensurada a rigor não se pode afirmar que tenha ocorrido um holocausto, ainda que, sessenta mil vidas tenham sido ceifadas pelas pessoas que administravam o Colônia, seres humanos indesejados que transformados em inumanos foram submetidos a todos os tipos de atrocidades dentro dos muros daquele hospício.

Durante todos os relatos do livro verifica-se que os algozes eram os diretores das instituições e as pessoas encarregadas de

cuidar, os que deveriam zelar, proteger e medicar, não obstante tornaram-se carrascos. Estas pessoas não podiam ver suas vítimas como iguais a eles mesmos, tiveram que diminuí-las a condição subumana (ARENDT) com a finalidade de contra elas praticar toda a barbárie. O fato de não poder ver aos outros como iguais a eles mesmos “banalizou-se o mal”. “O mal banal é a ausência ou incapacidade de Juízo reflexivo” (RAFFIN).

No Colônia o mal, a crueldade, a perversidade, a insensibilidade, a tortura, a desumanidade, a falta de “juízo reflexivo” de enxergar o outro como ser humano, de reconhecer o outro tornou-se habitual e insignificante.

Acredito que quando ARENDT diz “*hacer los seres humanos sean supérfluos como seres humanos*”, seria como torná-los descartáveis pois inúteis à sociedade, malquistos no meio onde vivem, indesejados; assim eram tratados os desafortunados internos do Colônia. Quando não podiam mais trabalhar ou se tornavam agressivos, ou simplesmente eram escolhidos aleatoriamente para teste de eletrochoque tornavam-se desnecessários, portanto descartáveis como “tralhas ou trastes velhos”.

É preciso ter determinação, ânimo, audácia e destemor para mudar aquilo que está incorreto. Necessário mais empenho político e da sociedade com a relação à saúde pública no geral, não só para os doentes mentais. No Brasil é vergonhoso o descaso para com o paciente, a corrupção, o desvio de verbas e funções, a compra de medicamentos já deteriorados, hospitais que nunca ficaram prontos, postos de saúde recém-inaugurados, sem médicos e profissionais para atendimento, médicos que não comparecem aos plantões, dentre tantas outras mazelas. Falta elã em todas as esferas. Inadmissível, porém, quase nada mudou.

Atualmente alguns grupos, associações de médicos e pacientes, Ministério Público e ativistas lutam pelos direitos humanos, pela humanização da medicina psiquiátrica. O primeiro passo foi dado no

dia em que desativaram o “*trem de doido*”, mas o caminho é demorado e espinhoso, até porque a crueldade, o tratamento desumano e os maus tratos continuam a acontecer em pleno século XXI em detrimento aos princípios basilares da Constituição Federal brasileira atingindo de forma recalcitrante a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBEX, Daniela, *Holocausto Brasileiro, Vida, Genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. 1ª Ed. São Paulo; Geração Editorial, 2013.

ARENDDT, Hannah, *Carta a Karl Jaspers del 4 de marzo de 1951* (carta 109 de ARENDT, Hannah et JASPERS, Karl, correspondance 1926-1969, Paris: Payot, 1995, pp. 242-243). Traducción de Marcelo Raffin.

ARENDDT, Hannah, *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. RJ. 10ª ed. Forense Universitária. 2007. Disponível em PDF.

COSTA, J. F, *História da Psiquiatria no Brasil. Um Corte Ideológico*. 4ª ed. RJ. Xenon, 1989.

ENGEL, MG, *Os delírios da razão: médicos, loucos e hospícios* (Rio de Janeiro, 1830/1930). Editora FIOCRUZ, 2001. Loucura & Civilização collection. ISBN. 85-8567694-9. Available from SciELO Books <http://books.scielo.org>.

FOUCAULT, Michel, *História da Loucura na Idade Clássica*. Ed. Perspectiva estudos. Tradução: José Teixeira Coelho Netto. Ed. Gallimard, 1972.

_____ *Doença Mental e Psicologia*. Tradução e Lilian Rose Shalders. Traduzido do Original Frances *Maladie Mentale et*

Psychologie da Presses Universitaires de France, Paris. Coleção dirigida por Eduardo Portela. Rio de Janeiro. Ed. Tempo Brasileiro. 1975.

GOFFMAN, Erving, *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira. Título do original inglês *Asylums- Essays on the social situation of mental patients and other inmates*. Ed. Perspectiva. Coleção Debates Dirigida por J. Guinsburg, 1974.

GUIMARÃES ROSA, João, “*Sorôco, sua mãe, sua filha*” conto de *Primeiras Estórias*. Livraria José Olympio Ed. p. 62/64. Disponível DPF.

LIMA BARRETO, Afonso Henrique de. *Diário do hospício e o Cemitério dos vivos*. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, Departamento Geral de Documentação e Informação Cultural, Divisão de Editoração. 1993. p. 95-1979. www.bibvirt.futuro.usp.br

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria, *O Alienista e outros contos*. Ed. Moderna. 2001.

MOYN, Samuel, *The last utopia: human rights in history*. ISBN 978-0-674-04872-0 (alk.paper) 2010, disponível em PDF.

RAMOS, Fernando A. da Cunha; GEREMIAS, Luiz, “*O Hospício de Pedro II: o Palácio dos Loucos*”. Disponível em PDF. www.sms.rio.rj.gov.br/pinel acesso em 05/12/2014.

RAFFIN, Marcelo, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos em las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*. Colección Tesis Doctoral. Ed. Del Puerto, 2006.



EFFECTIVIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD, UN DERECHO HUMANO POR EXCELENCIA, FRENTE A LA TEORÍA DE LO POSIBLE

Maria do Carmo Santos

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud, derecho fundamental de segunda generación, es deber del Estado, una vez que la Constitución brasilera de 1988 otorgó a los individuos derechos prestacionales materiales estatales como: asistencia social, salud, educación, trabajo, libertades sociales, entre otros; marcando la transición desde las libertades formales abstractas hacia las libertades materiales concretas.

Sin embargo, diversos factores han contribuido con el distanciamiento de la pretensión normativa de la actual Constitución con respecto a los derechos prestacionales otorgados.

El resultado ha sido que, por un lado, tenemos poderes públicos omisos que no se preocupan o no consiguen implementar políticas públicas sociales y económicas orientadas a la reducción de los riesgos de enfermedades, y por otro, los pretextos que justifican tal desidia, que van desde objetivos electoreros hasta la propia incompetencia administrativa.

Siendo esto así, el presente trabajo pretende analizar el derecho a la salud como deber y responsabilidad del Estado y el vínculo

que existe entre los órganos estatales en cuanto a la promoción, protección, y efectivización de este derecho fundamental, a partir de la implementación de políticas públicas de salud, orientadas por el principio de la reserva de lo posible.

Asimismo, discutiremos los límites de las obligaciones que deben ser cumplidas y de qué forma el Estado debe implementarlas ante la escasez de recursos presupuestarios.

De acuerdo con la teoría de la reserva de lo posible, teóricamente, el Estado solo está obligado a ofrecer garantías en el derecho a la salud en el límite de sus posibilidades, especialmente, en términos financieros y presupuestarios. Es decir, la inversión del Estado se encuentra restringida a todo aquello que haya sido considerado dentro del presupuesto, de acuerdo con los estrictos límites establecidos por la Constitución. De ahí, la razón por la cual vemos, día a día, el vertiginoso crecimiento de la denominada judicialización de la salud.

Partiendo de tales presupuestos, los objetivos del presente trabajo son, inicialmente, presentar la controversia entre el concepto de la reserva de lo posible y la efectivización del derecho a la salud; contextualizar la cláusula de la reserva de lo posible; y finalmente, discutir la influencia que tiene la cuestión de la existencia de los recursos financieros, sobre la efectividad del derecho a la salud, asegurada constitucionalmente, y así definir si la reserva de lo posible puede convertirse en un escudo para que el Estado deje de cumplir con su deber, o si constituye un límite real para la efectivización del derecho a la salud.

2. EL ESTADO

2.1 CONCEPTO

La Constitución Federal, en su Título I: De los principios fundamentales, artículo 1º, dispone que: “La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los estados y municipios y

el Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho [...] (traducción propia)”.

La Federación, como principio fundamental que es, subordina todo el desarrollo sistemático de la Carta magna y, por esa razón, el artículo 60, § 4º, inciso I, de la CF, la incluye como cláusula pétrea.

En el sentido de la sociedad política permanente, que es el que nos interesa en este estudio, la denominación Estado surge por primera vez en el siglo XVI en la obra “El Príncipe” de Nicolás Maquiavelo, quien afirma que el Estado no es más que las comunidades formadas por las ciudades-estado.

De esta forma, en el curso de la presente investigación se adoptará el concepto de Estado como aquél capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones de orden jurídica.

1.2 MODELOS DE ESTADO

El Estado a lo largo de la historia ha presentado varios modelos, de acuerdo a la época vivida y al regente del poder de turno; y ha ido modificándose, gradualmente, a partir de las luchas de poder y las sociedades.

Así que, sin pretensiones de agotar el asunto, expondremos algunos de estos modelos de Estado.

1.2.1 ESTADO DE DERECHO

El Estado de derecho es un Estado jurídicamente organizado, cuya actividad está determinada y limitada por el derecho, quedando supeditado a sus propias leyes.

Norberto Bobbio (1997, p. 135), citando Augusto Zimmermann, sustenta que:

La expresión Estado de Derecho puede ser entendida de diferentes maneras, aunque dos son sus principales significados: 1) El Estado de Derecho es el Estado limitado por el derecho, o sea, el Estado cuyo

poder es ejercido por las formas del derecho, con garantías jurídicas prestablecidas; y en esta acepción se contrapone al Estado absoluto; 2) El Estado de Derecho es el Estado que tiene como función principal y específica la institución de un Estado jurídico, es decir, de un Estado en el cual, según la definición Kantiana del derecho, cada uno pueda coexistir con los otros según una ley universal, y en esta acepción se contrapone al Estado de eudemonismo (traducción propia).

El Estado de Derecho tiene su origen en la reivindicación política de los derechos del hombre y surgió en respuesta a las decisiones arbitrarias del Estado Totalitario, por lo tanto, implica limitar el ejercicio del poder de un gobernante cuando éste actúe de forma contraria al espíritu de la ley, garantizando la protección efectiva de los derechos fundamentales.

1.2.2 ESTADO DEMOCRÁTICO

El Estado democrático, por su parte, trata de asegurar y garantizar el derecho a la igualdad de participación en la formación democrática de la voluntad popular. Tan solo el principio de la soberanía popular, según el cual: “todo poder emana del pueblo” asegura y garantiza este derecho.

De esta manera, J.J. Gomes Canotilho (2003, p.100), citando el posicionamiento de Carlos Ayres de Brito, sobre el Poder Constituyente versus el Poder reformador, indica:

El principio de la soberanía popular concretado según procedimiento jurídicamente regulado sirve de “ajuste” entre el “Estado de derecho” y el “Estado Democrático” posibilitando la comprensión de la moderna fórmula *Estado de derecho democrático*. Algunos autores avanzan incluso en la idea de democracia como valor (y no solo como proceso), irreversiblemente estructurante de un orden constitucional democrático (traducción propia).

1.2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La idea del Estado democrático de Derecho surgió del desarrollo del constitucionalismo alemán, que encierra el principio existencial de la legalidad instituyente de un Estado de Derecho, conjugado con el principio existencial de la legitimidad, propia de un Estado Democrático elegido por el PUEBLO como fuente del poder estatal.

En los incisos II y III del artículo 1° de la Constitución Federal de 1988, el legislador, al señalar el modelo de Estado adoptado, expresamente dispone que:

La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

II - la ciudadanía;

III - la dignidad de la persona humana (traducción propia).

Con la adopción del llamado Estado democrático de Derecho, en la Constitución Federal de 1988, terminaron por instituirse diversas garantías individuales y colectivas para el pueblo brasileño, entre ellas, la salud como bien jurídico digno de tutela constitucional. Es decir, con esta constitución, el derecho a la salud quedó consagrado como derecho fundamental, otorgándosele, por consiguiente, protección jurídica diferenciada en el marco del ordenamiento jurídico constitucional vigente.

1.2.4 ESTADO DE DERECHO SOCIAL: MODELO BRASILEIRO

El Estado Social es el generador de la igualdad fáctica, que es aquella que busca establecer equivalencia de derechos, imponiéndole a la Administración Pública, cuando sea necesario, la realización de prestaciones positivas y la adopción de medidas con el fin de implantar los comandos normativos de isonomía.

El Estado Social es también la base del Estado Democrático de Derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 1º, de la Constitución Federal de 1988.

El Estado de Derecho Social surgió después de la Segunda Guerra Mundial, habiendo recibido su primera y más precisa definición en la Constitución de la República Federal Alemana; definición que intentó conjugar los valores del Estado de Derecho Liberal con los valores del Estado Social.

El Estado de Derecho Social persigue el desarrollo económico con un orden social justo, atendiendo los principios y derechos fundamentales sociales e individuales asegurados constitucionalmente, y haciendo énfasis en el principio de la dignidad de la persona humana.

Sin embargo, en esta forma de Estado, existe un conflicto que dificulta su evolución; por un lado, el sistema capitalista y por otro, un Estado comprometido con la justicia distributiva.

El asunto está en que el Estado social tiene la responsabilidad de intentar reducir los desequilibrios sociales, abarcando una importante tarea de redistribución de rentas que asegure, a cada individuo, un mínimo de subsistencia digna, implementando incluso acciones judiciales que garanticen, en la práctica, lo dispuesto en las normativas legales y constitucionales vigentes.

Paulo Bonavides destaca que:

La Constitución de 1988 es básicamente en muchas de sus dimensiones esenciales una Constitución del Estado Social. Por lo tanto, los problemas constitucionales referentes a relaciones de poder y ejercicio de derechos subjetivos tienen que ser examinados y resueltos a la luz de los conceptos derivados de esa forma de ordenamiento. Una cosa es la Constitución del Estado liberal, otra la Constitución del Estado social. La primera es una Constitución antigua y anti-Estado; la segunda una Constitución de valores refractarios al individualismo del Derecho y al absolutismo en el Poder. (BONAVIDES, Paulo, del Estado liberal al Estado Social. Belo Horizonte: Del Rey, 5ª Ed., 1993: 336 – Traducción propia).

Pese a no constar, literalmente, la cláusula de “Estado Social” en el texto de la Constitución de 1988; los objetivos que ésta se propuso alcanzar, la declaración constante de su Preámbulo y el hecho de haber erigido los Derechos Sociales en capítulo propio (Capítulo II, del Título II), sugieren que el modelo adoptado por el sistema brasilero es el de un Estado Social Democrático de Derecho.

2. DERECHO A LA SALUD, UN DERECHO HUMANO POR EXCELENCIA

El derecho a la salud elevado a garantía constitucional no significa más que la positivización de los derechos humanos.

Fue en 1986, en la 8ª Conferencia Nacional de Salud, que el derecho a la salud fue debatido en Brasil en su condición de derecho humano.

La maestra Flávia Piovesan, al referirse a las violaciones de los derechos sociales y del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos sostiene, en un artículo de su autoría, que:

A la luz de una interpretación dinámica y evolutiva, comprendiendo la convención Americana como un *Living instrument*, en el citado caso Villagran Morales contra Guatemala (1999)³⁴¹, la Corte afirmó que el derecho a la vida no puede ser concebido restrictivamente. Entendiendo que el derecho a la vida comprende no sólo una dimensión negativa –el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente–, sino una dimensión positiva, que demanda a los Estados medidas positivas apropiadas para proteger el derecho a la vida digna –el “derecho a crear y desarrollar un proyecto de vida”–. Esta interpretación arrojó un importante horizonte para la protección de los derechos sociales.

(...)

Existe, además, un conjunto de decisiones que consagran la protección indirecta de derechos sociales, mediante la protección de derechos

1 Vilagran Morales et al versus Guatemala (The Street Children Case), Inter-American Court, 19 November 1999, Ser. C, No. 63

civiles, lo que confirma la idea de la indivisibilidad y de la interdependencia de los derechos humanos.

En el caso Albán Cornejo y otros en contra de Ecuador (2007)^{36 2} referidos a la supuesta negligencia médica en un hospital particular –una mujer ingresó al hospital con un cuadro de meningitis bacteriana y fue medicada, falleciendo al día siguiente, probablemente como consecuencia del medicamento prescrito–, la Corte decidió el caso basándose en la protección del derecho a la integridad personal y no en el derecho a la salud. En ese mismo sentido, en el caso Myrna Mack Chang en contra de Guatemala (2003)³⁷, concerniente a daños a la salud producto de las condiciones de detención, una vez más la protección a la salud se dio bajo el argumento de la protección del derecho a la integridad física.

(...)

Considerando el contexto latinoamericano –marcado por graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos; profundas desigualdades sociales; y democracias aún en fase de consolidación que intentan romper con el denso legado de los regímenes autoritarios– se puede concluir que el sistema interamericano ha salvado y continúa salvando muchas vidas; contribuyendo de forma decisiva a la consolidación del Estado de Derecho y de las democracias en la región; combatiendo la impunidad; y asegurándole a las víctimas el derecho a la esperanza de que se haga justicia y que los derechos humanos sean respetados³ (traducción propia).

Ya la Declaración Universal de los Derechos Humanos, prevé expresamente en su artículo 25.1 que:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2 Albán Cornejo y otros v. Ecuador, Inter-American Court, 22 November 2007, serie C n. 171

3 Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, Impacto, Desafios e Perspectivas à Luz da Experiência Latino-Americana

El maestro Ricardo D. Rabinovich-Berkman, al tratar las generaciones de derechos humanos, observa que:

En cambio, los derechos humanos que suelen llamarse “de segunda generación”, apuntan más a aspectos socioeconómicos. Tales como el bienestar, el descanso, la educación, la salud. Se trata de prerrogativas más alejadas de la visión burguesa de la sociedad y de los reclamos de la clase media-alta. Prima en su defensa, en cambio, la satisfacción de necesidades que aquellos sectores ya tienen en general bastante cubiertas, pero la clase media-baja y el proletariado no.

Conllevan, pues, las demandas de los grupos que, aunque están formalmente dentro del sistema, no lo pueden disfrutar como los de mayor poder adquisitivo, y requieren de la fuerza del Estado para poder hacerlo. En otras palabras: los derechos de la primera generación son en y con el mercado. Los de la segunda tienden a enfrentarse con el mercado, o por lo menos a corregir las situaciones percibidas como injusticias derivadas de una economía fundada en él.

Además, los derechos humanos “de primera generación” suelen visualizar al estado como un peligroso poder, al que deben ponerse límites. Es decir, que conllevan una actitud negativa con relación al poder público. Éste debe abstenerse de intervenir, para que los individuos puedan actuar libremente. En cambio, los “de segunda generación” imponen al estado deberes de conducta activa. O sea, que muestran confianza en él, se alían con él, lo llaman en su ayuda. Importan una postura positiva: le requieren al poder público que actúe, incluso a veces en contra del libre obrar de los individuos o las corporaciones. Por ejemplo, imponiendo reducciones a los precios de los medicamentos u obligando a los sanatorios privados a mantener camas gratuitas.⁴

Como se nota, la garantía del derecho a la salud no es más que la efectivización de un derecho humano por excelencia.

⁴ ¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Argentina: ediciones Didot, 2013, pág. 83.

2.1 DERECHO A LA SALUD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL BRASILEÑO

En Brasil, la salud –que se relaciona intrínsecamente con el principio de la dignidad de la persona humana y con el propio derecho a la vida– nunca había sido pensada y vista como un verdadero derecho; solo fue elevada a garantía y deber fundamental por la Constitución de 1988.

La Constitución Federal de 1988 no sólo ampara la salud como bien jurídico digno de tutela constitucional, sino que va mucho más allá, consagrándola como derecho fundamental; evidenciando la gran relevancia jurídico-social que asume nuestro ordenamiento, y que es positivado en sus artículos 6° y 196, los cuales disponen:

Art. 6°. Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, el ocio, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución.

Art. 196. La salud es derecho de todos y deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que apunten a la reducción del riesgo de enfermedades y otros agravios y el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación (traducción propia).

Pero estos dispositivos constitucionales no son los únicos que tratan expresamente sobre la salud; nuestros constituyentes reservaron una sección específica sobre la materia, en el del capítulo destinado a la Seguridad Social.

El artículo 7° presenta dos incisos que versan sobre la salud: el inciso IV que determina que el salario mínimo debe ser capaz de atender las necesidades vitales básicas del trabajador y su familia, incluyendo la salud, entre otros; y el inciso XXII que impone la reducción de

riesgos inherentes al trabajo, por medio de normas de salud, higiene y seguridad.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 23, inciso II, la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios poseen competencia administrativa común para cuidar de la salud.

Gracias al artículo 24, inciso XII, todos los entes federados, poseen competencia concurrente para legislar sobre la defensa de la salud.

Los Municipios, en virtud del artículo 30, inciso I, también pueden legislar sobre la salud, no solo por su innegable interés local, sino también porque la ejecución de los servicios de salud, en la actualidad, está mayormente municipalizada.

El artículo 30, inciso VII, confiere a los Municipios la competencia para prestar servicios de atención de salud para la población, con la cooperación técnica y financiera de la Unión y el Estado.

La Enmienda Constitucional 29/00, por su parte, añadió la letra “e” al inciso VII del artículo 34, posibilitando la intervención de la Unión, en los Estados y en el Distrito Federal, en caso que no se aplique el mínimo exigido de los ingresos derivados de impuestos estatales y las debidas transferencias en el mantenimiento y desarrollo de la enseñanza, acciones y servicios públicos de salud.

La Enmienda en cuestión también alteró la redacción del inciso III, del artículo 35, previendo la posibilidad de intervención de los Estados en los Municipios, en el mismo caso de arriba; la no aplicación del mínimo exigido en acciones y servicios públicos de la salud.

La Enmienda Constitucional 29/00 prohibió además vincular ingresos derivados de los impuestos a los cuales se refieren los artículos 158 y 159, para acciones y servicios públicos de salud, brindándole una nueva redacción al inciso IV del artículo 167.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 196, la salud es un derecho de todos y deber del Estado, garantizada a través de: políticas sociales y económicas dirigidas a la reducción de riesgos de

enfermedades y otros agravios; y el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

El artículo 197 reconoce que las acciones y servicios de salud son de relevancia pública, correspondiéndole al Poder Público disponer, en los términos establecidos por ley, de su reglamentación, fiscalización y control. La ejecución debe ser realizada directamente o a través de terceros, por la persona física o jurídica de derecho privado.

Se resalta que el artículo 129, inciso II, atribuye al Ministerio Público la función de velar por el efectivo respeto de los Poderes Públicos y de los servicios de relevancia pública para los derechos garantizados en la Constitución, promoviendo las medidas necesarias para su garantía. Esto denota la preocupación del constituyente por dar efectividad al derecho a la salud, considerándolo expresamente un servicio de relevancia pública.

El artículo 198 estableció la estructura general del sistema único de salud, considerándolo una red regionalizada y jerarquizada, que se encuentra organizada de acuerdo con las siguientes directrices: a) descentralización, con dirección única hacia cada esfera de gobierno; b) atención integral, con prioridad para las actividades preventivas, sin perjuicio de los servicios asistenciales; c) participación de la comunidad.

Este sistema debe ser financiado con recursos de la seguridad social, la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, además de otras fuentes (§ 1º), siendo previstos los recursos mínimos a destinar anualmente en acciones y servicios públicos de salud (párrafos 2º y 3º).

En el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Estados Unidos de América, la Comisión de las Comunidades Europeas, preferiblemente el filantrópica y sin fines de lucro (§ 1), con los sellos de los párrafos 2 y 3, como la asignación de fondos públicos para auxilio o subvenciones a instituciones privadas con fines de lucro y las empresas de participación directa o indirecta o

de capital extranjeros en la asistencia a la salud en el país, salvo en los casos previstos por la ley.

Tanta era la preocupación del constituyente en torno a esta cuestión, que en el artículo 199 se expande la asistencia sanitaria a la esfera privada, facultando a las instituciones privadas a participar de forma complementaria dentro del sistema único de salud, de acuerdo con las directrices de éste: mediante contrato de derecho público o convenio, dándole preferencia a entidades filantrópicas o sin fines de lucro (§ 1º), y cumpliendo las precisiones establecidas en los párrafos 2º y 3º, con respecto a la asignación de recursos públicos para auxilios o subvenciones a las instituciones privadas con fines de lucro, y la participación directa o indirecta de empresas o capitales extranjeros en la asistencia a sanitaria del país, salvo en los casos previstos en la ley.

El artículo 200, enumera aunque no de forma exhaustiva, las atribuciones del sistema único de salud, entre ellas: I - controlar y fiscalizar procedimientos, productos y sustancias de interés para la salud y participar en la producción de medicamentos, equipos, inmunobiológicos, hemoderivados y otros insumos; II - ejecutar las acciones de vigilancia sanitaria y epidemiológica, así como las relacionadas con la salud del trabajador; III - ordenar la formación de recursos humanos en el área de salud; IV - participar en la formulación de la política y de la ejecución de las acciones de saneamiento básico; V - incrementar su área de actuación en el desarrollo científico y tecnológico; VI - fiscalizar e inspeccionar alimentos (controlando contenido nutricional), bebidas y aguas para consumo humano; VII - participar en el control y la fiscalización de la producción, transporte, custodia y uso de sustancias y productos psicoactivos, tóxicos y radioactivos; y VIII - colaborar en la protección del medio ambiente, incluido el de trabajo.

En el artículo 208, inciso VII, se incluye la asistencia sanitaria entre los programas destinados a complementar la educación básica.

Con respecto al tema comunicacional, el artículo 220, § 3º, inciso II, prevé la posibilidad de que a través de la ley federal se restrinja

la propaganda de productos, prácticas y servicios que puedan ser nocivos para la salud y el medio ambiente.

A tenor del artículo 227 es deber constitucional de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, entre otros, el derecho a la salud.

El § 1 de este artículo prevé, en el inciso I, la participación de entidades no gubernamentales en la promoción de programas de asistencia integral a la salud del niño y el adolescente, determinando además el porcentaje de recursos públicos que debe ser destinado a programas de asistencia materno-infantil.

Por último, el Acta de las Disposiciones Constitucionales Transitorias también dispone de normativas sobre salud, como: el artículo 53, inciso IV, que asegura a los ex combatientes de la Segunda Guerra Mundial y sus dependientes la asistencia médica y hospitalaria gratuita; los artículos 55 y 77 que prevén porcentajes mínimos de asignación de recursos para el sector de la salud; y el artículo 79, agregado por la EC 31/00, que trata del Fondo de Combate a la Erradicación de la Pobreza y que tiene como objetivos: viabilizar el acceso a niveles de vida dignos a todos los brasileros y aplicar acciones suplementarias de nutrición, vivienda, educación, salud, refuerzo de la renta familiar y otros programas de interés social relevantes para el mejoramiento de la calidad de vida.

En el marco de este lineamiento constitucional, las políticas públicas están orientadas por los principios de universalidad y equidad en la promoción de acciones y servicios. En este sentido, el Tribunal Supremo Federal se ha posicionado enunciando:

El derecho público subjetivo a la salud representa prerrogativa jurídica de la República (artículo 196). Siendo un bien jurídico constitucionalmente tutelado, por cuya integridad debe velar, de manera responsable, el Poder Público, a quien le incumbe formular –e implementar– políticas sociales y económicas orientadas a garantizarle, a los ciudadanos, el acceso universal e igualitario a la asistencia médico-hospitalaria. El carácter programático de la regla inscrita en el art.196 de la Carta Política

–que tiene como destinatarios a todos los entes políticos que componen el plano institucional de la organización federal del Estado Brasileiro– no puede convertirse en una promesa institucional inconsecuente, bajo pena de poder público, que defraude las justas expectativas en él depositadas por la colectividad, sustituyendo, de manera ilegítima, el cumplimiento de su impostergable deber por un gesto de infidelidad gubernamental en lo que se refiere a la propia Ley Fundamental del Estado (traducción propia). (RE 267.612 – RS, DJU 23.08.2000 – Relator Min. Celso de Mello).

Además de las normas constitucionales, tenemos la Ley 8.080/90 que, en su artículo 2º, traza los principios básicos del sistema nacional de salud, considerando la salud como un derecho fundamental y proporcionando las directrices generales para la prestación de los servicios de salud, alentados por el texto constitucional.

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA EFECTIVIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

Indudablemente toda persona tiene derecho a la salud, y el Estado el deber y la responsabilidad de prestarla, sin embargo, el reconocimiento de este derecho no significa necesariamente su materialización efectiva, debido a la necesidad de implementar políticas públicas en escenarios, generalmente, con déficit de recursos.

Conforme afirma José Afonso da Silva (1.999, p. 697):

La salud es concebida como derecho de todos y deber del Estado, que debe ser garantizada mediante políticas sociales y económicas que apunten a la reducción de los riesgos de enfermedades y otros agravios. El derecho a la salud se rige por los principios de universalidad e igualdad de acceso a las acciones y servicios que la promueven, protegen y recuperan. Las acciones y servicios de salud son de relevancia pública, por lo que están totalmente sujetos a la reglamentación, fiscalización y control del Poder Público, en los términos de la ley, quienes les corresponde ejecutarlos directamente o por terceros, personas físicas o jurídicas de derecho privado. Que la Constitución atribuya al Poder Público el control de las acciones y servicios de salud, significa que tiene el poder integral de dominación sobre las acciones y servicios, siendo éste el

significado del término control, especialmente, cuando aparece al lado de la palabra fiscalización (traducción propia).

El artículo 197 de la Constitución Federal de 1988, prevé expresamente que:

Art. 197. Son de relevancia pública las acciones y servicios de salud correspondiendo al poder público disponer, en los términos de la ley, sobre su regulación, fiscalización y control, debiendo ejecutarse directamente o a través de terceros y, también, por persona física o jurídica de derecho privado.

La Constitución Federal de 1988 consagra, en su artículo 196, la salud como derecho de todos y deber del Estado, determinando que las políticas sociales y económicas deben ser orientadas hacia la reducción de riesgos de enfermedades y otros agravios, asegurando su acceso universal, con vistas a la promoción, protección y recuperación de la salud. Prevé, por lo tanto, su ejecución como servicio público.

El artículo 197, por su parte, expresa que las acciones y servicios realizados con miras a la promoción, protección y recuperación de la salud, son de relevancia pública, pues refiere a un servicio de interés público.

A partir de este análisis, se constata que la ejecución de acciones y servicios de salud –aunque sean un servicio público– pueden realizarse por medio de terceros y, además, a través de persona física o jurídica de derecho privado.

Sin embargo, pese a la garantía constitucional, el administrador público, cualquiera sea la esfera del ente federado, tiene el desafío de conciliar lo inconciliable; esto debido a que el Estado no posee las condiciones adecuadas para prestar una rápida atención a los ciudadanos que necesitan de su amparo para suplir una cierta carencia.

Es cierto que la incompetencia administrativa y la corrupción también contribuyen con la generalizada carencia de ciudadanía, sin embargo, la cuestión de la disponibilidad presupuestaria del Estado no

deja a merced del legislador, o incluso del administrador, la cuestión de la asignación de recursos destinados al mantenimiento del derecho a la salud.

Sobre esta cuestión, José Afonso da Silva (1999) enfatiza:

Es espantoso como un bien extraordinariamente relevante para la vida humana sólo hasta ahora sea elevado a la condición de derecho fundamental del hombre. Y hay que informar que el principio del derecho igualitario a la vida de todos los seres humanos significa también que, en casos de enfermedad, cada uno tiene el derecho a un trato digno de acuerdo con el estado actual de la ciencia médica, independientemente de su situación económica, *so pena* de no tener mucho valor su consignación en las normas constitucionales (traducción propia).

Otro aspecto del ordenamiento jurídico se encuentra en la Ley nº 8080/90 (Ley Orgánica de la Salud), que en su artículo 43 garantiza la gratuidad de la asistencia sanitaria prestada por el Estado.

Este dispositivo lo que buscaba era demarcar una garantía constitucional establecida en el artículo 196 de la Constitución, que asegura el acceso universal e igualitario a los servicios y acciones de salud.

Sin embargo, el cumplimiento del deber político constitucional insculpido en el artículo 196 representa un factor que, asociado a un imperativo de solidaridad social, le impone al Estado la obligación de implementar políticas públicas dirigidas al bienestar social.

4. PRINCIPIOS DE LA SUPREMACÍA DEL INTERÉS PÚBLICO Y DE LA INDISPONIBILIDAD DEL INTERÉS PÚBLICO

4.1 EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Nacido de los principios y concepciones creados por el pueblo frente a un Estado Absolutista, el Derecho Administrativo, conjugado con la teoría de la tripartición de poderes, se consagró como resultado

directo de la Revolución Francesa, con el fin de estipular normas que controlasen la relación entre el Poder Público y sus administrados.

Marçal Justen Filho (2005, p. 01) define el Derecho Administrativo de la siguiente manera:

El derecho administrativo es el conjunto de normas jurídicas de derecho público que disciplinan las actividades administrativas necesarias para la realización de los derechos fundamentales y la organización y el funcionamiento de las estructuras estatales y no estatales encargadas de su desempeño (traducción propia).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p.29), por su parte, conceptualiza el Derecho Administrativo como “la rama del Derecho Público que disciplina el ejercicio de la función administrativa, y los órganos que la desempeñan (traducción propia)”.

Por lo tanto, el régimen jurídico de derecho público, fundado en el Derecho Administrativo, se fundamenta en los principios de la supremacía del interés público sobre lo privado y de la indisponibilidad del interés público; evidenciando la precaución que necesita tener el poder público para tutelar los derechos fundamentales del ciudadano, entre ellos el derecho a la salud, objeto de la presente investigación.

4.2 EL PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA DEL INTERÉS PÚBLICO

El principio de la supremacía del interés público determina que todos los actos administrativos deben tener una finalidad única: el interés público. Por lo tanto, es deber de la Administración actuar en favor de los intereses de sus administrados como colectividad.

Este principio le atribuye al administrador una posición de supremacía jurídica, en una relación desigual con el particular, pues le otorga privilegios jurídicos que al particular no le son conferidos, y todo esto en razón de los intereses de la colectividad que él representa.

Según Marçal Justen Filho (2.005, p.35):

Desde el *Welfare State* hasta hoy, la supremacía del interés público significa su superioridad sobre todos los demás intereses de la sociedad y del Estado. En caso de conflicto, los intereses privados no pueden prevalecer sobre el interés público (traducción propia).

Sin embargo, con el fin de evitar que el interés público se confunda con el interés administrativo y, peor aún, con el interés particular del propio administrador, surgió la necesidad de crear una limitante para este principio, y así evitar abusos o el favorecimiento personal por parte del Administrador Público, siendo una de esas restricciones, el principio de la indisponibilidad del interés público.

4.3 PRINCIPIO DE LA INDISPONIBILIDAD DEL INTERÉS PÚBLICO

El Principio de la indisponibilidad del interés público garantiza que el administrador público no pueda disponer libremente del interés público.

Siendo el interés público propio de la colectividad, no depende del libre albedrío de cualquiera. El administrador, al no estar sujeto a disponibilidades, representa a la colectividad y lo único que le compete es velar por el interés público en el desempeño de su deber.

La indisponibilidad del interés público, como consecuencia de la supremacía del interés público sobre el privado, asegura la debida precaución del Estado con respecto a este asunto. Si el administrador no tiene el poder de elegir libremente sobre el cumplimiento de intereses que atañen al colectivo, éste sólo puede disponer de los instrumentos públicos de acuerdo con los términos previstos en la ley.

4.4 FINANCIAMIENTO DE LAS ACCIONES E SERVICIOS PÚBLICO DE LA SALUD

La Constitución Federal vigente consagra la ciudadanía y la dignidad de la persona humana como garantías fundamentales del hombre, atribuyendo relevancia pública a las acciones y servicios de salud.

El § 4º del artículo 77, incorporado al Acta de Disposiciones Constitucionales Transitorias, dispone que la Ley Complementaria Federal es la encargada de definir el mínimo de recursos que la unión, estados y municipios están obligados a emplear en Salud. Mientras esto no ocurre, la EC 29/00 establece las condiciones específicas que debe cumplir el Estado.

Al enfrentarse a las múltiples formas de manifestación de los problemas de salud, el constituyente intentó garantizar un mínimo obligatorio de recursos financieros que pudieran ser empleados por el Gestor Público, para que el Estado cumpliera con su deber de garantizar el derecho a la salud a todos.

La EC 29/00 vinculó parte de los ingresos derivados de impuestos propios y transferidos al área de la Salud, con el objetivo de asegurar la participación presupuestaria de estados y municipios en el Sistema Único de Salud (SUS), fijando el mínimo a ser aplicado; valor que debe ser calculado sobre los ingresos fiscales: los tributos directamente recaudados por el estado o municipio y los recibidos por poder constitucional de otro ente federado.

El Consejo Nacional de la Salud aprobó el 08/05/2003, directrices sobre la aplicación de la EC 29/00, por medio de la Resolución nº 322, destacando que los gastos en acciones y servicios de Salud, realizados por los estados, Distrito Federal y municipios deberán ser financiados con recursos asignados por los respectivos Fondos de Salud, de conformidad con el artículo 77, § 3º, del ADCT.

Es tanta la importancia social del sector salud dentro de la administración pública que, incluso la Ley de Responsabilidad Fiscal, con todo su rigor, le ha ahorrado a este sector buena parte de las medidas fiscales de contención (artículos 17, 24, § 1º, inciso II, artículo 8º, párrafo único, art. 25, § 3º, art. 25, § 1º, inciso III, apartado “b” y Art. 62, incisos I, e II).

De esta manera, en Brasil, el financiamiento por imposición legal del sector público de salud, procede en su mayor parte de recursos públicos provenientes de impuestos y contribuciones sociales.

El derecho a la salud, como derecho social prestatario, posee ejecutabilidad inmediata y carácter neto y cierto, tal y como lo expresa la CF/88, en su Título II - De los Derechos y Garantías Fundamentales.

Sin embargo, son innumerables los percances que surgen de la correlación entre eficacia y aplicabilidad que, la mayoría de las veces, terminan por inviabilizar la concreción de la efectividad de ese derecho.

Como advierte Walter Ceneviva (1.991, p.291):

El constituyente del 88, cuando pensó en un sistema único de salud, tal como prevé la norma expresada en el artículo 200 de la CF/88, pretendía un sistema único, cuya actividad comprendiese, además de otras atribuciones, en los términos de la ley, las de control, fiscalización, producción y planificación (traducción propia).

La apreciación de la estructura del financiamiento del sector salud y su posición dentro del proceso presupuestario del país ofrece una base de información muy importante para el proceso de decisión, formulación, desarrollo y ajustes en cuanto a la asignación intersectorial de recursos, la relación entre gastos públicos y privados, los gastos ambulatorios y hospitalarios, así como también la repartición entre los entes federales.

De este modo, el patrón de financiamiento es un insumo indispensable para un diagnóstico de la intervención gubernamental en el sector.

5. TEORÍA DE LA RESERVA DE LO POSIBLE

5.1 CONCEPTO

Delimitar el concepto del principio de la reserva de lo posible no es tarea fácil, porque se trata de un fenómeno relacionado directamente con la realidad empírica, por lo tanto, varios aspectos deben ser identificados para llevar a cabo una delimitación conceptual del mismo.

Ana Paula de Barcellos (2.008, p.261), define la reserva de lo posible de la siguiente manera:

[...] la expresión reserva de lo posible busca identificar el fenómeno económico de la limitación de los recursos disponibles frente a las necesidades casi siempre finitas a ser por ellos suplidas. En los términos de este estudio, la reserva de lo posible significa que, además de las discusiones jurídicas sobre lo que se le puede exigir judicialmente al Estado –y en última instancia a la sociedad, ya que ésta lo sustenta– es importante recordar que hay un límite de posibilidades materiales para esos derechos (traducción propia).

José Joaquim Gomes Canotilho (2000) agrega, además: “la efectivización de los derechos sociales –derechos fundamentales de segunda generación– entre ellos el derecho a la salud, dentro de una ‘reserva de lo posible’ y señala su dependencia de los recursos económicos”.

A grosso modo, el principio de la reserva de lo posible regula la posibilidad y el alcance de la actuación estatal en lo que se refiere a la efectividad de algunos derechos sociales, entre ellos el derecho a la salud, condicionando la prestación del Estado a la existencia de recursos públicos disponibles, puesto que el Estado únicamente está obligado a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del límite de sus posibilidades financieras.

La doctrina apunta que, en general, el derecho a la salud, junto con otros derechos sociales –a diferencia de los individuales y políticos– prescinde de prestaciones positivas del Estado para su efectividad, enfrentando así el problema de la escasez de recursos públicos, siempre insuficientes para cubrir la demanda.

Sin embargo, conforme orienta Fernando Borges Mânica (2007, p. 182):

Originariamente, la teoría de la reserva de lo posible no se refiere directa y únicamente a la existencia de recursos materiales suficientes para la concretización del derecho social, sino a la razonabilidad de la pretensión deducida con miras a su efectividad.

De acuerdo con los apuntes de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.265) y el origen germánico del principio, la prestación del servicio demandado por el particular:

Debe corresponder a lo que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad, de tal suerte que, aun disponiendo del estado de recursos y teniendo poder de disposición, no se puede hablar de una obligación de prestar algo que no se mantenga dentro de los límites de lo razonable (traducción propia).

En Brasil, el referido postulado ganó el nombre de teoría de la reserva de lo financieramente posible, en la medida que considera sólo la existencia, o no, de recursos públicos y de previsión presupuestaria para costear aquel gasto.

Sin embargo, no se puede decir que la interpretación dada por la doctrina brasileña esté equivocada o en disonancia con la germánica, sólo se constata que ha ajustado el principio a nuestra realidad.

5.2 ORIGEN

La teoría de la reserva de lo posible surgió en un juzgado de la Corte Constitucional Alemana, en la década de 1970, y fue incorporada a los Tribunales brasileños a partir de finales de la década de 1990, en medio de una coyuntura histórica específica, cuando la nación atravesaba un momento de transición económica en que sectores prioritarios de la sociedad, entre ellos, el de la salud, dejaron de recibir la debida atención del Estado.

Ana Carolina Lopes Olsen (2010, p.215) lo explica de la siguiente manera:

Como narra Andreas J. Krell, la reserva de lo posible (Der Vorbehalt des Moglichen) fue aplicada primero por el Tribunal Constitucional federal de Alemania: en el ya famoso caso *numerus clausus*.

En dos procesos que involucraban el acceso de ciudadanos al curso de medicina en las Universidades de Hamburgo y Múnich, las Cortes

Administrativas solicitaron una decisión de la Corte Constitucional Federal acerca de la compatibilidad entre ciertas reglas legales estatales que restringían ese acceso (*numerus clausus*) y la Ley Fundamental. En el lapso de tiempo transcurrido entre 1952 y 1967, el número de estudiantes en las universidades científicas de la RFA prácticamente se duplicó; la cifra de estudiantes de primer año pasó de 25.000 a 51.000. El desarrollo de las universidades, sin embargo, no acompañaba estas cifras. Para que esto fuera necesario, las esferas gubernamentales tendrían que disponer de más de 7,7 billones de marcos, valor irrisorio si se considera la situación alemana de la posguerra. Es por esto que, durante los años 60, muchas escuelas recurrieron a la ayuda de la regla del *numerus clausus*, existente desde los años inmediatos a la posguerra. El número de cupos para la enseñanza superior era limitado, y de hecho no podía atender a toda la población. Sin embargo, faltaba la base constitucional para esta regla. El recurso al Tribunal Constitucional buscaba solucionar este problema (traducción propia).

Y agrega (Lopes, O. 2010, p.219-20):

Por lo tanto, se comprobó que el Estado alemán estaba haciendo o había hecho todo lo que estaba a su alcance para hacer la enseñanza superior accesible. Exigir más para la satisfacción individual de cada ciudadano, obligando al Estado a descuidar otros programas sociales, o incluso comprometiendo sus políticas públicas, no parecía razonable. La cuestión central, sin embargo, no parecía ser financiera, en cuanto a escasez absoluta de recursos, sino más bien la razonabilidad con que la asignación de tales recursos podía ser demandada. Aunque el Estado dispusiese de recursos, de acuerdo a la reserva de lo posible instituida por el tribunal alemán, no podía imponérsele una obligación que escapara a los límites de lo razonable, teniendo en cuenta los fines considerados relevantes por la Ley Fundamental. No se podía comprometer programas vinculados a la satisfacción de otros intereses fundamentalmente protegidos, para que el acceso a la educación superior fuera posible para todos los individuos que así lo desearan. Hacerlo, sería colocar la libertad individual muy por encima de los objetivos comunitarios, comprometiendo y falseando la propia noción de Estado Social. Luego de treinta años de la sentencia paradigmática, la reserva de lo posible aún mantiene su significado y es aplicada por las cortes alemanas: un parámetro de razonabilidad en relación a la exigencia de obligaciones a ser cumplidas por el Estado, teniendo en cuenta lo que él efectivamente tiene condiciones de realizar, y lo que realmente necesita ser garantizado, respetando las normas constitucionales (traducción propia).

En Brasil, la reserva de lo posible asumió sus contornos, bajo el enfoque de que la limitación de los recursos públicos es considerada el límite fáctico de la efectividad de los derechos sociales obligatorios, entre ellos el derecho a la salud.

El ministro Celso de Mello defendió su posicionamiento sobre la materia, en la Acción de Argumento de Incumplimiento de Precepto Fundamental - ADPF n° 45 donde, actuando como ponente, declaró:

La materialización de los derechos económicos, sociales y culturales – además de caracterizarse por la gradualidad de su proceso de concreción– depende, en gran medida, de un ineludible vínculo financiero subordinado a las posibilidades presupuestarias del Estado, de tal modo que, comprobada objetivamente, la incapacidad económico-financiera de la figura estatal y considerando la limitación material referida, al Estado no se le podrá exigir, razonablemente, la inmediata efectivización del derecho establecido fundado en el texto de la Carta Política.

Prestigiosos adoctrinadores, por su parte, han criticado la aplicación de la reserva de lo posible, bajo el argumento de que la doctrina brasilera ha acogido, cómodamente, este principio creado por el derecho alemán, aceptándolo como causa excluyente del deber del Estado a efectivizar el derecho fundamental de la salud, sin negar el hecho de que esta doctrina extranjera ha hecho efectivas contribuciones al derecho brasileño, propiciando sin sombra de duda significantes avances en la literatura jurídica nacional.

5.3 APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA RESERVA DE LO POSIBLE EN EL SISTEMA BRASILEÑO

En el sistema brasilero, la aplicación de la reserva de lo posible ha sufrido algunas alteraciones, considerando su origen alemán.

La preocupación del Tribunal Alemán por la proporcionalidad y razonabilidad le abrió paso a la cuestión de la disponibilidad de

los recursos y el costo de hacer cumplir los derechos, acercándose a la experiencia portuguesa, en la que se considera, como límite de la efectivización de los derechos sociales fundamentales, la suficiencia de recursos públicos y la previsión presupuestaria del gasto.

En Brasil la reserva de lo posible es invocada cuando está en discusión el suministro de medicamentos indispensables para la cura o tratamiento de determinadas enfermedades, la garantía de camas en hospitales, la realización de determinados tratamientos quirúrgicos; casos en que el Estado está obligado a adoptar medidas positivas para garantizar la efectividad del derecho a la salud, asegurado constitucionalmente y erigido como derecho fundamental de segunda generación.

Sin embargo, ante la divergencia de posiciones sobre el tema, las decisiones de los Tribunales brasileros se encuentran lejos de la unanimidad, pues mientras unos adoptan la posición de la plena justiciabilidad de los derechos fundamentales prestacionales de salud, negando la aplicación de la teoría de la reserva de lo posible, otros, por su parte, reconocen esta teoría, y se abstienen de obligar al Estado a adoptar políticas públicas, o incluso a realizar acciones específicas, bajo el fundamento de que habría una invasión discrecional del Ejecutivo.

En medio de este cuadro fáctico, el Consejo Nacional de Justicia, inició una serie de acciones dirigidas a la efectivización del derecho a la salud, que resultaron en las Recomendaciones CNJ nº 31/2010 y 43/2013, que trazan directrices para el fundamento de las decisiones judiciales, y orientan a los tribunales del país a crear alegatos especializados en el procesamiento y juicio de acciones relacionadas con el derecho a la salud.

La intervención del CNJ busca un consenso, para así evitar decisiones antagónicas, o decisiones que sólo se orienten a la cuestión del costo de la efectivización del derecho. En todos los casos siempre deben ser ponderados los bienes jurídicos en conflicto y la pretensión postulada en juicio por el interesado que exige la efectivización del derecho

prestacional fundamental, de modo que la reserva de lo posible debe actuar como una restricción que debe ser ponderada caso a caso.

6. CONCLUSIÓN

En el Estado Social y Democrático de Derecho, el presupuesto instrumentaliza las políticas públicas y define el grado de concretización de los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional, entre ellos el derecho a la salud, un derecho humano por excelencia; de modo que de éste depende la efectividad del derecho a la salud, garantizado constitucionalmente.

En el marco de la constitución de 1988 el presupuesto público se ha convertido en un importante instrumento de gobierno, tanto para el desarrollo económico, como para el desarrollo social y político.

La salud es un derecho fundamental intrínsecamente vinculado a la noción de dignidad de la persona humana, por lo que requiere de los operadores del derecho en la búsqueda de la más alta expresión de lo justo.

En este aspecto, es imprescindible la definición material del mínimo existencial, a fin de determinar lo que es central en la garantía del derecho a la salud permitiendo preservar un tipo de existencia digna.

En cuanto a la concretización de los derechos sociales, es importante ponderar las situaciones de limitación y carencia de recursos. Lo que Bonavides, sugiere es emplear el principio de proporcionalidad de los órganos de poder estatal en la esfera respectiva de las tres ramas de la soberanía.

Para sobrevivir a la confrontación y la individualización de intereses variados y competitivos, la definición de las políticas públicas y la previsión y ejecución presupuestaria deben materializarse por medio de la evaluación de la conveniencia y de la oportunidad de las elecciones a ser tomadas por el administrador público.

Al final, se trata de la asignación de recursos escasos ante las diversas necesidades públicas y posibilidades políticas.

Se puede decir, entonces, que no existe garantía legal de una cuota de salud para cada individuo, pero sí existe la garantía del uso colectivo de un sistema construido y desarrollado con el esfuerzo de todos, dentro del concepto de comunidad.

De esta manera, el derecho a la salud, prescrito constitucionalmente, no es una garantía de que cada ciudadano preserve su salud y cure sus enfermedades, más bien es la garantía de que colectivamente se puede unir el esfuerzo de todos los sectores de la sociedad, para que todos tengan salud, recurriendo nuevamente al pacto social, y efectivizando el derecho a la vida que le otorga dignidad al ser humano.

Ya finalizando este trabajo, se puede concluir que resulta forzoso reconocer que el Estado, como un todo, debe buscar otras alternativas que incluyan a la comunidad y a los diferentes sectores de la sociedad civil organizada para alcanzar la efectivización del derecho a la salud. Todas las personas tienen derecho a la salud, como línea esencial del derecho a la vida con dignidad, por lo que éste debe ser garantizado de forma igualitaria y universal.

Por lo tanto, la teoría de la reserva de lo posible debe ser analizada en cada caso concreto, con la debida prudencia para que la interpretación de la norma programática no se transforme en una promesa constitucional inconsecuente y para que el Estado tampoco sea obligado a efectivizar derechos sin que existan los medios materiales (recursos y presupuesto) para ello. La propuesta es utilizar siempre el criterio de la ponderación y de la proporcionalidad, para que el bien jurídico relativo al derecho a la salud, postulado individualmente, no sea preservado en perjuicio al derecho de toda la colectividad.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, João Leitão de. **A discricão administrativa**. Revista de direito administrativo, v. 17, jul./set. 1949.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha:** Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Os intelectuais e o poder:** Dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea. trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7^a. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, Brasil, 1991.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

JÚNIOR, Flávio C. de Toledo; ROSSI, Sérgio Ciqueira. **Lei de responsabilidade fiscal – comentada artigo por artigo.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora NDJ, 2005.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível.** Revista Brasileira de Direito Público, Ano 5. Belo Horizonte, 2007.

MARTINS, Ives Granda da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Comentários a lei de responsabilidade fiscal.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Ives Granda; REZEK, Francisco. **Constituição federal - Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. Editora: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Wal. **Direito à saúde**. Editora Fórum, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. Atlas, 2003.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais - Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2010.

PEIXE, Blênio César Severo. **Finanças públicas - Controladoria governamental**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Artigo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Impacto, Desafios e Perspectivas à Luz da Experiência Latino-Americana.

Rabinovich-Berkamn, Ricardo D. ¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Argentina: Ediciones Didot, 2013.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde - De acordo com a constituição federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo. Malheiros, 1.999.

SILVA, Júlio Cesar Ballerini. **Direito à Saúde** – Aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado. 1. Ed. São Paulo: Habermann, 2009.



ACÓRDÃO ATINENTE A SUSTAÇÃO DE PENSÃO DECORRENTE DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS VERGASTADO COM ENFOQUE NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Pedro da Costa Duarte Filho

1. INTRODUÇÃO

A teoria da argumentação jurídica tem grande influxo nas decisões judiciais e hodierna relevância para os operadores do direito por traçar os contornos do caminho que se deve perfilhar na busca incessante de satisfação de resultados positivos nas demandas processuais. A ideia de fundamentação jurídica pressupõe que as decisões judiciais sejam socialmente consideradas como justas, consubstanciadas em leis democraticamente elaboradas. Genericamente as Teorias da Argumentação jurídica têm em comum o como e o porquê se forma a decisão jurídica. O como está relacionado aos fundamentos éticos pelos quais utilizamos uma decisão em vez de outra. A fundamentação ética das decisões são reconectadas nas questões da Teoria da Argumentação Jurídica. “Como”, relaciona-se ao método e o “porque” e “quando” ao fundamento que se forma a decisão. Como é para preservar ao mesmo tempo esses tais elementos.

A dignidade humana, a reserva do possível e o mínimo existencial estão redefinindo o direito e relativizando o positivismo, devendo o operador do direito ter entre mente que a segurança jurídica

é uma exigência ideológica política e não jurídica, no intuito de se garantir a efetividade dos direitos em que deverão estar presentes as exigências de igualdade, certeza e justiça das decisões.

Parafrazeando os juristas cariocas Thomas Bustamantes e Antonio Maria, se pode afirmar que Toda Teoria da Argumentação Jurídica pressupõe também a crença na possibilidade de um uso prático da razão, motivo pelo qual se pode dizer que há uma autêntica incompatibilidade entre cada uma delas e o positivismo metodológico na ciência do direito, segundo o qual, em decorrência da subjetividade existente nas interpretações jurídicas em geral, toda e qualquer valoração jurídica é necessariamente arbitrária.

2. SINOPSE FÁTICA E ARGUMENTOS

A recorrente impetrou mandado de segurança em desfavor do Presidente do Tribunal de Contas do Estado em face da prática de ato ilegal e abusivo que culminou com a sustação da pensão que lhes havia sido concedida por morte do falecido esposo em decorrência do exercício do cargo de Operador de telecomunicação, em cujo cargo havia **ido investido no dia 17/07/1962, desempenhando a função de operador de rádio transmissão R-15, da T.N.M, da Secretaria de Agricultura e Obras Públicas, em vaga criada pelo Decreto 4.842/1962, sem prova de habilitação, em conformidade com a portaria no. 249, publicada no diário Oficial e aposentado compulsoriamente em 1968;**

O ex-servidor havia sido investido no cargo de Professor em novembro de 1972 e desempenhava as atribuições inerentes ao cargo junto a Secretaria de Educação do Estado, conforme Termo de Contrato firmado com o Governo do Estado e Professores de Ensino do 2º Grau, publicado no diário Oficial, sendo compulsoriamente aposentado em 1968.

A Comissão de Acumulação de Cargos, julgou favorável as respectivas cumulações, cujos pareceres foram aprovados pelo Secretário

de Administração, de acordo com o **Dec. No. 8.411 de 15.12.67, combinado com o Dec. No. 8.875 de 09/01/1968, publicado no Diário Oficial do Estado em 1973.**

Todos os documentos comprobatórios dos fatos alegados foram anexos á exordial, porém não apreciados pelo Egrégio Tribunal de justiça.

Destarte, ambos os proventos de aposentadoria percebidos pelo instituidor dos benefícios, in casu, esposo da impetrante, inquestionavelmente inserem-se no contexto do que preconiza o Supremo Tribunal Federal e o STJ, para permitir a acumulação.

É imperioso observar que in casu, seria inócuo discutir as referidas acumulações á luz da legislação vigente, quando em verdade já não cabe qualquer discussão, posto que além de lícita, ainda que não o fosse o que não é o caso, já estaria prescrita, posto que **julgada lícita a cumulação conforme documentos inseridos aos autos, cuja publicação do ato que as legitimou, ocorreu em 1973 e já perfaz 32 anos da aludida publicação, sendo assim fulminada pela decadência, não subsistindo prazo para o Presidente do Tribunal de Contas se imiscuir em arguir sua ilegalidade e determinar a sustação da pensão.**

Esses argumentos são legitimados pela ementa abaixo transcrita, in verbis:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 428329 ES 2013/0374409-5 (STJ)

Data de publicação: 17/02/2014. Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. DECADÊNCIA. CINCO ANOS. ART. 54 DA LEI N. 9.784/1999. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO NO MESMO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.”

A referida pensão havia sido concedida á impetrante em 2007, contudo em dezembro de 2011, fora surpreendida com o abrupto, injusto e odioso corte da pensão, sendo tolhida do seu direito líquido

e certo à percepção da pensão decorrente do cargo de Operador de Telecomunicação, deixando-a em difícil situação econômica.

O documento acostado às fls. 23 dos autos a que ficou adstrita a análise do Egrégio Tribunal de Justiça, é uma certidão emitida pelo CREA – Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura no qual o ex-servidor era inscrito e que regulamentava a Profissão do Técnico em Operação de telecomunicações- Precário, cuja profissão prescindia de Registro junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia e licença para o exercício profissional.

In casu, o acórdão hostilizado restou assim ementado na parte que interessa:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. DOIS CARGOS. PRETENSÃO DE DEMONSTRAÇÃO DA NATUREZA TÉCNICA DO CARGO DE OPERADOR DE TELECOMUNICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA PRE-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO QUE SE IMPÕE.

1. Cedição que o Mandado de Segurança possui rito célere, e em razão disso, não admite dilação probatória, competindo ao impetrante juntar aos autos, com a petição inicial, a prova pré-constituída que evidencie o direito líquido e certo lesado por ato coator de autoridade pública.
2. O direito vindicado pela impetrante não é líquido nem certo, haja vista que os fatos alegados são controversos e o conjunto probatório trazido aos autos não é suficiente para dotar de certeza os fatos narrados na inicial.
3. A impetrante não comprovou através dos documentos colacionados aos autos a natureza técnica do cargo de Operador de Telecomunicações, e deste modo, resta claro que carece de prova pré-constituída a inicial mandamental.

4. Segurança denegada. Mandado de Segurança extinto sem resolução do mérito. “

Observa-se que o acórdão vergastado não apreciou os fatos narrados na exordial nem as provas coligidas aos autos, centrando-se apenas no parecer da douta Procuradora e na certidão emitida pelo CREA às fls. 23 dos autos.

Destarte, conforme comprovado o ex-servidor era devidamente inscrito Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia da 9ª Região (Ceará), era registrado no CREA sob o no. 3.297.”

Em face do irrefutável princípio de que o tempo rege o ato, o princípio da ponderação de valores, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, o acórdão vergastado tornou-se inóspito, merecendo guarida a pretensão autoral deduzida em juízo pela impetrante, razão pela qual o acórdão em análise é contrário à legislação e as provas coligidas aos autos.

A impetrante anexou às fls. 23 dos autos do *mandamus*, Certidão emitida pelo CREA, em cujo documento é certificado que de acordo com os pareceres nos processos números 464/69 e 43/70, aprovados em reunião do CREA, o citado senhor tem as atribuições previstas na Resolução no. 35, de 30 de agosto de 1954, do CONFEA.

No dia 17/07/1962, por autorização do governador do Estado do Ceará, O Sr. José de Oliveira Lima foi nomeado no cargo de Operador de Telecomunicação, exercendo suas atribuições em uma estação de rádio que funcionava na Secretaria de Agricultura, na cidade do Crato.

Por autorização do Governador, em conformidade com o art. 26 da lei no. 3.187/1956, o falecido esposo da impetrante havia sido admitido na função de operador de rádio de transmissão R-15, da T.N.M da Secretaria de Agricultura e Obras Públicas, em vaga criada pelo Decreto 4.842/1962, sem prova de habilitação conforme Portaria no. 249, publicada no diário Oficial cuja cópia está acostada aos autos.

O ex-servidor cumulava o Cargo técnico de Operador de Telecomunicação com o cargo de professor, lotado na Secretaria de educação para o qual foi nomeado em novembro de 1972, cujo documento comprobatório encontra-se nos autos.

Ao completar setenta anos de idade, nos idos de 1969, o esposo da impetrante havia sido aposentado compulsoriamente pela Secretaria de Agricultura e Desenvolvimento Agrário do Estado do Ceará em face do cargo de Operador de Telecomunicação e aposentado pela Secretaria de Educação, em face do exercício do cargo de Professor, conforme documentos comprobatórios acostados aos autos. Percebeu normalmente os respectivos valores até o dia 07/11/1997, quando veio a óbito.

À impetrante foram concedidas as pensões respectivas, contudo, em dezembro de 2011, por ato ilegal e abusivo do Presidente do Tribunal de Contas do Estado, a pensão atinente ao cargo de Operador de Telecomunicação foi sustada.

Em suas razões, aduziu que sobre a possibilidade de acumulação de proventos de cargos inacumuláveis na atividade, segue o entendimento pacificado dentro do Tribunal de Contas da União, literalmente:

“De pronto, quanto ao mérito da presente matéria, cumpre esclarecer que o entendimento deste Tribunal, acompanhando deliberação do e. supremo Tribunal Federal, está firmado no sentido de que é inconstitucional a concessão de dupla aposentadoria a servidores civis, salvo nos casos de cargos cuja cumulação é permitida em atividade. (Acórdão no. 421/2008 – Primeira Câmara).

Consubstanciado nesse acórdão, a pensão é devida á impetrante, considerando que a Legislação vigente á época da investidura e exercício nos cargos e também no azo da aposentadoria compulsória do titular, a legislação vigente á época, permitia essa cumulação.

Não se pode analisar a cumulação com esteio na Constituição de 1988, por representar um retrocesso social que vilipendia o ordenamento jurídico, mas à luz da legislação vigente á época em que se deu a investidura e aposentadoria no cargo.

Ademais, a investidura ocorreu em 17/07/1962 e a aposentadoria em 1969, e há um ato administrativo válido, praticado pela Secretaria de Administração, julgando legal a cumulação, cujo ato foi publicado no Diário Oficial de 1972, conforme já mencionado.

Consubstanciada no princípio da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, sagrando-se no princípio de que em tese o tempo rege o ato, não se pode invocar a Constituição Federal de 1988 para sustar uma pensão com supedâneo nos dispositivos dela elencados, por contrariar a ordem jurídica, devendo prevalecer a legislação contemporânea ao ato e que o legitimavam á época em que fora praticado.

Os cargos eram acumuláveis na atividade, conforme legislação que arregimentava a matéria á época, não havendo qualquer empecilho. Ponderando-se que a acumulação das aposentadorias concedidas á época também foram declaradas legais, não há razão para considerar as pensões daí decorrentes ilegais com base na Constituição Federal de 1988.

Daí porque afiguram-se frágeis, inconsistentes e contrárias ao estado democrático de direito e ao ordenamento jurídico pátrio, simbolizando um verdadeiro retrocesso social os argumentos ínsitos no acórdão, razão pela qual se afirma enfaticamente que fora proferido contrariando as provas coligidas aos autos, causando gravame á impetrante.

Não há sustentabilidade plausível para sustação da pensão devida, posto que os argumentos atentam contra o ordenamento jurídico pátrio conforme amplamente demonstrado no caderno processual que se quer foi analisado no Egrégio Tribunal de justiça.

Ressalta-se que a Comissão de Acumulação de Cargos, julgou favorável as respectivas cumulações, cujos pareceres foram aprovados pelo Secretário de Administração, de acordo com o Dec. No. 8.411 de 15.12.67, combinado com o Dec. No. 8.875 de 09/01/1968, publicado no Diário Oficial do Estado em 1973.

Assim, inquestionavelmente pelo decurso de prazo, já teria sido fulminado pela prescrição quinquenal, não cabendo questionamentos decorridos mais de trinta anos da publicação no Diário Oficial.

Destarte, “Concedida a **aposentadoria** ao servidor público, essa assume natureza jurídica de ‘actus perfectus’, restando tutelada pela lei vigente ao **tempo** de sua concessão, com todas as vantagens e direito que lhe foram atribuídas. Depois disso não pode ser alterada nem modificada, ainda que haja advento de norma posterior”. (LACERDA, Belizário Antônio de. Direito Adquirido. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, p.42). “O funcionário adquire o direito à sua concessão - **aposentadoria** - nos termos e com as vantagens constantes da lei então em vigor”. (LACERDA, Belizário Antônio de. Direito Adquirido. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, p.44).

Sabido e Consabido que o tempo rege o ato e nesse sentido, consoante reiterada jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o direito à pensão por morte deverá ser examinado à luz da legislação em que ocorreu a investidura e aposentadoria do seu titular no cargo, por força do princípio tempus regit actum, devendo prevalecer os pareceres coligidos aos autos e publicados no Diário Oficial.

3. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é base da vida em sociedade e dos Direitos Humanos, devendo agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. A Constituição Federal, desde o preâmbulo,

deixa clara a centralidade do ordenamento jurídico brasileiro na pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana consolida-se no art. 1º, III, da Constituição, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito. O referido artigo elenca, ainda, em seus incisos II e IV, a cidadania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respectivamente.

Sustenta, em síntese, a impetrante que “ambos os proventos de aposentadoria percebidos pelo instituidor dos benefícios da recorrente inquestionavelmente inserem-se no contexto do que preconiza o Supremo Tribunal Federal e o STJ, para permitir a acumulação.

PÚBLICO. CARGOS ACUMULADOS DE ACORDO COM A CF. ACUMULAÇÃO DE PENSÕES. POSSIBILIDADE. 1. O Egrégio superior Tribunal de Justiça já firmou seu entendimento no sentido de se permitida a acumulação de proventos quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade. 2. Na hipótese dos autos, foi determinada a suspensão do pagamento de uma das pensões percebidas pela demandante, tendo em vista que o seu falecido marido, instituidor das pensões, havia acumulado duas aposentadorias em cargos privativos de médico, nos Ministérios da Saúde e Exército, respectivamente. 3. Tendo em vista que a acumulação dos cargos e, por conseguinte, das aposentadorias, deu-se em total conformidade com o texto constitucional, não há óbice à acumulação das pensões pela parte autora. 4. Apelação e remessa oficial improvidas.”

A Constituição desempenha papel essencial na valorização do indivíduo ao elevar os direitos do trabalhador e a dignidade da pessoa humana ao status de direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos.

A sustação de pensão por morte, decorrente de cargos cuja investidura, exercício e aposentadoria foram declarados por ato administrativo legalmente acumuláveis á época, portanto direito adquirido da recorrente, enseja um retrocesso social e configura desvalorização da

pessoa humana e de seu trabalho, retirando o caráter fundamental dos direitos sociais, causando evidentemente uma insegurança jurídica.

O art. 3º do texto constitucional preceitua como objetivos fundamentais da República Federativa brasileira, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; e a redução das desigualdades sociais e regionais. Além disso, **estabelece ser dever do Estado a promoção do bem-estar de todas as pessoas, livre de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.**

A dignidade da pessoa humana constitui princípio, fundamento e objetivo do Estado brasileiro e é imprescindível que as minorias também tenham seus direitos preservados para que não se cause uma insegurança jurídica.

O princípio da dignidade humana informa todos os ramos do Direito, além de influir nas condutas humanas particulares. Assim, a sua realização deve ser sempre perseguida pelo legislador e pelo intérprete da lei.

Nas palavras de Gabriela Delgado, “no desempenho das relações sociais, em que se destacam as trabalhistas, deve ser vedada a violação da dignidade, o que significa que o ser humano jamais poderá ser utilizado como objeto ou meio para a realização do querer alheio”. Completa a autora que o sistema de valores a ser utilizado como diretriz do Estado Democrático deve concentrar-se no ser humano enquanto pessoa[3] . Nesse diapasão, assevera-se que o Estado Democrático brasileiro é “um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano”.

O ser humano constitui a finalidade precípua da atividade estatal. Além disso, atesta-se que a existência digna está intimamente ligada à valorização do trabalho.

Não há que se falar em realização plena da dignidade da pessoa humana se o trabalho não for adequadamente apreciado. Assevera-se

que a ausência de trabalho (leia-se digno) afeta não apenas a pessoa que a ele não tem acesso, mas todo o seu grupo familiar e social. Os direitos sociais – dentre eles, o ramo jus trabalhista – integram o rol de direitos fundamentais. Dessa maneira, a sua violação compromete a própria ideia de dignidade da pessoa humana, além de colocar em xeque a democracia e a organização republicana brasileira.

Hodiernamente o direito lida frequentemente com problemas, conforme sugere o próprio conceito de lide, definida nos manuais de Processo Civil como “uma pretensão resistida. Afirma BITTAR que quanto ao que seja a lógica jurídica, parece claro, pois, não sendo mero apêndice da lógica formal, ou menos ainda um aperfeiçoamento do raciocínio lógico formal, ou menos ainda um aperfeiçoamento do raciocínio lógico dedutivo aplicado ao direito e às normas, consiste efetivamente numa lógica argumentativa. É em discurso que se constrói o saber jurídico; é em discurso que se constrói a justiça, a equidade, a razoabilidade, a aceitabilidade das decisões judiciais (pág. 518).

O embate dos argumentos jurídicos em confronto ao acórdão analisado, assemelha-se ao exercício da antiga arte grega denominada dialética e para uma lógica que não vive de certezas, não se pode almejar que o raciocínio jurídico esteja vertido para o alcance da verdade.

O mito da verdade não existe no pensamento de Perelman, uma vez que o termo verdade é substituído por outros mais apropriados para expressar o que é próprio do raciocínio jurídico, a saber, o razoável, o equitativo, o aceitável, o admissível, em suma, o juiz não é a boca da lei (*bouche de la loi*).

4. CONCLUSÃO

Hodiernamente o direito lida com problemas, e essa assertiva extrai-se do próprio conceito de lide, definida nos manuais de Processo Civil como “uma pretensão resistida”, contudo, para fazer prevalecer sua vontade no processo judicial, o advogado que o representa utiliza a

melhor técnica propiciada pela argumentação jurídica através de fundamentos lógicos e razoáveis para o convencimento.

Diante de tal circunstância, incumbe ao Juiz buscar uma solução para solucionar o problema específico e ao fundamentar sua decisão, sopesando os diversos argumentos colacionados aos autos processuais, é propiciado ao Juiz a forma de expor e pensar o problema e é nessa trama processual que são proferidas as decisões, nem sempre tidas como justas, a exemplo do acórdão analisado, evidenciando que o acórdão foi proferido em desconformidade com os fatos e as provas coligidas aos autos.

Conclui-se que á luz da argumentação jurídica, não haverá uma única resposta correta para uma questão que se submete a apreciação judicial, contudo, é adotada a que parece mais abalizada para o prolator da decisão, nem sempre vista da mesma forma pela parte a quem a decisão desfavoreceu, razão apta a justificar a interposição de recursos para reverter a decisão devendo-se ponderar que é no discurso que se constrói o saber jurídico.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *“Teoria da Argumentação Jurídica”*. Tradução Zilda Hutchinson Schikd Silva, Rio de Janeiro. Forense, 3ª edição, 2011.

_____. *“Teoria dos Direitos Fundamentais”*. 2ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012.

ATIENZA, Manuel, *As razões do direito*, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000.

ATIENZA, Manuel. O Direito como Argumentação, in *“Argumentação e Estado Constitucional”*, Coordenação de Moreira, Eduardo Ribeiro. São Paulo: Icone Editora, 2012.

ÁVILA, Humberto “*Teoria dos Princípios*”. Malheiros Editores 13ª edição, São Paulo , 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. “*Curso de Direito Administrativo*”. São Paulo, Malheiros Editores, 29ª edição, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. “*A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais*”. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. “*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*”. 3ª edição- São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de. “*Hermenêutica e Argumentação*”, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 3ª tiragem, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes, “*Direito Constituição e Teoria da Constituição*”, 7ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, “Teoria da Ciência Jurídica”. São Paulo, Ed. Saraiva, 2001.

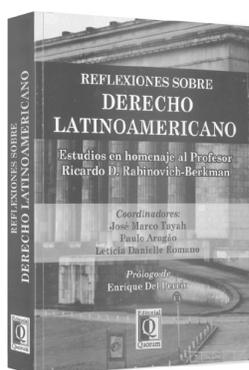
HESSE, Konrad. “*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MAIA, Antonio Cavalcanti, “Pós-fácio...” in CAMARGO, Margarida, *Hermenêutica...*, p. 284.

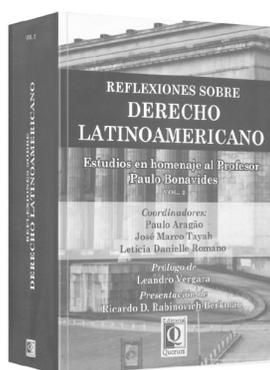


LA COLECCIÓN

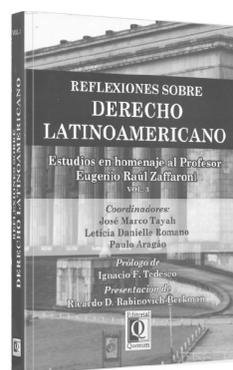
REFLEXIONES SOBRE
DERECHO
LATINOAMERICANO



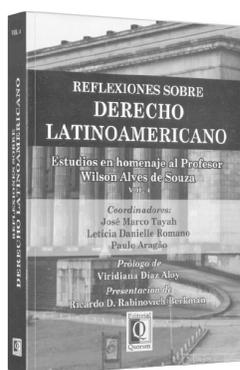
Volumen 1
Estudios en homenaje al Profesor
Ricardo D. Rabinovich-Berkman
Prólogo de
Enrique del Percio.



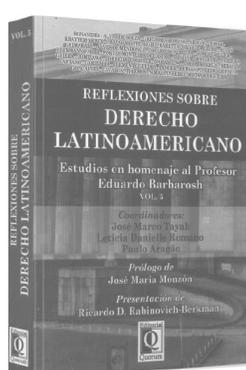
Volumen 2
Estudios en homenaje al Profesor
Paulo Bonavides
Prólogo de
Leandro Vergara.



Volumen 3
Estudios en homenaje al Profesor
Eugenio Raúl Zaffaroni
Prólogo de
Ignacio F. Tedesco.



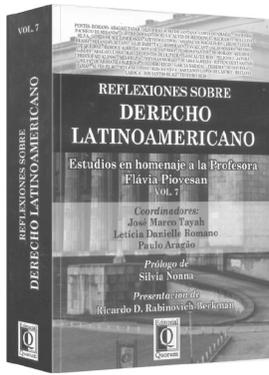
Volumen 4
Estudios en homenaje al Profesor
Wilson Alves de Souza.
Prólogo de
Viridiana Díaz Aloy.



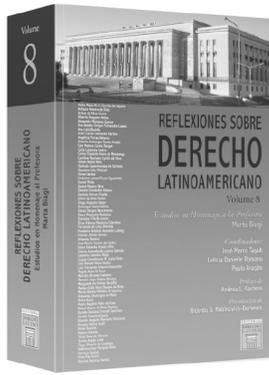
Volumen 5
Estudios en homenaje al Profesor
Eduardo Barbarosh
Prólogo de
José María Monzón



Volumen 6
Estudios en homenaje a la Profesora
Lidia M. Rosa Garrido Cordobera
Prólogo de
Marisa Herrera.



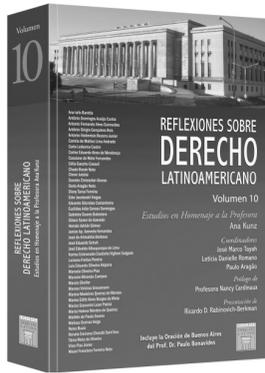
Volumen 7
Estudios en homenaje a la Profesora
Flávia Piovesan
Prólogo de
Silvia Nonna



Volumen 8
Estudios en homenaje a la Profesora
Marta Biagi.
Prólogo de
Andrea Gastron.



Volumen 9
Estudios en homenaje a la Profesora
Viridiana Díaz Aloy
Prólogo de
David Duarte



Volumen 10
Estudios en homenaje a la Profesora
Ana Kunz
Prólogo de
Nancy Cardinaux



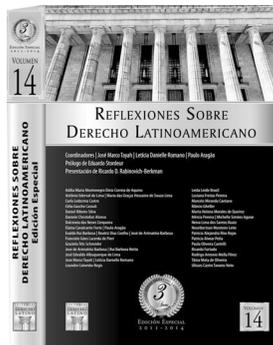
Volumen 11
Estudios en homenaje al Profesor
Ignacio Tedesco
Prólogo de
Gabriel Ignacio Anitua



Volumen 12
Estudios en homenaje al Profesor
Raúl Gustavo Ferreyra
Prólogo de
Ricardo D. Rabinovich-Berkman



Volumen 13
Estudios en homenaje al Profesor
Daniel Eduardo Rafecas
Prólogo de
Ignacio F. Tedesco



Volumen 14
Edición Especial
Prólogo de
Eduardo Stordeur



Volumen 15
Estudios en homenaje al Profesor
Enrique Del Percio
Prólogo de
Andrea Gastron



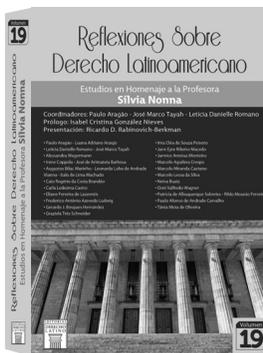
Volumen 16
Estudios en homenaje a la Profesora
Andrea Gastron
Prólogo de
Marta Biagi



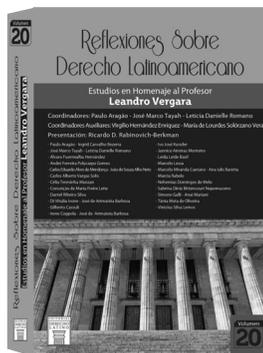
Volumen 17
Estudios en homenaje a la Profesora
María Susana Ciruzzi
Prólogo de
Marisa Aizenberg



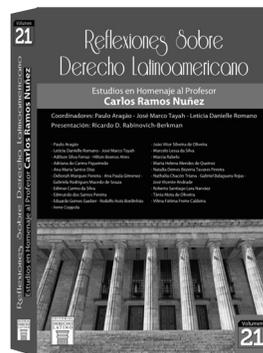
Volumen 18
Estudios en homenaje al Profesor
Jorge Omar Bercholo
Edición de Aniversario - 4 años



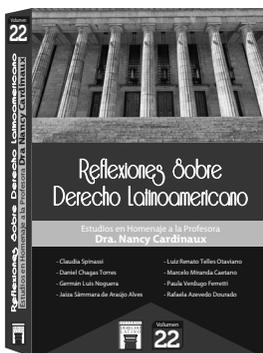
Volumen 19
Estudios en homenaje a la Profesora
Silvia Nona
Prólogo de
Isabel Cristina González Nieves



Volumen 20
Estudios en homenaje al Profesor
Leandro Vergara



Volumen 21
Estudios en homenaje al Profesor
Carlos Ramos Nuñez



Volumen 22
Estudios en homenaje a la Profesora
Dra. Nancy Cardinaux



Volumen 23
Estudios en homenaje a la Profesora
Dra. Laura Noemi Lora





Esta obra foi composta em
fonte Minion Pro, impressa
em offset sobre papel pólen
80g, em Julho de 2018.

