

Opinión Jurídica



**Universidad
de Medellín**
Ciencia y Libertad





**Universidad
de Medellín**
Ciencia y Libertad

Revista **Opinión Jurídica**

Volumen 17, número 34, julio-diciembre de 2018
ISSN (en línea): 2248-4078
ISSN (impreso): 1692-2530

Publicación de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Medellín
Periodicidad semestral

Aura Marlenny Arcila Giraldo

Presidenta Honorable Consiliatura

Néstor Hincapié Vargas

Rector

Luz Doris Bolívar Yepes

Vicerrectora Académica

Nubia Amparo Palacio Lopera

Vicerrectora de Investigaciones

Amalia María Cano-Castaño

Jefe Editorial

Sello Editorial Universidad de Medellín
acanoc@udem.edu.co

David Mendieta González

Editor

dmendieta@udem.edu.co

Medellín-Colombia

Cristina Isabel Ramos Barroso

Asistente Editorial

InFolio. Corrección de textos

Corrección de estilo en español
Revisión prueba diagramada

Roanita Dalpiaz

Fabrizia Ribeiro

Corrección de estilo en portugués

Olga Gil Domínguez

Traducción al inglés

Roanita Dalpiaz

Traducción al portugués

Diagramación:

Hernán Darío Durango T.

Diseño de carátula:

Claudia Castrillón Álvarez

Ilustración de carátula

Humanidad en crisis

Santiago Cano Castaño (Trazo)

Impresión:

Xpress Estudio Gráfico y Digital
Carrera 69 H # 77-40. Teléfono: (57+1)6020808.
Bogotá, Colombia

Los artículos son responsabilidad de sus autores y no comprometen en nada a la institución ni a la revista.

Comité Editorial

David Mendieta González (Editor general). Doctor en Derecho Constitucional. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. dmendieta@udem.edu.co

Castor Miguel Díaz Barrado. Doctor en Derecho. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, España. castordiaz@yahoo.es

Diego Palomo Vélez. Doctor en Derecho. Universidad de Talca. Talca, Chile. decano.derecho@utalca.cl

Jorge Alejandro Amaya. Doctor en Derecho. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. jaamaya@fibertel.com.ar

Julio César Gaitán Bohórquez. Doctor en Derecho. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. juliogaitanb@gmail.com

Comité Científico

Francisco Fernández Segado. Doctor en Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España. fdezsegado@der.ucm.es

Luca Luparia. Doctor en Derecho Procesal Penal. Università di Roma. Roma, Italia. luca.luparia@uniroma3.it

Luiz Guilherme Marinoni. Posdoctor en Derecho Probatorio de la Universidad Estatal de Milán. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Brasil. guilherme@marinoni.adv.br

Michele Taruffo. Doctor en Derecho. Università di Pavia. Pavia, Italia. michelino.taruffo@unipxit

Uwe Steinhoff. Doctor en Filosofía. The Univeristy of Hong Kong. Hong Kong, China. ustnhoff@hku.hk

Fecha de impresión: diciembre de 2018

Tiraje: 200 ejemplares

Canje:

Biblioteca de Facultades "Eduardo Fernández Botero" Universidad de Medellín.
Teléfonos: 340 5252 - 340 5335

Correo electrónico: rbarrientos@udem.edu.co

Página web: www.udem.edu.co

Fax: (94) 340 5216 - Medellín, Colombia, Suramérica.

Esta revista está indexada en los siguientes índices, directorios y bases de datos: Publindex de Colciencias, categoría C, Scielo Colombia, Scielo Citation Index, Sociological Abstracts, Ebsco host-Fuente Académica Premier, Ebsco-Socindex, Ebsco-Academic Search Complete, Worldwide political sciencie abstracts, PAIS International (Public Affairs Information Service), Redalyc, Qualis Capes, categoría B (Brasil), Doaj, Miar, Biblat, Dialnet, Gale Cengage Learning, Latindex, Vlex, Lex Base, Clase, Red de Bibliotecas Universitarias Españolas (Rebiun), EZB de Alemania, Actualidad Iberoamericana, Redib, Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, Índice de Sapiens Research Group, categoría D5.

Queda autorizada la reproducción total o parcial de los contenidos de la revista con finalidades educativas, investigativas o académicas siempre y cuando sea citada la fuente. Para poder efectuar reproducciones con otros propósitos, es necesario contar con la autorización expresa del Sello Editorial Universidad de Medellín.

Misión

La Universidad de Medellín, fundamentada en su lema *Ciencia y Libertad* y comprometida con la excelencia académica, tiene como misión la formación integral, la generación de conocimiento y la promoción de la cultura, en un ambiente crítico, de innovación e inclusión, para contribuir a la solución de problemas, mediante el desarrollo de la docencia, la investigación y la extensión, en su entorno local, regional, nacional e internacional.

Visión

Para 2030 la Universidad de Medellín, inspirada en el pensamiento libre y el desarrollo humano, será reconocida como una de las mejores de Latinoamérica, por su excelencia académica e investigativa, la innovación y la responsabilidad social, en un marco global de pertinencia, inclusión y diversidad cultural.

Valores

Justicia
Excelencia
Respeto
Solidaridad
Pluralismo
Tolerancia
Autenticidad
Interdisciplinarietàad

Mission

Universidad de Medellín, based on its slogan *Science and Liberty*, and duly totally committed to the academic excellence, has set the following mission: integral education, generation of knowledge, and culture promotion, within a critical, innovative, and inclusive environment, intended to solve problems by developing teaching, research, and extension education, locally, regionally, country-wide, and abroad.

Vision

For year 2030 Universidad de Medellín, encouraged by the free thinking and human development, shall be recognized as one of the best institutions in Latin America for its academic and research excellence, and its innovation and social responsibility, within a global framework of relevance, inclusion, and cultural diversity.

Values

Justice, Excellence, Respect, Solidarity, Pluralism, Tolerance, Authenticity and Interdisciplinary Work

Missão

A Universidade de Medellín, com base no seu lema *Ciência e Liberdade* e comprometida com a excelência acadêmica, tem como missão a formação abrangente, a geração de conhecimento e a promoção da cultura, num ambiente crítico, de inovação e inclusão, para contribuir à solução de problemas por meio do desenvolvimento do ensino, a Investigação e a extensão no seu ambiente local, regional, nacional e internacional.

Visão

Para 2030 a Universidade de Medellín, inspirada no pensamento livre e o desenvolvimento humano, será reconhecida como uma das melhores da América Latina, pela sua excelência acadêmica e investigação, a inovação e a responsabilidade social, dentro do quadro global de relevância, inclusão e diversidade cultural.

Valores

Justiça, a excelência, o respeito, a solidariedade, o pluralismo, a tolerância, a autenticidade, a interdisciplinaridade

CONTENIDO

Editorial.....	9
Editorial (English)	11
Editorial (Português).....	13
Evaluadores.....	15

ARTÍCULOS | ARTICLES | ARTIGOS

¿Incide la inimputabilidad en la atribución del dolo? Eventuales repercusiones en las medidas de seguridad	21
<i>Does the un-imputability have any bearing on the attribution of malice? Possible repercussions on security measures</i>	
<i>A inabilitabilidade incide na atribuição do dolo? Eventuais repercussões nas medidas de segurança</i>	
Oswaldo Artaza V.	
Raúl Carnevali R.	
Crímenes de guerra y grupos de delincuencia organizada: problemáticas desde el principio de congruencia y la competencia para su juzgamiento.....	45
<i>War crimes and organized crime groups: problems from the congruence principle and the competence for their judgment</i>	
<i>Crimes de guerra e grupos de delinquência organizada: problemáticas desde o princípio de congruência e a competência para seu julgamento</i>	
Dubán Rincón Angarita	
Práticas anticoncorrenciais das gigantes da internet no contexto brasileiro.....	63
<i>The anti-competitive practices of the internet giants corporations in the brazilian context</i>	
<i>Las prácticas anticompetitivas de los gigantes del internet en el contexto brasileño</i>	
Jânia Maria Lopes Saldanha	
Guilherme Pittaluga Hoffmeister	
Clara Rossatto Bohrz	
Divergencia entre discapacidad e invalidez. Análisis jurídico a dos categorías disímiles.....	89
<i>Divergence between disability and invalidity: legal analysis in two dissimilar categories</i>	
<i>Divergência entre incapacidade e invalidez: análise jurídica de duas categorias dissímeis</i>	
María Fernanda Paz Gil	
Ana María González Aristizábal	
María Fernanda Montoya Naranjo	
Cine y criminología: género y raza. Narrativas interseccionales en <i>El color púrpura</i>	107
<i>Cinema and criminology: gender and race. Inter-sectional narratives in The Color Purple</i>	
<i>Cinema e criminologia: gênero e raça. Narrativas interseccionais em A cor púrpura</i>	
Bruno Amaral Machado	
Ámbito subjetivo de aplicación de los precedentes judiciales: un estudio en la jurisdicción constitucional en Colombia.....	129
<i>Subjective scope of application of judicial precedents: a study in the constitutional jurisdiction in Colombia</i>	
<i>Âmbito subjetivo de aplicação dos precedentes judiciais: um estudo na jurisdição constitucional na Colômbia</i>	
Fabio Enrique Pulido Ortiz	

Racionalidad y discernimiento: un debate filosófico-jurídico sobre la alteración de criterios para la definición de la capacidad civil	151
<i>Rationality and discernment: a philosophical-legal debate on the alteration of criteria for the definition of civil capacity</i>	
<i>Racionalidade e discernimento: um debate filosófico-jurídico sobre a alteração de critérios para a definição da capacidade civil</i>	
María Claudia Cachapuz	
A justiça e o direito fundamental ao meio ambiente	171
<i>Justice and the fundamental right to the environment</i>	
<i>Justicia y derecho fundamental al medio ambiente</i>	
César Augusto Cichelero	
Paulo Cesar Nodari	
Cleide Calgaro	
Reflexiones en torno a la relevancia temática de la evaluación de políticas públicas	191
<i>Reflections on the thematic relevance of the evaluation of public policies</i>	
<i>Reflexões em torno da relevância temática da avaliação de políticas públicas</i>	
Rafael Vergara Varela	
El endeudamiento público excesivo como factor de ineficacia del derecho humano a un buen gobierno	211
<i>Excessive public indebtedness as a factor of ineffectiveness of the human right to good governance</i>	
<i>O endividamento público excessivo como fator de ineficácia do direito humano para um bom governo</i>	
Gustavo González Galindo	
Drug Trafficking and Youth Mortality in Brazil: An Expression of Human Rights' Violations	235
<i>Tráfico de estupefacientes y mortalidad juvenil en Brasil: una manifestación de violaciones de derechos humanos</i>	
<i>Tráfico de entorpecentes e mortalidade juvenil no Brasil: uma manifestação de violações de direitos humanos</i>	
Ana Paula Motta Costa	
Dani Rudinicki	
Julia Maia Goldani	
A eugenia na teoria da justiça: a tensão entre a liberdade individual e o aborto de fetos com microcefalia	253
<i>La eugenesia en la teoría de la justicia: la tensión entre la libertad individual y el aborto de fetos con microcefalia</i>	
<i>Eugenics in the theory of justice: the tension between individual freedom and the abortion of fetuses with microcephaly</i>	
André Luiz Silveira de Lima Júnior	
Bianka Adamatti	
Recomendaciones para los autores	269
<i>Recommendations to the authors</i>	

MISIÓN DE LA REVISTA

La revista *Opinión Jurídica*, con ISSN en línea 2248-4078 e ISSN impreso 1692-2530, editada por la Universidad de Medellín, se caracteriza por publicar artículos resultado de investigaciones terminadas o en curso, en este último caso, como resultados preliminares, que se encuentren en el área del derecho y de disciplinas afines que tengan influencia en él. El propósito es divulgar el conocimiento generado a partir de investigaciones jurídicas o sociojurídicas llevadas a cabo en el ámbito nacional y en el internacional, que sirvan para mejorar la interpretación y entendimiento del ordenamiento jurídico con efecto en la aplicación de las normas nacionales e internacionales.

JOURNAL MISSION

"Opinión Jurídica" Journal, ISSN (online): 2248-4078 ISSN (printed): 1692-2530, edited by Universidad de Medellin, is known for its publication of articles resulting from completed or ongoing researches. When researches are in progress, we publish preliminary results in areas such as law and related disciplines of legal interest. The purpose is to release knowledge generated from juridical or socio-juridical researches conducted at a national level and abroad as well, which can be useful for upgrading interpretation and understanding of legal system for applying national and international norms.

EDITORIAL

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a13>

Los últimos años de la segunda década del siglo XXI, muestran una humanidad en crisis. A problemas sin resolver como la guerra, la pobreza, el cambio climático, se le suman otros que parecían resueltos o, al menos, sobre los que había avances importantes, nos referimos a asuntos tales como los conflictos nacionalistas, la xenofobia y la lucha entre religiones. Frente al tema de los derechos humanos hay propuestas restrictivas, algunas de ellas ya materializadas en Estados Unidos, la Unión Europea, Polonia, Turquía, pero también en Venezuela y Colombia.

El Estado de derecho está en peligro. Los caudillismos, los movimientos de extrema derecha o de extrema izquierda lo amenazan. Los discursos populistas o demagogos golpean las bases de la institucionalidad. Si las instituciones están en peligro, la solución es fortalecer las instituciones. Si la democracia está en riesgo, la salida es más democracia. Si nos quieren menoscabar derechos humanos, no nos queda otro camino que reivindicarlos con ahínco.

Nuestro papel como investigadores, académicos y juristas es pensar y proponer mejores sociedades, pero también rechazar la injusticia, la inequidad, el abuso del poder y todo aquello que pretenda avasallar los derechos humanos y sus garantías. Somos la conciencia del pueblo y no nos podemos quedar callados mientras se destruye o se manipula el Estado de derecho para fines particulares. La razón de ser del conocimiento es el bien común. La ciencia no puede ser neutral cuando valores sobre los que se sustenta, como la dignidad humana, la libertad o el derecho a dudar, pretenden ser cercenados. De ahí la importancia del activismo científico que, en áreas del conocimiento como la nuestra, es mucho más evidente pues critica al poderoso y anima al débil.

Opinión Jurídica es una vitrina para que científicos de toda América Latina visibilicen sus investigaciones, que no son solo datos e información, sino más bien un intento por comprender nuestro pasado y presente, con la intención de alcanzar un mejor futuro.

Ponemos, entonces, a consideración de nuestros lectores, un cuerpo de artículos provenientes de Brasil, Chile, Colombia y México; en castellano, portugués e inglés. Esperamos estar contribuyendo a la construcción de una mejor región.

David Mendieta
Editor

EDITORIAL

(English)

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a13>

The last years of the second decade of the 21st century show a humanity in crisis. To unsolved problems such as war, poverty, and climate change, others that seemed to be solved or, at least, on which there were important advance., such as nationalist conflicts, xenophobe, and the struggle among religions are added to the previous ones. Before the issue of human rights, there are restrictive proposals, some of them already materialized in the United States, the European Union, Poland, Turkey, but also in Venezuela and Colombia.

The State of Law is in danger. Chieftainships, extreme right or extreme left movements threaten it. Populist or demagogic speeches hit the base of institutionalism. If institutions are in danger, the solution is to strengthen institutions. If our human rights, the only way we have is to vindicate them with determination.

Our role as researchers, academics, and jurists is to think and propose better societies, but also reject injustice, inequity, abuse of power, and everything that seeks to subjugate human rights and their guarantee. We are the conscience of the people and we cannot remain silent while the State of Law is being destroyed or manipulated for private purposes.

The purpose of knowledge is the common wellbeing. Science cannot be neutral when values on which it is based, such as human dignity, freedom or the right to doubt, pretend to be cut. Hence the importance of scientific activism that, in areas of knowledge such as ours, is very much obvious because it criticizes the powerful person and encourages the weak one.

Opinión Jurídica is a showcase for scientists from all Latin American people make their investigations visible, which are not just data and information, but rather an attempt to understand our past and present, with the intention of achieving a better future.

We put, then, to the consideration of our readers, a group of articles from Brazil, Chile, Colombia, and Mexico; in Spanish, Portuguese, and English. We hope to be contributing to the construction of a better region.

David Mendieta
Editor

EDITORIAL

(Português)

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a13>

Os últimos anos da segunda década do século XXI mostram uma humanidade em crise. Aos problemas sem resolver –como a guerra, a pobreza, o câmbio climático–, somam-se outros que pareciam resolvidos ou, pelo menos, sobre os quais alcançamos avanços importantes: nos referimos a assuntos como os conflitos nacionalistas, a xenofobia e a luta entre religiões. Diante do tema dos direitos humanos há propostas restritivas, algumas delas já materializadas nos Estados Unidos, na União Europeia, na Polônia, na Turquia, mas também na Venezuela e na Colômbia.

O Estado de direito está em perigo. Os caudilhismos são ameaçados pelos movimentos de extrema direita ou de extrema esquerda. Os discursos populistas ou demagogos golpeiam as bases da institucionalidade. Se as instituições estão em risco, a solução é fortalecer as instituições. Se a democracia está em risco, a saída é mais democracia. Se querem prejudicar nossos direitos humanos, não nos resta outro caminho diferente da reivindicação com afinco.

Nosso papel como pesquisadores, acadêmicos e juristas é pensar e propor melhores sociedades, mas também recusar a injustiça, a inequidade, o abuso de poder e tudo o que pretenda subjugar os direitos humanos e suas garantias. Somos a consciência do povo e não podemos permanecer calados enquanto o Estado de direito é destruído ou manipulado para fins particulares. A razão de ser do conhecimento é o bem comum. A ciência não pode ser neutra quando os valores sobre os quais se sustenta, como a dignidade humana, a liberdade ou o direito à dúvida, pretendem ser cerceados. Daí a importância do ativismo científico que, em áreas do conhecimento como a nossa, é muito mais evidente, pois critica o poderoso e anima o debilitado.

Opinión Jurídica é uma vitrine para que cientistas de toda a América Latina visibilizem suas pesquisas, que não são apenas dados e informações, mas sim uma tentativa de compreender nosso passado e presente, com a intenção de alcançar um futuro melhor.

Colocamos, então, a consideração de nossos leitores, um corpo de artigos provenientes do Brasil, do Chile, da Colômbia e do México, em espanhol, português e inglês. Esperamos contribuir para a construção de uma região melhor.

David Mendieta
Editor-geral

EVALUADORES

AIRTO CHAVES JUNIOR, abogado, magíster en Ciencia Jurídica, doctor en Ciencia Jurídica y en Derecho. Docente, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, Brasil. Correo electrónico: oduno@hotmail.com

ALINE ALBUQUERQUE, abogada, magíster en Derecho, doctora en Bioética y posdoctora en Derechos Humanos. Profesora, Universidade de Brasília, Brasília, Brasil. Correo electrónico: alineoliveira@hotmail.com

ANA LUCÍA SABADELL DA SILVA, licenciada en Psicología y Derecho, máster en Derecho Penal y Criminología, máster en Criminología Crítica y doctora en Derecho. Catedrática de derecho, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Río de Janeiro, Brasil. Correo electrónico: anasabadell@yahoo.com

ANE MARGARITES, fisioterapeuta, analista de Políticas y Sistemas de Salud y magíster en Salud Colectiva. Fisioterapeuta, Hospital de Clínicas de Porto Alegre, Porto Alegre, Brasil. Correo electrónico: ane.margarites@gmail.com

ANTONIA SANTOS, licenciada en Ciencias Políticas y Sociología y Doctora en Ciencias Políticas. Académica e investigadora, Universidad Arturo Prat, Santiago, Chile. Correo electrónico: asantos@unap.cl

ARISA RIBAS CARDOSO, abogada y magíster en Derecho. Profesora, Universidade do Vale do Itajaí, São José, Brasil. Correo electrónico: arisarc@gmail.com

CARLOS PARRA DUSSÁN, abogado y doctor en Derechos Fundamentales. Director del Grupo de Investigación en Derechos Humanos "De Las Casas", Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: carlos.parrad@usa.edu.co

CARLOS FERNANDO ECHEVERRI JIMÉNEZ, abogado y magíster en Ciencia Política. Profesor vinculado de tiempo completo, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Correo electrónico: dercafej@gmail.com

CECILIA CABALLERO LOIS, abogada, magíster y doctora en Derecho Público. Profesora asociada IV, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Río de Janeiro, Brasil. Correo electrónico: cecilialois@gmail.com

CHRISTIAN FINSTERBUSCH ROMERO, abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y máster en Administración Internacional. Analista legislativo especializado, Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: cfinsterbuschromero@gmail.com

CLAUDIA CÁRDENAS, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, magíster y doctora en Derecho. Profesora asociada, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: cardenascl@yahoo.de

DANIELE ANONI, abogada, magíster en Derecho y Relaciones Internacionales. Profesora de Derecho Internacional y Derechos Humanos, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil. Correo electrónico: danielle.annoni@ufpr.br

DIANA FERNÁNDEZ MEJÍA, abogada, magíster en Derechos Humanos y Democratización y candidata a doctora en Derecho. Docente de tiempo completo, Universidad de San Buenaventura, Cali, Colombia. Correo electrónico: difeme@usbcali.edu.co

EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, abogado y doctor en Derecho. Profesor asociado, Universidad de São Paulo, São Paulo, Brasil. Correo electrónico: tomasevicius@usp.br

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER, abogada, magíster en Derecho y doctora en Bioética. Coordinadora de los programas de Maestría y Doctorado en Derecho, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Brasil. Correo electrónico: elda.cab@gmail.com

ERIC EDUARDO PALMA GONZALES, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, magíster en Historia y doctor en Derecho. Senador universitario, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: epalmag@derecho.uchile.cl

ESTHER TORRELLES TORREA, licenciada y doctora en Derecho. Profesora titular de Derecho Civil, Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Correo electrónico: etorrelles@usal.es

FABIANO ENGELMANN, abogado, magíster y doctor en Ciencia Política. Profesor asociado de Ciencia Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil. Correo electrónico: fabengel@gmail.com

FABIANO GUILHERME MENDES SANTOS, graduado en Ciencias Sociales, magíster y doctor en Ciencia Política. Profesor adjunto e investigador, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Río de Janeiro, Brasil. Correo electrónico: fsantos@iesp.uerj.br

FABIOLA LEYTON DONOSO, licenciada en Trabajo Social, magíster en Filosofía Política y Axiología, magíster en Bioética y Derecho y doctora en Filosofía. Profesora asociada, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, Barcelona, España. Correo electrónico: fabiolaleyton@ub.edu

FERNANDO ANGELO RIBEIRO LEAL, abogado, magíster y doctor en Derecho Público. Profesor investigador, Fundação Getulio Vargas, Río de Janeiro, Brasil. Correo electrónico: fernando.leal@fgv.br

FERNANDO CARLOS TERREROS CALLE, abogado, especialista en Derecho Administrativo y magíster en Educación Superior. Profesor de tiempo completo, Universidad Santiago de Cali, Cali, Colombia. Correo electrónico: fernandoterreros@usc.edu.co

GISELE CITADINO, abogada, magíster en Derecho y doctora en Ciencia Política. Coordinadora de los programas de Maestría y Doctorado en Derecho. Correo electrónico: gisele@puc-rio.br

HORACIO ANDALUZ VEGACENTENO, licenciado en Derecho y máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Profesor de Teoría General del Derecho y de Derecho Constitucional, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Correo electrónico: handaluz@cotas.com.bo

JOSÉ IGNACIO NÚÑEZ, abogado, especialista en Constitucionalismo y Garantismo, especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales, magíster en Derecho Público y doctor en Derecho. Investigador de tiempo completo, Universidad Finis Terrae, Santiago de Chile, Chile. Correo electrónico: jinunez@uft.cl

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, abogado y doctor en Derecho. Profesor de tiempo completo, Universidad Eafit, Medellín, Colombia. Correo electrónico: jsotoma@eafit.edu.co

LIGIA MORI MADEIRA, abogada y graduada en Ciencias Sociales, magíster y doctora en Sociología. Docente, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil. Correo electrónico: ligiamorimadeira@gmail.com

LUCAS DO MONTE SILVA, abogado. Asesor del Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Natal, Brasil. Correo electrónico: lucasdomonte1@gmail.com

LUIS FERNANDO SGARBOSSA, abogado, magíster y doctor en Derecho. Profesor adjunto, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul, Brasil. Correo electrónico: luis.sgarbossa@ufms.br

LUIS FERNEY MORENO, abogado, especialista en Tributación, magíster en Licence Spéciale en Droit Économique y doctor en Derecho. Director del Departamento de Derecho Minero Energético, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: luis.moreno@uexternado.edu.co

LUIZ EDUARDO DE LACERDA ABREU, licenciado en Ciencias Sociales, magíster en Ciencia Social y doctor en Antropología. Profesor del Departamento de Antropología, Universidade de Brasília, Brasília, Brasil. Correo electrónico: luizeabreu@gmail.com

MALENA COSTA, doctora en Estudios de Género. Investigadora postdoctoral, Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: malenacostaw@gmail.com

MANUEL ESTEBAN RODRÍGUEZ VEGA, abogado, magíster en Derecho Penal y doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal Penal, Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: merodrig@uc.cl

MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO, abogada, especialista en Derecho Penal, magíster en Política Criminal y Derechos Humanos y doctora en Derecho Público. Directora del Centro de Investigación en Política Criminal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: marcela.gutierrez@uexternado.edu.co

MARÍA CLARA OCAMPO CORREA, abogada, especialista en Derecho Administrativo, especialista en Seguridad Social, especialista en Derecho de los Seguros, especialista en Derecho Privado, magíster en Derecho Privado. Juez, Rama judicial, Envigado, Colombia. Correo electrónico: maclao340@hotmail.com

MARIA DA GRAÇA DRUCK DE FARIA, economista, magíster en Ciencia Política y doctora en Ciencias Sociales. Profesora titular, Universidade Federal da Bahia, Salvador, Brasil. Correo electrónico: druckg@gmail.com

MARIANA BRASIL DE ASSIS, abogada, magíster en Criminología y Ejecución Penal, magíster en Ciencias Criminales y doctora en Psicología Social e Institucional. Profesora, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Río de Janeiro Brasil. Correo electrónico: mabw@terra.com.br

MARIANA HANSEN GARCIA, periodista y economista. Becaria, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil. Correo electrónico: marianagarcia.h.g@gmail.com

MÓNICA BUSTAMANTE, abogada, magíster en Derecho Procesal y doctora en Derecho. Directora del Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín, Medellín, Colombia. Correo electrónico: mmbustamante@udem.edu.co

NICOLÁS SANTIAGO CORDINI, abogado, especialista en Derecho Penal y doctor en Derecho. Becario posdoctoral, Consejo Nacional de Investigaciones

Científicas y Técnicas, Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: ncordini@fcjs.unl.edu.ar

PAULO MAGALHÃES ARAÚJO, graduado en Ciencias Sociales, magíster y doctor en Ciencia Política. Profesor adjunto, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitoria, Brasil. Correo electrónico: pauloaraujomagalhaes@gmail.com

PRISCILLA LEINE CASSOTTA, licenciada en Ciencias Sociales y doctora en Ciencia Política. Profesora, Universidade Federal de São Carlos, São Paulo, Brasil. Correo electrónico: priscilla.cassotta@hotmail.com

RAQUEL SOUZAS, graduada en Ciencias Sociales, especialista, magíster y doctora en Salud Pública. Profesora asociada, Universidad Federal de Bahía, Vitoria da Conquista, Brasil. Correo electrónico: raquelsouzas87@gmail.com

RENATO BRAZ MEHANNA KHAMIS, abogado, magíster y doctor en Derecho. Profesor titular, programa de Maestría en Derecho, Universidad Santa Cecilia, Santos, Brasil. Correo electrónico: renato@mehanna.adv.br

RODRIGO BARCIA LEHMANN, abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas, magíster en Economía y Dirección Internacional de Empresas, titulado en European Master in Law and Economics, Erasmus Programme, Alemania y España, y doctor en Derecho Civil. Profesor investigador. Universidad Finis Terrae, Santiago, Chile. Correo electrónico: rodbarlehmann@gmail.com

RODRIGO EDMUNDO GALÁN MARTÍNEZ, licenciado y doctor en Derecho. Secretario de Estudio y Cuenta, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Ciudad de México, México. Correo electrónico: rodrigo.galan-mtz1@gmail.com

ESCOLÁSTICA DEL ROSARIO MOSQUERA CARO, abogada y estudiante de la Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Joven investigadora del Grupo de Investigación Derecho Sociedad y Medio Ambiente, Universidad Tecnológica del Chocó, Chocó, Colombia. Correo electrónico: rosario-91-sagrado@hotmail.com

ROSELY APARECIDA STEFANES PACHECO, abogada, magíster, candidata a doctora en Historia y Derecho. Profesora e investigadora, Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Cidade de Dourados, Brasil. Correo electrónico: lucasdomonte1@gmail.com

ROSMERLIN ESTUPIÑÁN SILVA, abogada, magíster en Cooperación al Desarrollo, especialidad en Movimientos Migratorios, magíster en Derecho Público, especialidad en Teoría y Práctica de los Derechos Humanos y doctora en Derecho. Investigadora posdoctoral, Universidad París I, Panteón-Sorbona, París, Francia. Correo electrónico: rosmerlin.estupinan@yahoo.com

SEBASTIÁN GALLEGUILLOS AGURTO, abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Investigador, Centro de Estudios de Derecho Penal. Editor de la revista electrónica *Política Criminal*, Universidad de Talca, Santiago, Chile. Correo electrónico: sgalleguillos@utalca.cl

SIRLEY JULIANA AGUDELO IBÁÑEZ, abogada, especialista en Derecho Constitucional y magíster en Derecho Administrativo. Docente investigadora y directora del Semillero de Derecho Constitucional, Universidad Libre, Cúcuta, Colombia. Correo electrónico: juliana.agudelo@unilibrecucuta.edu.co

THADEU WEBER, filósofo y doctor en Filosofía. Profesor, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil. Correo electrónico: weberth@pucrs.br

TÂNIA MARA CAMPOS DE ALMEIDA, licenciada en Ciencias Sociales, magíster y doctora en Antropología. Profesora adjunta, Universidade de Brasília, Brasília, Brasil. Correo electrónico: taniamaraca@unb.br

VICENTE ORTÚN RUBIO, licenciado y doctor en Ciencias Económicas. Profesor titular del Departamento de Economía y Empresa y decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Correo electrónico: vicente.ortun@upf.edu

WÂNIA PASINATO, graduada en Ciencias Sociales, magíster, doctora y posdoctora en Sociología. Asesora, Universidad de Sao Paulo, Sao Paulo, Brasil. Correo electrónico: waniapasinato@gmail.com

*¿Incide la inimputabilidad en la atribución del dolo? Eventuales repercusiones en las medidas de seguridad**

Oswaldo Artaza V.**

Raúl Carnevali R.***

Recibido: 20 de marzo de 2018 • Aprobado: 06 de junio de 2018

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a1>

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar si frente a los supuestos en que el acusado presenta un trastorno psíquico que le impida conocer la naturaleza de su comportamiento, tal condición debiera ser considerada exclusivamente en sede de culpabilidad o si, previamente, la misma debiera ser tenida en cuenta a la hora de definir si al sujeto se le puede o no atribuir un comportamiento doloso, por ende, en sede de imputación subjetiva de la conducta. Para tales efectos, se aborda principalmente el problema de las condiciones que deben ser consideradas relevantes a la hora de atribuir el dolo y el papel que debieran jugar las condiciones propias de la individualidad de un sujeto. Por último, se analiza si la consideración de tales condiciones en sede de imputación subjetiva debiera o no traer alguna consecuencia a la hora de determinar si al inimputable se le puede imponer una medida de seguridad.

Palabras clave: inimputabilidad; atribución de dolo; error de tipo psíquicamente condicionado; medidas de seguridad.

* El presente estudio corresponde, en lo medular, a un informe en derecho encargado a los autores por la Defensoría Penal Pública de Chile durante el año 2017, en atención a un proyecto de especialización de defensores penales públicos a cargo de la defensa de inimputables por enajenación mental. Se agradece la valiosa ayuda prestada por los ayudantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Talca, Mario Orellana Zenteno y Ricardo Mendoza Tapia.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile; magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile; doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Barcelona, Barcelona, España. Profesor asistente de Derecho Penal, Universidad de Talca, Talca, Chile. Correo electrónico: oartaza@utalca.cl.

*** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Gabriela Mistral, Santiago, Chile; doctor en Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, España. Profesor titular de Derecho Penal, Universidad de Talca, Talca, Chile. Correo electrónico: rcarnevali@utalca.cl.

Does the un-imputability have any bearing on the attribution of malice? Possible repercussions on security measures

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze whether, in cases where the accused has a mental disorder that prevents them from knowing the nature of their conduct, such condition should be considered exclusively in the seat of guilt, or whether it should be taken into account when defining whether the subject may or may not be attributed to fraudulent conduct, thus in the seat of subjective imputation of the conduct. For such effects, the problem of the conditions that must be considered relevant at the time of attributing the fraud and the role that the conditions of the individuality of a subject should play is mainly addressed. Finally, it is analyzed whether or not the consideration of such conditions in the case of subjective imputation should bring any consequence when determining whether a security measure can be imposed on the un-attributable party.

Keywords: un-imputability; attribution of malice; error of a psychically conditioned type; security measures.

A inabilitabilidade incide na atribuição do dolo? Eventuais repercussões nas medidas de segurança

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar se diante da possibilidade de que o acusado apresente um transtorno psíquico que o impeça de conhecer a natureza de seu comportamento, tal condição deveria ser considerada exclusivamente em sede de culpabilidade ou se, previamente, a condição deveria ser levada em consideração na hora de definir a atribuição ou não de um comportamento doloso, portanto, em sede de imputação subjetiva da conduta. Para tais efeitos, aborda-se principalmente o problema das condições que devem ser consideradas relevantes na hora de atribuir o dolo e o papel que as condições próprias da individual de um sujeito deveria assumir. Por último, analisa-se se a consideração de tais condições em sede de imputação subjetiva deveria ou não trazer alguma consequência na hora de determinar si ao imputável é possível impor uma medida de segurança.

Palavras-chave: inimputabilidade; atribuição de dolo; erro de tipo psicologicamente condicionado; medidas de segurança.

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo es analizar si determinadas circunstancias personales del autor, que usualmente son entendidas como casos de inimputabilidad, debieran ser consideradas por el juez a la hora de precisar si el agente actúa o no con dolo y los efectos que tal decisión podrían tener en sede de imposición de medidas de seguridad. Como se podrá analizar a lo largo de este trabajo, la solución al problema planteado no resulta sencilla y, al menos en Chile, la práctica judicial no ha transparentado, las más de las veces, los puntos de partida de la teoría del delito que asume para resolver tales supuestos. Con el propósito de clarificar esta situación se puede tener en cuenta un caso concreto para verificar así, las diversas opciones por las que podría optarse:

El día 29 de abril del año 2015, a las 23:00 horas aproximadamente, el imputado de nombre J. L. A. M. C. se constituyó en el domicilio de la afectada J. P. B. A., antejardín del domicilio ubicado en I.C.B N°2951, San Antonio. Agregando que llegó gritando insultos a la afectada, incumpliendo la medida cautelar dictada en resolución de causa RIT 23942015 de fecha 24 de abril del año 2015 por el Tribunal de Garantía de esta ciudad, imponiendo como medida la establecida en el Art. 9 letra b) de la Ley 20.066, esto es, la prohibición de acercarse a la víctima a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar que concurra, la cual se encontraba vigente a la época de ocurrencia

de los hechos y notificada en forma personal al imputado¹.

De acuerdo a lo esgrimido por el Ministerio Público, los hechos antes descritos constituirían el delito de desacato, previsto y sancionado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil chileno, se encuentra dicho ilícito en grado de consumado y le corresponde al acusado la calidad de autor.

Lo relevante del caso es que se constata en juicio que el acusado padecía de una enfermedad crónica con espectro esquizofrénico con deterioro psicoorgánico moderado que no le permitiría tomar decisiones y que, por tanto, no sería capaz de autodeterminarse ni de anticiparse a las consecuencias de su conducta.

A juicio del tribunal, su trastorno afectaría la mayor parte de las funciones cognitivas y síquicas, entre las más puntuales, memoria, etc., impidiéndole tomar decisiones. Por lo mismo, se concluye por parte del tribunal, que el acusado no habría actuado con dolo, debido a la falta de conocimiento y comprensión de la prohibición de acercamiento que se le impuso. Pese a lo anterior se resuelve imponer una medida de seguridad al sujeto debido que el tribunal habría podido constatar la peligrosidad del mismo. Frente a tal

¹ Los hechos corresponden a la causa RIT 203-2016 y los razonamientos que se expondrán a continuación reflejan tanto la resolución del TOP de San Antonio, así como a la SCA Rol 2223-2016 (de 6 de enero de 2017), correspondiente a recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública contra dicha sentencia por errónea aplicación del derecho.

resolución, la Corte de apelaciones respectiva estimó que la resolución recurrida concluía sin mayores fundamentos, "que el hecho típico se encontraba plenamente establecido, aun cuando, al mismo tiempo, dieron por demostrado que el dolo (que llaman específico) no se encontraba presente por tratarse de un inimputable" (SCA, Rol 2223-2016, considerando sexto). A juicio de la Corte de apelaciones se advierte una errónea aplicación del derecho puesto que, dando por establecida la falta de conocimiento y comprensión con respecto a la prohibición vulnerada, desplazarían tales falencias hacia la culpabilidad, siendo que, en estricto rigor, debió haberlas considerado ya a la hora de determinar si se cumplían los requisitos del tipo penal —específicamente el tipo subjetivo—.

Como se puede apreciar, nos enfrentamos al dilema de si ciertas circunstancias personales del sujeto, habitualmente examinadas a propósito de la culpabilidad, y específicamente a propósito de lo que se entiende por imputabilidad —o capacidad de culpabilidad— debieran o no tener incidencia a la hora de configurar elementos previos del delito, específicamente en el caso concreto, el de la tipicidad subjetiva.

Para resolver el problema planteado, debemos tener en cuenta, en primer lugar, qué es lo que se entiende habitualmente por imputabilidad. Como ha señalado Cillero (2011): "para la doctrina nacional mayoritaria, la imputabilidad es la *capacidad de conocer lo injusto y de determinarse según ese conocimiento* o, dicho sintéticamente,

imputabilidad es *capacidad de culpabilidad*" (2011, p. 179). O como sostiene Garrido:

Analizada desde el ámbito semántico, la expresión imputabilidad significa "atribuibilidad" o sea las diversas condiciones que debe cumplir un sujeto para ser susceptible de reproche, pero si bien esa noción corresponde a la idea, presenta un aspecto formal de lo que es imputabilidad, cuando lo que interesa es su noción substancial. Con distintas expresiones, la mayor parte de los autores concuerdan en que este último sentido se traduce en el siguiente concepto: "capacidad de conocer qué es injusto y de actuar conforme a tal comprensión" (2003, p. 208).

Sin lugar a dudas, para el objeto de estudio, los casos que parecen más problemáticos son aquellos en los que la condición personal del sujeto está dada por aquellos problemas de salud asociados a la pérdida de las condiciones físicas y mentales para percibir la realidad, comprenderla y actuar conforme a ella. Esto es, según Cavero (2012), de "enfermedades o situaciones de pérdida de las capacidades personales mínimas para poder recibir una imputación penal" (p. 643)².

En efecto, si el sujeto de la imputación, debido a su condición psíquica, no estaba en condiciones de conocer que su comportamiento realizaba los elementos de un tipo penal determinado, podrían no

² Fundamental, y en el ámbito angloamericano se pueden considerar a Morse y Hoffman (2007, p. 1087), para quienes ciertos desórdenes mentales pueden impedir la capacidad de formación del requisito del *mens rea*.

satisfacerse los requisitos del tipo subjetivo —doloso—, en la medida en que se entienda por dolo el conocer y querer la realización de los elementos de un tipo penal y que el agente haya actuado en lo que se conoce como un error de tipo —psíquicamente condicionado—. Así las cosas, no se cumplirían los requisitos del tipo penal y, por tanto, en un sistema del delito compuesto por las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, la ausencia de estos impediría predicar el injusto de la conducta, por lo que tampoco tendría sentido la pregunta por la culpabilidad del autor.

1. INCAPACIDAD DE CONOCER EL INJUSTO DEL ACTUAR: ¿PROBLEMA PROPIO DE LA CULPABILIDAD O DEBE INCIDIR EN LA CONFORMACIÓN DEL INJUSTO?

Ya hace un buen tiempo Joshi (1989) sostuvo, en España, que para ciertos casos en los que los tribunales declararon inimputables a personas que cometieron un hecho típico, se debió haber considerado tales circunstancias personales —que sirvieron de base de la declaración de inimputabilidad— en forma previa, específicamente, en la configuración de injusto. Como indica Silva, "las alteraciones psíquicas, en determinados casos, pueden no limitarse a afectar la culpabilidad del sujeto, excluyendo o atenuando su imputabilidad, sino que, además, pueden afectar a la acción, la tipicidad o la antijuridicidad de muy diversas formas, directas o indirectas" (2003, p.100). El autor distingue cuatro supuestos de casos:

- a) Aquel en el que la alteración psíquica provoca un error acerca de la concurrencia de elementos fundamentadores de la responsabilidad efectivamente existentes (ausencia de acción, error de tipo).
- b) Aquel en el que la alteración psíquica produce la suposición errónea de la concurrencia de los elementos de una causa de justificación o exclusión de la culpabilidad (eximentes putativas).
- c) Aquel en el que la alteración psíquica provoca la suposición errónea de la concurrencia de elementos fundamentadores de la responsabilidad (tentativa irreal o tentativa inidónea, según la concepción de la tentativa que se acoja).
- d) Aquel en el que alteración psíquica da lugar a un error sobre la concurrencia de situaciones justificantes o exculpantes realmente existentes (casos de falta del elemento subjetivo de justificación o de exculpación). (Silva, 2003, p. 101).

Habría sido habitual, según el autor, que en tales supuestos se sostuviera por cierto sector de la doctrina la necesidad de aplicar medidas de seguridad en caso de verificar la peligrosidad del sujeto, pero que se adujeran, al mismo tiempo, dificultades dogmáticas, e incluso legales, para tal aplicación (Silva, 2003, p.101).

Como se podrá apreciar a continuación, uno de los principales problemas de índole sistemático que se habrían planteado

es el de determinar si la concurrencia de tales circunstancias puede incidir o no en la respuesta a si es posible hablar de comportamiento doloso. Lo anterior se debe a una razón bastante sencilla: si bien es cierto que la imputabilidad implica capacidad de conocer el injusto del actuar, en aquellos casos de alteración de la percepción de la realidad o de mera incapacidad de comprensión, también lo es que podría plantearse la legítima duda de si esa "incapacidad de conocer" podría afectar inicialmente la posibilidad de que se satisfagan ciertas exigencias provenientes del tipo subjetivo. Por lo mismo, debemos ahondar brevemente en algunos conceptos previos, esto es, los del dolo y su exclusión.

1.1 El dolo: contenido del dolo y su exclusión

Como ha señalado Hernández (2011), nuestra doctrina ha entendido el dolo desde una perspectiva dual, esto es, como conocimiento y voluntad de realización del hecho típico. Esto quiere decir, al menos, y siguiendo en esto a Kindhäuser, que un sujeto actúa dolosamente "si en atención a las circunstancias objetivas del hecho relevantes, obra con el grado de conocimiento, y dado el caso con la disposición volitiva, que requiere la definición objetiva de dolo que ha de ser aplicada" (2008, p. 5). Tal punto de partida nos permite, además, clarificar la relación que se presenta entre lo que se conoce como tipo objetivo y tipo subjetivo, ya que, de acuerdo con este autor, tal relación no responde a elementos de un mismo orden lógico, sino de otro orden: "los elementos del tipo subjetivo se encuentran

referidos, precisamente, a los elementos del tipo objetivo" (Kindhäuser, 2008, p. 5) o, en otras palabras, "al tipo objetivo pertenece el acontecer que se le reprocha al autor" (Kindhäuser, 2006, p. 65), lo que corresponde, a su vez, al contenido de la imputación subjetiva compuesto, en definitiva, por los conocimientos del autor como fundamento y el límite de la imputación —dolo e imprudencia—.

Como es bien sabido, la doctrina penal suele diferenciar diversas formas de dolo, atendiendo a si, junto a los elementos cognitivos, priman elementos volitivos, como en el dolo directo de primer grado, el que es conocido como "intención", en contraposición a lo que se conoce como dolo eventual, construido principalmente sobre la base de puros elementos cognitivos (Cury, 2005; Garrido, 2003; Politoff, Matus y Ramírez, 2003).

Con todo, es importante considerar que se ha puesto en duda la posibilidad de equiparar el elemento volitivo al cognitivo. Así, por ejemplo, para Hruschka (2005) entre ambos existiría una relación de dependencia de acuerdo con la cual "siempre que un autor lleva a cabo una determinada conducta, conociendo el carácter de la acción y las circunstancias, quiere también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión" (p. 148). Con independencia de lo anterior, lo que no puede ser puesto en duda es que lo que es común a toda forma de dolo, es decir, aquello que constituye su contenido mínimo, es su componente cognitivo. Como indica recientemente Sánchez-Málaga (2015): "el dolo debe

implicar, por lo menos, la realización de un hecho constitutivo de infracción penal, con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción” (p. 63).

El análisis de este contenido mínimo del dolo resulta fundamental para el objeto del presente artículo, en la medida en que lo que interesa es determinar las condiciones bajo las cuales un sujeto habría actuado desconociendo que su comportamiento realiza los elementos de un tipo de delito. Por tal razón, debemos ahondar brevemente en el alcance del conocimiento propio del dolo.

Según una aproximación que ya resulta minoritaria en Chile, el dolo podría ser entendido como conocimiento de la realización de un delito, lo que supondría también la consciencia de la antijuridicidad o del carácter prohibido de ese hecho. Así, por ejemplo, Etcheberry (1998), para quien “dolo es el conocimiento de los hechos constitutivos del tipo, acompañado de la conciencia de su antijuridicidad y la intención o aceptación de su posible resultado” (p. 292), o Novoa, quien sostuvo que el dolo es un elemento de la teoría del delito que debe examinarse en la esfera de la culpabilidad, lo que se debía a que “el dolo, al igual que la culpa, es una de las especies de culpabilidad que permiten fundamentar el reproche jurídico subjetivo” (2005, p. 465).

Como indica Luzón, el dolo se concebía como dolo subjetivamente malo (*dolus malus*) y, por ello, resultaba coherente su ubicación dentro de la culpabilidad

“como grado superior o forma más grave, pues para la plena culpabilidad (individual) es preciso el conocimiento de la prohibición o antijuridicidad por parte del sujeto” (2016, p. 386). En este sentido, es importante considerar que el dolo era entendido, por la teoría clásica del delito, como una forma de culpabilidad, que se comprendía como una reunión de todos los requisitos subjetivos del delito y se caracterizaba, de acuerdo a Luzón por constituir un concepto meramente descriptivo:

Concretamente como comprobación de un nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho. Lo característico del dolo sería que el nexo psíquico que une al autor con el hecho es la voluntad o incluso intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho (causar el resultado en los delitos de resultado). (Luzón, 2016, p. 219).

No obstante, en la actualidad se considera como mayoritaria, al menos en la doctrina, aquella concepción que ubica al dolo en el injusto, lo que se explica por diversas razones. Así, por motivos que conciernen a la propia categoría de la culpabilidad y que se explican por el proceso de normativización de la misma, se ha ido abandonando la división objetivo-subjetiva del delito característica del concepto causalista del delito y que justificaba la consideración del dolo y la imprudencia como expresión de “puras relaciones psicológicas hacia un injusto definido en términos objetivos” (Sánchez-Málaga, 2015, p.63). Por otra parte, con la primacía del concepto personal de

injusto no parece correcta la consideración de este elemento del delito sin consideración a las posibilidades de evitación del menoscabo de bienes jurídicos. De acuerdo a Kindhäuser

Ya el juicio de antijuridicidad, el cual antecede a la imputación de culpabilidad, no podrá más que referirse a aquellas formas de comportamiento que pueden y deben ser evitadas (tratándose de prohibiciones) o ejecutadas (tratándose de mandatos) para evitar el menoscabo de un bien jurídico. (Kindhäuser, 2008, p.7).

Por lo tanto, se entiende que no pueda ser, a su vez, considerado como jurídico penalmente relevante aquellas afectaciones a bienes jurídicos, que "no son evitables a través del seguimiento de una norma" (Kindhäuser, 2008, p. 7).

Una de las principales consecuencias de tal diferenciación es el abandono de la concepción del dolo malo, y la reducción del conocimiento del dolo entendido como dolo natural. Por tanto, vinculado exclusivamente a los elementos objetivos del tipo penal, sin necesidad de ahondar en el problema del conocimiento de la antijuridicidad, el que se transforma en un asunto que atañe a la categoría de la culpabilidad.

Así las cosas, parece más fácil abordar el contenido cognitivo del dolo. Como indica Hernández, existiría acuerdo en cuanto a que el dolo "requiere que el sujeto advierta en su conducta y en las circunstancias en que ésta se desarrolla todas las notas que son relevantes desde

el punto de vista del tipo penal" (2011, p. 54). Con todo, tal aseveración puede ser evidentemente problematizada en la medida en que, dependiendo del alcance que se le asigne a la categoría de la tipicidad, también variará el contenido del tipo subjetivo. De acuerdo a Luzón (2016), no existiría acuerdo respecto al contenido de la categoría "elementos objetivos del tipo", ya que, por una parte, se puede entender exclusivamente referida al tipo indiciario —o conocido como tipo positivo o estricto— o, por la otra, junto a lo anterior al conocimiento de la ausencia de los elementos objetivos de las causas de justificación. Este problema resulta relevante, sobre todo, para efectos de delimitar la exclusión del dolo por casos de error.

Una vez que se han descrito algunos aspectos centrales relativos a lo que se ha entendido por dolo, se debe abordar el problema de las consecuencias asociadas a la constatación de que el sujeto ha obrado desconociendo que su comportamiento realizaba los elementos objetivos de un tipo penal. Este paso sería del todo relevante para la configuración del injusto en un sistema de injusto personal, ya que, la ausencia de tal conocimiento implica la ausencia del dolo y, por ende, que no se satisfagan las exigencias asociadas a la tipicidad subjetiva, salvo en ciertos casos en que subsistiría la opción de imputar subjetivamente a título de imprudencia. Como señala acertadamente Fakhouri (2009): "dolo y error constituyen las dos caras de una misma moneda. Por este motivo, la decisión acerca del error que excluye el dolo y del error que lo deja

intacto se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de dolo que se maneje” (p. 5).

Así, nuestra doctrina y jurisprudencia reconocen que la ausencia de conocimiento, es decir, el error sobre cualquier elemento del tipo, excluye el dolo, sea evitable o no tal desconocimiento por parte del autor (Cury, 2005, p. 309).

La clase de desconocimiento que interesa para la configuración del tipo subjetivo es aquella que, en definitiva, versa sobre el objeto de la valoración, esto es, la conducta del sujeto en sus circunstancias concretas, y no el desconocimiento del carácter antijurídico de tal conducta, conocido como error de prohibición, que consiste en un error acerca de la valoración del objeto —la misma conducta— y que en la actualidad se suele abordar como un asunto propio de la culpabilidad.

Así, si el agente desconoce que está manteniendo relaciones sexuales consentidas con menor de 14 años, por creer, en forma evitable o inevitable, que el otro tiene 18 años, no actúa con dolo en la medida en que yerra acerca del objeto que se valora como antijurídico, cree estar realizando una conducta diversa de aquella desvalorada. Desconoce que su conducta realiza los elementos del tipo penal del artículo 362 del Código Penal chileno. Por el contrario, si sabe que la menor aún no cumple 14, pero cree que tal conducta no se encuentra prohibida, desconocería la valoración del objeto, esto es, su carácter de antijurídico.

Este punto resulta fundamental en la medida en que, como se podrá apreciar a continuación, una de las alternativas que se ha planteado por alguna doctrina sería que en ciertos supuestos de sujetos que padecen determinados trastornos mentales —usualmente analizados a propósito de la culpabilidad— se tendría que asumir que el sujeto no estaba en condiciones —en razón del trastorno en particular— de conocer que su comportamiento realizaba los elementos de un tipo.

1.2 ¿Ausencia de dolo en casos de error psíquicamente condicionado?

Excluir el dolo en tales casos no es irrelevante desde el punto de vista de las consecuencias prácticas, ya que dependiendo del lugar que se le asigne y de su rol en la configuración del injusto, incluso se podría llegar a la conclusión de que se está en presencia de un comportamiento que no contraviene al ordenamiento jurídico. Molina (2008), entre otros, ha señalado que lo anterior es de suma importancia, en la medida en que tal conclusión traería efectos asociados a las posibilidades de defensa —por parte del tercero afectado por el ataque del agente que actúa en tal situación de desconocimiento—, o incluso en la posibilidad de dictar medidas de seguridad si se entiende que las mismas solo pueden ser aplicadas en caso de que se constate en forma previa un hecho típico y antijurídico y se interprete tal exigencia en forma equivalente al “injusto personal” y, al mismo tiempo, como podremos apreciar, se considere que la configuración del tal injusto supone acreditar —en el sentido de demostrar— que

el sujeto actuó, efectivamente, con dolo como un problema psíquicamente o psicológicamente constatable. Por ejemplo, a través de indicios que permitan extraer de su comportamiento externo que conocía la realización de determinada conducta y no otra.

Piénsese en el siguiente caso: un sujeto, que padece una esquizofrenia con alucinaciones acústicas, ingresa a un centro comercial y toma un bien mueble ajeno creyendo —producto de esta clase de alucinaciones— que era suyo debido a que se la habían regalado los dueños de la tienda, quienes le habían informado de tal situación por los parlantes del establecimiento. Como se puede apreciar, tal caso se podría distinguir de otro grupo de casos diversos en los que el trastorno mental puede llevar a una persona con alucinaciones a matar a un sujeto viendo en él el rostro de su enemigo. O frente a los casos en que un sujeto mata a los hijos de su enemigo debido a que, en un delirio, cree que es la única forma de evitar la llegada del anticristo a vivir entre los hombres. Es evidente que, en estos dos supuestos, quien mata sabe que está matando a otro (Morse y Hoffman, 2007, p. 1089-1090).

En este sentido, Joshi (1989), cuestiona la práctica de los tribunales que aplican una medida de seguridad sin verificar, previamente, si concurren los elementos del injusto, ya que se remitirían exclusivamente a centrarse en la eventual exclusión de responsabilidad por inimputabilidad. En el fondo cuestiona que, para este grupo de supuestos, no se ponga en duda la

presencia de un comportamiento doloso debido a la concurrencia de un error de tipo invencible. En Latinoamérica, cierta doctrina habla derechamente de "error de tipo por incapacidad psíquica", así, por ejemplo:

El agente puede incurrir en errores de tipo por incapacidad psíquica permanente o transitoria: quien por alteración morbosa de las facultades o por insuficiencia de éstas (...) no tiene, en el momento de la acción, la capacidad de conocer o de actualizar los elementos conscientes necesarios para configurar la finalidad realizadora del tipo, no obra con dolo. No se trata aquí sólo de supuestos de autismo esquizofrénico y alteraciones de la sensopercepción (ilusiones y alucinaciones) que impidan reconocer los elementos objetivos del tipo (quien percibe animales y son personas) sino también: (a) los oligofrénicos que no pueden comprender ciertos conceptos abstractos, como la ajenez de la cosa; (b) los niños pequeños, respecto de los cuales es difícil pretender que conceptúen como cosa algunos objetos; (c) las personas que obran bajo los efectos del miedo grave (pánico) que les perturba la sensopercepción o la actualización de algunos conocimientos; (d) las personas que por efecto del cansancio y la falta de sueño sufren alteraciones de la sensopercepción. (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 535).

Tal cuestionamiento, de atribuir comportamiento doloso, se basaría en el hecho de que, en el caso planteado, se trataría de un supuesto en el que el agente:

Como consecuencia de su enfermedad o trastorno psíquico (...) ve menguada su capacidad de percepción de la realidad, o desconoce leyes causales del actuar humano, o criterios de significación social, de modo que, en definitiva, ignora el contenido último de lo que hace. (Silva, 2003, p. 103-104).

Ahora, debido a que el objeto del artículo dice relación con detectar exclusivamente la incidencia de la constatación de tales alteraciones en la configuración del tipo subjetivo, específicamente en lo que atañe a la atribución de dolo, nos remitiremos exclusivamente a los supuestos que sean relevantes desde esta perspectiva y a sus consecuencias para la imposición de medidas de seguridad.

Según lo señalado por parte de la doctrina, el problema que se podría presentar acá es que, frente al mismo caso, un sujeto que no padezca tal alteración quedaría impune (en caso de errar sobre tal circunstancia) mientras que, al inimputable, habiendo "incurrido en el mismo error", se le aplicaría una medida de seguridad (Joshi, 1989, p.127). Por tal razón, este mismo autor, propone distinguir una serie de situaciones para evitar así arribar a resultados que califica como poco satisfactorios. En primer lugar, señala que se podría dar el caso de que un inimputable o un sujeto con imputabilidad disminuida termine llevando a cabo una conducta de la cual no se pueda predicar su antijuridicidad —sea por ausencia de acción, por concurrir un error de tipo in-

vencible o por la "presencia de una causa de justificación" (Joshi, 1989, p. 128)—, pero en donde, en los mismos casos, un "espectador objetivo" se hubiera comportado del mismo modo. Así, por ejemplo, si A, que es un "enfermo mental", confunde a B con un jabalí, dispara y lo mata, pero un "espectador objetivo" hubiera cometido el mismo error —utilizando un pronóstico *ex ante*—. En tales supuestos, como propone Joshi (1989), no se podría aplicar una medida de seguridad, ya que se transgrediría el principio de legalidad y, además, porque se terminarían confundiendo plenamente las medidas predelictuales con las posdelictuales.

Un segundo grupo de casos estaría dado por situaciones en las que la inimputabilidad del autor sea, precisamente, la que condicione el desconocimiento de la situación y, por tanto, a diferencia del primer grupo de supuestos, un espectador objetivo, puesto en la posición del agente —solo en un sentido externo y sin considerar su individualidad, esto es, como señala la autora "los conocimientos objetivables del autor"—, hubiera estado en condiciones de conocer que realizaba los elementos objetivos de un tipo penal. Para graficar esta situación propone el siguiente ejemplo: "A, que debido a una enfermedad mental cree que todos los abrigo de piel que se encuentra son regalos de Dios, y que, por tanto, está legitimado a tomarlos" (Joshi, 1989, p. 131). Sostiene que, en este caso, no puede ponerse en duda la "presencia de un error de tipo, que pudiera ser incluso invencible —error sobre la ajenidad de las cosas—" (Joshi, 1989, p. 131).

De acuerdo a Joshi (1989), en tal grupo de casos, y a diferencia del anterior, un espectador objetivo habría estado en condiciones de conocer la ajenidad de la cosa, por lo que el error se trata de uno psíquicamente condicionado. Como bien señala Silva (2003), esta aproximación asume que puede distinguirse entre errores condicionados por la anomalía frente a errores que no lo estarían. Señala que, por regla general, "parece que se asume el criterio de que no estaría condicionado por la enfermedad aquel error en el que habría incurrido también un sujeto sano (se entiende que un sujeto sano "medio)". Con todo, señala que esta aproximación podría no ser correcta, ya que "tal vez no debiera partirse de un indeterminado sujeto "medio", sino de si el mismo sujeto, de no sufrir la alteración o anomalía en cuestión, habría incurrido o no, dados los demás factores de su personalidad, en tal error" (Silva, 2003, p. 112).

Junto con lo anterior, Joshi (1989) señala que en este caso sería evidente que se trataría de sujetos peligrosos, por lo que, desde una perspectiva de política criminal, parece adecuado aplicarles una medida terapéutica: "En efecto, un sujeto que, debido a su enfermedad mental, incurre sistemática y repetidamente en un error de tipo cuando se dan ciertas circunstancias (exteriores o interiores) puede ser un sujeto «peligroso»" (Joshi, 1989, p. 131).

Resulta evidente que este problema solo se presenta si se asume que la ausencia de dolo trae consecuencias para la configuración del injusto (Silva, 2003, p. 126; Silva, 2014, p.3). Por ende, si se considera

que la ausencia de dolo es una cuestión que, a lo más, excluye la culpabilidad del sujeto debido a que no se ha constatado la respectiva relación psicológica interna entre el autor y el hecho en particular, lo anterior no impediría aplicar, en su caso, una medida de seguridad.

Por el contrario, y como señala Joshi (1989), quien incluya el dolo y la imprudencia en el injusto "deberá exigir su presencia como presupuesto para la aplicación de una medida" (p. 133), por lo que, en estos casos, no "será posible aplicar medida de seguridad alguna al imputable que actúe en error de tipo invencible" (Joshi, 1989, p. 133).

Es importante considerar que la autora arriba a tal conclusión debido a que el artículo 6 a) del Código Penal vigente a la época, consagraba que para determinar la vencibilidad del error de tipo hay que tener en cuenta las «circunstancias del hecho y las personales del autor». En la actualidad el artículo 14 número 1, del Código Penal español señala que: "si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuere vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente". Como se puede ver, la autora parte de la siguiente premisa: para el tipo subjetivo, la normalidad o anormalidad motivacional es, precisamente, una circunstancia personal relevante no solo en sede de culpabilidad. Por otra parte, también se debe tomar en cuenta que las circunstancias han cambiado en relación a las exigencias para la imposición de medidas de seguridad desde el tiempo de esta publicación. En su tiempo,

el problema interpretativo consistía en determinar qué se entendía por “hecho que la ley sancionare como delito”, en cambio, en la actualidad el artículo 6.1 del Código Penal español señala que “las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”. Tal diferenciación podría ser relevante, como se podrá ver más adelante, para explicar cierta tendencia de la doctrina española a reconocer que, pese a que el sujeto no actúa con dolo para estos casos y que, por tanto, no se satisfarían las exigencias del injusto personal, igualmente se podrían aplicar medidas de seguridad para el caso de verificarse la peligrosidad.

Como se puede apreciar, esta postura parte del supuesto de que la invencibilidad es un criterio que se debe determinar de acuerdo a parámetros personales del autor y no bajo criterios normativos —es decir, bajo un estándar objetivo—, ya que, “el conocimiento de los hechos se obtiene a través de una experiencia subjetiva, que por tanto difiere de cada sujeto” (Joshi, 1989, p. 134). Presumir el dolo en el sujeto que actúa en error psíquicamente condicionado transgrediría, así, el principio de culpabilidad (Joshi, 1989, p.135). Al respecto, Molina describe una serie de posturas que, en forma similar, adhieren a la ilegitimidad de la imposición de tales medidas, ya que “si falta el dolo típico u otros elementos subjetivos del injusto no hay ninguna razón para intervenir con medidas, con independencia de cuál sea la razón que ha provocado dicha ausencia” (Molina, 2008, p.124).

Si bien es cierto, esta posición podría reforzar la corrección del razonamiento de la Corte de apelaciones puesto como ejemplo en un comienzo, es necesario considerar algunas de sus principales debilidades. Lo primero que se debe tener en cuenta es que este argumento supone, en primer lugar, que una actuación mediada por una circunstancia personal que impide conocer que se realiza los elementos de un tipo penal —como es la enajenación mental—, es ya relevante en sede de tipicidad subjetiva. Lo segundo, que supone que la consecuencia que se extrae de lo anterior es que no se cumplirían los requisitos para aplicar una medida de seguridad ya que, para la misma, se exige la presencia de un hecho típico y antijurídico, entendiendo acá tal requisito en forma equivalente a “injusto personal”.

Por lo mismo, una respuesta posible frente a la alternativa de negar la procedencia de medidas de seguridad luego de la verificación de tales circunstancias personales que impiden conocer la significación de la conducta, es la de negar su incidencia en sede de injusto, debido a que estas serían un problema propio de la culpabilidad. Silva (2003) describe claramente tal tendencia de la siguiente forma: quienes no están dispuestos a prescindir de elementos subjetivos para la afirmación de la antijuridicidad necesaria para la aplicación de medidas de seguridad, terminan defendiendo la legitimidad de su imposición a través de argumentos bastante evasivos. Así, por ejemplo, el sostener que en sede del injusto los errores psíquicamente condicionados no deben ser considerados, pero sin dar

cuenta realmente de los motivos por los cuales tal exclusión resultaría correcta. En efecto, para negar la atipicidad de tal clase de comportamientos, como ya se ha descrito, se ha recurrido, sin más, a la distinción entre errores condicionados por la anomalía o alteración psíquica y los errores no condicionados por las mismas, ya que solo en el caso de los segundos, "aquellos en los que también una persona normal hubiera errado, el efecto eximente se produce por la vía del error, sin esperar a la inimputabilidad, mientras que en los primeros el error sería irrelevante" (Molina, 2008, p. 128).

El problema es que no se transparentan los diversos e incompatibles puntos de partida que están detrás de tal diferenciación entre el sujeto normal —o espectador objetivo— y el sujeto que padece de un trastorno mental que condiciona su error. Por un lado, parecen recurrir a una perspectiva psicológica para la determinación del dolo, donde lo que se requiere para tales efectos es de la acreditación de un hecho psicológico del auto. Para esta perspectiva, de acuerdo a Ragués (2002), en el proceso de determinación del dolo se debería averiguar una realidad que se encuentra en la cabeza del autor, basándose para esto en vivencias subjetivas del autor al momento del hecho, fenómenos a los que se puede y debe acceder en el momento posterior del proceso. Pero, por otra parte, quienes proponen la diferenciación ya descrita, acudirían, a su vez, a un criterio atributivo de índole normativo —que es lo que conocería, *ex ante*, un sujeto normal—. En definitiva, no se configuraría el injusto debido a que

no se considera la individualidad psíquica del sujeto, más bien se excluye debido a que se recurre a un parámetro normativo, como es el de las posibilidades de conocimiento del espectador objetivo puesto en el lugar del agente y, obviamente, sin considerar su trastorno mental.

Por lo tanto, para excluir el comportamiento doloso en estos casos, bastaría, simplemente, con constatar que este espectador objetivo, puesto en la situación del agente —esto es, sus circunstancias personales externas— no estaba en condiciones de conocer y, por ende, no podría atribuírsele al mismo haber actuado con dolo. Como indica Silva (2003), recurrirían a criterios normativos para la satisfacción del tipo subjetivo, a pesar de "su evidente ausencia empírica" (p.127). Pero lo que no llegan a explicar realmente es por qué razón para la conformación del tipo subjetivo y, por ello, del injusto, se podría prescindir de consideraciones personales —de la individualidad— del sujeto y bastaría la referencia a criterios normativos como el del "sujeto normal". Como acertadamente señala cierta doctrina, si no se dan mayores razones para defender esta solución parecería que el dolo "o los elementos subjetivos del injusto ya no serían siempre elementos necesarios de la tipicidad, sino contingentes. Podría prescindirse de ellos precisamente en aquellos casos en los que no están presentes debido a la inimputabilidad del autor" (Molina, 2008, p.129). Por lo mismo, otra alternativa criticada por esta postura sería la de cambiar la definición de dolo "por ejemplo, aceptando que sería doloso también el comportamiento de quien

desconoce los elementos objetivos del tipo, pero en una situación en la que un hombre normal, en el que no concurren circunstancias de inimputabilidad, no hubiera incurrido en dicho desconocimiento” (Molina, 2008, p. 130), lo que, para tal autor significaría destruir el núcleo básico de la imputación subjetiva.

Por esta misma razón, la respuesta al problema planteado supone dar cuenta, en forma previa, de qué se quiere decir cuando se sostiene que el autor ha obrado con dolo. Es decir, si lo que está detrás para tal aseveración es un proceso de acreditación de un hecho interno —psicológico— o más bien, un proceso atributivo o de imputación de conocimiento. El punto es del todo relevante, ya que, si se parte de la base de que para la afirmación del dolo se debe acreditar o constatar tal relación subjetiva efectivamente dada entre el sujeto y el suceso, resulta evidente la consecuencia para el problema planteado. Frente a la acreditación de una enajenación mental del sujeto a partir de la cual sea evidente que no estuvo en condiciones de conocer el significado de su comportamiento —por ejemplo, que la cosa que tomaba era ajena, o que a quien mataba era “otro”—, no tendría mucho sentido prescindir de tal información para luego considerarla recién en sede de culpabilidad.

En la esfera procesal, lo anteriormente dicho tendría como correlato, principalmente, el problema de la “acreditación del dolo”, es decir, el de la prueba del mismo. Como de lo que se trata es de averiguar qué pasaba en la mente del autor

al momento de la comisión del hecho en particular, el desafío que se ha tratado de resolver es el de los “datos externos” o del contexto que permitirían concluir que el agente ha actuado con dolo. Al respecto, Ragués (2002), ha señalado que esta tendencia ha recurrido, principalmente, a la prueba indiciaria para la determinación de la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asentaría el dolo. El autor señala, eso sí, que tal proceder requiere del cumplimiento de ciertas condiciones:

Sólo puede garantizarse que la conclusión obtenida mediante la práctica de la prueba de indicio vaya a coincidir con la realidad efectivamente acaecida si se respetan dos condiciones irrenunciables: en primer lugar, debe contarse con una regla de experiencia de vigencia incontrovertida que explicita bajo qué condiciones es segura la existencia de un determinado grado de conocimiento en una persona; en segundo lugar, los hechos previamente probados que, a modo de premisa menor, se vinculen a dicha regla de experiencia, no pueden suscitar ningún género de dudas en cuanto a su plena coincidencia con la realidad. (Ragués, 2002, p. 257).

Así, por ejemplo, en forma bastante expresa se ha pronunciado la Corte Suprema de Chile:

Que si bien la prueba del dolo es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, la determinación acerca de su concurrencia ha de basarse en precisas circunstancias —anteriores, coetáneas y posteriores al hecho, de todo orden— que demuestren al exterior

el íntimo conocimiento y voluntad del agente, toda vez que, como todo lo que se guarda en lo más profundo de la psiquis del individuo, sólo puede probarse por una serie de datos que manifiesten la intención requerida. Por consiguiente, el dolo, elemento subjetivo necesario para imponer una sanción penal, solamente puede conocerse y fijarse por un proceso de inducción. Estos juicios de inferencia —como actualmente se prefiere denominarlos— permiten al tribunal, mediante una operación lógica, deducir del material fáctico que la probanza practicada ha puesto a su alcance la concurrencia de los componentes anímicos del suceso delictuoso, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que en un principio permanece reservado en vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho, de modo que para su averiguación, se requiere de una inferencia a partir de los datos exteriores. La falta de prueba directa acerca de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, lleva a la denominada prueba de indicios, para, a través de ciertos datos exteriores completamente acreditados, inferir la realidad de este estado de espíritu del autor de la infracción penal, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate. En definitiva, salvo espontáneo reconocimiento, el dolo ha de inducirse, lícita y racionalmente, de cuantas circunstancias giran alrededor —antes, durante y después de la conducta enjuiciada— (SCS, 22 de abril de 2013).

Así las cosas, no cabría más que concluir que, en tales casos, parece indiscutible que ciertos estados mentales debieran ser considerados por el tribunal a la hora

de determinar si el sujeto actúa o no en forma dolosa, en la medida que corresponde a datos del contexto que, si bien pertenecen a la individualidad del autor, no se ve por qué razón —al menos si se sigue esta tendencia— debieran omitirse a la hora de determinar si el sujeto actúa o no con conocimiento del significado de su conducta y no, por el contrario, en error de tipo. Que acá el error se presente condicionado por una anomalía psíquica en nada influye para arribar a la conclusión que debiera interesar: la constatación de actuación bajo la ausencia de conocimiento típicamente relevante.

Con todo, esto no supone necesariamente asumir que de lo que se trata en el tipo subjetivo es de acreditar tal conocimiento por parte del autor como si fuera un proceso de verificación de una relación psicológica del autor con el hecho. Actualmente, tal punto de partida ha sido fuertemente criticado por parte un sector de la doctrina, ya que supondría que la proposición “por la que se califica una conducta como dolosa” sería más bien descriptiva (Paredes, Díaz y de Vicente, 2001, p. 339). Es decir, y de acuerdo con Hruschka (2005), supone que el dolo es un hecho. Por el contrario, señala que el dolo no puede ser tratado como un hecho, ni siquiera como un hecho interno, y que lo que “realmente subyace a la afirmación de que un sujeto ha actuado dolosamente”, no es una constatación o acreditación, sino que más bien surge de un proceso de imputación (Hruschka, 2005, p. 155).

Esto quiere decir que se debiera negar que el proceso de conformación del tipo

subjetivo suponga la *constatación efectiva*, al menos como lo propone la perspectiva psicológica ya descrita, de una relación psicológica entre el autor y el hecho. Como sostiene García:

Tampoco se trata de deducir de los datos externos la interioridad de la persona. Esta comprensión disfraza la realidad del procedimiento de determinación del conocimiento del que el autor dispone, pues no se verifica ningún conocimiento psicológico, sino que el conocimiento necesario para el dolo se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho penal (2012, p. 493).

Por lo mismo, tal sector de la doctrina —que ya cuenta con exponentes en Chile— considera que para tales efectos se recurre más bien a un proceso de imputación, es decir, como señala Mañalich (2005), se trataría de un juicio adscriptivo.

De acuerdo a Ragués (2002), la denominación genérica de "concepción normativa del dolo" se encontraría integrada por los autores que niegan la posibilidad de entender que la afirmación del dolo dependa de la averiguación de una determinada realidad psicológica y agregan que cuando el juez afirma que "alguien ha conocido algo" lo que hace es atribuir ese conocimiento al sujeto en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni tan siquiera pretenden, constatar cuál fue el estado real de la subjetividad en el momento de la realización del hecho típico. Como resulta evidente, esta aproxima-

ción supone necesariamente dar cuenta de los parámetros normativos —es decir, los criterios— a los cuales se recurre para atribuir el dolo y que lo anterior no resulte en un juicio arbitrario (Hruschka, 2005, p.155). Como señala Ragués (2002), la dificultad de esta postura radica en la legitimidad, ya que debe legitimar la utilización de criterios de imputación subjetiva que, de modo paradójico, renuncian explícitamente a la auténtica subjetividad del autor y además deben aportar una caracterización plausible de esos criterios.

Al respecto, lo primero que llama la atención es que parece no existir acuerdo en lo que se refiere a si para efectos de llevar a cabo tal proceso de atribución se deben tomar o no en cuenta las circunstancias personales objeto de estudio y en qué medida. Así, por ejemplo, para Ragués (2004), en el ámbito de la atribución del dolo no se operaría ni con un modelo puramente objetivo —como el del hombre medio propio de la imputación objetiva— ni con uno que tuviera en cuenta al acusado individualmente considerado, con:

Todas sus anomalías y limitaciones personales —como en la culpabilidad—, sino que se recurriría a un tercer modelo resultante de contextualizar al hombre medio en el escenario del concreto acusado, añadiéndole buena parte de sus características personales, pero sin tener en cuenta todavía determinados factores de su individualidad, como, por ejemplo, las enfermedades psíquicas que pueda padecer. (Ragués, 2004, p.21).

De acuerdo al autor, entonces, en el ámbito de la prueba de los elementos subjetivos —o más bien, de su atribución—, no se pretendería una “plena subjetivización del acusado”, sino que se tomarían en cuenta aquellas circunstancias personales externas que permitirían acudir a lo que uno —quien efectúa el juicio adscriptivo— “habría pensado, visto, sentido o creído en esta situación concreta” (Ragués, 2002, p. 22).

En cambio, y solo a modo de ejemplo, para Paredes, Díaz y de Vicente (2001), el dolo también debiera ser entendido como atribución de sentido y, para tales efectos, no sería necesario “verificar empíricamente la existencia de dichos conocimientos, sino que bastaría con comprobar que el sujeto se encontraba de hecho en una situación, tanto personal como circunstancial, en la que, conforme a las «leyes de la experiencia», había de tenerlos” (p. 340). Parecería entenderse, de esta forma, que en el juicio adscriptivo se debiera tener en cuenta la realidad individual del autor, si es que se constata que debido a esta no parece adecuado atribuirle una situación de anormalidad relativa a su capacidad cognoscitiva.

Por su parte, García (2012), que también asume una perspectiva normativa de la determinación del dolo, sostiene que los criterios de atribución del conocimiento se asientan en la idea del rol y la persona del autor. Esto es, “para determinar el conocimiento del autor debe partirse de las competencias de conocimiento que cada rol impone a su titular” (2012, p. 494). Con todo, reconoce que para afirmar el

dolo no bastaría constatar la “existencia de tales competencias de conocimiento”, ya que también es necesario “que el autor haya podido alcanzar esos conocimientos en sus circunstancias personales, pues de otra manera la imputación personal no estará personalizada” (p. 494).

Como se puede observar, las consecuencias de adherir a una u otra alternativa serían sumamente diversas debido a lo disímiles que resultan los criterios atributivos o parámetros desde los cuales se debiera imputar a un sujeto que ha actuado con conocimiento. La diferencia se torna evidente si, por ejemplo, se recurre a un parámetro generalizador —como el de un hombre medio empírico— y, por tanto, no se consideran las circunstancias personales del agente, o a criterios individualizadores pero que, en definitiva, indican que tal imputación supone tomar en cuenta las circunstancias personales del sujeto. A su vez, también se podrían distinguir, dentro de esta última tendencia, diversas consecuencias si se tiene en cuenta que no se debe tomar en consideración la individualidad o constitución psíquica del autor, ya que tales cuestiones corresponden a la categoría de la culpabilidad si se admite que las mismas ya debieran ser relevantes en sede de tipicidad subjetiva.

Lo anterior permitiría encontrar fuertes puntos de apoyo a la decisión de los tribunales a la hora de no atribuir un comportamiento doloso a ciertos autores que incurran en un error de tipo psíquicamente condicionado, especialmente si se defiende un concepto de injusto personal que no pueda constituirse en caso

de situaciones en que no se cumplan las exigencias emanadas de la evitabilidad individual como categoría central de la imputación subjetiva (García, 2012, p. 486). Obviamente, el desafío que se presenta es identificar aquellos casos en los que, efectivamente, se pueda sostener sin dudas que el autor no estaba en condiciones personales de alcanzar los conocimientos exigidos por el respectivo tipo subjetivo.

No obstante, y como ya se advirtió, un problema distinto es asumir que, en tales casos, en que no se satisfagan los requisitos del injusto personal y que, por ende, no se pueda aplicar una pena debido a que el comportamiento en particular no contraviene el ordenamiento jurídico, se desprenda, además, que no puede aplicarse una medida de seguridad.

2. LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD PESE AL RECONOCIMIENTO DE QUE EN ESTOS CASOS NO SE ACTÚA CON DOLO

Por otra parte, aun entendiendo que la ausencia de dolo impide satisfacer los requisitos de la tipicidad y, por tanto, del injusto, esto no supone necesariamente que se deba negar, sin más, la procedencia de medidas de seguridad, ya que tal posibilidad también dependerá de la respuesta al problema de las condiciones que permiten dictar una medida de seguridad y, específicamente, al del significado que se le deba otorgar a la exigencia previa de un comportamiento típico y antijurídico. Molina ha mostrado adecuadamente la forma en que se ha expresado este problema por parte de la doctrina penal:

Se trata de la calificación de ciertos hechos en los que sin duda falta algún elemento subjetivo de los que la teoría considera imprescindibles para la presencia de una acción típica —hay una causa de ausencia de acción, un error de tipo o falta un elemento subjetivo del injusto—, y en los que, sin embargo, intuitivamente percibimos que deberían aplicarse las consecuencias jurídicas ligadas al injusto penal, y muy especialmente una medida de seguridad. (2008, p. 115).

En este sentido, se ha señalado que, aun asumiendo que en estos casos no se pueda afirmar que el sujeto actúe con dolo, se podría negar que de lo anterior se derive necesariamente la conclusión a la que arriba cierto sector de la doctrina, es decir, la improcedencia de las medidas de seguridad.

Así, por ejemplo, Silva (2003), sostiene que la anterior conclusión supone, en primer lugar, asumir que la imposición de una medida de seguridad a un inimputable requiere que “éste hubiera realizado, en el caso de un delito doloso, tanto el tipo objetivo como subjetivo” (p. 123), lo que no se cumpliría por faltarle el aspecto subjetivo del hecho respectivo. Con todo, tal punto de partida presupondría que “la concurrencia de un hecho objetiva y subjetivamente típico y no justificado constituye el presupuesto dogmático ineludible” tanto de la imposición de la pena como de la medida de seguridad (Silva, 2003, p. 124). Pero, por ello, la respuesta podría cambiar si no se parte de la premisa indicada y se pone en duda la corrección

de los presupuestos de la imposición de medidas de seguridad de la que parte.

En lo que sí existe acuerdo es en que las medidas de seguridad solo pueden imponerse con posterioridad a la comisión de un hecho antijurídico para los casos en que se verifique peligrosidad, en sentido de probabilidad de comisión de un nuevo hecho antijurídico (Silva, 2003, p. 126). Lo que no parece obvio, según el mismo autor, es que el "significado de la exigencia de antijuridicidad" sea el mismo ya sea para la aplicación de la pena ya sea para la medida de seguridad. En este sentido ha señalado que:

Cada vez resulta más difícil sostener que dicho concepto dominante de injusto, esto es, el de la doctrina del injusto personal, además de constituir—una vez que se le añada el juicio de culpabilidad— el presupuesto de la imposición de la pena al autor, constituya el denominador común de la accesoriedad de la participación, la agresión que puede dar lugar a la legítima defensa, el injusto al que se refiere el conocimiento de la antijuridicidad (...) y el que es propio del hecho desencadenante de la imposición de medidas de seguridad. (Silva, 2014, p. 8).

Esto quiere decir que, inclusive reconociendo que en los supuestos abordados se deba negar el comportamiento doloso, se podrían aplicar medidas de seguridad si se considera que la antijuridicidad a la que se refiere el legislador, para tales efectos, presenta un "carácter puramente objetivo, en el sentido de determinarse

por la lesión objetivamente típica y no justificada de un jurídico-penal, sin que concurra elemento subjetivo alguno" (Silva, 2003, p. 126).

Para reforzar tal postura recurre a una serie de argumentos de índole teleológica relativos a la distinción entre la finalidad asignada a las penas y a las medidas de seguridad. Por tanto, para la aplicación de las medidas de seguridad debiera bastar, exclusivamente "el juicio de pasado en virtud del que se fija la conexión causal entre la enfermedad y la producción de una lesión típica y no justificada del bien jurídico-penal y el juicio de futuro (de pronóstico), según el cual cabe prever que eso pueda repetirse" (Silva, 2003, p. 128).

Tal posición pone de relieve un primer grupo de dificultades asociadas a la alegación de que frente a ciertas situaciones de alteración mental que imposibiliten que un sujeto conozca que realiza los elementos de un tipo penal, se extraiga como consecuencia la ausencia de dolo y, luego, la imposibilidad de aplicar medidas de seguridad por no cumplirse la exigencia de configuración de un hecho típico y antijurídico. Este planteamiento parece razonable en la medida en que parte de un presupuesto del todo correcto. La razón por la cual parece adecuada la noción de injusto personal que dice relación a la convicción de que solo puede ser considerado como un hecho injusto aquello que podría ser evitado a través del seguimiento de normas, por ende, la remisión a cierta capacidad del agente es imprescindible.

Con todo, tal exigencia que tiene todo el sentido desde la perspectiva de la imposición de una pena, no necesariamente lo tiene para la imposición de una medida de seguridad. Por otra parte, y según la postura analizada, se debiera tener en cuenta que la exigencia de la constatación de la comisión de un hecho típico y antijurídico, desde la lógica de la imposición de las medidas de seguridad, está más bien dirigida, por una parte, a evitar la imposición de medidas predelictuales y, por otra, a evitar aplicar medidas de seguridad para casos en los que inimputables lleven a cabo una lesión típica, pero justificada del bien jurídico-penal. Como ha quedado de manifiesto, la solución de Silva pasa por examinar profundamente la corrección de la pretensión de equivalencia del concepto de "hecho típico y antijurídico" tanto para la aplicación de una pena a la de una medida de seguridad.

CONCLUSIONES

Frente al problema planteado al comienzo de este artículo, se debe concluir que resulta razonable sostener que, en determinadas situaciones en que un sujeto presenta ciertos trastornos mentales que no le permitan alcanzar el conocimiento requerido por el tipo penal, no podría atribuirse un comportamiento doloso al mismo.

Como se pudo apreciar, parte de la práctica judicial reconoce que el juicio de adscripción del dolo, como atribución de conocimiento, se hace tomando en cuenta las circunstancias personales del agente, incluyendo en estas la individualidad del

sujeto. Así las cosas, pareciera que en el proceso conocido como de "imputación subjetiva" no bastaría el ponerse en lugar del autor sin considerar su capacidad para conocer el significado de su comportamiento, y que este realiza los elementos de un tipo penal en particular.

Por lo mismo, existe respaldo para afirmar que en tal circunstancia el sujeto actuaría en error de tipo —la mayoría de las veces invencible, debido a su condición psíquica— y que, por ello, se debe excluir el dolo, por ausencia de conocimiento. La respuesta al problema planteado, en definitiva, dependerá de los criterios o parámetros normativos a los que se adhiera para el juicio de adscripción del conocimiento y, por tanto, será muy distinta si se aboga por la inclusión de criterios individualizadores a criterios que no tomen en cuenta la individualidad del autor debido a que este sería un problema exclusivo de la categoría de la culpabilidad.

Como se señaló, este problema se presenta solo para el caso en que se adhiera a un concepto personal de injusto y no se entienda el dolo como una forma de culpabilidad. Al respecto, se señaló que la tendencia mayoritaria en nuestra doctrina es asumir este punto de partida como correcto y, por tanto, a incluir el dolo o la imprudencia en el tipo penal —como tipo subjetivo— y, por tanto, la ausencia de dolo excluye a su vez el comportamiento doloso, impidiendo que se satisfagan todos los requisitos del tipo penal. Es importante indicar que el problema del tratamiento del "error psíquicamente condicionado" no ha sido, aún, abordado por

nuestra doctrina en forma acabada y que, incluso, tampoco se ha tratado en detalle el problema vinculado a la consideración de circunstancias personales —como puede ser la presencia de determinados trastornos mentales— para la imputación del dolo. Además, nuestros tribunales tienden a asumir que tales problemas son parte de la culpabilidad, sin indicar las razones por las cuales puede prescindirse de su análisis para la conformación del injusto personal.

Por otra parte, se pudo constatar que, debido a lo anteriormente expuesto, los tribunales, frente a la acreditación de enajenación mental por parte de un sujeto, y la verificación de su peligrosidad, tienden a dictar medidas de seguridad sin cuestionarse, en forma previa, si se cumplen los requisitos impuestos por el artículo 455 del Código Procesal Penal chileno, específicamente en lo que respecta a la tipicidad de la conducta. Más bien tienden a repetir fórmulas mecánicas de reconocimiento de que se está frente a un hecho típico y antijurídico. Sin embargo, se pudo analizar un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el cual se rechaza la imposición de una medida de seguridad asumiendo que el error en el que actúa el acusado —condicionado absolutamente por su trastorno mental— excluía el dolo y, con ello, el injusto.

Por último, se debe advertir que, frente a tal conclusión, esto es, la imposibilidad de atribuir conocimiento al autor del delito en los casos en que el trastorno mental impida al sujeto formarse el conocimiento

exigido por el tipo subjetivo y, por tanto, no pueda conformarse el injusto personal, se podría optar por dos vías diversas en lo que respecta a las consecuencias de tal declaración frente a la imposición de medidas de seguridad. Por una parte, el asumir que la exigencia de constatación de un hecho típico y antijurídico del artículo 455 del Código Procesal Penal chileno debe ser interpretada en términos equivalentes para el de la imposición de una pena —por tanto, como injusto personal—, lo que impediría que los tribunales aplicaran una medida de seguridad a quien actúa bajo tales circunstancias, o la de sostener que, en realidad, se trata de un concepto de injusto diverso, meramente objetivo, como ha indicado cierta doctrina. El fundamento de tal distinción vendría dado por la diversa finalidad que se le asigna a la pena frente a la finalidad propia de las medidas de seguridad, para las cuales no tendría sentido la exigencia de constatar en forma previa el acaecimiento de un hecho entendido como un "injusto personal", sino que bastaría, más bien, un hecho lesivo para bienes jurídico-penalmente relevantes. Todo esto, con el propósito de evitar la imposición de medidas de seguridad predelictuales.

REFERENCIAS

- Cillero, M. (2011). Artículo 10. En H. Hernández y J. Couso (Eds.), *Código Penal Comentado. Parte general* (pp.176-200). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.
- Cury, E. (2005). *Derecho Penal. Parte general* (7.ª Ed.). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

- Etcheberry, A. (1998). *Derecho Penal. Parte general* (3.ª Ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Fakhouri, Y. (2009). Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad: un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal. *InDret*, (4), 1-29. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/671.pdf>
- García, P. (2012). *Derecho Penal. Parte general* (2.ª Ed.). Lima: Jurista Editores.
- Garrido, M. (2003). *Derecho Penal. Parte general* (Tomo II. 3.ª Ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Hernández, H. (2011). Artículo I. En H. Hernández Basualto y J. Couso Salas (Eds.), *Código Penal comentado. Parte general*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.
- Hruschka, J. (2005). *Imputación y Derecho Penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- Joshi, U. (1989). Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 42 (1), 125-140.
- Kindhäuser, U. (2008). El tipo subjetivo en la construcción del delito. *InDret*, (4), 1-35. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124309/172282>
- Kindhäuser, U. (2006). Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 59(1), 63-81.
- Luzón, D. (2016). *Derecho Penal. Parte general* (3.ª Ed.). Buenos Aires: Editorial B de F.
- Mañalich, J. (2005). Condiciones generales de la punibilidad. *Rev. D. UAI*, (2), 387-481.
- Molina, F. (2008). Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito. *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), 113-144.
- Morse, S. y Hoffman, M. (2007). The Uneasy Entente between Legal Insanity and Mens Rea: Beyond Clark v. Arizona. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 97(4), 1071-1150.
- Novoa, E. (2005). *Curso de Derecho Penal chileno. Parte general* (Tomo I. 3.ª Ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Paredes, J., Díaz y García, M. y De Vicente, J. (2001). Argumentación y prueba en la determinación del dolo (comentario a la STS 24-10-1989, Pte.: García Ancos). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2(8), 329-353.
- Politoff, S., Matus, J. y Ramírez, M. (2003). *Lecciones de Derecho Penal chileno* (2.ª Ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ragués, R. (2002). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Ragués, R. (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, (4), 13-26.
- Sánchez-Málaga, A. (2015). El dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa? *Themis. Revista de Derecho*, (68), 61-75.
- Silva, J. (2003). *Normas y acciones en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Silva, J. (2014). ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad. *InDret*, (3), 1-20.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte general*. (2.ª Ed.). Buenos Aires: Editorial Ediar.

Crímenes de guerra y grupos de delincuencia organizada: problemáticas desde el principio de congruencia y la competencia para su juzgamiento*

Dubán Rincón Angarita**

Recibido: 04 de julio de 2017 • Aprobado: 11 de abril de 2018

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a2>

RESUMEN

Aunque existen posturas teóricas dispares sobre la naturaleza de los grupos de delincuencia organizada que operan en la actualidad en Colombia, las reglas hermenéuticas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional establecen que es posible que estas agrupaciones cometan delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (también DIH), es decir, crímenes de guerra. Respecto de estos delitos, la competencia por el factor objetivo —en su vertiente de la naturaleza del asunto— corresponde a los jueces penales del circuito especializado. No obstante, dado el carácter difuso de las relaciones entre la criminalidad organizada y el conflicto armado, no sería inusitado que el fiscal yerre en la determinación del *nomen iuris* y acuse por un crimen común, y no por un crimen de guerra. El artículo pretende responder a la pregunta de cuál es la solución que debe adoptarse en estos eventos. La propuesta que aquí se presenta es que el juez debe decantarse por la declaratoria de la nulidad a partir de la presentación del escrito de acusación, como forma de armonizar las garantías del procesado con los derechos de las víctimas.

Palabras clave: crimen organizado; crimen de guerra; conflicto armado interno; competencia por el factor objetivo; principio de congruencia; nulidad procesal.

* Artículo de investigación derivado del proyecto en curso denominado *Crimen organizado y conflicto armado en Colombia: aproximación a una comprensión jurídica*, en el marco de las actividades del Grupo de Investigación Derecho, Estado y Ciudadanía, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia —seccional Armenia—. Investigador principal: Dubán Rincón Angarita. Institución que financia la investigación: Universidad La Gran Colombia —seccional Armenia—.

** Abogado, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia; magíster en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; candidato a doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Profesor e investigador, Universidad La Gran Colombia, Armenia, Colombia. Correo electrónico: rinconangduban@miugca.edu.co. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2555-227X>

War crimes and organized crime groups: problems from the congruence principle and the competence for their judgment

ABSTRACT

Although there are disparate theoretical positions on the nature of the organized crime groups currently operating in Colombia, the hermeneutical rules of the Constitutional Court's jurisprudence establish that it is possible for these groups to commit crimes against persons and property protected by international humanitarian law (also IHL), that is, war crimes. With respect to these crimes, the competence for the objective factor -in its aspect of the nature of the matter- corresponds to the criminal judges of the specialized circuit. However, given the diffuse nature of the relationship between organized crime and armed conflict, it would not be unusual for the prosecutor to lie in the determination of the *nomen iuris* and charge for a common crime, and not for a war crime. The article seeks to answer the question of what solution should be adopted in these events. The proposal presented here is that the judge should opt for the declaration of nullity from the presentation of the indictment, as a way of harmonizing the guarantees of the defendant with the rights of the victims.

Keywords: organized crime; war crime; internal armed conflict; competition for the objective factor; principle of congruence; procedural nullity.

Crimes de guerra e grupos de delinquência organizada: problemáticas desde o princípio de congruência e a competência para seu julgamento

RESUMO

Embora existam posturas teóricas díspares sobre a natureza dos grupos de delinquência organizada que operam atualmente na Colômbia, as regras hermenêuticas da jurisprudência da Corte Constitucional estabelecem que é possível que essas agrupações cometam delitos contra as pessoas e bens protegidos pelo direito humanitário internacional (DHI), ou seja, crimes de guerra. Com respeito a esses delitos, a competição pelo fator objetivo — em sua vertente da natureza do assunto — corresponde aos juízes penais do circuito especializado. Não obstante, dado o caráter difuso das relações entre a criminalidade organizada e o conflito armado, não seria inusitado que o fiscal falhasse na determinação do *nomen iuris* e acusasse por um crime comum, e não por um crime de guerra. O artigo pretende responder à pergunta de qual é a solução que deve ser adotada nesses eventos. A proposta que se apresenta aqui é que o juiz deve se inclinar pela declaratória da nulidade a partir da apresentação do escrito de acusação, como forma de harmonizar as garantias do processado com os direitos das vítimas.

Palavras-chave: crime organizado; crime de guerra; conflito armado interno; competição pelo fator objetivo; princípio de congruência; nulidade processual.

INTRODUCCIÓN

El Título II del Código Penal colombiano, contentivo de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, es una de las herramientas con que cuenta el sistema jurídico en orden a la prevención y sanción de los crímenes de guerra, conductas que desde los instrumentos internacionales —especialmente el derecho de La Haya, el derecho de Ginebra y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional— se asumen como merecedoras de un especial reproche de lesividad, por el desconocimiento de las normas mínimas para la humanización de los conflictos armados (Salmón, 2012).

No obstante, la aplicación efectiva de los tipos penales que tipifican crímenes de guerra encuentra dificultades en aquellas figuras criminales que guardan relación con comportamientos punibles de criminalidad común, pero que se diferencian por la consagración de un sujeto pasivo calificado —persona protegida por el DIH— y el elemento de modo de la conducta —que el crimen sea cometido con ocasión y en desarrollo del conflicto armado— (Departamento Federal de Asuntos Exteriores, 2014).

A título de ejemplificación, compárese el delito de lesiones en persona protegida (artículo 136 del Código Penal), frente al punible de lesiones personales (artículos 111 y siguientes, *éjusdem*). El estudio de estas conductas arroja como semejanzas que el núcleo de la acción es el mismo (causar daño en el cuerpo o en la salud).

No obstante, el comportamiento de lesiones en persona protegida es un crimen de guerra, por el carácter especial del sujeto pasivo, y por el hecho de cometerse con ocasión y en desarrollo del conflicto armado. Si se carece de estos ingredientes, la conducta será de lesiones como crimen común.

Desde la perspectiva teórica no es excesivamente ardua la diferenciación entre los dos tipos de crimen. Con todo, existen dificultades prácticas para la tipificación, sobre todo por la verificación del componente modal de la conducta —que la acción se despliegue con ocasión y en desarrollo de conflicto armado— (Organización de las Naciones Unidas, 2011). No es tampoco sencilla la constatación relativa a que un determinado actor haya cometido un crimen de guerra. Este aserto se dificulta cuando se trata de grupos de criminalidad organizada. En muchas ocasiones no es claro si la actividad versó sobre un crimen común o se llevó a cabo una conducta en el marco del conflicto (Corte Constitucional, 2016a).

Ahora bien, de ello depende además el juez competente del proceso penal. De acuerdo con las reglas adjetivas, el único funcionario judicial facultado para conocer crímenes de guerra es el juez penal del circuito especializado, al tenor del numeral 4° del artículo 35 de la Ley 906 de 2004. Puede suceder, entonces, que el proceso penal se sustanciara frente a un delito común, y a su turno, se acusó bajo dicho crimen. Pero puede acontecer que en la etapa de juicio surjan claros elementos de convicción que permitan

afirmar que el grupo de criminalidad organizada llevó a cabo un crimen de guerra, esto es, un delito contra las personas y bienes protegidos por el DIH. Aparecen, en consecuencia, problemáticas entre la competencia por el factor objetivo y el principio de congruencia en su vertiente jurídica.

Y se plantea que surgen inconvenientes respecto del principio de congruencia porque, al menos en principio, la conducta por la que debe condenarse o absolverse debe ser la misma por la que se elevó la acusación. Esta congruencia jurídica es, por tanto, una consonancia entre el pliego de cargos y la sentencia (Mendoza, 2009).

Por otra parte, la competencia para el juzgamiento de crímenes de guerra se encuentra radicada en el juez penal del circuito especializado. De forma que, si en un caso concreto, existe error en la calificación jurídica —se acusa por un crimen común cuando lo cierto es que se cometió un crimen de guerra—, la solución impacta necesariamente en la competencia por el factor objetivo (naturaleza del asunto). Por tanto, es justo preguntar: ¿Cuál es la actuación que debe realizarse? ¿Cuál es el procedimiento más acorde con el contexto de la jurisprudencia constitucional y los derechos de las víctimas?

De esta manera se motiva el problema de investigación del presente artículo, que se remite al siguiente interrogante: ¿Cuál es la solución que debe adoptarse por parte del juez, cuando en un proceso sustanciado respecto de un crimen

común cometido por miembros de grupos de delincuencia organizada aparecen claros elementos de convicción que señalan que se trata de un crimen de guerra? Por consiguiente, el objetivo general del artículo es el de establecer la solución que debe adoptarse por parte del juez, en los eventos en los que en un proceso sustanciado respecto de un crimen común cometido por miembros de grupos de delincuencia organizada aparecen claros elementos de convicción que señalan que se trata de un crimen de guerra.

La investigación se justifica desde diversas esferas: en primer término, desde la necesidad de profundizar en el entendimiento de las relaciones existentes entre la criminalidad organizada y el conflicto armado en Colombia. En segundo término, desde la necesidad de brindar una respuesta oportuna a los eventos en los que existan errores o divergencias en la fijación del *nomen iuris* por el que se realiza el llamamiento a juicio del miembro del grupo de criminalidad organizada, sus relaciones con el principio de congruencia y la competencia por el factor objetivo por la naturaleza del asunto.

Metodológicamente, se trata de una investigación con alcance correlacional entre dos fenómenos: de una parte, las relaciones entre el crimen organizado y el conflicto armado. Y de otro lado, las respuestas procesales a los casos concretos en los que existan divergencias respecto de la definición de una conducta como crimen común o como crimen de guerra, y su impacto en el principio de congruencia y el factor objetivo de competencia en

los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Asimismo, se trata de una investigación de carácter cualitativo, basada en la revisión de las fuentes primarias (normas jurídicas y pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional) y secundarias (principalmente artículos de investigación) sobre la materia.

El principal resultado que presenta el artículo es que en los casos en los que a partir de la etapa de acusación hubo error en la calificación jurídica de los hechos —pues se acusó por un crimen común cuando debió hacerse por un crimen de guerra—, y en los que es sujeto pasivo de la acción penal un miembro de un grupo de criminalidad organizada, la solución más ajustada a los criterios de los derechos de las víctimas ya la justicia material del caso concreto, es la declaratoria de la nulidad de la actuación a partir de la presentación del escrito de acusación, conforme la posibilidad que sobre el particular ofrece el artículo 456 del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto, el plan de trabajo comienza por presentar una síntesis de las posturas teóricas en torno a la naturaleza de los grupos de criminalidad organizada en Colombia. A renglón seguido, se hace énfasis en las reglas interpretativas fijadas por la Corte Constitucional respecto de la noción amplia de conflicto armado y su relación con la comisión de crímenes de guerra.

Posteriormente, se presentan los institutos jurídicos del principio de congruencia

y la competencia por el factor objetivo —naturaleza del asunto— en los eventos de crímenes de guerra. A partir de este marco, se presenta a continuación la tensión entre estos conceptos cuando se trata de error en la calificación jurídica. Seguidamente, se presentan las opciones con que cuenta el juzgador para resolver la problemática. Finalmente, se ofrece la que desde este escrito se asume como la solución adecuada a la problemática: la declaratoria de nulidad a partir de la presentación del escrito de acusación.

1. DIVERGENCIAS TEÓRICAS EN TORNO A LA NATURALEZA DE LOS GRUPOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN COLOMBIA

No ha sido pacífico el desarrollo teórico en cuanto a la toma de postura respecto de si los grupos de criminalidad organizada en Colombia tienen la calidad de actores armados del conflicto interno (Corte Constitucional, 2012a). ¿Es su principal actividad la comisión de crímenes de guerra? ¿Dificulta la problemática el hecho de que hayan recibido numerosas denominaciones, como la de *bandas criminales*, *neoparamilitares* o *grupos post desmovilización*? (Rico, 2013).

Esta multiplicidad de enfoques se afina especialmente en las discrepancias en torno al análisis de la naturaleza de los grupos que en la actualidad perfilan la criminalidad organizada en Colombia. Este interrogante tiene mucho que ver con la pregunta de si son los herederos y continuadores de la actividad paramili-

tar en la escena criminal del país (Arias, 2011). La revisión de las fuentes sobre la materia permite concluir que existen tres posiciones sobre el particular:

Para una **primera posición**, los grupos de delincuencia organizada que operan en la actualidad son, en efecto, herederos de las facciones paramilitares existentes con anterioridad al proceso de desmovilización. En este sentido, aunque se haya surtido el proceso de dejación de las armas, el mismo no implicó el desmonte de las estructuras criminales ancladas a los negocios ilícitos de los paramilitares, especialmente el narcotráfico (Pérez y Montoya, 2013). En consecuencia, quienes otrora fueran mandos medios o miembros de las agrupaciones paramilitares retomaron el control, empleando los mismos métodos de la intimidación, la corrupción y la violencia para la consecución de sus fines. Para ello, aprovecharon las redes de contactos ya existentes y el control de ciertas zonas geográficas estratégicas (Granada, Restrepo y Tobón, 2009). De ahí que sea acertado estudiarlos como grupos herederos del accionar paramilitar en Colombia. Para Prieto (2013), "la realidad muestra que estas bandas surgieron en regiones donde previamente existía presencia paramilitar y continuaron las prácticas de control social, incluida la violencia contra líderes comunitarios y otros grupos vulnerables" (p. 9).

Por estas razones, serían más atinadas las nociones de "neoparamilitares", "paramilitares de tercera generación" o "grupos post desmovilización" (Arias, 2011). A partir de estas denominaciones se refiere

también su naturaleza de ser herederos del actuar paramilitar. En este orden, el proceso de desmovilización no significó el efectivo desmonte de la estructura del aparato de guerra implementado por los grupos paramilitares (Granada, Restrepo y Tobón, 2009, p. 468).

Es de resaltar que, en muchos casos, la desmovilización fue meramente aparente, aserto que se constata si se considera que muchos cabecillas y miembros de las Bacrim fueron jefes de rango medio de las AUC que nunca se desmovilizaron, o que aparentaron sumarse a la desmovilización (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013). Por esta razón, para otras fuentes, el fenómeno de las bandas criminales debe continuar evaluándose como paramilitarismo (Amnistía Internacional, 2016). Ahora bien, el debate en torno a la naturaleza de las agrupaciones de criminalidad organizada tiene importancia a la hora de determinar la posibilidad de comisión de crímenes de guerra en el marco del conflicto armado.

En efecto, si se afirma que los grupos de crimen organizado son continuadores del paramilitarismo, es poco problemático sostener que sus conductas pueden llegar a constituir crímenes de guerra. En este orden, puede sostenerse que, si las agrupaciones paramilitares podían ser sujetos activos de delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, esto es, delitos cometidos con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, los continuadores de su actividad, es decir, los grupos de criminalidad organizada, pueden asimismo

llevar a cabo delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Para una **segunda posición**, que tradicionalmente ha sido la posición oficial, especialmente durante el mandato del presidente Uribe Vélez (Echandía, 2013), el fenómeno paramilitar finiquitó con el proceso de desmovilización, y las agrupaciones de criminalidad organizada no tienen que ver con los grupos de autodefensas.

En este sentido, aunque se trate de organizaciones criminales, sus actividades no son la continuación del accionar paramilitar en Colombia, sino que evolucionan a partir del crimen organizado, que se guía en esencia por el afán de lucro de los criminales (Kessler, 2014). En consecuencia, es más acertado denominar estas agrupaciones como "bandas criminales", nombre con el que se toma distancia respecto del accionar paramilitar. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013), oficialmente "se reconoce que algunos paramilitares desmovilizados han retomado la actividad delincriminal; pero insiste en que no hay continuidad organizativa entre los grupos paramilitares y las Bacrim" (p. 1).

La naturaleza de los grupos de criminalidad organizada, por tanto, no obedece a la continuación de la actividad paramilitar. Proviene del aprovechamiento de los vacíos de poder dejados por estos grupos, ocupados ahora por la criminalidad organizada. Este fenómeno es especialmente evidente respecto del control del negocio del tráfico de drogas. Para

Garzón (2008), tuvo lugar el reacomodo de la escena criminal en Colombia a fin de continuar las actividades ilícitas. De acuerdo con Prieto (2012), "desde el punto de vista oficial se les asignó el nombre de bandas criminales con el propósito de darle identidad a aquellos grupos que surgieron tras la desmovilización de los grupos paramilitares ocurrida entre los años 2003 y 2006" (p. 183).

Este entendimiento tiene influencia en la determinación de la tipología de las actividades ilícitas de los grupos. Si se considera que las bandas criminales no son continuadoras de las actividades de los grupos de autodefensa, es problemático afirmar, sin más, que cometen crímenes de guerra. Por consiguiente, su accionar será más cercano a los delitos comunes.

Para una **tercera posición**, puede hablarse de una naturaleza "mixta" de las agrupaciones de criminalidad organizada en Colombia. Si bien algunos de los grupos son claramente herederos de la estructura, las estrategias de control y el modo de operar de los paramilitares, otras agrupaciones ya operaban en el momento de la desmovilización, no ostentaban intereses contrainsurgentes y se dedicaban al crimen organizado. Igualmente, otras nacieron a medida que se evidenciaba el vacío de poder dejado por los grupos paramilitares (Granada, Restrepo y Tobón, 2009).

Por ejemplo, para Echandía (2013), "la dimensión contrainsurgente no fue el objetivo central de los grupos desmovilizados y, por lo tanto, las bandas del presente

tienen continuidad con las organizaciones que han existido en el país en los últimos treinta años en estrecha relación con el narcotráfico” (p. 5). Ante la heterogeneidad de esta composición, “no es pacíficamente aceptado que se trate de una nueva generación de paramilitarismo” (Latorre Iglesias y Arregocés, 2014, p. 263).

Así las cosas, puede hablarse de una naturaleza multicausal de los grupos de criminalidad organizada. Algunos serán continuadores de los paramilitares, y otros no (Granada, Restrepo y Tobón, 2009). En este sentido, y para el tema que ocupa este escrito, habrá de estudiarse en cada caso concreto la actividad de la organización a fines de determinar si lo cometido es un crimen común o un crimen de guerra (Corte Constitucional, 2012b).

En este escrito se toma posición favorable a este entendimiento multicausal del crimen organizado. Se trata de dos grandes fenómenos que convergen, y cada uno muestra una enorme complejidad: en primer lugar, el conflicto armado, con aristas difusas y variables, de un lado, y el crimen organizado, que por naturaleza tiende a ser subrepticio, pero que basa buena parte de su actividad en el ejercicio de la violencia, del otro (Kessler, 2014). De esta forma puede explicarse buena parte del paralelismo entre ambos fenómenos.

Así, desde una perspectiva *ex ante*, es imposible asumir que un grupo de criminalidad organizada comete crímenes de guerra. Habrá de establecerse, en concreto, y caso por caso, si la actividad del grupo de criminalidad organizada tuvo lugar

con ocasión y en desarrollo del conflicto armado (Corte Constitucional, 2012b).

Otro argumento de relevancia es que los tipos penales que consagran los crímenes de guerra no demandan un sujeto activo calificado. Así, y al menos en principio, cualquier persona puede ser sujeto activo de crímenes de guerra (Defensoría del Pueblo, 2014). Se requerirá, por supuesto, de la verificación de los demás ingredientes de esta forma de criminalidad, especialmente el carácter calificado del sujeto pasivo y el elemento modal de la conducta.

2. LAS REGLAS DE HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL SOBRE LA COMISIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA POR PARTE DE LAS AGRUPACIONES DE CRIMEN ORGANIZADO

Las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre este aspecto se han inclinado por el análisis caso por caso. Esto es, en virtud de la complejidad del conflicto armado, deberá estudiarse en cada evento si la conducta constituye un crimen común o un crimen de guerra. Es de reseñar que esta interpretación de la Corte hace eco de las directrices del derecho internacional humanitario, y que la labor de la Corte es la de aplicar esta preceptiva para el caso colombiano. Los pronunciamientos sobre el particular han destacado ciertas categorías:

En primer término, debe patrocinar una interpretación amplia de la expresión “con ocasión del conflicto armado interno”. Este ingrediente implica un amplio abanico de circunstancias en las que

la conducta punible puede presentarse (Corte Constitucional, 2017). Para la Corte, las infracciones al derecho internacional humanitario tienen origen, entre otras causas, en la actividad de actores armados con estructura militar o dominio territorial, en tanto consecuencia de acciones relacionadas de forma cercana y suficiente con el conflicto armado (Corte Constitucional, 2012b).

El segundo criterio a tener en cuenta es la noción amplia de conflicto armado. De acuerdo con la Corte, se trata de aquel que "reconoce toda la complejidad real e histórica que ha caracterizado a la confrontación interna colombiana" (Corte Constitucional, 2012a). Para la alta Corporación, debe rechazarse una concepción estrecha de conflicto armado, que: "(i) se limita a un conjunto específico de acciones y actores armados, (ii) se caracteriza por el uso de ciertas armas y medios de guerra, o, (iii) se circunscribe a áreas geográficas específicas" (Corte Constitucional, 2012a).

El tercer aspecto relevante es la aplicación de criterios de protección de las víctimas. En esta dirección, se asimilan tres universos de casos. En un primer grupo, existirán elementos determinantes para afirmar con un mayor grado de certeza que se está ante una conducta realizada con ocasión del conflicto armado. Un segundo grupo consagra criterios objetivos que permiten excluir ciertas conductas como no relacionadas con el conflicto armado. Finalmente, un tercer grupo, relativo a eventos en los que será imposible indicar de antemano si se guarda relación

con el conflicto, pero que tampoco podrá ser excluida, sin más. La Corte llama a estos casos "zona gris" (Corte Constitucional, 2012b).

En suma, se tiene que, para este tribunal, el tipo de actor no es el aspecto determinante para establecer si se asiste a un crimen común o a un crimen de guerra. De acuerdo con la Corte:

La condición de conflicto armado tiene lugar cuando los hechos acaecidos guardan una relación de conexidad suficiente con este, sin que sea posible establecer límites al concepto de conflicto armado, entre otros factores, a partir de la calidad o condición específica del sujeto que cometió el hecho victimizante. (Corte Constitucional, 2016a).

Se requiere, por tanto, analizar en cada caso concreto si el accionar de un grupo armado constituyó un crimen atentatorio de las personas y bienes protegidos por el DIH o de un crimen común. Para ello, de acuerdo con la Corte, se atiende a las nociones amplias de conflicto armado y de víctima.

3. LA CONGRUENCIA PROCESAL EN SUS VERTIENTES PERSONAL, FÁCTICA Y JURÍDICA: POSIBILIDADES DE MODIFICACIÓN DE LA CONGRUENCIA EN SENTIDO JURÍDICO

De acuerdo con el texto constitucional, la autoridad encargada de investigar las conductas que revistan el carácter de delito es la Fiscalía General de la Nación. Por ende, a esta institución se encomien-

da esclarecer en la fase investigativa del proceso penal si, en los casos concretos, se trata de crímenes comunes o crímenes de guerra. En la etapa del juzgamiento, deberá demostrar la pretensión elevada en el pliego de cargos.

Sin perjuicio de estas funciones, y de acuerdo con el modelo de Estado social de derecho, esta investigación de la criminalidad no puede llevarse a cabo de cualquier forma. Deben salvaguardarse las garantías fundamentales de las personas sometidas a la potestad punitiva del Estado y de los demás intervinientes, especialmente de las víctimas.

Dentro de este conjunto de principios se encuentra la congruencia procesal, es decir, la consonancia entre la acusación y la sentencia (Bazzani, 2016). Ello al tenor de lo reglado en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal.

Se tiene establecido que la congruencia puede ser fáctica, personal y jurídica (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2011). De igual forma, la jurisprudencia señala que la congruencia en sus vertientes fáctica y personal es inamovible a lo largo de la actuación. Debe garantizarse que el sujeto pasivo de la acción penal tenga certeza de que sobre él se ejerce la potestad penal —congruencia personal—, por unos determinados hechos que motivan el llamamiento a juicio —congruencia fáctica—. De allí se desprende la necesidad de que estos aspectos no sufran varianza a lo largo de la actuación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2014b).

A su turno, la congruencia en su vertiente jurídica no corre la misma suerte. Puede sufrir variaciones en la actuación. Ello no implica, sin embargo, que puede modificarse de manera libérrima por parte del acusador o del fallador. Por el contrario, se trata de una actividad procesal reglada (Mendoza, 2009). Por ende, el juzgador puede condenar por una conducta que se encuentre prevista en el mismo título del Código Penal, y que además contemple una sanción menos rigurosa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2014a).

De acuerdo con el estatuto adjetivo, una persona no puede recibir condena por hechos respecto de los que no se formuló acusación. *Prima facie*, es necesaria la correspondencia entre la conducta por la cual se sucede el llamamiento a juicio y aquella por la que finalmente es condenado el procesado. Sin perjuicio de ello, y toda vez que el proceso es una construcción paulatina de conocimiento, no son inusuales las falencias respecto del *nomen iuris* al que se adecuan los hechos por los que la persona es acusada.

No sería insólito que, al término del juzgamiento, el fallador encuentre que el punible por el que el acusado fue llamado a juicio no es el que se demostró en el juicio. De acuerdo con la posibilidad de modificación de la congruencia jurídica, el juez puede condenar por una conducta diferente de la consignada en el pliego de cargos, siempre que se reúnan las condiciones de ubicación capitular de la conducta y sanción más benigna para el acusado.

4. LA COMPETENCIA POR EL FACTOR OBJETIVO —NATURALEZA DEL ASUNTO— EN LOS CASOS DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley 906 de 2004, la competencia para conocer de los crímenes de guerra, esto es, de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, se atribuye al juez penal del circuito especializado. De manera que la norma aplica el criterio objetivo por la naturaleza del asunto. De los delitos que no tengan asignación especial de competencia conocerá el juez penal del circuito, al tenor del artículo 36 de la misma normativa.

Se recuerda que el factor objetivo de la competencia se determina por la naturaleza del asunto o por la cuantía —que en la jurisdicción penal no tiene relevancia—. De acuerdo con la Corte Constitucional, el factor objetivo de competencia “también ha sido nominado por razón del litigio o la materia y es aquel criterio que sirve para especializar las áreas de la jurisdicción: penal, civil, administrativa, etc., por eso es llamada en razón al litigio dada por el proceso y la cuantía” (Corte Constitucional, 2014).

En cuanto a los delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH, el criterio que se acoge es, evidentemente, el de la naturaleza del asunto. Para la doctrina, este criterio alude:

Al contenido de la pretensión, razón por la cual se le conoce también como la competencia por razón de la materia, pues atendiendo exclusivamente al tipo de controversia que se ventila se le atribuye la competencia a un determinado juez sin tener en cuenta ningún otro tipo de consideración. (Sanabria Santos, 2014, p. 20).

De acuerdo con Hernando Devis (1966), el factor objetivo por la naturaleza del asunto “contempla ciertos caracteres del negocio o litigio distintos de su valor, del territorio, de las funciones especiales desempeñadas por el juez en el proceso (factor funcional) y de la calidad peculiar de las partes (factor subjetivo)” (p. 111).

5. PROBLEMÁTICAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y LA COMPETENCIA POR EL FACTOR OBJETIVO EN LOS CASOS DE CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS POR LOS MIEMBROS DE LAS AGRUPACIONES DE CRIMEN ORGANIZADO

La competencia en materia penal se determina, esencialmente, mediante la presentación del escrito de acusación. En esta actuación se efectúa la imputación jurídica circunstanciada, y a partir de allí se predica la congruencia entre la acusación y el fallo. Si el fiscal acusa por un delito común, la competencia recaerá en los jueces penales municipales, en los jueces penales del circuito o en los jueces penales del circuito especializado, según sea el caso. Pero si la acusación versa sobre un delito contra las personas y bienes

protegidos por el DIH, la competencia recaerá necesariamente en el juez penal del circuito especializado, y es por ello que se afirma en este escrito que el problema de la congruencia jurídica tiene relación con la determinación de la competencia por la naturaleza del asunto.

Sin embargo, conforme el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, solamente se permite a las partes controvertir la competencia del juez en la audiencia de acusación, pues de no haber controversia, la competencia se entiende prorrogada. Con todo, la proposición jurídica completa se integra con el predicamento del artículo 456 de la Ley 906 de 2004. De acuerdo con esta norma, habrá lugar a la nulidad si la competencia para el asunto corresponde en realidad al juez penal del circuito especializado.

Supóngase entonces el evento en que debía acusarse por un delito contra las personas y bienes protegidos por el DIH y, no obstante, por una falencia en la etapa de investigación, se elabora el pliego de cargos por un crimen común, que tenga competencia radicada en juez distinto al penal del circuito especializado. Si en este evento la competencia no se controvierte en la etapa de acusación, el juez a la hora de dictar el fallo se enfrenta a un serio dilema, y cuenta con las siguientes posibilidades:

i) Puede condenar por el punible por el que se llamó al acusado a juicio. No podría el juez condenar por el delito contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional

humanitario, pues atentaría contra el principio de congruencia.

ii) Puede decretar oficiosamente la nulidad de la actuación, de acuerdo con la regla prevista en el artículo 456 de la Ley 906 de 2004. Este decreto puede tener lugar en cualquier etapa posterior a la acusación y antes de proferir sentencia. Si el juzgador advierte el error en la calificación jurídica, ordena que se retrotraiga la actuación hasta el escrito de acusación, con la finalidad de que se adecue al *nomen iuris* violatorio de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH. Ello implica, por fuerza, la modificación de la competencia, pues el criterio determinante es el factor objetivo por la naturaleza del asunto.

En todo caso, lo que aparece claro procesalmente es que el juez no puede condenar en la sentencia por un crimen de guerra, si es que en el pliego de cargos se acusó por un delito común, ya que no pertenecen al mismo título del Código Penal y porque, eventualmente, el crimen de guerra contendrá una pena más severa que la del delito común. Cada una de estas eventualidades ofrece consideraciones de importancia. En efecto:

En una primera posibilidad, el juez condena por el delito por el que la persona fue llamada a juicio, aunque la realidad fáctica arroje que se trata de un crimen contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. En este evento, el acusado obtendrá un inmerecido beneficio, que colisiona

con los derechos de las víctimas, especialmente el derecho a la justicia. La actuación del Estado debe imponer las correlativas sanciones a los infractores. Por ello, no aparece materialmente justo que se condene por un delito con pena menor. Paradójicamente, en este caso no se vulneraría el principio de congruencia, pues se condena por el mismo delito por el que se elevó el pliego de cargos. No obstante, esta solución conduce a la aludida vulneración de los derechos de las víctimas.

En una segunda posibilidad, el juez declara la nulidad de la actuación a partir de la presentación del escrito de acusación, con la finalidad de que se adecue a derecho, mediante la determinación clara de la congruencia jurídica. Al modificarse el *nomen iuris* de la conducta, necesariamente se modifica la competencia, que recaerá en el juez penal del circuito especializado. Esta posibilidad acarrea igualmente problemáticas, por cuanto:

- i) La Fiscalía es la entidad titular de la acción penal, y la actuación del juez podría significar una invasión en la competencia del ente acusador que, en tanto dueño de la acusación, determina el *nomen iuris* por el que se convocará a la persona procesada al juicio.
- ii) De otra parte, es aún más problemático aceptar que los errores cometidos por el Estado en ejercicio de la potestad punitiva pueden ser cargados al procesado. La declaratoria de nulidad implica, en la práctica, una

nueva oportunidad para que el Estado enmiende sus errores y realice nuevamente las etapas de acusación y juzgamiento, con impacto en los derechos fundamentales de los acusados.

¿Cómo resolver el conflicto entre estas dos posibilidades? Desde este escrito, se plantea como la solución más adecuada la declaratoria de la nulidad. Debe ordenarse que se rehaga la actuación desde la presentación del pliego de cargos, por las siguientes razones:

Si se atiende al concepto amplio de conflicto armado, la urdimbre entre la criminalidad organizada y el conflicto genera dificultades a la hora de tipificar adecuadamente las conductas. Con todo, en caso de duda debe prevalecer la situación que genere mayor cobertura para los derechos de las víctimas (Corte Constitucional, 2017).

Esta protección de los derechos de las víctimas se hace necesaria en virtud de la adopción del paradigma de la justicia restaurativa en el proceso penal colombiano (Gaviria, 2011). El enjuiciamiento criminal deja de percibirse como un conflicto que se sucede únicamente entre el acusado y el Estado (Maier, 1992). La necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral conduce a que el proceso en sí mismo deba analizarse como un espacio de desvictimación (Sampedro, 2010).

En otro pronunciamiento, manifestó la Corte que:

Esto es, probada la existencia de una afectación grave de derechos humanos o de una infracción de las normas del derecho humanitario, en caso de duda sobre la inserción de la conducta lesiva en el marco del conflicto, debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima. (Corte Constitucional, 2016b).

Por tanto, debe prestarse atención a la realidad misma de los hechos jurídicamente relevantes. Es decir, si la hipótesis investigada se corresponde con un crimen de guerra, es por dicha figura por la que debe surtirse la actuación. Ello genera de suyo la incompetencia del juez que conoce, y habrá de acudirse en consecuencia a la declaratoria de nulidad.

Debe acudirse a la noción amplia de víctimas. De acuerdo con las previsiones de la jurisprudencia constitucional, es necesario acudir a las determinaciones que más las favorezcan, con dependencia de la realidad de los sucesos concretos. Como se propone, la condena por un delito común impacta negativamente el derecho a la justicia de las víctimas. Por consiguiente, es razonable entender que la solución más adecuada es la declaratoria de nulidad.

Debe insistirse en que esta problemática de la competencia no es un prurito formalista. Con esta institución se realizan los principios de juez natural y el debido proceso, ambos de relevancia constitucional. Toda la estructura de la rama judicial atiende al cumplimiento de este axioma. La especialización de la jurisdicción realiza la seguridad jurídica, pues

prevé que el juez competente sea el juez especializado en determinados asuntos.

En los eventos de delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH se halla en juego el debate sobre graves violaciones de derechos humanos. Por ende, se requiere la mayor atención del Estado en la solución del conflicto, especialmente cuando los sujetos activos del crimen de guerra son miembros de organizaciones criminales, que se hallan inmersas en la vorágine de relaciones con el conflicto armado.

CONCLUSIONES

La posición de la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la necesidad de establecer caso por caso los tipos de crímenes que pueden cometer las agrupaciones de delincuencia organizada debe saludarse con beneplácito, puesto que supera las consideraciones respecto de la naturaleza del grupo como instancia previa al establecimiento de los tipos de crímenes que realicen. En ello, se insiste, la Corte hace eco de la posición actual de derecho internacional humanitario (Defensoría del Pueblo, 2014).

Con las decisiones de la Corte Constitucional analizadas, queda claro que un grupo de criminalidad organizada puede ser sujeto activo de delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, ya sea que su naturaleza se derive del accionar de los grupos paramilitares o no. Los puntales para esta determinación son, como se vio, la noción amplia de conflicto armado y el

concepto amplio de víctima. Estos institutos representan criterios hermenéuticos favorables al contexto de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Colombia y los derechos fundamentales de las víctimas.

Ahora bien, estos criterios hermenéuticos llevan a que, en la práctica, existan dificultades en su aplicación. A efectos de este escrito, se tomó el universo de casos que son competencia de los jueces penales del circuito especializado, es decir, en aplicación del factor objetivo de competencia por la naturaleza del asunto, cuando se trata de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, que son siempre competencia del juez penal del circuito especializado.

Las falencias en la actividad investigativa pueden conducir a que se llame a juicio por un delito común, cuando debía acusarse por un crimen de guerra. En este evento, surgen dos posibilidades: i) que el juez condene por el delito común, evidenciándose en este caso un impacto negativo en los derechos de las víctimas, especialmente en el derecho a la justicia; ii) que el juez decrete la nulidad, en seguimiento de la regla prevista en el artículo 456 del Código de Procedimiento Penal, que permite dicha declaratoria cuando el asunto corresponde a la competencia del juez penal del circuito especializado.

Así, la tesis central que se adoptó en el presente artículo es que en estos casos la solución que mejor se adapta a las

necesidades de justicia material y los derechos de las víctimas es la declaratoria de la nulidad. Esta solución —aunque presta buen favor a los derechos de las víctimas, la conservación del principio de juez natural y al seguimiento de las reglas hermenéuticas fijadas por la Corte Constitucional— no deja de impactar en el peso que soportará el miembro del grupo de criminalidad organizada al que se someta a potestad punitiva, pues habrá de cargar con las falencias cometidas por el ente acusador.

REFERENCIAS

- Amnistía Internacional. (2016). *Informe 2015/16 Amnistía Internacional. La situación de los Derechos Humanos en el mundo*. Recuperado de <https://www.amnesty.org/download/Documents/POLI025522016SPANISH.PDF>
- Arias, A. (2011). Neoparamilitares-Bacrim: acciones de interferencia para las elecciones locales de 2011. En Grupo técnico mapas de riesgo electoral. MOE (Realizadores), *Mapas y factores de riesgo electoral: elecciones locales y regionales, octubre 2011* (pp. 250-255). Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris.
- Bazzani, D. (2016). *El principio de congruencia y la variación de la calificación en el proceso penal colombiano: propuesta de solución*. Ponencia. Recuperado de https://www.acj.org.co/images/descargas/trabajos_academicos/Ponencia-Dario-Bazzani.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Denuncias de violaciones de derechos humanos cometidas por paramilitares en Colombia*. Audiencia en el 149º periodo ordinario de sesiones, 31 de octubre de 2013.
- Congreso de la República. (2004). Ley 906 de agosto 31 por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 45 657. Bogotá.

- Corte Constitucional. (2012a). Sentencia C-781 de octubre 10. M.P. Calle Correa, M.
- Corte Constitucional. (2012b). Sentencia C-253A de marzo 29. M.P. Mendoza Martelo, G.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-308 de mayo 28. M.P. Pretelt Chaljub, J.
- Corte Constitucional. (2016a). Sentencia C-069 de febrero 18. M.P. Guerrero Pérez, L.
- Corte Constitucional. (2016b). Sentencia T-290 de junio 2. M.P. Rojas Ríos, A.
- Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-163 de marzo 13. M.P. Ortiz Delgado, G.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2011). Rad. 34.022 de junio 8. M.P. Socha Salamanca, J.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2014a). Rad. 38.725 de enero 22. M.P. Fernández Carlier, E.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2014b). Rad. 40.409 de noviembre 6. M.P. Patiño Cabrera, E.
- Defensoría del Pueblo. (2014) ¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario? Recuperado de <http://campusvirtual.defensoria.gov.co/wp-content/uploads/2016/10/Que-es-el-derecho-internacional-humanitario.pdf>
- Departamento Federal de Asuntos Exteriores. (2014). *El ABC del Derecho Internacional Humanitario*. Recuperado de https://www.eda.admin.ch/dam/eda/es/documents/publications/GlossarezurAussenpolitik/ABC-Humanitaeren-Voelkerrechts_es.pdf
- Devis Echandía, H. (1966). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar.
- Echandía Castilla, C. (2013). Narcotráfico: génesis de los paramilitares y herencia de bandas criminales. *Fundación Ideas para la Paz. Informes FIP*, (19). Bogotá.
- Garzón, J. (2008). *Mafia y Co. La red criminal en Ciudad de México, Brasil y Colombia*. Bogotá: Planeta.
- Gaviria Londoño, V. (2011). *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio* (4.ª Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Granada, S., Restrepo, J. y Tobón García, A. (2009). Neoparamilitarismo en Colombia: una herramienta conceptual para la interpretación de dinámicas recientes del conflicto armado colombiano. En J. Restrepo y D. Aponte (Eds.), *Guerra y violencias en Colombia: herramientas e interpretaciones* (pp. 467-500) (3.ª Ed.). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Kessler, G. (2014). Crimen organizado en América Latina y el Caribe: ejes de debate sobre narcotráfico, tráfico de armas y de personas. En Z. Betancur y J. Alfredo. (coords.), *El laberinto de la inseguridad ciudadana: bandas criminales, seguridad de fronteras y regímenes penitenciarios en América Latina* (pp. 17-38). Buenos Aires: Universidad Autónoma de Ciudad Juárez y CLACSO.
- Latorre Iglesias, E. y Arregocés, F. (2014). Caracterización de la formación y estructuración de las bandas criminales en el Departamento del Magdalena. *Advocatus*, 11 (2), 261-279.
- Maier, J.B. (1992). La víctima y el sistema penal. En J. Maier (Ed.), *De los delitos y de las víctimas* (pp. 147-173). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Mendoza Díaz, J. (2009). La correlación entre la acusación y la sentencia: una visión americana. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (24), 149-171.
- Organización de las Naciones Unidas. (2011). *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*. Recuperado de http://www.cdih.gob.pe/cdih/wp-content/uploads/2017/02/1.-DH_conflictos_armados.pdf
- Pérez Salazar, B. y Montoya Cely, C. (2013). *Las Bacrim después de 2013: ¿pronóstico reservado? Informe de investigación a diciembre de 2013*. Bogotá: Fundación Paz y Reconciliación. Recuperado de <http://www.pares.com.co/>

- wp-content/uploads/2013/12/Informe-2013-Bacrim1.pdf <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Daniel%20Rico.pdf>
- Prieto, C. (2012). *Bandas criminales en Colombia: ¿amenaza a la seguridad regional? Ópera*, (12), 181-204.
- Prieto, C. (2013). *Las Bacrim y el crimen organizado en Colombia*. Friedrich Ebert Stiftung. Programa de Cooperación en Seguridad Regional. Bogotá. Recuperado de <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/09714.pdf>
- Rico, D. (2013). *La dimensión internacional del crimen organizado en Colombia: las Bacrim, sus rutas y refugios*. Wilson Center, Latin American Program. Washington. Recuperado de <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Daniel%20Rico.pdf>
- Salmón, E. (2012). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Comité Internacional de la Cruz Roja*. Lima: Cruz Roja.
- Sampedro Arrubla, J. (2010). *Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Sanabria Santos, H. (2014). *Factores de atribución de la competencia de los jueces civiles en el Código General del Proceso*. Recuperado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/01henry-sanabria.pdf>

Práticas anticoncorrenciais das gigantes da internet no contexto brasileiro*

Jânia Maria Lopes Saldanha**
Guilherme Pittaluga Hoffmeister***
Clara Rossatto Bohr****

Recebido: 18 de novembro de 2017 • Aprovado: 11 de junho de 2018
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a3>

RESUMO

A sociedade em rede potencializa a utilização das tecnologias da informação e comunicação, sobretudo a internet. Grandes empresas que atuam nesse ramo se estabelecem como verdadeiras "gigantes" e determinam novas dinâmicas de poder e desafios a uma regulação democrática da internet. Este trabalho visa mapear algumas práticas anticoncorrenciais das gigantes da internet a partir da análise de algumas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no contexto brasileiro e de outros órgãos responsáveis por coibir práticas de truste no âmbito internacional; para isso, utiliza uma abordagem dedutiva, a partir de um plano de fundo sistêmico-complexo. Busca-se desenvolver, ainda, reflexões acerca da possibilidade de uma regulação democrática que tenha o condão de evitar abusos desses gigantes da internet.

Palavras-chave: Brasil; gigantes da internet; práticas anticoncorrenciais; poder; sociedade em rede.

* O presente trabalho é derivado da apresentação realizada pela autora em 13 de dezembro de 2016 na Université Paris Descartes, no colóquio Propriété(s) et données. Os autores agradecem ao convite das organizadoras, professora Nathalie Marthial-Braz (Université Paris Descartes) e professora Célia Zolynski (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines).

** Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, Brasil. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, Brasil. Pós-doutora em Direito do Institut des Hautes Études sur la Justice (IHEJ), Paris, França. É coordenadora e professora do Departamento de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, Brasil. Coordenadora do Centro de Ciências Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça da mesma universidade, inscrito no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), Santa Maria, Brasil. E-mail: janiasaldanha@gmail.com

*** Graduado em Direito pela Universidade Franciscana, Santa Maria, Brasil. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, Brasil. Membro do grupo de pesquisa Núcleo de Direito Informacional da mesma universidade, inscrito no CNPq, Santa Maria, Brasil. E-mail: gphoffmeister@gmail.com

**** Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, Brasil. Bolsista de iniciação científica no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (Pibic-CNPq). Membro do Centro de Ciências Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça da Universidade Federal de Santa Maria, inscrito no CNPq, Santa Maria, Brasil. E-mail: clararossatto96@gmail.com

The anti-competitive practices of the internet giants corporations in the brazilian context

ABSTRACT

The networked society promotes the use of information and communication technologies, especially the Internet. Large companies acting in this way establish themselves as real "giants" and determine new power dynamics and challenges to a democratic regulation of the Internet. The work seeks to map some anti-competitive practices of the "giants of the Internet" from the analysis of some decisions of the Administrative Council of Economic Defense in the Brazilian context and other bodies responsible for inhibiting trust practices in the international environment; for such, it uses a deductive approach, from a systemic-complex background plan. It also seeks to develop reflections on the possibility of a democratic regulation aimed at preventing abuses of these "Internet giants".

Keywords: Brazil; internet giants; anti-competitive practices; power; networked society.

Las prácticas anticompetitivas de los gigantes del internet en el contexto brasileño

RESUMEN

La sociedad en red potencia la utilización de las tecnologías de la información y comunicación, sobre todo el internet. Grandes empresas que actúan en ello se establecen como verdaderas "gigantes" y determinan nuevas dinámicas de poder y desafíos a una regulación democrática del internet. El trabajo busca mapear algunas prácticas anticompetitivas de los "gigantes del internet" desde el análisis de algunas decisiones del Consejo Administrativo de Defensa Económica en el contexto brasileño y de otros órganos responsables de cohibir prácticas de *trust* en el ámbito internacional; para tal, utiliza un enfoque deductivo, desde un plan de fondo sistémico-complejo. Se busca desarrollar reflexiones acerca de la posibilidad de una regulación democrática que tenga el objetivo de evitar abusos de estos "gigantes del internet".

Palabras clave: Brasil; gigantes del internet; prácticas anticompetitivas; poder; sociedad en red.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa apresentar algumas reflexões acerca da relação entre regulação da internet e o poder das empresas denominadas *gigantes da internet*¹ para compreender a dinâmica organizacional da sociedade em rede. Esse é um antecedente necessário para otimizar a avaliação quanto à real possibilidade de efetivação de uma regulação democrática que evite práticas abusivas dessas gigantes no que tange ao direito concorrencial.

A expansão em qualidade e quantidade da utilização de computadores e da internet torna fundamental discutir quais os limites e os desafios que se apresentam à proteção de atores menores em face das gigantes que atuam no campo das novas tecnologias de informação e comunicação.

A dificuldade em garantir uma regulação concreta da internet é um dos desafios à consolidação de uma sociedade efetivamente democrática. De fato, a complexidade das relações que se estabelecem e que compõem o quadro da sociedade em rede exige uma análise jurídica que transcenda a esfera puramente dogmática.

Com efeito, o tema que será discutido se caracteriza pela sua dinamicidade, não

linearidade, dialética evolutiva, intensidade e ambivalência. E, por reunir os mais variados interesses, está sujeito aos influxos do poder econômico e político. Reconhecer a complexidade do tema permitirá abordá-lo sem a pretensão de oferecer respostas definitivas ou exaustivas, objetivando-se apenas contribuir com notas reflexivas sobre como o Brasil tem decidido acerca da temática que envolve o direito concorrencial a partir da grande expansão da internet².

Para cumprir esse objetivo, esta exposição está dividida em duas partes: na primeira, faz-se uma análise da importância das tecnologias de informação no contexto do mundo globalizado, de sua relação com o crescimento e expansão de empresas que dominam o mercado nessa área, hoje consideradas verdadeiras gigantes; finalmente, dos desafios de ordem estrutural necessários à regulação democrática nesse campo.

Na segunda parte, verifica-se o estado da questão acerca das práticas anticoncorrenciais das *gigantes da internet* no mundo, em razão do exercício de poder e das relações econômicas no quadro da sociedade em rede. Ao final, o foco de análise é o contexto brasileiro, cujo objetivo é contribuir com o diálogo internacional na busca de soluções para essa questão tão importante na atualidade.

¹ A expressão *gigantes da internet* será utilizada em referência à figura do gigante, clássico personagem de proporções colossais que, ao longo dos tempos, esteve sempre presente na literatura, ora de forma mais atrapalhada, ora de forma mais arguta.

² Sobre a abordagem complexa, pode-se consultar Morin (2003, p. 8).

1. **UM CENÁRIO TECNOLIBERAL: O PODER DAS GIGANTES DA INTERNET E OS DESAFIOS À REGULAMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTEXTO GLOBAL**

A humanidade do século XX conheceu uma alteração significativa nos processos de desenvolvimento tecnológico, econômico, cultural, histórico, jurídico, político e social. Esses processos, somados, desenharam paulatinamente um outro tipo de sociedade nomeada, por Manuel Castells (2007), de "sociedade em rede", na qual a internet assumiu um papel de centralidade. Entretanto, é necessário dizer que, na reta final da segunda década do século XXI, a internet *é apenas uma parte do ambiente informacional*.

De fato, o tempo da "idade do acesso" (Sadin, 2016, p. 29) por meio das telas dos computadores, que caracterizou o "momento internet", representado pelas comunicações virtuais que, ao longo de algumas décadas, massificaram-se, fez emergir o protagonismo das novas tecnologias da informação e comunicação (TIC) que, como é sabido, não cessa de se intensificar. Mas, ao lado dessa era, surge outra de forma incontestada. Trata-se da "era da medida da vida" (Sadin, 2016, p. 29). A gestão de dados por meio do *big data* (Bourcier e De Filippi, 2016), o controle algorítmico da vida humana e a organização massivamente automatizada das sociedades são três dimensões que caracterizam a profunda mudança ocorrida na natureza do mundo informacional.

Ao se assumir que o desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação

são, ao mesmo tempo, causa e efeito de um novo modelo organizacional da sociedade — o da "economia dos dados" (Bourcier e De Filippi, 2016, p. 20) —, é preciso pensar no inevitável surgimento de interesses relativos ao controle dessas tecnologias porque representam um novo tipo de exercício de poder compreendido como "tecnoliberalismo". Seduzidos pelas soluções milagrosas prometidas pelo mundo das grandes empresas de TIC, os governos dos Estados, em diferentes partes do mundo, têm sucumbido à "economia dos dados" na esperança de antecipar o futuro e dar respostas — importantes do ponto de vista eleitoral — sobre temas que estão na ordem do dia, como o crescimento e o emprego. Então, os políticos surgem como os principais porta-estandartes do que Éric Sadin denomina de "silicolonização do mundo".

O tecnoliberalismo, longe de ser mera ficção ou expressão de mentes criativas, é a consequência mais imediata da absorção do público pelo privado que comprova a estreita simbiose entre a técnica, a economia e a política, cujo resultado mais tocante é o triunfo econômico de empresas que exercem poder sobre vários âmbitos da vida humana e impõem a mercantilização da vida a partir de seus próprios interesses (Sadin, 2016, p. 32).

Para garantir o exercício de poder, essas empresas, que assumiram uma posição de destaque no oferecimento de produtos e serviços no alvorecer do processo de crescimento da internet, acabaram se tornando verdadeiras gigantes. Juntamente do poder econômico decorrente de seu

crescimento, adveio, por conseguinte, o poder político e, com ele, a capacidade de influenciar a regulamentação do mundo virtual no âmbito dos Estados e de suas jurisdições.

O presente capítulo objetiva, em um primeiro momento (1.1), fazer um panorama do atual estado de coisas da sociedade em rede, a fim de explicar o contexto em que surgiram e se desenvolvem as *gigantes da internet* e o processo pelo qual se deu o seu acúmulo de poder. Em um segundo momento (1.2), busca-se verificar os desafios que se colocam a uma regulamentação democrática da internet, no contexto global, tendo em vista os interesses e o poder político e econômico exercido pelas *gigantes da internet*.

1.1 A configuração das relações de poder das gigantes da internet na atualidade

Não há dúvida de que o alvorecer do século XXI se configura como um período histórico absolutamente diverso de qualquer outro observado até então. A sociedade em rede é causa e efeito de diversas alterações nas dinâmicas relacionais em todo o mundo. Na proporção direta da perda de protagonismo dos Estados para determinar os modelos de sociedades sob a perspectiva econômica e política, ocorreu o agigantamento de algumas empresas que, se do ponto de vista de sua origem jurídica e administrativa estão estabelecidas em um ponto preciso do planeta — o Vale do Silício —, são desterritorializadas em razão de sua larga atuação global.

É evidente que entre essas causas e efeitos, a desterritorialização pode ser assumida como um deslocamento profundo do “terreno” onde ocorrem as relações de poder (Castells, 2015, p. 96). Ora, o fim do “nacionalismo metodológico”, de que falou Ulrich Beck (2002), em razão do aparecimento de atores concorrenciais aos Estados na cena internacional, já não é mais nenhuma novidade. No entanto, ajuda a explicar o lugar central que assumiram determinados atores privados na agenda das relações internacionais e das políticas estatais, como é o caso das grandes empresas transnacionais de informação e comunicação.

Se o poder é a capacidade relacional que permite a um ator social influenciar assimetricamente as decisões de outros atores sociais de forma a favorecer a vontade, os interesses e valores do ator que detém o poder, as novas formas de governabilidade antevistas por Foucault e instauradas pelas tecnologias de comunicação e informação são a prova hoje dessa assimetria por exercerem um enorme poder de influência sobre a vontade humana, que é, cada vez mais, reduzida à força dos protocolos automatizados das empresas, à engenharia organizacional e à orientação robotizada dos gestos humanos.

Nesse sentido, os Estados, que tradicionalmente representaram a manifestação do exercício de poder, porquanto atores primeiros a envolver-se em relações destinadas a exercer dominação sobre os sujeitos, antes de serem confrontados com a nova economia informacional, são seus

ávios consumidores. Esse relacionamento entre poder público e poder privado, que deu origem ao “tecnoliberalismo”, é a prova cabal de que o mundo informacional não existe como um ser separado. Ele não apenas alterou profundamente as condições de atuação estatal, mas também determinou o predomínio dos interesses das indústrias dirigidas ao lucro a qualquer preço sobre os interesses das pesquisas científicas.

Por isso, pode-se facilmente constatar que o poder das grandes empresas de TIC não é neutro. Ele não constitui um atributo em si mesmo, na medida em que se manifesta sempre no âmbito relacional entre atores sociais e estabelece processos assimétricos de governabilidade. Tais processos prescindem da faculdade de julgamento e de ação porque neutralizam a consciência e a espontaneidade humana, razão pela qual inauguram novos tipos de totalitarismos muito mais fortes do que as meras restrições da liberdade, como tão bem identificou Hannah Arendt (2002, pp. 190-191).

O localismo globalizado (Santos, 2006, p. 438) nascido na linha do “horizonte radiante do Pacífico” (Sadin, 2016, p. 19) e na terra da Califórnia, o antigo estado do “ouro” americano, convertido no “estado do silício”, desenha a “nova América” do século XXI não apenas territorializada, mas, antes, detentora de um espírito desterritorializado, ou seja, o do “Vale do Silício” (Sadin, 2016, p. 21). As vitórias sucessivas das grandes empresas de TIC são a prova evidente do sucesso empresarial e industrial na presente época e

que, por meio delas, assumiu uma posição dominante sobre o mercado global, percebida no aumento de sua capacidade de exercício de poder. Nesse contexto, alguns atores que sequer existiram antes do advento da internet — como é o caso da Apple, Google, Facebook, Cisco, Netflix, Instagram, Twitter, Intel, por exemplo — gozam de uma posição de elevado destaque no quadro da sociedade em rede.

É preciso levar em conta, ao mesmo tempo, que, no processo de cristalização das relações de poder, atores moldam instituições na medida de suas possibilidades ao mesmo tempo que são moldados por elas (Giddens, 2009). Assim, à medida que a estrutura organizacional da sociedade se altera, sobretudo quando se modificam também as formas de sociabilidade e a influência política e econômica dos atores envolvidos no processo, a alteração das relações de poder é uma consequência inevitável do processo.

Um ranking publicado pela revista *Fortune* (Gandel, 2016) aponta para quatro grandes empresas no ramo dos computadores e da internet entre as cinco mais valiosas e rentáveis no mercado mundial: Apple, Alphabet (conglomerado empresário que é proprietário da Google), Microsoft e Facebook. Para se ter uma dimensão do que isso representa economicamente, os lucros dessas empresas superam o Produto Interno Bruto de mais de uma centena de países no ano de 2015, segundo os rankings do Banco Mundial, do Fundo Monetário Internacional e da Organização das Nações Unidas.

A Google Inc., por exemplo, desde a sua fundação em 1998 (Google, 2014)³, cresceu em proporções absolutamente extraordinárias (Statista, 2016)⁴ e expandiu o seu domínio para muito além do motor de buscas. Outros softwares da empresa como o editor de fotos Picasa, a antiga rede social Orkut, a plataforma de e-mail Gmail, o navegador Google Chrome, além da liderança no desenvolvimento do sistema operacional Android, colocam a Google entre as maiores.

Em outras palavras, algumas empresas do ramo da internet se tornaram verdadeiras gigantes. Porém, se em Cervantes os “gigantes” não passavam de inofensivos moinhos de vento, as empresas que são chamadas de gigantes no atual contexto da internet não são caracterizadas pela inofensividade. Ao contrário, a sua marca é justamente um sofisticado domínio tecnológico capaz de projetá-las entre as companhias não apenas mais valiosas do planeta, mas também mais poderosas em razão de um específico saber-poder que aspira “pilotar” o curso da vida humana (Sadin, 2016, p. 114).

A percepção de Steve Jobs de que era necessário investir mais sobre o “meio ambiente” e sobre a relação “homem-má-

quina” deu origem às máquinas intuitivas criadas pela Apple Inc. e representadas não apenas numa cadeia de hardwares, da qual são exemplos o Macintosh, o Ipod, o iPhone, o iPad, a Apple TV, o Apple Watch, quanto nos softwares que lhes são embutidos, como os sistemas operacionais iOS, para dispositivos móveis, o navegador de mídia iTunes, o navegador Safari, entre outros. A Microsoft Corporation também fabrica, licencia, desenvolve, apoia e vende softwares de computador, produtos eletrônicos, computadores e serviços pessoais.

Além dessas, outros *gigantes da internet* como o Facebook, a rede social mais utilizada do mundo, e a Amazon, empresa transnacional de comércio eletrônico nos Estados Unidos, despontam como destaque no ramo de negócios virtuais.

A razão do agigantamento das empresas que têm se destacado no setor de computadores e internet é, conforme já evidenciado, o fato de serem as responsáveis pelo aperfeiçoamento tecnológico e informacional que caracteriza — e possibilita — a alteração dos padrões de sociabilidade humana e a reorganização da sociedade numa organização em rede (Castells, 2015)⁵. Nesse quadro, a utilização de TIC potencializa esse processamento, como é o caso do uso dos algoritmos ou do *big data*. Elas são programadas e, ao mesmo

³ Andy Bechtolsheim assina um cheque de 100 mil dólares para uma entidade que ainda não existe: uma empresa chamada Google Inc.

⁴ De acordo com o website Statista, enquanto os ganhos com publicidade da Google giraram em torno de 400 mil dólares no ano de 2002, no ano de 2016, os lucros com o mesmo setor ultrapassaram a casa dos 74,5 bilhões de dólares. Além disso, o valor de mercado da empresa está acima de 373 bilhões de dólares.

⁵ Rede é um conjunto de nós interconectados, na qual os mais importantes são chamados de *centros*. Na sociedade em rede, a importância dos nós é diretamente proporcional à capacidade de absorver informações mais relevantes e de processá-las de maneira mais eficiente (Castells, 2015).

tempo, autoconfiguráveis (Castells, 2015, p. 67). Sua estrutura evolui de acordo com a capacidade da rede de se autoconfigurar em uma busca permanente por combinações de redes mais eficientes. O resultado é a consolidação de diversas redes mundiais globais que operam simultaneamente, ancoradas no paradigma da aceleração do ritmo da vida, da vida cotidiana e da técnica, para lembrar Armut Rosa (2010).

A grande novidade é a transferência dessa lógica claramente perceptível no âmbito tecnológico informático para as demais estruturas sociais. Características de redes informacionais digitais — como a flexibilidade, a escalabilidade e a capacidade de sobrevivência — são perceptíveis no século XXI, também na forma de organização adotada pelos Estados em sua interação com outros atores que ganham projeção nesse novo cenário, em uma perspectiva interativa e globalizada.

É preciso ter em mente, porém, que o fenômeno de mundialização a partir da manifestação de redes globais não representa a evolução ou o aperfeiçoamento humano, mas apenas um novo modelo de sociabilidade que resulta do incremento capitalista provocado pela tecnologia. É em virtude dessa alteração que ocorre o deslocamento do terreno onde são produzidas as relações de poder. O *ciberespaço* ou “espaço-tempo cibernético” (Virilio, 1996, p. 122) assume a condição de um sexto continente desespacializado.

Diante desse rearranjo e deslocamento observado em relação à potencialidade do exercício de poder, fruto da sobre-

posição de redes globais que diluem as tradicionais fronteiras do Estado-nação, é necessário refletir acerca dos limites que se colocam a uma regulamentação democrática de demandas que se apresentam no quadro de uma sociedade em rede global.

1.2 Os Desafios à Regulamentação Democrática no Contexto Global

Essa parte do trabalho visa mapear alguns dos desafios que se colocam a uma regulamentação efetivamente democrática da internet, dado que resta evidenciado o grande poder político e econômico exercido pelos gigantes que, em grande medida, a controlam. Devido ao fato de a internet se desenvolver em uma dimensão mundial, os desafios que se colocam à sua regulamentação assumem contornos que devem ser igualmente pensados a partir de uma perspectiva global.

Desse ponto, é possível elencar desafios para a regulamentação da internet que podem ser separados em cinco níveis: (1) a possibilidade de os Estados regularem uma área fortemente permeada pelo paradigma da aceleração e que não conhece limites tecnológicos, espaciais e temporais; (2) a partir de sua regulação, a forma a qual se dará o alinhamento com outros Estados; (3) o suporte da internormatividade advinda da *soft law*, por meio da qual atuam os gigantes, uma vez que são feitas à revelia dos legisladores nacionais; (4) a regulação de uma área em que os gigantes do setor adquiriram poder econômico tal a ponto de exercer uma influência enorme por sobre pratica-

mente todos os domínios da vida social, inclusive os relativos à regulação, e (5) as implicações éticas e democráticas que se refletem nesse processo.

Quanto à primeira questão, como se pode observar na primeira parte do capítulo, o *nacionalismo metodológico* foi corretamente contestado por Ulrich Beck, uma vez que a globalização redefiniu substancialmente os limites territoriais do exercício de poder. No quadro da sociedade em rede, o global supera o local. Em uma “arquitetura digital cosmopolita” (Beck, 2013, p. 32), atrelada ao paradigma da aceleração e na perspectiva do espaço-tempo, verifica-se a evidente diluição dessas categorias no plano do ciberespaço.

Em outras palavras, o primeiro desafio à regulação da internet é decorrência direta do efeito da aceleração operada pela nova dinâmica advinda com a globalização, através das TIC. Ao mesmo tempo, a aceleração provocada por essas tecnologias se institui enquanto uma nova forma de totalitarismo e como produtora de uma profunda alienação.

Totalitarismo porque se constitui em um princípio abstrato que (1) exerce pressão sobre as vontades e ações dos sujeitos; (2) dele não se pode escapar, ou seja, afeta a todos; (3) é onipresente, porquanto se estende a todos os aspectos da vida social e (4) é difícil de criticar ou de combater. E *alienação* que se expressa em cinco dimensões: (1) em relação ao espaço; (2) em relação às coisas; (3) em relação às ações; (4) em relação ao tempo e (5) em relação aos outros (Saldanha, 2013, pp. 183-184).

É nesse campo em que a regulação da internet tem de operar. Impossível, portanto, não se deparar com as dificuldades que derivam de uma estrutura sujeita à lógica acelerada e ao desenvolvimento tecnológico constante. A internet é, por excelência, aberta, internacional, múltipla e possui uma arquitetura própria⁶. O que se constata, por muitas vezes, é uma atual impossibilidade material de resguardar certos direitos que perpassam por ela — e regular ela própria — satisfatoriamente.

Assim, à medida que as novas tecnologias vão se desenvolvendo, é necessário que o Estado se ocupe de atualizar a legislação a fim de resguardar a proteção de direitos e de regular a internet. Até o momento, a legislação que melhor se enquadra à regulamentação da internet no contexto brasileiro é a Lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet (Brasil, 2014).

A aposta brasileira foi a de investir em uma legislação forte em princípios, uma vez que é difícil regulamentar uma área que se altera tão rapidamente, sobretudo em razão do desenvolvimento de tecnologias cada vez mais sofisticadas e inovadoras. Ainda assim, é impossível não

⁶ A arquitetura da rede, por exemplo, é responsável pela forma como o controle é exercido na web. Diferentes arquiteturas de sistemas exercem diferentes efeitos nas taxas e na concentração da inovação. Ainda que, enquanto em uma arquitetura baseada em um núcleo central de controle (*core-centred architecture*), os operadores da rede possam poder para controlar alguns setores e algumas tecnologias que prevalecerão em face de outras, em uma arquitetura sem um núcleo central de controle (*end-to-end architecture*), como no caso brasileiro, as dinâmicas são muito mais diversificadas e incertas.

verificar uma grande dificuldade quando o tema é pensado de uma perspectiva internacional. Como efetivar direitos relacionados à internet no Brasil, se, para que o ciberespaço brasileiro seja democrático, é preciso que seja acessível de qualquer lugar do planeta?

Quanto ao segundo ponto, é preciso pensar em um alinhamento entre Estados que permita regular o campo cibernético de forma efetiva no plano internacional. Nesse sentido, parece oportuno repensar o princípio de “um ou outro” a partir do *cosmopolitismo metodológico* e orientar as reflexões a partir de uma ótica inclusiva (Beck, 2013, p. 19). É necessário incorporar a noção de *oposições inclusivas* à racionalidade regulatória de temas eminentemente internacionais como a internet, rejeitando-se a ideia de *oposições exclusivas*.

Stefano Rodotà fala sobre uma substituição da *globalização através dos mercados* por uma *globalização através dos direitos* (Rodotà, 2008, p. 6). Desde modo, o estabelecimento de tratados internacionais que se preocupem com o que o autor chamou de “constitucionalização da pessoa” pode ser uma solução factível para os problemas advindos das novas tecnologias.

Nesse quadro, ao invés de dar respostas que regulamentem especificamente a internet, como a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, o velho continente seria capaz de responder, caso a caso, às demandas de uma área que se altera tão rapidamente através da proteção da pessoa. Para Rodotà, não se trata de “impor” um modelo de proteção ao mundo, mas

não se pode ceder a um multiculturalismo regressivo que justifique qualquer coisa em nome de tradições e normas locais. Para o autor, não é motivo para vergonha a pretensão universalista de um apelo aos direitos fundamentais, quando estão em jogo a vida e a dignidade das pessoas (Rodotà, 2008, p. 6).

Assim, no que tange especificamente à internet, Rodotà propõe uma compreensão dessa tecnologia como um *bem comum*, uma vez que compreende nessa categoria direitos ligados a direitos fundamentais, como o livre desenvolvimento da personalidade ou o acesso ao conhecimento (Rodotà, 2015). Alguns bens assumem uma importância de dimensão tamanha para a humanidade que já não podem (ou poderiam) ser regulados por apenas um ou outro ator. Dessa forma, é necessário que a internet seja regulada com a maior participação possível, a fim de concretizar uma regulamentação democrática⁷ que responda aos anseios de um maior número de pessoas ao redor do mundo.

Ainda no que diz respeito à cooperação entre os Estados com intuito de melhor regular a internet, uma contribuição fundamental vem do trabalho de Mireille Delmas-Marty. *Prescrever regras com noções*

⁷ Uma iniciativa que merece destaque, nesse sentido, é a *Declaração Aberta sobre os Serviços Públicos* aprovada na Conferência Ministerial Europeia de Governo Eletrônico. O documento foi produzido de forma colaborativa com a participação da sociedade civil europeia, em que foram afirmados alguns princípios sobre a matéria, como a transparência, a participação e a delegação de poder.

indeterminadas pode ser um caminho a fim de melhor regulamentar uma área que se altera de forma tão veloz. Porém, noções indeterminadas não são noções indetermináveis. A proposta é a da substituição de uma pretensão regulatória absoluta por uma "colocação de setas" (Delmas-Marty, 2004, p. 122) que indique aos intérpretes que caminhos seguir, sobretudo com a proteção dos direitos humanos como farol.

Ainda nesse sentido, uma vez que a dispersão e a multiplicidade normativas são uma realidade incontestável dos tempos atuais, as inúmeras fontes de produção do Direito nacionais e não nacionais convocam o intérprete a reconhecer tal dispersão e, no passo seguinte, perguntar-se sobre a necessidade de estabelecer-se ordenação ao múltiplo. A escassez de um mínimo de ordem conduz inevitavelmente à experiência do caos e aumenta os patamares de incerteza. Não fosse a alta complexidade que esse cenário apresenta, mais grave se mostraria essa realidade quando o que está em jogo é a aplicação e a efetivação de regras protetivas de direitos humanos (Saldanha, 2016, p. 147).

Apenas a título exemplificativo, faz-se referência à margem nacional de apreciação a qual se caracteriza como uma forma de buscar um comum universalista e pluralista, através da harmonização do múltiplo por meio de uma lógica da compatibilidade (Saldanha, 2016, p. 167). Ademais, em que pesem as dificuldades observadas em alguns casos, destaca-se que a margem nacional de apreciação "é

uma das chaves do pluralismo ordenado e um importante mecanismo da construção do comum, que não rejeita a diversidade dos sistemas de direito e das culturas" (Saldanha, 2016, p. 167).

Como se as disparidades entre legislações jurídicas já não fosse problema suficiente, um terceiro desafio que se apresenta à regulação da internet é a existência de uma internormatividade advinda da *soft law*. Isso significa dizer que há um mundo paralelo de normas, por vezes desconhecido e estranho, mas que existe. Um mundo que, em diversos momentos, orienta e domina nossas vidas. Trata-se da regulação que não é produzida pelos atores tradicionais, como os Estados, nem por meio de seus legisladores, mas pelos novos atores que circulam na complexidade da(s) globalização(ões). A essas regulações que derivam de atores não tradicionais — que ocorrem frequentemente no campo da internet —, Benoit Frydman nomeou "ONNI — Objetos Normativos não Identificados" (Frydman, 2016).

Percebe-se, no século XXI, uma sofisticação dos processos de procedimentalização iniciados no século XX. Trata-se da erupção de "normas procedimentais" que visam responder às exigências das organizações, o que caracteriza a vitória da performatividade sobre as regras tradicionais, isto é, a vitória dos aspectos organizacionais sobre os aspectos jurídicos (Saldanha, 2014). Esse movimento coloca as clássicas regras jurídicas em concorrência com outros tipos de normas, quais sejam, as *técnicas* e as de *gestão* — ONNI — produzidas por experts.

Com efeito, essas normas de dupla face — técnicas e de gestão — ocupam um lugar ainda pouco explorado pelos juristas. Dessarte, as concepções clássicas do direito são insuficientes para explicar essa transição dos aparelhos institucionais para fazer a mediação entre o que é produzido pela “expertise” dos laboratórios, pelas reuniões dos especialistas e pelos parlamentos nacionais e não nacionais (Saldanha, 2014). Isto é, mais uma vez se reforça a necessidade de alterar o olhar por sobre os problemas; transitar por esse tipo de dilema com uma perspectiva cosmopolita parece ser o melhor caminho para responder satisfatoriamente às demandas vinculadas à internet.

O expert pode ser entendido como um mediador, a pessoa apta a traduzir de forma imparcial um conhecimento hermeticamente fechado a poucos especialistas. Em outras palavras, alguém que combina a capacidade pessoal de compreender com o poder da ciência de apontar soluções a partir de decisões corretas (Bauman, 1999b, p. 209). Em outras palavras, o expert é o especialista em quem se pode confiar (Giddens, 1991). Isso representa um problema para os ordenamentos jurídicos, porque o que pode parecer neutro pode se revestir de interesses escusos às ordens democráticas.

É possível afirmar que a adoção dos ONNI não seria um problema se, apesar deles, o poder judiciário não ficasse privado da preocupação com a qualidade de suas decisões e sobre a necessidade de que sejam adequadas à Constituição. O predomínio de *padrões*, de normas técnicas e

de gestão nos domínios do Poder Judiciário se, em aparência, parece envolver uma linguagem neutra, implica, profundamente, uma escolha valorativa que modifica imensamente o próprio sentido da justiça (Saldanha, 2014).

Outro grande problema da submissão aos padrões reside no fato de esse modelo de regulamentação agravar ainda mais — ao menos potencialmente — o déficit democrático. Mesmo nos países em que os parlamentos são fortes, há, em certa medida, uma forte pressão exercida por grupos de interesse que se estabelecem principalmente em razão do poder econômico. Em uma esfera como a internet, em que os experts são os que definem a regulação, é difícil pensar que a força principal não venha quase que exclusivamente do poder econômico dos atores envolvidos. Nesse processo, grandes corporações assumem o protagonismo desde a retaguarda, visto que os experts que propõem os ONNI são, muitas vezes, profissionais a serviço dos gigantes.

Essa reflexão remete ao quarto desafio, qual seja, o desafio diante do poder político e econômico exercido pelos *gigantes da internet* diante de praticamente todas as esferas da vida. As corporações assumem o protagonismo de um dos principais vedores da globalização: a economia capitalista mundial (Giddens, 1991, pp. 83-84). A construção de um Estado que se pretenda democrático e de direito perpassa pela reflexão acerca das dinâmicas de poder e dos limites ao seu exercício e manifestação.

Se os fluxos mais importantes da atualidade — informação e capital — perpassam pela internet, não é por acaso que o mapeamento deles é constantemente vigiado, controlado e armazenado por empresas privadas e pelos Estados. Disso resulta ainda um controle perfeito, principalmente por parte dos Estados, os quais também se servem de informações e dados colhidos pelas empresas privadas (Saldanha, 2013, p. 212).

Isto é, ao mesmo tempo que urge uma maior e melhor regulação da internet, a qual se daria por meio dos Estados — atores tradicionalmente responsáveis por limitar interesses privados em prol da coletividade —, estes restam submissos ao poder dos *gigantes da internet*, uma vez que necessitam das tecnologias e do processamento informacional dessas empresas. Trata-se de um novo momento de expropriação por parte do mercado, dessa vez em relação aos Estados, e que tem consequências terríveis para toda a sociedade (Bauman, 1999a, pp. 73-77).

De acordo com Supiot, "justiça social e mercado total" são ideias que não combinam. Quando o mercado se torna o principal responsável pela regulação das relações humanas, é difícil assegurar direitos à maior parte da população. Para Supiot, é necessário transcender a lógica de mercado por uma ética amparada na ideia de círculos de solidariedade, os quais seriam capazes de melhor garantir a proteção de direitos sociais (Supiot, 2014).

Por fim, o último desafio diz respeito às implicações éticas e democráticas que

se refletem no processo regulatório da internet. É claro que todos os desafios se inter cruzam, e as questões ética e democrática são uma decorrência de todas as outras exploradas até aqui. Assim, uma vez evidenciado o grande poder exercido pelos gigantes e sua capacidade de influenciar de forma tão incisiva no processo regulatório, resta a preocupação com os limites e as possibilidades de se operar uma regulação que privilegie uma ordem verdadeiramente democrática em detrimento de interesses privados.

O fato de a lógica econômica e empresarial sobrepujar a tradicional forma política democrática legislativa — através da influência econômica nos processos decisórios políticos — representa uma fragilização da proteção e efetivação de direitos e do potencial exercício de uma jurisdição que se pretenda justa. Uma vez que são grandes empresas multinacionais que se enquadram na categoria de *gigantes da internet*, a caracterização desses conglomerados, como grupos de interesse capazes de influenciar na tomada de decisões políticas, representa um motivo de preocupação para o mundo todo.

Na linha do que já foi demonstrado ao longo do texto, muitos dos países que restam sujeitos às interconexões de uma sociedade que se organiza em rede ficam vulneráveis ante decisões que são fortemente influenciadas por empresas que detêm um grande capital econômico e político. Significa dizer que os *gigantes da internet* são mais influentes que dezenas de países em desenvolvimento. Ao mesmo tempo, em países economicamente

desenvolvidos, diversas populações que representam minorias restam sujeitas às decisões que são fortemente permeadas pelos interesses dos gigantes.

Ainda que possa parecer desolador, talvez todos esses desafios — ao mesmo tempo que apontam riscos dignos de preocupação — sejam capazes de superar os limites existentes à regulação da internet. Na esteira do pensamento de Beck, “a sociedade de risco produz novas oposições de interesse e um novo tipo de solidariedade diante da ameaça”, ademais, há em si “uma *dinâmica evolutiva de base democrática que ultrapassa fronteiras*, através da qual a humanidade é forçada a se congrega na situação unitária das autoameaças civilizacionais”⁸ (Beck, 2013, p. 57).

Diante das reflexões apresentadas, o presente capítulo demonstrou, em um primeiro momento, o contexto em que surgiram e se desenvolvem os *gigantes da internet* e o processo pelo qual se deu o seu acúmulo de poder. E, em um segundo momento, apresentou alguns dos desafios que se colocam a uma regulamentação efetivamente democrática da internet, no contexto global, tendo em vista os interesses e o poder político e econômico exercido pelos *gigantes da internet*.

2. UM CENÁRIO ANTICONCORRENCIAL DOS GIGANTES DA INTERNET: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

“Diante das enormidades, não há humanidade possível”⁹ é uma afirmação que

⁸ Grifado pelo autor no original.

⁹ Nós agradecemos ao professor Jorge Luis da Cunha, do Programa de Pós-graduação em

encontra fundamento na mitologia grega. Titã, do grego *Τιτάν*, significa enormidade, ou seja, tudo aquilo que é tão grande que não pode ser apreendido pelos sentidos humanos e, portanto, não pode ser conhecido. Assim, quando o mundo é habitado pelos titãs, a humanidade não existe. O mais terrível e perverso dos titãs é Cronos — senhor do tempo —, que, destronando seu pai, Urano, torna-se rei dos titãs. Casado com Réia, tem com ela seis filhos. Advertido por uma profecia de que um de seus filhos o destruiria, Cronos passa a devorá-los assim que nascem. Zeus, um dos filhos de Cronos, é salvo por sua mãe e entregue às Ninfas para crescer na Terra. Nela, vive a experiência sensível que aproxima sua existência titânica da experiência que dará origem à humanidade: o conhecimento (experiência sensível, significação subjetiva, ação objetiva). Adulto, Zeus conhece sua história e organiza com outros titãs e criaturas uma batalha contra Cronos que dura uma eternidade. A enormidade titânica de Cronos é derrotada por uma estratégia não titânica, fruto da experiência sensível e significada ao longo da vida de Zeus na Terra. Afastada a enormidade deste mundo, surge a humanidade! Humanidade que se mantém apenas na luta eterna contra o retorno dos titãs.

Assim, diante de toda a complexidade que marca o quadro da sociedade em rede e dos desafios que manifestam ante o poder dos *gigantes da internet*, as ordens jurídicas não podem se furtar a dar respostas aos casos concretos que

Educação, da Universidade Federal de Santa Maria, pelas valiosas ideias sobre esse tema.

se apresentam aos tribunais. O segundo capítulo visa mapear, em uma primeira abordagem, algumas das práticas anticoncorrenciais praticadas pelos gigantes no contexto internacional; em uma segunda abordagem, os processos administrativos instaurados pela superintendência-geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a incidência do Marco Civil da Internet no Brasil.

2.1 *As Práticas Anticoncorrenciais dos Gigantes da Internet no Contexto Internacional*

Em razão de o poderio de serviços on-line estar cada vez mais concentrado nas mãos desses gigantes, os abusos que envolvem a anticoncorrência passam a ser mais frequentes, e os entraves advindos dessas práticas transcendem as margens fronteiriças; trata-se de empresas transnacionais que discutem um domínio tecnológico de âmbito global.

Recentemente, a Google Inc., que tem como principal fonte de lucro a publicidade por AdWords em seu mecanismo de buscas, foi alvo de investigações perante a Comissão Europeia (CE), a Federal Trade Commission (FTC), nos Estados Unidos, e o Cade, no Brasil, por favorecer seus próprios produtos nos resultados de busca em detrimento dos rivais. Em nota (European, 2016) divulgada em 14 de julho de 2016, a CE informa a Google de duas conclusões preliminares da investigação iniciada contra a empresa em meados de 2010. A primeira, de que a companhia abusou de sua posição dominante ao favorecer sistematicamente o seu serviço na comparação de compras em suas páginas

de resultados de pesquisa; a segunda, de restringir artificialmente a possibilidade de outros sites exibirem anúncios de concorrentes da Google no seu mecanismo de busca.

Em investigação semelhante, finalizada pela FTC em janeiro de 2013, as conclusões foram diferentes. Para a FTC, não houve prejuízos à livre competição na manipulação dos resultados de buscas pelo Google, e as mudanças dos algoritmos que estão sendo alegadas de causar desvantagens aos concorrentes podem, plausivelmente, serem vistas como uma melhoria na qualidade geral das pesquisas Google (FTC, 2013).

Contudo, em junho de 2017, a investigação pela CE restou concluída, e a Google foi condenada a pagar uma multa de 2,42 bilhões de euros, o equivalente a 8,97 bilhões de reais. Apesar de a condenação pela entidade ter sido esperada em razão de suas prévias declarações feitas à imprensa quanto aos rumos da investigação (Vieira, 2017), o valor da multa impressionou — foi a maior condenação da história que envolveu *gigantes da internet*. A comissária Margrethe Vestager, responsável pela política da concorrência, declarou:

A Google tem criado muitos produtos e serviços inovadores que mudaram as nossas vidas, o que é uma boa coisa! Porém, a estratégia da Google para o seu serviço de comparação de preços não era apenas a de atrair clientes tornando o seu produto melhor do que o dos seus concorrentes. Em vez disso, a Google abusou da sua posição dominante no

mercado na vertente de motor de busca, promovendo o seu próprio serviço de comparação de preços nos seus resultados de pesquisa e despromovendo os dos concorrentes. (European, 2017, s/p)

Em nota oficial, a Google afirma que discorda da decisão e que:

Acreditamos que a decisão de compras on-line da Comissão Europeia subestima o valor desses tipos de conexões rápidas e fáceis. Embora alguns sites de compras de comparação esperem que o Google mostre mais proeminentes, nossos dados mostram aquilo que as pessoas geralmente preferem, e links que os levam diretamente aos produtos que as pessoas querem, e não aos sites onde eles devem repetir suas pesquisas.¹⁰ (Walker, 2017, s/p)

De toda sorte, além de pagar a multa, a Google teve de pôr termo a essa prática no prazo de 90 dias ou incorreria em sanções pecuniárias que poderiam representar até 5% do volume de negócios médio diário no contexto mundial da Alphabet, a empresa-mãe da Google.

Além disso, outro caso emblemático é a reclamação feita através de uma carta dirigida a alguns membros do Congresso Americano pela empresa sueca Spotify à americana Apple. O Spotify acusa a Apple de abusar de seu domínio sobre o sistema operacional iOS para diminuir a competição no serviço de música em streaming. O litígio se deve ao fato de a Apple cobrar uma taxa de 30% das transações feitas

através da plataforma AppleStore, o que obriga o app Spotify a aumentar o preço da assinatura para custear a comissão da Apple. Essa taxa adicional já foi alvo de crítica no passado pela Amazon, que hoje disponibiliza somente uma versão limitada do seu aplicativo na App Store e, por conseguinte, interrompeu as vendas de Apple TV em suas lojas. O Spotify, por sua vez, passou a estimular os seus usuários a adquirirem o aplicativo fora da plataforma, e essa conduta serviu de pressuposto para a Apple rejeitar as novas versões do app Spotify para os seus aparelhos. Diz o vice-presidente sênior e conselheiro-geral da Apple, Bruce Sewell:

Logo após o Spotify enviar seu app em 26 de maio, nossa equipe identificou uma série de problemas, incluindo que o recurso de In-App Purchases tinha sido removido e substituído por um recurso de inscrições que claramente tinha o intuito de desviar das regras de divisão de lucros da Apple. [...] Em 10 de junho, o Spotify enviou outra versão do app, que, de novo, incorporava o sistema de inscrições, desta vez orientando os consumidores a digitar um endereço de email para que eles pudessem ser contactados diretamente pelo Spotify em uma tentativa continuada de evitar nossas guidelines (Santana, 2016, s/p).

Segundo Horacio Gutierrez, conselheiro-geral de advocacia do Spotify, a americana respondeu ao Spotify agressivamente, chegando, inclusive, a ameaçar retirar o utilitário da App Store. Assim, para não perder os usuários de iOS, a

¹⁰ Tradução livre feita pelos autores.

companhia teve que voltar atrás com a promoção. Entretanto, esses acontecimentos despertam dúvidas quanto aos reais motivos da resistência da americana. Afirma Gutierrez:

Este último episódio levanta sérias preocupações sob as leis de competitividade dos Estados Unidos e da Europa. A Apple continua a excluir e diminuir a competição do Spotify no iOS para beneficiar o Apple Music, principalmente quando analisamos o histórico de condutas anticompetitivas da Apple contra o Spotify. Nós não podemos nos manter alheios enquanto a empresa usa o processo de aprovação da App Store como uma arma para ferir os rivais. (Munhoz, 2016, s/p)

Embora esse contencioso ainda não tenha tido parecer de comissões que tratam de questões concorrenciais, é de suma relevância para o direito entender como têm agido os *gigantes da internet* entre si, e em que medida esses fechamentos dos sistemas podem ser danosos para uma rede que se postula inovadora. Um grande exemplo foi a condenação da CE a pagamento de multa no valor de 899 milhões de euros pela Microsoft, por desrespeito às regras antitruste do bloco europeu, em 2008 (EUR-LEX, 2008, s/p). O que motivou a decisão foram as cobranças abusivas feitas pela Microsoft pelo fornecimento de informações técnicas aos desenvolvedores para a criação de programas compatíveis com o sistema operacional Windows (pertencente à Microsoft). Se, somada às demais sanções impostas pelo mesmo órgão em 2004 (European,

2007, s/p), o valor cobrado alcançaria o montante de 2,7 bilhões de euros (TI Inside, 2008, s/p). Diz a Comissão Europeia da Concorrência Neelie Kroes sobre a decisão: "Espero que a decisão de hoje encerre um capítulo escuro no registro de não conformidade com a decisão da Comissão Europeia promulgada em março de 2004 e mantida em 2007 pelo Tribunal de Primeira Instância contra a Microsoft"¹¹ (European, 2008, s/p).

Entretanto, os casos não se esgotam no ocidente do mundo. Em agosto de 2016, em sede de apelação ao órgão antitruste russo — Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation (FAS) —, a Google é condenada a pagar uma multa de 438 milhões de rublos (6,8 milhões de dólares) por instalar previamente aplicativos em aparelhos móveis que rodam seu sistema operacional Android, após uma reclamação da russa Yandex. A razão da penalidade se deve ao abuso de posição dominante que viola lei federal russa de proteção à competição (FAS, 2016, s/p).

No contexto internacional, portanto, pode-se verificar que os organismos antitrustes, especialmente os dos Estados Unidos e da União Europeia, ao investigarem o autofavorecimento no serviço de busca especializada desempenhado pelo buscador geral da Google, chegam a conclusões divergentes. Tais comportamentos explicam-se quando observados sob a perspectiva do direito comparado.

¹¹ Tradução livre feita pelos autores.

Se, no modelo americano, o direito à concorrência representa um princípio fundamental que justifica ações agressivas das empresas dominantes para ganhar mais vantagens competitivas (Fidelis, 2015, p. 180), na experiência europeia, o direito anticoncorrencial surge em um contexto de aproximação dos mercados e de manutenção do bem-estar social. Nesse caso, a tutela jurisdicional recai menos sobre a competição e mais sobre os consumidores.

2.2 *Os Processos Administrativos Instaurados pela Superintendência-geral do Cade e a Incidência do Marco Civil da Internet no Brasil*

Segundo o artigo 4º da Lei 12.529/2011 (Brasil, 2011), que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), o Cade¹² constitui autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, e é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional. Ao seu Tribunal Administrativo, importa julgar as infrações à ordem econômica e aplicar as sanções administrativas cabíveis, além de apreciar em grau recursal as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-geral. Embora esse órgão possua independência funcional, tem a obrigação de reprimir as infrações à ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, valorização do trabalho humano, pleno emprego, defesa

dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, entre outros (Brasil, 1988)¹³.

No que diz respeito aos *gigantes da internet*, em 2013, o Cade entendeu que houve indícios suficientes para a abertura de três processos administrativos contra a Google Inc.

Um primeiro, que visa apurar, via denúncia da E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, se o Google Shopping não estaria posicionando-se de maneira privilegiada entre os outros links patrocinados, além de, nos resultados de busca, favorecer-se perante outros concorrentes como o Buscapé e Bondfaro¹⁴ — pertencentes à E-Commerce. A investigação visa esclarecer, ainda, se o Google Buscas adotou mecanismos para reduzir o espaço da busca e também confundir o usuário na apresentação dos resultados. Ademais, o Cade intenta esclarecer a alegação de que o Google Buscas apresentou os anúncios com foto de seus sites temáticos de modo mais atrativo que os dos concorrentes e, também, sobre o Google ter se recusado a vender anúncio ao Buscapé e, depois, ter exigido dados concorrencialmente sensíveis para permiti-lo (Cade, 2011).

¹² Fazem parte do Cade os seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-geral e Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º, Lei 12.529/2011).

¹³ "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (art. 173, § 4º, Constituição da República Federativa do Brasil).

¹⁴ O Buscapé e o Bondfaro são sites brasileiros que possuem o serviço gratuito de comparação de preços de diferentes produtos em diferentes lojas.

Um segundo, também através de denúncia da E-Commerce, que pretende investigar suposta prática denominada de “*scraping*” (raspagem) pelo Google — que é a apropriação indevida de *reviews* (opiniões dos clientes sobre qualidades ou defeitos de lojistas e produtos) — dos sites de comparação de preços Buscapé e Bondfaro. Ainda, segundo a empresa, essa prática de subtrair informações relevantes é unilateral, uma vez que o Google não permite que outras empresas façam raspagens de seus sites temáticos (Cade, 2013a).

E um terceiro, mediante denúncia da Microsoft Corporation, de o Google dificultar a interoperabilidade conhecida como *multi-homing* — que é o gerenciamento simultâneo dos anunciantes de suas campanhas publicitárias na plataforma Google e em outras plataformas menores. No entanto, para isso ocorrer, requer-se o compartilhamento de informações que, segundo o denunciante, o Google recusou-se a fazer, desestimulando ainda mais o uso dos serviços de buscadores rivais (Cade, 2013b).

Além disso, mais recentemente, a Yelp, empresa multinacional norte-americana, que possui site voltado à avaliação de estabelecimentos comerciais, também alegou, perante o Cade, que o Google tem desviado o resultado de buscas para os seus próprios produtos (Cade, 2016). O Yelp, em uma petição inicial de quase 300 páginas, afirma que o Google tem usado uma caixa para posições de destaque em sua página de resultados — alimentada exclusivamente com links para o Google+

— ao passo que transfere retornos potencialmente mais relevantes para baixo.

Nesses processos, valeu-se do argumento de que as denúncias “são resultados da aplicação da política internacional do Google que, reiteradamente, tem se aproveitado de sua posição dominante no mercado mundial de ‘busca *on line*’ para, a partir de artifícios anticompetitivos, monopolizar também outros mercados verticalmente relacionados, prejudicando, desta forma, concorrentes, internautas e lojistas” (Cade, 2013b).

Embora ainda não haja decisões sobre os casos acima relatados, o Cade tem se valido de princípios constitucionais para decidir sobre outras matérias, o que serve para avaliar o perfil desse órgão antitruste. Em artigo que visa avaliar a defesa da concorrência e a concretização dos princípios da ordem econômica constitucional, os autores fizeram uma análise de julgados emblemáticos do Cade tanto na atuação preventiva como repressiva, e concluíram que a autarquia vem sim cumprindo sua missão (Fonseca e Carmo, 2013).

Um deles, no ramo alimentício, foi a fusão (Cade, 1997) das duas maiores empresas do setor de bebidas do Brasil, Antártica e Brahma, em AmBev — hoje a maior do mundo —, na qual a decisão de condicionar a aprovação da fusão a Termo de Compromisso de Desempenho demonstrou preocupação com a preservação dos postos de trabalho nas indústrias que seriam fundidas, bem como nas diversas empresas existentes na cadeia de

distribuição e revenda. Outro, no setor automotivo, foi a autorização da aquisição pela Volkswagen de 55,90% da participação do capital social da MAN SE (Cade, 2007, pautada pela noção de desenvolvimento tecnológico, industrial e na viabilização da concretização de normas voltadas ao desenvolvimento econômico e industrial do Estado. Ainda outra decisão (Migalhas, 2016), que versava sobre o abuso de posição dominante da Unimed, a maior cooperativa de trabalho médico do mundo, a qual exigia exclusividade de seus cooperados; essa conduta, além de ferir a concorrência por reforçar o domínio de mercado da Unimed, violava o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a esse consumidor — que necessitava de serviços médicos —, muitas vezes, era negado o acesso a profissional habilitado para prestar serviço essencial à vida; e o Cade foi responsável por barrar tais comportamentos.

Destarte, das decisões tomadas pelo tribunal antitruste brasileiro, pode-se chegar a duas conclusões. A primeira se refere a que, historicamente, o Cade tem resolvido questões que envolvem “gigantes” de outros tipos de mercado, o que demonstra que possui experiência de atuação em cenários jurídicos que implicam atores de grandes dimensões. A segunda, ao extrair-se o fundamento principal das suas decisões, pode-se afirmar que o Cade tem construído sua jurisprudência com base em princípios — como os ditames constitucionais já citados (liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade etc.) — além de elencar a “coletividade”

como titular dos bens jurídicos protegidos pela lei que regula a sua atividade (art. 1º, parágrafo único, Lei 12.529).

Como já mencionado, ainda não há decisões sobre os *gigantes da internet* para serem apresentadas neste trabalho. Entretanto, é possível que, a partir do histórico decisório do Cade, estabeleça-se a previsão — pelo caráter transcendental dos princípios — de que as suas decisões que envolvem as práticas anticoncorrenciais dos *gigantes da internet* tendem a ser motivadas por princípios previamente estabelecidos:

Os princípios representam a introdução do mundo prático no direito. Neles se manifesta o caráter da transcendentalidade. Em todo caso compreendido e interpretado já sempre aconteceram os princípios — e não o princípio; toda decisão deve ser sempre justificada na comum-unidade dos princípios, como nos mostra Dworkin. (Oliveira, 2007, p. 204)

No que diz respeito ao Marco Civil da Internet, implementado a partir da Lei 12.965/2014, e recentemente regularizado pelo Decreto Presidencial 8.771/2016 (Brasil, 2016), ficou estabelecido que “a apuração de infrações à ordem econômica ficará a cargo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos da Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011” (art. 19, Decreto 8.771/2016). Ademais, no artigo 9º do Decreto, também foram vedadas “condutas unilaterais ou acordos entre o responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e os provedores de aplicação que compro-

metam o caráter público e irrestrito do acesso à internet” (art. 9º, I). O Decreto veda acordos que “priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais” e “privilegiam aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico” (art. 9º, II e III).

Assim, pretendeu-se analisar com este segundo capítulo os casos concretos que envolvem as práticas anticoncorrenciais em tribunais internacionais, traçando semelhanças entre os encontrados no Brasil. Além disso, diante da inexistência de processos finalizados brasileiros, traçou-se um perfil histórico decisional do Cade, levando-se em conta a legislação constitucional, infraconstitucional e o Marco Civil da Internet. Por fim, verificou-se que importantes decisões desse tribunal — e que envolveram gigantes da economia — foram fundamentadas a partir de princípios já previamente estabelecidos, tanto os de ordem econômica quanto os relacionados ao princípio da dignidade humana. Diante desse complexo cenário, em que muitos fatores e atores podem vir a influenciar nas futuras decisões concorrenciais que envolvem os *gigantes da internet*, verificou-se que o Cade é capacitado para julgá-las, mas resta saber se assim o fará com coerência e fundamentação nos casos em que for demandado a solucionar.

CONCLUSÕES

A sociedade em rede, permeada pelos paradigmas tecnológico e aceleracio-

nista, constitui-se como um modelo organizacional completamente diverso de qualquer outro existente até então. As mudanças no campo tecnológico acontecem muito rapidamente e impõem desafios de ordem estrutural em razão dessa velocidade. O intercâmbio entre informação e tecnologia possibilitou e foi possibilitado por esse modelo. Este não deve ser considerado, *a priori*, nem como bom ou mau, pois depende da utilização que se faz dessa nova composição.

Diante desse quadro, algumas empresas que operam no campo da internet se tornaram verdadeiras gigantes. Uma vez que a utilização dela é praticamente uma condição sem a qual não se é possível sociabilizar adequadamente no mundo ocidental contemporâneo, torna-se imperativo pensar na sua regulação. Ademais, sobretudo em um contexto em que diversos desafios se manifestam a uma concorrência que permita o melhor desenvolvimento de uma tecnologia tão importante na vida das pessoas e pelas quais perpassam tantos direitos.

Em um primeiro momento, visualiza-se um rearranjo e um deslocamento em relação à potencialidade do exercício de poder, fruto da sobreposição de redes globais que diluem as tradicionais fronteiras do Estado-nação. Nesse contexto, os interesses e o poder político e econômico exercido pelos *gigantes da internet* impõem limites a uma regulamentação democrática de demandas que se apresentam no quadro de uma sociedade em rede global.

Assim, a partir de uma abordagem complexa, sem a pretensão de concluir definitivamente sobre a temática, foi possível verificar alguns desafios à regulação da internet no contexto brasileiro, em face do poder dos *gigantes da internet*. Mesmo que os ordenamentos jurídicos disponham de mecanismos de regulamentação e que as autoridades se empenhem ao máximo no cumprimento dos dispositivos legais, há muitos obstáculos decorrentes de interesses político-econômicos e de ordem tecnológica que interferem nesse contexto.

Já em segundo momento, a partir do estudo de caso no contexto internacional e, após, no Brasil, ficou evidente o esforço do Estado brasileiro em prevenir o abuso econômico por posição dominante, tanto nas relações entre empresas quanto nas relações entre empresa e consumidor. Entretanto, embora se conheça o perfil decisório do órgão antitruste brasileiro, ainda se aguarda o julgamento dos casos concretos que envolvem os *gigantes da internet* em solo brasileiro para uma análise mais consistente.

REFERÊNCIAS

- Arendt, H. (2002). *Le système totalitaire. Les origines du totalitarisme*. Paris, França: Seuil.
- Bauman, Z. (1999a). *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro, Brasil: Zahar.
- Bauman, Z. (1999b). *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro, Brasil: Zahar.
- Beck, U. (2013). *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo, Brasil: 34.
- Beck, U. (2002). The cosmopolitan society and its enemies. *Theory, Culture & Society*, 19(1), 17-44. Recuperado de <http://cite-seerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.312.3778&rep=rep1&type=pdf>
- Bourcier, D. e De Filippi, P. (2016). *Open data, big data. Nouveaux défis pour la vie privée*. Paris, França: Maré & Martin.
- Brasil (2016). Decreto n.º 8.771, de 11 de maio de 2016. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm
- Brasil (2014). Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm
- Brasil (2011). Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Brasília. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127
- Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Brasília. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- Cade [Conselho Administrativo de Defesa Econômica] (2016). *Processo Administrativo Yelp x Google*, n.º 08700.003211/2016-94. Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPzDAxAOItMiVcL9FcFMR5Uu-J6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0jzWxCOr9mN-cMYP8UAjTVP9dxRfPBcVFZUPs3cjrSbYIGEdhGWUVrgZOs-LkgCOSIJSIrxEqD
- Cade [Conselho Administrativo de Defesa Econômica] (2013a). *Processo Administrativo E-Commerce x Google*, n.º 08700.009082/2013-03. Recuperado de <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/>

- md_pesq_processo_exibir.php?2pXoY-gv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL-1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0lhRNSr2Q22lBy-VKByYDYwsal3_JxuPKafcwvOhoHGvTOh-F6VN9yQIQ84rME0Sb3aYKzWyp2
- Cade [Conselho Administrativo de Defesa Econômica] (2013b). *Processo Administrativo Microsoft Corporation x Google*, nº 08700.005694/2013-19. Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoY-gv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL-1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0lhRNSr2Q22lBy-VKByYDYwsal3_Jxjwy0jsF2VUK9nLLM-n4AapgZHPeyXU3WqUFUJvQc-tbB
- Cade [Conselho Administrativo de Defesa Econômica] (2011). *Processo Administrativo E-Commerce x Google Shopping*, nº 08012.010483/2011-94. Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoY-gv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL-1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0lhRNSr2Q22lBy-VKByYDYwsal3_JxjldakElsAfM400_nlair-2nlnozF4h6tAzo-cc8tTVt
- Cade [Conselho Administrativo de Defesa Econômica] (2007). *Processo Administrativo Aquisição Volkswagen*, nº 08012.002673/2007-51. Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl67lFHvj-GUnAODi8Uxt3XclSZ48qZCupgSiZTkaSML-3qxZ69-Uzuw3VXuXgPyS2-G9p5NbpUjh-nOZVYjugx6EXUEdwmqcc6iYghhIIR0LukX-p0PX56Ekl-bqYFKIw
- Cade [Conselho Administrativo de Defesa Econômica] (1997). *Processo Administrativo Fusão Ambev*, nº 08000.018480/1997-28. Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAOItMiVcL9FcFMR5Uu-J6rLqPEJUTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mN-cMYP8UAjTVP9dxRfPbcZIBhpWiHaAcSfcm-Q4puCpyEeiAAi4_U2cuVuYvdWBW7
- Castells, M. (2015). *O poder da comunicação*. São Paulo/Rio de Janeiro, Brasil: Paz e Terra.
- Castells, M. (2007). *A sociedade em rede: a era da informação — economia, sociedade e cultura* (Majer, R. V., trad.) (10ª ed). São Paulo, Brasil: Paz e Terra.
- Delmas-Marty, M. (2004). *Por um Direito Comum*. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.
- European Commission (2017). *Anti-trust: Comissão multa a Google em 2,42 mil milhões de euros por abuso de posição dominante no mercado de motor de busca, ao dar uma vantagem ilegal ao seu próprio serviço de comparação de preços*. Recuperado de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_pt.htm
- European Commission (2016). *Antitrust: Commission takes further steps in investigations alleging Google's comparison shopping and advertising-related practices breach EU rules*. Recuperado de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_en.htm
- European Commission (2008). *Antitrust: Commission imposes € 899 million penalty on Microsoft for non-compliance with March 2004*. Recuperado de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-318_en.htm
- European Commission (2007). *Introductory remarks on CFI ruling on Microsoft's abuse of dominant market position*. Recuperado de http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-07-539_en.htm?locale=en
- EUR-LEX (2008). *Fixing the definitive amount of the periodic penalty payment imposed on Microsoft Corporation by Decision C (2005)*. Recuperado de [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0718\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0718(01)&from=EN)
- FAS (2016). *Appeal Court supported FAS in a dispute with "Google"*. Recuperado de <http://en.fas.gov/press-center/news/detail.html?id=46807>

- Fidelis, A. L. (2015). Entre o "laissez-faire" americano e o "intervencionismo" europeu: para qual direção aponta a atual investigação do Cade sobre o mecanismo de busca do Google. *Revista da Defesa da Concorrência — Cade*, 3(2), 65-86.
- Fonseca, J. B. L. e Carmo, A. S. (2013). A Defesa da Concorrência e a Concretização dos Princípios da Ordem Econômica Constitucional. *XXII Encontro Nacional do Conpedi/Unicuriçtiba, Direito e Economia*, 40-69, Curitiba, Brasil. Recuperado de <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=82>
- Frydman, B. (2016). *O Fim do Estado de Direito: Governar por Standarts e Indicadores*. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado.
- FTC (2013). *Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc*. Recuperado de https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/295971/130103googlesearchstmtof-comm.pdf
- Gandel, S. (2016). These Are the 10 Most Valuable Companies in the Fortune 500. *Fortune*. Recuperado de <http://fortune.com/2016/02/04/most-valuable-companies-fortune-500-apple/>
- Giddens, A. (2009). *A Constituição da Sociedade*. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.
- Giddens, A. (1991). *As Consequências da Modernidade*. São Paulo, Brasil: UNESP.
- Google (2014). *Nossa história a fundo*. Recuperado de <https://www.google.com.br/about/company/history/>
- Migalhas (2016). *TRF/4 mantém decisão do Cade que julgou anticoncorrencial cláusula de exclusividade imposta pela UNIMED de Ponta Grossa a médicos cooperados*. Recuperado de <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,M128518,21048-TRF4+mantem+decisao+do+CADE+que+julgou+anticoncorrencial+clausula+de>
- Morin, E. (2003). *Introdução ao pensamento complexo* (4ª ed.). Lisboa, Portugal: Piaget.
- Munhoz, V. (2016). Spotify: "Apple não aprovou a nova versão do app para evitar competição". *Tecmundo*. Recuperado de <http://www.tecmundo.com.br/spotify/106758-spotify-apple-nao-aprovou-nova-versao-app-evitar-competicao.htm>
- Oliveira, R. T. (2007). *O conceito de princípio entre a otimização e resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica* (dissertação de mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Brasil. Recuperado de <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2413/conceito%20de%20princípio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rodotà, S. (2015). Pourquoi Internet doit devenir un "Bien Commun". *Mediapart*. Recuperado de <https://www.mediapart.fr/journal/culture-idees/101015/pourquoi-internet-doit-devenir-un-bien-commun?onglet=full>
- Rodotà, S. (2008). *A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro, Brasil: Renovar.
- Rosa, A. (2010). *L'accélération. Une critique sociale du temps*. Paris, França: La Découverte.
- Sadin, E. (2016). *La silicolonisation du monde. L'irrésistible expansion du libéralisme numérique*. Paris, França: L'Éditions l'Échappée.
- Saldanha, J. M. L. (2016). A aplicação da margem nacional de apreciação pelas cortes de direitos humanos: desafios à internacionalização dos direitos humanos. Em G. Redin, J. M. L. Saldanha e M. B. O. Silva (Orgs.), *Direitos Emergentes na Sociedade Global*. Programa de Pós-graduação em Direito da UFSM. p. 147-171. Santa Maria, Brasil. UFSM.
- Saldanha, J. M. L. (2014). *Charlot, os ONNI — Objetos normativos não identificados*

- e a “arte” de decidir por standards e indicadores. *Justificando*. Recuperado de <http://justificando.com/2014/09/02/charlot-os-onni-objetos-normativos-nao-identificados-e-arte-de-decidir-por-standards-e-indicadores/>
- Saldanha, J. M. L. (2013). Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação: um “sexto continente” de liberdade perfeita ou de controle perfeito? Em J. S. Tybush, L. E. B. Araujo e R. L. Silva (Orgs.), *Direitos Emergentes na Sociedade Global*: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSM. p. 173-219. Ijuí, Brasil. Unijuí.
- Santana, B. (2016). O bicho pegou: Apple responde ao Spotify, acusando o serviço de “apelar a rumores e meias-verdades”. *MacMagazine*. Recuperado de <https://macmagazine.com.br/2016/07/01/o-bicho-pegou-apple-responde-ao-spotify-acusando-o-servico-de-apelar-a-rumores-e-meias-verdades/>
- Santos, B. S. (2006). *A gramática do tempo. Para uma nova cultura política*. São Paulo, Brasil: Cortez.
- Statista (2016). *Google's revenue worldwide from 2002 to 2015 (in billion U.S. dollars)*. Recuperado de <https://www.statista.com/statistics/266206/googles-annual-global-revenue/>
- Supiot, A. (2014). *O Espírito de Filadélfia: a Justiça Social diante do Mercado Total*. Porto Alegre, Brasil: Sulina.
- TI Inside (2008). *UE multa Microsoft em US\$ 1,3 bi, a mais alta já aplicada a uma empresa*. Recuperado de <http://tiinside.com.br/tiinside/27/02/2008/ue-multa-microsoft-em-us-13-bi-a-mais-alta-ja-aplicada-a-uma-empresa/>
- Vieira, D. (2017). Google será processada pela Comissão Europeia por prática anticoncorrência. *Tecmundo*. Recuperado de <https://www.tecmundo.com.br/google/117863-google-processada-comissao-europeia-pratica-anticoncorrencia.htm>
- Virilio, P. (1996). *A Arte do Motor*. São Paulo, Brasil: Estação Liberdade.
- Walker, K. (2017). *The European Commission decision on online shopping: the other side of the story*. Recuperado de <https://www.blog.google/topics/google-europe/european-commission-decision-shopping-google-story/>

Divergencia entre discapacidad e invalidez: análisis jurídico a dos categorías disímiles*

María Fernanda Paz Gil**
Ana María González Aristizábal***
María Fernanda Montoya Naranjo****

Recibido: 19 de enero de 2018 • Aprobado: 28 de mayo de 2018
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a4>

RESUMEN

La discapacidad es un concepto que a través de los años ha evolucionado y ha trascendido los diferentes modelos sociales y políticos de la historia, adquiriendo un tinte humano y protector que la concibe desde la perspectiva de la diversidad humana y no como una tragedia. Por otro lado, la invalidez atiende a un concepto legal propio de lo que el ordenamiento jurídico colombiano considera como un sistema integral de la seguridad social, concretamente, se adentra en la prestación de carácter contributivo llamada pensión de invalidez otorgada a quien posee una pérdida de capacidad laboral. Es por esto que el concepto de invalidez se hace insuficiente a la hora de reconocer el derecho fundamental a la seguridad social en términos constitucionales e internacionales, pues la protección debe ir dirigida directamente a la persona en situación de discapacidad y no a la invalidez puesto que se reduce el espectro de amparo o atención a estas personas.

Palabras clave: discapacidad; invalidez; seguridad social; pensión de invalidez.

* Artículo resultado de la investigación: *Pensiones y personas en condición de discapacidad en Colombia*, de la Universidad de Medellín que se encuentra finalizada.

** Abogada de la Universidad de Medellín; especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia; magíster en Derecho de la Universidad de Medellín. Investigadora principal del proyecto del que deriva este artículo y profesora investigadora de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: mpaz@udem.edu.co

*** Auxiliar de investigación adscrita al proyecto del que deriva este artículo, estudiante de Derecho de la Universidad de Medellín. Correo: anamariagonzalez@outlook.com

**** Auxiliar de investigación adscrita al proyecto del que deriva este artículo, estudiante de Derecho de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: mfernandamontoya@gmail.com

Divergence between disability and invalidity: legal analysis in two dissimilar categories

ABSTRACT

Disability is a concept that over the years has evolved and transcended the different social and political models of history, acquiring a human and protective tint that conceives it from the perspective of human diversity and not as a tragedy. On the other hand, disability follows a legal concept of what the Colombian legal system considers to be a comprehensive social security system, specifically, it goes into the contributory benefit called disability pension granted to those who have a loss of work capacity. This is why the concept of disability is insufficient when it comes to recognizing the fundamental right to social security in constitutional and international terms, since the protection must be directed directly to the person in a situation of disability and not to the disability since the spectrum of protection or attention to these persons is reduced.

Keywords: disability; invalidity; social security; disability pension.

Divergência entre incapacidade e invalidez: análise jurídica de duas categorias dissímeis

RESUMO

A incapacidade é um conceito que, ao longo dos anos, evoluiu e transcendeu os diferentes modelos sociais e políticos da história e que adquiriu um tom humano e protetor que a concebe a partir da perspectiva da diversidade humana e não como uma tragédia. Por outro lado, a invalidez atende a um conceito legal próprio do que o ordenamento jurídico colombiano considera um sistema integral da segurança social, concretamente, adentra na prestação de caráter contributivo chamada "pensão de invalidez", outorgada a quem sofre uma perda de capacidade laboral. É por isso que o conceito de invalidez faz-se insuficiente na hora de reconhecer o direito fundamental à segurança social em termos constitucionais e internacionais, pois a proteção deve ser dirigida diretamente à pessoa em situação de incapacidade e não à invalidez, visto que o espectro de amparo ou atenção a essas pessoas se reduz.

Palavras-chave: incapacidade; invalidez; segurança social; pensão de invalidez.

INTRODUCCIÓN

La discapacidad es, sin lugar a dudas, un concepto que ha adoptado su caracterización o significado conforme a las diferentes situaciones coyunturales en las que se ha desarrollado, es decir, se ha visto altamente influenciado por múltiples transformaciones sociales, políticas, jurídicas y legislativas, las cuales han forzado su inminente y constante evolución semántica.

Este vertiginoso avance en materia conceptual, ha permitido la implementación de una protección especial a las personas en situación de discapacidad, la cual no ha sido ajena al ordenamiento jurídico colombiano, que, concretamente en su Constitución Política, ha planteado el preferente tratamiento a otorgar a tales sujetos que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

A lo anterior, se suma la ratificación del Estado colombiano, mediante la Ley 1346 del 2009 de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD) la cual trajo consigo la expedición de la Ley estatutaria 1618 de 2013 y que, a su vez, amplió las herramientas jurídicas integrantes del Bloque de constitucionalidad, reafirmando la visión social y humana que se ha implementado y en la que se concibe la discapacidad como una expresión de la pluralidad y no como una acepción de minusvalía, enfermedad o trastorno.

Por otro lado, y sin restarle importancia, se plantea la existencia de un Sistema

de Seguridad Social Integral (SSSI), cuyo origen encontró como causa inmediata y directa la salvaguarda de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), empleando instrumentos de carácter prestacional que atienden las diferentes contingencias que se pueden experimentar en los campos de la salud, los riesgos laborales y la pensión, y que de manera concomitante anula barreras de inclusión social para las personas en situación de discapacidad, pues a través de este sistema se otorga a los beneficiarios del mismo los medios de carácter económico con el objeto de mejorar su calidad de vida y permitir que estos costeen los gastos que su situación podría implicar, tal como la pensión de invalidez, la cual responde especialmente al tema que convoca este texto.

Pese a que el ordenamiento jurídico colombiano contempla políticas y programas tendientes a eliminar las barreras existentes en pro de la inclusión social y el desarrollo íntegro de las personas en situación de discapacidad, tales medidas no son suficientes ni eficaces para lograr la concreción de sus derechos. A partir del planteamiento anterior se ubica el problema a desarrollar en este artículo: las categorías invalidez y discapacidad se confunden, propiciando así la desprotección que afrontan las personas en situación de discapacidad desde su nacimiento, en tanto nuestra investigación ha evidenciado que, pese a existir un sistema que consagra la pensión de invalidez de origen común, quienes nacen en situación de discapacidad no cumplen con los requisitos legales para acceder a ella.

Discapacidad e invalidez no se encuadran en la misma categoría jurídica, no son sinónimos, no son antónimos, son dos conceptos independientes que encuentran su fuente en escenarios jurídicos diversos y que errónea y reiteradamente se confunden entre sí.

Dicho esto, la estructura propuesta para el escrito empieza por una exposición de las diversas acepciones conceptuales de las que han sido objeto las categorías de invalidez y discapacidad, posteriormente se abordarán con detalle los antecedentes legales y jurisprudenciales que integran estos conceptos, para plantear con exactitud las diferencias que existen entre los mismos, dando cuenta del vacío legislativo que aqueja a aquella obligación estatal respecto a la cual se estructura la implementación de medidas tendientes a la inclusión social de las personas en situación de discapacidad y que excluyen o vulneran cierto grupo poblacional que pese a encontrarse en situación de discapacidad, cualquiera sea su origen, no se hace acreedora de la prestación económica denominada pensión de invalidez.

El paradigma de investigación desarrollado por este proyecto fue analítico-explicativo, dado que se revisaron los estudios sobre discapacidad e identificaron los aspectos legislativos y doctrinales que favorecen la confusión conceptual entre invalidez y discapacidad. Por su parte, el tipo de investigación fue documental-explicativa atendiendo a que indagó más allá de la descripción del fenómeno.

La presente estructura da por sentado el derrotero metodológico del escrito que

se desarrolla, el cual examina y sintetiza diversas posturas y planteamientos tanto teóricos como prácticos de la discapacidad y la invalidez, logrado a través del análisis de directrices, medidas y orientaciones conceptuales expedidas por los diferentes órganos judiciales y legislativos y por autores nacionales e internacionales.

1. DESARROLLO CONCEPTUAL DE LA INVALIDEZ Y LA DISCAPACIDAD

Si nos concentramos en el desarrollo conceptual que han experimentado a lo largo del tiempo las categorías jurídicas de invalidez y discapacidad, se pueden observar muy diversos enfoques coyunturales e históricos. Por ende, es menester traer a colación las intervenciones realizadas desde la perspectiva del modelo rehabilitador y definir la discapacidad desde un origen científico, estableciendo que las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas (Palacios y Bariffi, 2007).

Desplazando el anterior planteamiento, se propone el modelo social adhiriendo los derechos humanos como fundamento de este tópico, es decir, se considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas (Palacios y Bariffi, 2007).

Dado que este texto acoge la postura propia del modelo social, es importante advertir que la noción de discapacidad traspasa las fronteras tendientes a evaluarla desde la condición de salud de la persona y desde concepciones médicas y científicas y, más bien, enfatiza en el entorno social y el contexto en el que tales personas se desenvuelven, lo que permite anular las barreras sociales, físicas y culturales que las aquejan y que limitan su participación activa en sociedad y que por ende, configuran una situación de exclusión y vulneración de derechos que impide la inclusión de estas personas en la comunidad. Es por lo anterior que J. Morris (1999) citado por Barnes (2009), narró esta posición jurídica y social de la siguiente manera:

La imposibilidad de caminar es una deficiencia, mientras que la imposibilidad de entrar en un edificio, puesto que hay que subir una escalera hasta la entrada es una discapacidad. La imposibilidad de hablar es una deficiencia, pero la imposibilidad de comunicarse, puesto que no existe el apoyo técnico apropiado, es una discapacidad. La imposibilidad de mover el cuerpo es una deficiencia, pero la imposibilidad de levantarse de la cama, puesto que no existe la atención física apropiada, es una discapacidad. (p.111).

Ahora bien, resulta importante enfatizar el rol o papel garantista que debe adoptar el Estado a través de sus actuaciones, en procura de salvaguardar los derechos de las personas en situación de discapacidad, mediante el desarrollo e implementación de medidas y estrategias de diseño

y aplicación universal, así como de ajustes razonables atinentes a modificaciones y adaptaciones que equilibren y reduzcan las cargas desproporcionadas o indebidas impuestas a estos sujetos, junto con acciones afirmativas direccionadas, no solo al mejoramiento de la calidad de vida de las personas en situación de discapacidad sino también en pro de la abolición de todos aquellos impedimentos que recrudecen su situación de vulnerabilidad (Corte Constitucional, Sentencia T-933, 2013).

El Estado debe potencializar a gran escala las fortalezas y habilidades que poseen las personas con discapacidad y a su vez, debe resguardar y afianzar la autonomía y la independencia de tales sujetos, refiriéndose a ellos como el centro y causa inmediata y directa de todas las decisiones que les afectan. La discapacidad debe estructurarse en el ordenamiento jurídico colombiano como una categoría que, si bien requiere una protección especial por parte de las instituciones estatales y que debe ser permeada por tales en la defensa de los derechos humanos y la efectividad de los mismos, también debe direccionarse a que quien se encuentre en tal situación pueda emplear la eventual productividad residual que posee para satisfacer sus propias necesidades (Cuenca, 2011).

En concordancia con lo anterior, Gómez Acosta (2007) planteó que el concepto de discapacidad incluye factores contextuales socioeconómicos, además de los tradicionalmente vinculados, que inciden en el funcionamiento del individuo y, por tanto, afectan su proceso de participación y

bienestar personal. Los aspectos de bienestar y calidad de vida proporcionan una guía en el desarrollo de acciones sociales para las personas en situación de discapacidad, por tanto, partir de definiciones ampliadas, de igual forma amplía y aumenta las opciones de respuesta social para cubrir las necesidades de los individuos.

En definitiva, las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección por parte del Estado y de la sociedad en general, con el fin de alcanzar la plena inclusión de los mismos en la sociedad, por lo que se debe facilitar con efectividad y dinamismo el ejercicio de los derechos de este sector de la población. Siendo así las cosas, y analizando la discapacidad desde el Bloque de constitucionalidad y el orden legal, se refiere a "aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que al interactuar con diversas barreras pueden ver afectada su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás" (Corte Constitucional, Sentencia C-606, 2012).

Es importante tener en cuenta que la discapacidad no es un concepto unívoco y, por ende, no se reduce a un componente unitario o a una categoría con un único elemento, sino que se compone de un conglomerado de factores que hacen de esta una noción de carácter heterogénea e integral y que en ocasiones se confunde con otro concepto llamado invalidez.

Por otra parte, y con igual relevancia se encuentra la categoría jurídica de invalidez, la cual se enmarca de manera directa

en la legislación colombiana, es decir, es parte integrante y fundamental del Sistema de Seguridad Social Integral que rige en esta materia y que atiende las diferentes contingencias que se experimentan en el ámbito de la salud, de la pensión y los riesgos laborales. El concepto de invalidez se justifica en el otorgamiento de una prestación asistencial y económica a quien posea 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral de acuerdo a lo estipulado por la Ley 860 del 2003, esta prestación le permite, a quien se hace acreedora de ella, cubrir sus necesidades de subsistencia.

Así mismo, se debe traer a consideración lo expresado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito de México (2000), el cual considera que "la invalidez es un estado físico que se traduce en la pérdida de la capacidad de trabajo, debido a una disminución notable de la salud en la persona, ocasionada por una enfermedad de tipo general, o accidentes no profesionales".

Por lo tanto, se estructura una relación simbiótica entre la invalidez vista como la pérdida de capacidad laboral y la pensión de invalidez como subvención que cobija a quienes, según la normativa aplicable, son considerados inválidos, esto es, la legislación colombiana en asuntos de seguridad social plantea la invalidez ligada exclusivamente a la posibilidad de acceder a una prestación económica atendiendo a los requisitos legales establecidos para tal fin, es decir, se vislumbra como la acre-

ditación de aspectos netamente formales y no como un análisis de las condiciones particulares de cada caso concreto.

En respuesta a lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T-002A de 2017 ha afirmado lo siguiente:

La jurisprudencia ha reconocido la pensión de invalidez como el derecho de aquellos cuya capacidad laboral se ha visto disminuida de obtener el pago de una compensación económica, la cual se les entrega con el fin de salvaguardar sus necesidades básicas y solventar la vida en condiciones dignas. En concreto, este Tribunal ha definido la pensión de invalidez como 'una prestación destinada a proteger los riesgos o contingencias que provocan estados de incapacidad, con cargo al sistema de seguridad social, de acuerdo con las directrices del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstos en la Carta Política'.

Quiere decir, entonces, que la invalidez en el contexto colombiano se encuentra relegada al cumplimiento de supuestos legales que, más que responder a la necesidad de proteger a la persona en situación de discapacidad, cobija o salvaguarda en su liquidez monetaria a aquel que ha experimentado una pérdida de capacidad laboral, exigiendo la acreditación de ciertos elementos que en ocasiones escapan a las posibilidades fácticas de realización.

La invalidez como concepto jurídico implica la remisión necesaria y obligatoria al Decreto 1507 del 2014, normativa que ratifica la premisa cardinal de este texto,

la cual plantea la clara diferencia entre las categorías de invalidez y discapacidad pues en tal elemento legislativo se excluye de manera expresa a las personas en situación de discapacidad, a quienes se les deberá aplicar de manera singular y concreta un manual específico creado con dicha finalidad.

Siendo así las cosas, y complementando el desarrollo conceptual que convoca este acápite, es importante incluir el análisis crítico de la discapacidad, pues el mismo otorga una visión amplia y panorámica, no solo del contexto social en el que se desenvuelve esta situación, sino también de aquellas estrategias y medidas afirmativas que se planteen en procura de salvaguardar los derechos de estas personas. Esto es, se prescinde de visiones excluyentes, discriminatorias u opresivas y se otorga a la persona en condición de discapacidad plena inclusión en el modelo social, político y cultural al que pertenece (Harvey, 1998).

De manera conclusiva, se afirma que, tanto discapacidad como invalidez entendidos desde la perspectiva conceptual o semántica, atañen a orígenes o fundamentos disímiles, ya que cada uno de estos se desarrolla en escenarios jurídicos diferentes por lo que es absurda su equivalencia.

2. MARCO NORMATIVO DE LA DISCAPACIDAD Y LA INVALIDEZ EN COLOMBIA

El ordenamiento jurídico colombiano ha desarrollado en sus instituciones diferentes planteamientos en torno a los concep-

tos de discapacidad e invalidez, los mismos incluyen creaciones legislativas, atraviesan nociones jurisprudenciales y desembocan en análisis doctrinarios como se mencionó en el segmento anterior.

Es por lo anterior, que se hace necesario abordar dichos antecedentes, segregando los mismos conforme al orden anteriormente descrito, es decir, partiendo de las herramientas legislativas que rigen el tópico que nos convoca, y teniendo como punto de referencia el mandato constitucional que ordena especial protección a la persona en situación de discapacidad.

En este orden de ideas, debe hacerse alusión a que Colombia, revestida por su rol de Estado garantista y protector de los derechos humanos, y tras suscribir instrumentos internacionales vinculantes, tales como la *Declaración universal de los derechos humanos* (1948) y el *Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales* de 1966 (también Pidesc), adquiere obligaciones de índole internacional tendientes a asegurar a cada persona su derecho a la seguridad social y a propender por la plena satisfacción de todos los derechos allí consagrados. Para nuestro cometido, se debe resaltar el deber a cargo de los Estados suscriptores del Pidesc de implementación o adopción de medidas legislativas de carácter progresivo que promuevan la efectividad y el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales que se tratan en la misma, excluyendo actuaciones discriminatorias y opresivas.

Sumado a lo anterior, es menester invocar las observaciones generales que atañen

a este texto, relacionadas al Pidesc, las cuales son la *Observación general número 5* que aborda los derechos de las personas en situación de discapacidad y la *Observación general número 19* que trata sobre el derecho a la seguridad social. En la primera, se hace hincapié en que estas personas, cuya condición se ostenta de nacimiento, deben recibir por parte del Estado una protección especial en su derecho a la seguridad social y al seguro social mediante herramientas y medidas afirmativas, que les permitan asegurar no solo un ingreso económico adecuado para sufragar sus gastos, sino también dirigido a la disminución de barreras contextuales, sociales y estructurales. En la segunda, se estructura el derecho a la seguridad social enfocado en la creación de un sistema que proteja eventualidades y riesgos propios del desarrollo de la vida humana, encuadrándolos como foco de especial tratamiento (Paz, 2017).

Por su parte, la Constitución Política de 1991 en su artículo 13 consagra en favor de los grupos discriminados y de personas en situaciones físicas o psíquicas de debilidad manifiesta, medidas afirmativas y razonables que garanticen y permeen todos sus ámbitos y esferas, es decir, que les permitan lograr una participación activa en la sociedad, esto con el fin de lograr una igualdad real y efectiva. Encontramos además en los artículos 48, 47 y 54 de la Constitución el derecho irrenunciable a la seguridad social del cual deben gozar todos los habitantes sin exclusión alguna; la obligación de implementar políticas de rehabilitación, prevención e integración social para quienes poseen factores o

patologías físicas, sensoriales o psíquicas, frente a las cuales se requiera una atención especializada y el mandato de promoción que debe enmarcar las actuaciones estatales a la hora de garantizar a las personas en situación de discapacidad una inclusión laboral plena en condiciones de salud.

En respuesta a todas aquellas obligaciones de carácter internacional y constitucional y ante la latente necesidad de corregir y optimizar un sistema de seguridad social con múltiples deficiencias y, además precario para un Estado social de derecho, se somete a trámite legislativo una iniciativa enfocada en la corrección de tal carencia, lo que conllevó a la expedición de la Ley 100 de 1993, que a su vez dio paso al Sistema de Seguridad Social Integral compuesto por tres subsistemas que abarcan pensión, salud y riesgos laborales; este análisis se ubica en el subsistema pensional colombiano, el cual está direccionado a proteger varios riesgos o contingencias, es decir, la vejez, la invalidez y la muerte; instituyéndose para cada uno de estos prestaciones económicas que los amparan.

En lo que nos interesa, es decir, frente al concepto de invalidez, la Ley 100 de 1993 en su artículo 39, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 del 2003, estableció una prestación de carácter económico en reemplazo del medio de subsistencia llamado salario en favor de quien acredite por lo menos 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, la cual debe

ser igual o superior al 50%. Esto es, para hacerse acreedor de una pensión de invalidez, deben reunirse requisitos de orden formal y legal tales como un dictamen que certifique el porcentaje anteriormente descrito y una densidad mínima de aportes al sistema pensional.

Lo anterior evidencia el arraigo normativo de la Ley 100 de 1993 con el antiguo y retrógrado enfoque médico rehabilitador que plantea el asistencialismo en favor de las personas en situación de discapacidad; esto, a todas luces denota la necesidad de transformar dicha perspectiva en un enfoque social de derechos humanos, cuyo foco de atención deben ser las barreras sociales y contextuales que dificultan y obstaculizan la plena inclusión social y participación de las personas con discapacidad.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993, como precursora del sistema integral de seguridad social es complementada por la Ley 962 del 2005 y por el Decreto 019 del 2012 en sus artículos 52 y 142 respectivamente, estos prescriben con claridad el procedimiento a tratar respecto a la obtención del dictamen de pérdida de capacidad laboral que se adujo con anterioridad.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL A LA DISCAPACIDAD

Retomando las obligaciones de carácter internacional, y para continuar en orden cronológico que dé cuenta de la evolución en esta materia, se encuentra que la Ley 1346 del 2009 mediante la cual el

Estado colombiano ratifica la *Convención de los derechos de las personas con discapacidad*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, introdujo al Bloque de constitucionalidad una visión social e incluyente de la discapacidad, vista ahora desde una perspectiva humana y enfocada mayormente en el otorgamiento de derechos y garantías que posibiliten y concreten una participación plena y activa de las personas con discapacidad en la sociedad, se superan así estigmas de índole histórico y contextual en los que se percibe su situación como deficiencia física o médica que margina y segrega a quien las posee, aniquilando su posibilidad de participar en una vida laboral productiva.

Como consecuencia de lo anterior, se expide en Colombia la Ley estatutaria 1618 de 2013 que desarrolla el articulado de la Constitución protector los derechos de las personas con discapacidad. Esta ley instituye medidas de inclusión, acciones afirmativas y ajustes razonables que promueven y garantizan el ejercicio efectivo de sus derechos y que eliminan a su vez toda forma de discriminación por dicha causa, generando en sí misma un encuadramiento global que permea todas las actuaciones estatales y que de la misma manera constituye un tema primario a tratar en todas las esferas del ordenamiento jurídico colombiano.

Dicha normativa especial introduce, junto con la *Convención de los derechos de las personas con discapacidad*, el modelo social que aborda la discapacidad como anteriormente se adujo y la concibe de tal

manera que la misma no representa un obstáculo sino una alternativa diversa de desarrollo y realización personal e interna, siendo esto una proyección de índole social en la que se prescinde del enfoque médico o patológico de la discapacidad y se vislumbra como la consecuencia de inconmensurables barreras u obstáculos del entorno que reducen una inclusión plena y efectiva (Corte Constitucional, Auto 006, 2009).

Por otra parte, y como adición a lo previamente expresado, se promulgó el Decreto 1507 del 2014, en el que se expide el *Manual único de la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional*, y se plantea expresamente que el mismo no le es aplicable a quienes previamente se encuentren en situación de discapacidad, pues dicha circunstancia se debe medir con un manual específico creado para tal fin, la Resolución 583 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social por la cual se implementa la certificación de discapacidad.

Como segunda propuesta para evaluar los antecedentes nacionales en esta materia, es pertinente poner de presente los múltiples lineamientos jurisprudenciales que se han impulsado conforme al transcurso del tiempo en procura de los derechos de las personas en situación de discapacidad. Para comenzar dicho análisis se mencionará la Sentencia T-397 de 2004 en la que se reiteran las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano como consecuencia de la suscripción de múltiples instrumentos de esta misma índole, haciendo énfasis en el

modelo social del trato a la discapacidad de la siguiente manera:

Lo que es más, en no pocas instancias las personas con discapacidad son representadas socialmente como seres humanos "defectuosos", "incompletos", "inferiores", que "necesitan reparación" o son "dignos de compasión"—estereotipos injustos que se basan en el desconocimiento de las características, las causas y los componentes socioculturales de la noción misma de "discapacidad", así como del ideal de "normalidad" a la que aquella necesariamente se opone—. Tales limitaciones y barreras terminan por someter a las personas con discapacidad a existencias dependientes, segregadas y excluidas, que las condenan al paternalismo y la marginalidad, lo cual es inadmisibles en el marco de un Estado construido sobre la base del respeto por la dignidad humana; en esa medida, dichas barreras constituyen el ingrediente principal de la situación de "minusvalía" de una persona, es decir, del conjunto de carencias, incapacidades creadas y discriminaciones sutiles o manifiestas que se derivan, para la persona con discapacidad, de la interacción entre su condición individual y el medio social, cultural y económico en el cual se desenvuelve.

Siguiendo la misma línea de análisis jurisprudencial, la Sentencia T-1095 de 2004 postula la necesidad de lograr una igualdad real y efectiva mediante medidas y estrategias de diferente naturaleza que permitan eliminar la marginación de las

personas en situación de discapacidad, obstáculos que permean las estructuras sociales y culturales y que violentan los derechos de estas personas, lo cual a la luz del Estado social de derecho, resulta inadmisibles.

Reforzando el modelo social, se encuentra que en la Sentencia C-076 de 2006 se establece que las personas en situación de discapacidad deben ser visualizadas en el ordenamiento jurídico colombiano como sujetos de especial protección, quienes a su vez deben gozar de manera plena y efectiva de un amparo y salvaguarda fortalecido y de carácter global, planteado de esta manera:

En segundo término, el Estado debe adoptar medidas de diferenciación positiva que permitan que las personas que se encuentran en las circunstancias descritas puedan acceder, en igualdad de condiciones, al goce de sus derechos fundamentales. En este sentido, la Corte ha señalado que las personas que integran los grupos sensorial o físicamente desaventajados tienen derecho a una protección constitucional reforzada para lograr su plena inclusión social.

Siguiendo la misma línea, la Sentencia C-824 de 2011 promueve la eliminación de la discriminación y marginalidad hacia las personas en situación de discapacidad, recalcando que dichas circunstancias de debilidad, no deben influir en el ámbito laboral y productivo. Analizando aquellas actividades o manifestaciones excluyentes y segregativas, a saber:

(i) de un lado, toda acción que anule o restrinja los derechos, libertades y oportunidades de estas personas; y (ii) de otro lado, toda omisión injustificada respecto de las obligaciones de adoptar medidas afirmativas para garantizar los derechos de estas personas, lo cual aparece como consecuencia, la exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad, y por tanto constituye una discriminación.

Habiéndose destacado la evolución normativa y social que ha experimentado lo atinente a las personas en situación de discapacidad, es menester reconocer que sentencias como la C-147 de 2017, han permitido vencer visiones sesgadas y discriminatorias respecto a esta circunstancia de debilidad manifiesta, y por el contrario han visualizado la discapacidad como un problema social que surge a causa de la existencia de una sociedad en la que se desconoce la diferencia y la diversidad, es por esto, que se establece que es el mismo entorno el que debe adecuarse de manera efectiva y razonable a las especiales condiciones que poseen en las distintas esferas de la vida social, económica y cultural, las personas en situación de discapacidad (Corte Constitucional, Sentencia C-147, 2017).

Por su parte, la Sentencia T-190 de 2011 atiende su razonamiento al deber normativo que radica en el órgano legislativo respecto a la creación y expedición de todos aquellos derroteros jurídicos que deben regir frente a las personas en condición de discapacidad, buscando la superación de las circunstancias de mar-

ginalidad y exclusión de las que han sido sujetos, allí se afirma lo siguiente:

El Estado no puede negarse a adoptar las medidas de orden positivo orientadas a superar, en lo factible, esa situación de desigualdad y de desprotección.

De conformidad con lo anterior, el Estado debe normar las previsiones que permitan a personas en situaciones de debilidad manifiesta, en lo factible y razonable, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección no sólo radica en las ramas legislativa y ejecutiva, sino también corresponde a los jueces, quienes han de adoptar medidas específicas de amparo, según las circunstancias de cada caso en concreto.

Se evidencia que la Corte Constitucional de Colombia ha experimentado una evolución sumamente considerable respecto al ámbito de protección que se les debe otorgar a las personas en situación de discapacidad bajo las premisas fundantes del Estado social de derecho, en tanto se vislumbran transformaciones en las cuales estas personas ven sus derechos humanos reconocidos, disfrutan de una participación activa en la sociedad y a su vez se eliminan progresivamente las barreras que impiden el goce efectivo y pleno de sus garantías, superando así, enfoques médicos de la discapacidad, según los cuales quien experimenta tal situación requiere de una rehabilitación integral y por el contrario nos ubicamos en la perspectiva humana en la cual lo verdaderamente relevante son sus derechos humanos y plenas garantías.

4. DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE DISCAPACIDAD E INVALIDEZ

Adentrándonos en el punto transversal de este escrito, y con el fin de corroborar lo anteriormente planteado, es menester afirmar que la invalidez vista en su máxima expresión tanto conceptual como práctica implica *per se* un uso discriminatorio y contrario al modelo social de derechos humanos, ya que dicho concepto se circunscribe netamente al otorgamiento de una prestación económica sustentada en una pérdida de capacidad laboral, dejando al margen distintas barreras sociales que las personas en situación de discapacidad experimentan.

Ahora bien, con el fin de dejar en evidencia el vacío legislativo existente en la materia, se resalta que la Corte Constitucional ha aceptado la disimilitud existente entre las categorías jurídicas de discapacidad e invalidez planteando lo siguiente en la Sentencia T-198 de 2006:

Se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona inválida (sic). La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.

En el mismo sentido, la Sentencia T-122 de 2010 indica:

La discapacidad, implica el padecimiento de una deficiencia física o mental que limite las normales facultades de un individuo, lo cual armoniza con las definiciones propuestas en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. En éstas se habla, de manera idéntica, de 'persona impedida' y 'persona con discapacidad', respectivamente. La invalidez ha sido asumida en el contexto internacional como la reducción de la capacidad para el trabajo a consecuencia de limitaciones físicas o mentales debidamente probadas. Esta idea ha sido adoptada en el contexto jurídico nacional, que define a la invalidez como una pérdida que excede el 50% de la facultad para laboral (sic), lo que presupone la valoración de la merma.

Para ser aún más enfáticos y dar por sentido dicho precedente, la Sentencia T-933 de 2013, no solo plantea el contraste entre discapacidad e invalidez, sino que también recurre a aclarar que la discapacidad no es sinónimo de minusvalía, reiterando que esta surgió como producto de la deficiencia en la estructura del entorno físico y la organización social y que puede a su vez ser integrada al concepto de discapacidad, vista como un fracaso a la adaptación del entorno a las necesidades y carencias de las personas en esta situación. De la misma manera, mencionó que la diferencia existente entre invalidez y discapacidad radica en la normativa de la seguridad social, pues aquella está ligada al otorgamiento de una prestación de índole económica, reconocida en virtud de

la acreditación de requisitos exigidos en la ley, siendo esto simplemente una opción para las personas en situación de discapacidad, mas no representa certeza de inclusión y salvaguarda de sus derechos.

Así las cosas, es pertinente proponer que el ordenamiento jurídico colombiano, más que otorgar una prestación económica a favor de la persona en situación de discapacidad debe propender por la eliminación efectiva de todas aquellas barreras socioculturales que impiden y obstaculizan la participación activa y la inclusión de estas en la sociedad, junto con la creación de las condiciones necesarias y los ajustes razonables propios que faciliten el tratamiento igualitario e incluyente de dichas personas. A su vez, es necesario trasladar el centro de atención de dichas categorías a un enfoque humano y de derechos y, por ende, superar perspectivas asistencialistas que en lugar de proteger o salvaguardar los derechos de las personas en situación de discapacidad, se encargan de discriminar, extender y agravar las barreras que aquellos experimentan.

Sin embargo, este planteamiento no responde a la realidad del Estado colombiano pues se halla un escenario o segmento de desprotección que envuelve a aquellas personas en condición de discapacidad que nacen con la misma o la adquieren a temprana edad, impidiéndoles el desarrollo efectivo y real de su etapa productiva o laboral, ya que estas personas poseen como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el momento de su nacimiento o una fecha anterior a su afiliación al sistema pensional, lo que des-

dibuja la estructura financiera del sistema y en protección del mismo los excluye tajantemente del beneficio o subvención económica llamada pensión de invalidez.

Se afirma entonces que cuando la discapacidad no confluye con la invalidez se genera un vacío legislativo referente a la protección y garantías de las cuales deben ser beneficiarias las personas en situación de discapacidad, pues surgiría la pregunta ¿qué prestación económica se le brinda a quien nace con una enfermedad congénita o degenerativa o adquiere la misma a una edad temprana y a causa de esto no puede ingresar al mercado laboral y por ende no introduce aportes al sistema? Y ¿cuál sería el ingreso económico propio que tendrían dichas personas en garantía a su derecho a la seguridad social?

En virtud de lo anterior, la Sentencia T-427 del 2012 complementa esta materia asegurando que si bien la pensión de invalidez cubre dicha contingencia, existe un caso excepcional referido a quien posee una enfermedad congénita, es decir, nace en condición de discapacidad o adquiere la misma a temprana edad, en el que tales circunstancias por sí mismas no son suficientes para acceder a una prestación de carácter económico, surgiendo en este caso una brecha de garantías y protección a quienes se ven inmersos en estos supuestos. De tal forma la Sentencia T-427 de 2012 dicta:

Las normas citadas no contemplan la forma de garantizarle este derecho a las personas que no han "perdido" su capacidad laboral, sino que nacieron con

una discapacidad y han laborado en actividades acordes con sus capacidades.

La Sala evidencia que respecto de las personas que han nacido con una discapacidad, el Sistema General de Pensiones aplica una lógica perversa, ya que, si la persona logra superar su diversidad funcional y realiza una actividad remunerada, está obligado a aportar al Sistema y ser solidario con la sociedad, pero, al momento de solicitar el reconocimiento de sus derechos pensionales, el Sistema lo excluye y le niega la protección de sus derechos. En este caso, se aplica una lógica que podría denominarse como "solidaridad a la inversa", ya que les exige a los sujetos más vulnerables que sean solidarios, pero cuando estos reclaman esa solidaridad por sus condiciones especiales, se les niegan sus derechos. Este caso evidencia una situación notoriamente inconstitucional, cuya solución merece una atención especial por parte del legislador.

Posteriormente, la Sentencia T-483 de 2014, responde en cierta medida a la laguna anteriormente establecida, proponiendo que la fecha de estructuración de la invalidez para quien posee una enfermedad crónica, congénita o degenerativa, y a su vez ha superado tales desavenencias físicas o funcionales, por lo que ha tenido una etapa productiva o laboral satisfactoria debe ser desde el momento de la pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral, esto es:

En aquellos casos en los que se deba establecer la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de una persona que sufra una enfermedad congénita, que tal padecimiento no le haya impedido ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de la capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en forma permanente y definitiva, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva. Pues de lo contrario, se estaría poniendo en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta.

Sin embargo, tal adaptación no es suficiente para subsanar la laguna jurídica que acá se plantea, pues igualmente permanecerían en una posición incierta y de penumbra aquellos que no pueden desempeñar una actividad productiva o laboral como consecuencia de su situación física o psíquica adquirida de manera congénita, crónica o degenerativa o a una corta edad, esto es, se requiere igualmente una densidad mínima (semanas cotizadas al sistema pensional) para hacerse acreedor de la pensión de invalidez, dando esto cuenta, de que a este no se le otorga una subvención económica en virtud de su situación *per se*, sino partiendo de la base de que es un sujeto que participa activamente de labores económicas remuneradas.

CONCLUSIONES

Se plantea una notoria disparidad entre los fenómenos jurídicos de discapacidad e invalidez, la cual se fundamenta en los escenarios jurídicos en los que cada uno se desenvuelve, por lo que no es posible predicarse una sinonimia al respecto. Por un lado, la discapacidad vista desde la perspectiva del modelo social hace alusión de manera amplia a una condición propia de la diversidad humana que permea diferentes ámbitos en los que las personas se desenvuelven, esto es, hace referencia al cúmulo de barreras y obstáculos sociales, culturales y políticos a los que se enfrentan diariamente las personas en situación de discapacidad, por lo que nos ubicamos en el terreno de los acontecimientos cotidianos y habituales de la vida en los cuales se impide y dificulta una plena inclusión y participación en la sociedad. Por el contrario, la invalidez obedece a un fenómeno jurídico que encuentra ahínco en una pérdida de capacidad laboral de aquellas personas que hacen parte del sistema pensional y que a su vez están aseguradas o permeadas por este, es decir, este concepto responde a una prestación de carácter contributivo en el que se deben acreditar unos requisitos exigidos por la ley junto con un riesgo que conlleva a la pérdida de la prestación económica denominada salario.

Este escenario pone en evidencia la existencia del vacío legislativo que posee el ordenamiento jurídico colombiano, pues es claro que quien pierde su capacidad laboral es considerado a su vez una persona en situación de discapacidad,

pero que no todas estas ven aniquilada su capacidad productiva en actividades económicas remuneradas o simplemente, dada la magnitud de su situación, no poseen dicha capacidad laboral por lo que no pueden afiliarse o contribuir al sistema pensional. Es en este último caso donde se encuentra un panorama desolador en cuanto a la protección especial que debe brindarse a la persona en situación de discapacidad, pues hay una negación y exclusión total de aquellas personas que nacen en condición de discapacidad o que adquieren esta condición antes de iniciar su vida laboral ya que no gozan de un ingreso económico propio otorgado en virtud de la situación que experimentan vista en sí misma.

REFERENCIAS

- Barnes, C. (2009). *Un chiste "malo": ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita? Visiones y revisiones de la discapacidad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-1095 de noviembre 4. M.P. Cepeda Espinosa, M.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-397 de abril 29. M.P. Cepeda Espinosa, M.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia T-198 de marzo 16. M.P. Monroy Cabra, M.
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-076 de febrero 7. M.P. Escobar Gil, R.
- Corte Constitucional. (2009). Auto 006. M.P. Cepeda Espinosa, J.
- Corte Constitucional. (2010). Sentencia T-122 de febrero 18. M.P. Sierra Porto, H.
- Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-824 de noviembre 2. M.P. Vargas Silva, L.

- Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-190 de marzo 17. M.P. Pinilla Pinilla, N.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-606 de agosto 1. M.P. Guillén Arango, A.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-427 de junio 8. M.P. Calle Correa, M.
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-933 de abril 5. M.P. Pretelt Chaljub, J.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-483 de julio 9. M.P. Calle Correa, M.
- Corte Constitucional. (2017a). Sentencia C-147 de marzo 8. M.P. Ortiz Delgado, G.
- Corte Constitucional. (2017b). Sentencia T-002 A de enero 17. M.P. Palacio Palacio, J.
- Congreso de la República. (1993). Ley 100 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41 148, Bogotá.
- Congreso de la República. (2009). Ley 1346 por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Diario Oficial 47 427, Bogotá.
- Congreso de la República. (2013). Ley 1618 por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Diario Oficial 48 717, Bogotá.
- Congreso de la República. (2003). Ley 860 por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 45 415, Bogotá.
- Congreso de la República. (2005). Ley 962 por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. Diario Oficial 46 023, Bogotá.
- Cuenca Gómez, P. (2011). *Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad*. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19335/derechos_cuenca_PTD_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Gómez Acosta, C. A. y Cuervo Echeverri, C. (2007). *Conceptualización de discapacidad: reflexiones para Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Harvey, D. (1998). The body as an accumulation strategy. *Environment and Planning D Society and Space*, 16(4), 401-421.
- Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo editorial Cinca.
- Presidencia de la República. (2014). Decreto 1507 por el cual se expide el manual único para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional de 2014. Diario Oficial 49 241, Bogotá.
- Presidencia de la República. (2012). Decreto 019 de enero 10 por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública. Diario Oficial 48 308, Bogotá.
- Presidencia de la República. (2017). Decreto de 2012 por el cual se adiciona un capítulo al título 13 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1833 de 2016, a efectos de reglamentar el numeral 4 del artículo 38-1 de la Ley 397 de

1997, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48 308, Bogotá.

Paz Gil, M. F. (2017). *Pensiones y personas en condición de discapacidad Colombia*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.

Tribunales Colegiados de Circuito. (s.f.). Estado de invalidez. Concepto. Recuperado de <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/916/916048.pdf>

Cine y criminología: género y raza.

*Narrativas interseccionales en El color púrpura**

Bruno Amaral Machado**

Recibido: 19 de noviembre de 2017 • Aprobado: 16 de mayo de 2018
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a5>

RESUMEN

El crimen es un producto cultural que sugiere diferentes miradas sobre las formas de control, el castigo y la justicia. El "cine crimen" juega un rol importante para el conocimiento criminológico, pues constituye una forma de criminología popular. Las intersecciones entre la desviación, el delito, el control y sus distintas representaciones simbólicas en el cine se volvieron objeto de interés de la criminología cultural. El artículo analiza las imágenes y los discursos sobre la violencia, desde una perspectiva interseccional (género y raza) de las semánticas criminológicas feministas, en la película "El color púrpura". En la adaptación para el cine de la obra literaria de Alice Walker, las imágenes captan momentos de la obra original. En el universo retratado por Spielberg, las escenas remiten a cuestiones contemporáneas debatidas por las teorías de género y, especialmente, por parte de la criminología feminista, abiertas a las intersecciones de raza. El camino recorrido en este artículo pretende evidenciar las potencialidades del lenguaje cinematográfico para discutir y ampliar el debate sobre temas relevantes de los distintos paradigmas criminológicos.

Palabras clave: cine; violencias; criminologías feministas; intersecciones (género, raza); sistema penal.

* El artículo integra la línea de investigación "Criminología y arte" del grupo Política Criminal, coordinada por Bruno Amaral Machado y Cristina Zackseski, programa de Doctorado en Derecho y Políticas Públicas del Uniceub, Brasilia. Con un enfoque distinto, fue publicada una versión resumida de esta investigación en portugués: Machado, Zackseski, Piza, 2016. Traducción de Marina Quezado Soares y Rafael Sánchez Montes. Revisado por Bruno Amaral Machado. Agradezco la revisión y los comentarios de Marcela Aedo Rivera.

** Abogado, Universidad Federal de Uberlandia, Uberlandia, Brasil; magíster y doctor en Derecho y Políticas Públicas, Centro Universitario de Brasilia, Brasilia, Brasil; doctor en Sociología Jurídico-Penal, Universidad de Barcelona, Barcelona, España; posdoctor en Sociología, Universidad de Brasilia, Brasil, con estancia de investigación en el College John Jay, Nueva York, Estados Unidos. Profesor de grado e Investigador asociado del Departamento de Sociología, Universidad de Brasilia. Correo electrónico: brunoamachado@hotmail.com. Orcid:000274257066

Cinema and criminology: gender and race. Inter-sectional narratives in "The Color Purple"

ABSTRACT

Crime is a cultural product that suggests different views on forms of control, punishment and justice. Cinema crime" plays an important role for criminological knowledge, as it constitutes a form of popular criminology. The intersections between deviation, crime, control and their different symbolic representations in cinema became an object of interest for cultural criminology. The article analyzes images and discourses on violence, from an inter-sectional perspective (gender and race) of feminist criminological semantics, in the film "The Color Purple". In the film adaptation of Alice Walker's literary work, the images capture moments from the original work. In the universe portrayed by Spielberg, the scenes refer to contemporary issues debated by gender theories, and especially by feminist criminology, open to intersections of race. The path taken in this article aims to highlight the potential of cinematographic language to discuss and broaden the debate on issues relevant to the different criminological paradigms.

Keywords: cinema; violence; feminist criminology; intersections (gender, race); criminal system.

Cinema e criminologia: gênero e raça. Narrativas interseccionais em "A cor púrpura"

RESUMO

O crime é um produto cultural que sugere diferentes olhares sobre as formas de controle, de castigo e de justiça. O "cinema de crimes" assume um papel importante para o conhecimento criminológico, pois constitui uma forma de criminologia popular. As interseções entre o desvio, o delito, o controle e suas diferentes representações simbólicas no cinema se tornaram objeto de interesse da criminologia cultural. O artigo analisa as imagens e os discursos sobre a violência, a partir de uma perspectiva interseccional (gênero e raça) das semânticas criminológicas feministas no filme A cor púrpura. Na adaptação para o cinema da obra literária de Alice Walker, as imagens capturam momentos da obra original. No universo retratado por Spielberg, as cenas remetem a questões contemporâneas debatidas pelas teorias de gênero e, especialmente, por parte da criminologia feminista, abertas às interseções de raça. O caminho percorrido neste artigo pretende evidenciar as potencialidades da linguagem cinematográfica para discutir e ampliar o debate sobre temas relevantes dos diferentes paradigmas criminológicos.

Palavras-chave: cinema; violências; criminologias feministas; interseções (gênero, raça); sistema penal.

INTRODUCCIÓN

La expansión de los discursos sobre el crimen ha sobrepasado el espacio ocupado por los penalistas y criminólogos. Las formas de observar y gestionar la desviación hace mucho tiempo atraen la atención del arte y sus imágenes ocupan cada vez más espacio en los medios masivos de comunicación. La criminología no es producida únicamente por profesores y teóricos; en ella colaboran todos los que participan de la cultura popular. El crimen es un producto cultural que sugiere diferentes miradas sobre las formas de control, el castigo y la justicia (Rafter y Brown, 2011a). El "cine crimen" juega un rol importante para el conocimiento criminológico, pues constituye una forma de criminología popular. Un discurso paralelo al académico, pero relevante desde una perspectiva social. No se trata del discurso teórico reproducido, sino expandido y transformado. Un proceso en el cual ambos son transformados, se interpenetran y se retroalimentan (Rafter y Brown, 2011b).

De un lado, el debate sobre la producción cultural de las imágenes y discursos sobre la desviación, las formas de control social y el castigo despierta especial interés para la investigación de las formas contemporáneas de la criminología popular. De otro, las criminologías académicas también son productoras de discursos e imágenes sobre el delito. Es interesante mapear la concurrencia entre los discursos académicos, como parte de una disputa por la hegemonía en aras de conquistar un público más allá de la

academia y, quizás, poder influir en las acciones político-criminales de control del delito y plantear las estrategias del castigo. La recíproca retroalimentación entre criminologías académicas y criminologías populares supone observar que determinados discursos pueden ser más atractivos que otros para algunas expresiones del arte.

A pesar de sus lógicas propias y distintos lenguajes, las criminologías populares pueden valerse de registros académicos según intereses y dinámicas específicas del género cultural. Y pueden pretender despertar a las audiencias sobre las opciones político-criminales subyacentes a los enunciados teóricos, como también pueden reforzar estereotipos y participar, de forma quizás mucho más efectiva y contundente, de la construcción mediática del "criminal nato", de las formas "adecuadas de castigo o tratamientos" y de la protección de la sociedad contra "enemigos internos".

Las criminologías populares, tal como las académicas, no son neutrales. Por el contrario, están orientadas por intereses e ideologías más amplias que remiten a sus visiones sobre la sociedad y los modelos de sociabilidad humana. Es cierto que las criminologías académicas, orientadas por el lenguaje codificado de la verdad y la programación de los métodos y las técnicas de investigación científica, están basadas en paradigmas epistemológicos que debaten lo que es la investigación científica, sus límites, protocolos, etc., y no siempre consideran el impacto social de su producción para las acciones polí-

ticas y la transformación social (Machado, 2012; Young, 2015).

La producción cultural (ficción) sigue una lógica distinta, aunque la producción de las ciencias puede atraer la atención hacia las manifestaciones artísticas. La fascinación que despiertan las criminologías académicas para la producción cinematográfica es un tema que sugiere nuevas líneas o posibilidades de investigación. En los últimos años, especialistas en el campo de la criminología cultural, afirman que el significado del crimen y del control punitivo se debe buscar, no en los datos estadísticos o hechos registrados por las agencias de control sino en su presentación simbólica, en las interpretaciones culturales o negociaciones en torno a la representación del crimen (Ferrell y Sanders, 1995; Ferrell, Hayward, Morrison y Presdee, 2004).

El objetivo de este artículo es, en el primer apartado, comprender cómo las representaciones del crimen y del control en el cine, forma de criminología popular, se volvieron objeto en el campo de investigación de la criminología cultural. En el segundo apartado el objetivo es, a partir del estudio de caso, analizar la película "El color púrpura", basada en la premiada obra de Alice Walker. No se pretende profundizar en la obra literaria, pero será referenciada cuando algún aspecto se diferencia de la película adaptada por Spielberg al cine.

"El color púrpura" propicia elementos para el análisis de distintas ideologías, discursos, imágenes y sonidos. Un camino

desafiante es identificar las posibilidades semióticas de las imágenes para hacer pensar sobre las violencias, las crueldades, la justicia y el castigo. El foco son los fragmentos del discurso criminológico feminista inmortalizados en la narrativa de Spielberg. Lo que supone presentar enunciados del pensamiento criminológico en su interfaz con las teorías feministas y de género¹. Para este artículo, una versión reinterpretada por la criminología crítica, se plantean dos preguntas: ¿de qué manera el sistema cinético (Gonçalves y Renó, 2009; Luhmann, 1994) se abre a las semánticas criminológicas? ¿Qué significados sugieren los discursos y las escenas de "El color púrpura" para pensar las violencias, el crimen y el control?

En el mapa cognitivo propuesto (Teubner y Paterson, 1998), la mirada indaga en los discursos criminológicos feministas², en especial, sus vertientes rearticuladas por lecturas críticas que contemplan la interseccionalidad entre las perspectivas de género y raza. Así, se plantea, desde las escenas e imágenes seleccionadas de la película, en diálogo con los enunciados de las criminologías académicas, también seleccionadas, la necesidad de discutir y repensar las violencias, incluso estructu-

¹ Los conceptos de *género* e *identidad de género* son incorporados en la investigación del estadounidense John Money, sexólogo y especialistas en endocrinología infantil, en 1955. A partir de su origen clínico, el concepto desarrolla, en la década siguiente, su connotación política y social, gracias a los aportes de autoras feministas (Tubert, 2008, p.65-66).

² Confrontar, en especial sobre la violencia de género, Radner y Stringer (2011). Ver también Rauch (2012).

rales, el rol del Estado y de las políticas del castigo.

1. EL CINE EN LA AGENDA DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA

1.1 *El lenguaje cinematográfico: posibilidades teóricas y metodológicas*

El cine constituye lo que Stam define como "discurso o práctica significativa caracterizado por condiciones específicas o procedimientos de ordenación" (2001, p. 136). El lenguaje cinematográfico surge cuando los cineastas empiezan a cortar la película en escenas, editadas por medio del montaje. La combinación de escenas y tomas se destina a producir sensaciones en los espectadores (Carrière, 1997). En esta relación invisible entre una escena y otra se construye una gramática y un vocabulario propios. Se diferencia un lenguaje, se cristaliza la imagen como signo. Según Carrière, "alrededor de su mirada, las imágenes hablan. Y hablan para todo el mundo, a diferencia de la escritura, el sueño de un lenguaje universal" (1997, pp. 17-18).

La memoria de imágenes es mucho más duradera —y los cineastas lo perciben— que las palabras o frases. Con la cristalización de nuevos signos, el cine utiliza tecnologías y otras expresiones artísticas, pero se autorreproduce. Se reinventa incluso con la creación de nuevas funciones y profesiones (director, cámara, ingeniero de sonido). Por medio de la repetición de determinadas formas de expresión, destinadas a plateas variadas, "el lenguaje, en constante mutación, es reconfigurado

(...) se expande" (Carrière, 1997, p.19). En el inicio había la pretensión de totalidad, la imagen debería abarcar todo y evitar zonas de penumbra. A lo largo del siglo XX, el lenguaje cinematográfico se diversifica. Surgen nuevas técnicas de rodaje y proyección, nuevos ángulos y tomas. "Un lenguaje vivo, expuesto a errores" (Carrière, 1997, p. 25). La evolución del lenguaje cinematográfico supone una adaptación de elementos temporales y espaciales a sus necesidades y cambios. Otras discursividades artísticas también manipulan el tiempo y el espacio. La pintura y otras manifestaciones del arte pueden generar la sensación de un inmovilismo arrogante. La literatura también reconfigura el tiempo, ajustado a la diferenciación de los discursos. El cine, como "caja mágica", permite la transgresión constante de los patrones de normalidad. El espacio es transportado, las eras mezcladas y unidas en un único tiempo pasado (Carrière, 1997).

El lenguaje cinematográfico condensa unas estructuras y una disciplina propias. Al contrario de la visión que apostaba por la conversión del cine en un arte total que sustituiría a todas las otras artes, parece superada la utopía del lenguaje único. Se diferencian los discursos del arte, pero sin una relación evolutiva hacia al cine (Carrière, 1997). La exuberancia técnica del lenguaje cinematográfico ha desempeñado un papel insustituible al explorar las asociaciones: imágenes, técnicas, discursos. El cine vive de asociaciones entre imágenes, emociones y personajes. Al incorporar, por medio de la técnica, nuevos signos, el cine emprende viajes

exploratorios que no son indiferentes a otras expresiones artísticas y a otras discursividades (Carrière, 1997).

En otras palabras, un arte heterogéneo, marcado por combinaciones semánticas (significación tempo-espacial) y sintácticas (formas de comunicación por la disposición de sus elementos). Se producen múltiples géneros, escrituras, narrativas, influenciados por el contexto productivo de la obra y por las relaciones sociales en los procesos de producción y distribución del producto final. Un discurso en el cual distintos géneros se interrelacionan (sistema cinético).

Una forma de género secundario, transformado, que pierde relación con una supuesta realidad existente y con la realidad de enunciados ajenos. Se configura un juego significativo de representaciones de la realidad. En la acepción predominante entre los teóricos de la Escuela de Bakhtin, oponiéndose a los formalistas, el cine no presenta una realidad. Esta es construida por un recorte, una visión (Gonçalves y Rocha, 2011). Las nuevas tecnologías digitales han acentuado las conexiones entre distintos discursos, transpuestas al plano cinematográfico (intertextualidad). "La intertextualidad remite a los interdiscursos" (Fairclough, 2008, p.133). Un juego entre discursos, que altera o amplía el significado o el lenguaje original (Gonçalves y Renó, 2009).

Los discursos y las representaciones sobre las violencias, el crimen y el control en el cine constituyen un campo fértil para la investigación criminológica. El reciente

interés de la criminología cultural por las imágenes y por el cine requiere el análisis de las perspectivas y de las técnicas aplicadas. Lo que se propone en el siguiente apartado.

1.2 De las imágenes a las imágenes del cine: crimen, violencias y control

Las visiones difundidas y compartidas sobre el crimen y el castigo por los *mass media* inspiraron investigaciones sobre las imágenes del delincuente y de la policía en los periódicos, la televisión, los videojuegos, la música popular y la internet. La construcción cinematográfica del crimen debe incluirse en el rol de este proyecto más amplio, ya que la imagen en acción es considerada una de las formas más emblemáticas del arte en el siglo XX. Aunque el derecho, la justicia, el delito y el castigo hayan siempre ocupado la atención de los *medias*, las conexiones entre el crimen y sus representaciones en la cultura popular apenas ha llamado la atención de los estudios criminológicos. Y entre los estudios de las representaciones en los *mass media*, el cine, comparativamente con la televisión y con los periódicos, es marginal, por ocuparse, en gran parte, de la ficción. Lo que no se justifica, pues las sensibilidades sociales son moldeadas por distintas imágenes, tanto factuales como ficcionales (Yar, 2010).

Los análisis de contenido están entre las técnicas más difundidas en los estudios de las representaciones en los *mass media*, y se mostró útil en investigaciones sobre la representación del crimen en el cine, y sugiere la saturación por las imágenes del

delito y el incremento de las escenas de violencia (Yar, 2010). Sin embargo, dicho análisis de contenido poco evidencia los sentidos de tales imágenes y representaciones. En contraste, la epistemología marxista y la tradición gramsciana inspiraron investigaciones que buscaron desvelar la concurrencia entre visiones conservadoras, liberales y radicales sobre la moralidad, la justicia, el orden y el castigo en las películas con la temática del delito (Kellner y Ryan, 1998).

En un análisis que buscó contemplar las diferentes ideologías en el cine de este género, Rafter, de forma similar, diferenció las películas tradicionales de las críticas. Las primeras tienden a enfatizar la imagen de decencia de los agentes del orden, en contraste con los acusados, celebrando el ideal de justicia y del castigo debido. Las segundas subvertirían esta lógica del bien contra el mal, y se decantarían por una visión pesimista sobre el control social y la imposibilidad del heroísmo y la inevitabilidad de la injusticia (Rafter, 2006).

Los enfoques marxistas son criticados por la visión monolítica sobre la ideología, se afirma que no valoran contradicciones y tensiones en el mismo texto, la coexistencia de significados que convocan posiciones tanto conservadoras como críticas. Es así porque no consideran el rol de los espectadores en la construcción de los significados en el cine. Recientes análisis, desde perspectivas descritas como posmodernas, señalan la indeterminación de los sentidos. Así, resulta imposible atribuir un sentido definitivo a cualquier representación. Es decir, el texto pue-

de traer (y tener) distintos contenidos ideológicos. Es por eso que parece más adecuado evitar las clasificaciones a raíz de los sentidos ambivalentes. Los significados son, a la vez, articulados, explorados y negociados. Estas ambivalencias en el cine son el reflejo de los sentidos contradictorios que circulan en la sociedad. Lo que supone una lectura abierta y sensible del complejo contexto cultural de las películas sobre crimen para acercarse a la diversidad de mensajes que pueden interactuar en las políticas más amplias del orden y del castigo (Yar, 2010).

Este breve recorrido por distintas perspectivas y técnicas de análisis evidencian un amplio repertorio para la investigación criminológica. Es relevante conocer de qué forma los enunciados (algunos en particular) de las criminologías académicas (científicas) son capturados por el arte, en general, o por la síntesis texto/guion/fotografía/soundtracks, en la construcción particular del cine (experiencia casi alquimista), transformándose luego en una de las expresiones de la criminología popular. Es en la traducción del léxico criminológico al popular, más o menos libre, que la investigación empírica puede arrojar luz, donde los enunciados y los discursos académicos pueden aparecer explícita o implícitamente. Y, como producto cultural, pueden sugerir miradas reflexivas/críticas, despertar al espectador sobre las imágenes de la desviación y hacer reflexionar sobre las formas de control (¿Según cuáles intereses? ¿Qué modelo de sociabilidad?). De otro lado, las criminologías populares pueden ampliar el alcance de determinados enunciados

biocriminológicos y reificar visiones sobre el criminal y el castigo, sobre la ley y el orden (Walby y Carrier, 2010).

Las múltiples formas de leer el texto y la imposibilidad, destacada por los posmodernos, de atribuir un sentido único y definitivo no quiere decir, sin embargo, que se pueda extraer cualquier sentido (Lyotard, 1990). Los horizontes históricos de sentido actúan como guías hermenéuticas en la lectura actualizada de los textos (Gadamer, 1999). Bajo la del psicoanálisis lacaniano, se afirma que en lo real no hay exceso. Es a partir del orden simbólico que se atribuye sentido al texto (Žizek, 1996).

En esta última perspectiva, si el texto puede traer distintos sentidos ideológicos, lo que se propone en seguida es analizar narrativas y escenas de la película a partir de las semánticas criminológicas feministas, guías hermenéuticas de esta investigación.

2. NARRATIVAS Y ESCENAS EN "EL COLOR PÚRPURA": GÉNERO Y RACISMO EN UNA PERSPECTIVA FEMINISTA CRÍTICA

2.1 De la narrativa literaria al lenguaje cinematográfico

El escenario es el sur de los Estados Unidos, a inicios del siglo XX. La adolescente Celie, protagonizada en la primera parte de la película por Desreta Jackson, acaba de tener su segundo hijo con aquel que cree es su padre, quien se lo arrebató, desapareciendo con él. Albert, personaje interpretado por Danny Glover, viudo con hijos, va a casa del supuesto padre de Ce-

lie y Nettie, quien se niega a entregarle a esta última para casarse con él, motivado por el deseo en relación a la más joven de las hermanas. Celie es obligada a casarse con Albert.

Ya en su nueva casa, Celie es subyugada por el marido y los hijastros. La protagonista vive ahora en otro espacio doméstico, pero la violencia continúa. El escenario es amenizado cuando Nettie, en la piel de Akosua Busia, escapa a las embestidas paternas que habían sido re-dirigidas a ella y busca refugio con Celie y su nueva familia. La convivencia con Nettie es enriquecida cuando ella decide enseñar a Celie a leer y a escribir, adelantando una manera de seguir comunicadas ante la inminente separación forzada, lo que no tardaría mucho en ocurrir. Albert muestra interés en su cuñada y, frente al rechazo de la joven, la expulsa de casa, separando una vez más a las hermanas.

La trama acompaña la trayectoria de Celie en las cuatro décadas siguientes. La identidad moldeada por la violencia y sumisión es reconstruida a partir de la experiencia compartida con dos mujeres. Sofía, interpretada por Oprah Winfrey, esposa de Harpo, hijo de Albert, personifica la antípoda de Celie. Fuerte, temperamental y rebelde, se niega a asumir el papel sumiso que le sería "naturalmente" reservado. Sin embargo, la resistencia no se quedaría impune, el futuro le reservaría un castigo al *outsider*.

Shug Avery es otra mujer fuerte que cruza el camino de Celie, que asume una faceta también por ella desconocida. Cantante

de la noche y rechazada por su padre, pastor protestante, es llevada a casa por Albert en una situación al menos inusitada. Celie deberá cuidar de la amante del marido, deprimida y alcohólica. Rechazada y ridiculizada por Shug, Celie, acostumbrada a los malos tratos y a la sumisión, construye una relación de afectividad que va más allá de la fraternidad, como si Shug atenuara la pérdida de Nettie. La relación entre Shug y Celie marca una diferencia importante en la perspectiva de la película, que apenas sugiere la relación homosexual, mucho más explorada y central en la narrativa de Walker. En un mundo de violencia y agresión, Shug aparece como un soplo de afectividad para Celie, inmortalizado en la inolvidable escena en que la cantante entona "Sister", en el recién inaugurado Harpo's, en honor a aquella que le ayudara en sus peores momentos.

La obra de Alice Walker, ganadora del premio Pulitzer en 1982, asume un lenguaje epistolar, repleto de regionalismos, errores gramaticales y registros informales. Celie se dirige a Dios y a la hermana por cartas jamás enviadas. En la versión cinematográfica, las cartas enviadas por Nettie a Celie relatan las argucias del destino. La hermana, en África, acaba cuidando de los hijos de Celie, dados en adopción por el propio padre, como forma de ocultar el incesto. Las cartas, interceptadas por Albert, no llegan a la destinataria. Solo algunas décadas después las cartas son encontradas por Shug y Celie. En este momento, la película transita entre el mundo desconocido e idealizado por Celie, desde las descripciones de la hermana, y la dura

realidad vivida con Albert, con breves intervalos en compañía de Shug.

La redención de Celie solo tiene lugar al final de la película, cuando abandona a Albert y reconstruye su trayectoria, contando solo con la herencia dejada por aquel que creía su padre, en realidad padrastro, y con su trabajo de costurera. La película termina con el reencuentro de las hermanas y sus hijos, apartados por la violencia e intolerancia. Entonada por la inolvidable banda sonora de Quincy Jones, la película celebra la frase de Shug: "Creo que Dios se enfada si pasas ante el color púrpura en el campo sin fijarte en él. Todo quiere ser amado. Nosotros cantamos y bailamos y gritamos solo para que nos amen." Un desafío difícil y una advertencia al lector: ¿cómo resumir esta película sin el apoyo de la banda sonora, repleta de blues y sentimientos?

2.2 Fragmentos de la criminología feminista en perspectiva crítica

Desde la década de 1970 se consolida una fuerte crítica epistemológica a la producción de conocimiento fundado en bases masculinas. Entre los estudios inaugurales, Harding se destaca al proponer la definición del paradigma de género, oponiéndose al modelo biológico³. El lenguaje y las instituciones están imbricadas por la dicotomía masculino/femenino. Los géneros son construidos socialmente, no son la simple y mera transposición del sexo biológico. Los pares de cualidades y respectivas debilidades configuran mecanis-

³ Parte del texto fue extraído de esta investigación (Machado, 2014).

mos simbólicos que afectan las relaciones de poder (Harding, 1996). Se delinea una fuerte crítica al modelo androcéntrico de la ciencia. Así, la propuesta de una teoría feminista de la consciencia se contrapone a los pares binarios masculino/femenino, transpuestos en lente epistemológica: sujeto/objeto, razón/emoción, espíritu/cuerpo (Andrade, 2004; Baratta, 1999b; Britton, 2000; Chesney-Lind, 2006; Potter, 2006; Smart, 1976).

A lo largo de las últimas tres décadas esta perspectiva fue decisiva en la reconstrucción de las más diversas áreas de investigación en las ciencias sociales, siendo relevante el debate sobre la tutela penal en situaciones de violencia contra la mujer. El campo de interés fue ampliado y confrontó las diversas corrientes del pensamiento criminológico. Estudios pioneros de la década de 1970 evidenciaron el enfoque sexista de las teorías criminológicas de matriz etiológica (Chesney-Lind, 2013). La crítica feminista también se dirigió a los abordajes inspirados por el Labelling Approach y la criminología crítica, que invisibilizaron el género y la criminalidad femenina (Belknap, 2015)

Algunas de las cuestiones expuestas por las representantes del movimiento feminista suscitaron respuestas y transformaciones en las propuestas criminológicas críticas. En una lectura que actualiza las corrientes criminológicas y el movimiento crítico, Baratta propone un mecanismo operatorio marcado por la sinergia entre los paradigmas de género y la criminología crítica. Así, la cuestión criminal es

indisociable de las variables de género, constituyendo un único modelo teórico. Pero los puntos de contacto todavía son tímidos, conforme alerta Smaus, al señalar que el paradigma de la reacción social fue contemporáneo al surgimiento del feminismo. Ambos, no obstante, marcados por la escasa repercusión recíproca de sus principales proposiciones (Smaus, 1999).

El cuestionamiento central recae en el papel criminógeno de la construcción social del género masculino. Con este punto de partida, cuestionan las teorías tradicionales del pensamiento criminológico (Smart, 1976). No obstante, el incipiente cuestionamiento criminológico feminista pasa de largo una cuestión central en el debate de la década de 1970: el derecho penal y sus procesos de producción y aplicación selectivas. No es la criminalidad, sino el derecho penal, la variable central en la propuesta de la criminología crítica (Baratta, 1999a; Young, Walton y Taylor, 2001; Aniyar de Castro, 1987; Van Swaaningen, 1997; Anitua, 2005).

Como pondera Baratta, en una tentativa de reconstrucción de la criminología crítica en su permeabilidad al debate orientado por la crítica feminista, la variable de género permitió redimensionar el análisis de la selectividad en los procesos de criminalización. La división social del trabajo en la sociedad patriarcal reservó a los hombres el protagonismo en la esfera productiva y a las mujeres el círculo reproductivo (Baratta, 1999b). Al contrario del sistema penal, dirigido al control de las relaciones de trabajo, las relaciones de propiedad y el orden público, el or-

den privado, espacio de la reproducción y creación, gravita al margen del control punitivo. El sistema de control dirigido al papel ejercido por la mujer en las relaciones de género es informal, concretado por el dominio patriarcal y garantizado por la violencia física o moral (Smaus, 1999).

Tanto el sistema de control formal, por medio del derecho penal, como el informal, dirigido a la esfera privada, son dominados por el género masculino. Los discursos, instrumentos e ideologías reproducen la diferenciación social de las cualidades y valores masculino/femenino. Aunque las diferenciaciones internas intervienen de maneras distintas en los respectivos sistemas. La violencia física emerge como factor masculino en la resolución de conflictos. En el sistema penal prevalecen cualidades masculinas, tales como la abstracción y la objetividad. En el sistema informal de la esfera privada prevalecen otros elementos atribuidos al hombre: activo/pasivo, fuerte/débil, dominante/dominado (Baratta, 1999b).

La supuesta inmunidad de la mujer o complacencia dedicada por el sistema de justicia criminal actuaría como mensaje subliminar, latente, de que el lugar de la mujer no es en la cárcel, pero sí en casa con los hijos. El rol reservado a la mujer es desafiado cuando ella osa aventurarse en roles masculinos. Ejemplo empírico de esta última situación estaría en el crecimiento de la población de mujeres negras encarceladas en los Estados Unidos. O los crímenes atribuidos a las mujeres que ocurren en contextos diversos de aquellos impuestos a los roles femeninos, o

cuando "aquellas se comportan como hombres" al asumir posturas violentas o cuando utilizan armas de fuego. En otras palabras, cuando violan la construcción de los roles de género (Smaus, 1999; Chesney-Lind, 2006).

La criminología feminista ha dedicado especial atención a la selectividad negativa del derecho penal, y que opera en relación a los varones que ejercen la violencia patriarcal en el espacio privado. De este modo, la inmunidad de los hombres al control penal, detentores del poder patriarcal, independientemente de sus posiciones sociales, se ha vuelto objeto privilegiado de investigación en el área. La referida inmunidad sería comparable a la de los hombres que detentan poder económico o social en la esfera pública. Por su parte, la ausencia de intervención del sistema penal en la esfera privada es interpretada como "ausencia estructural de tutela de las mujeres" que legitima el poder patriarcal (Baratta, 1999b).

Entre las criminólogas feministas, Smaus se destacó en Alemania por cuestionar los estrechos límites de la criminología etiológica y por incorporar la perspectiva sociológica multidisciplinar en las investigaciones sobre el papel de la mujer en el sistema de justicia criminal (Smaus, 1999). Y propone una relectura del feminismo. Los análisis de género, son así enriquecidos por la incorporación de enfoques raciales, étnicos y clasistas en las experiencias vivenciadas por la mujer como víctima o autora en el sistema de justicia criminal (Burgess-Proctor, 2006; Chesney-Lind, 2006; Potter, 2006). Sin

embargo, la propuesta unificadora de elementos distintivos, como "pobre, mujer, negra", requiere una empresa teórica que no es fácil (Smaus, 1999).

El tema ha recibido nuevos e importantes aportes. Las violencias practicadas contra la mujer, en razón de su condición de sexo femenino, son objeto de análisis recientes. Segato propone profundizar en el conocimiento de las estructuras de género subyacentes a la diversidad de violencias. Es decir, comprender la violencia de género supone ir más allá de las acciones racionales. Interpreta Segato: "hay un gesto de más, una marca de más, un rasgo que excede su finalidad racional", y se puede decir "que se trata de una violencia instrumental orientada hacia un valor, esto es, la reparación o adquisición de un prestigio" (Segato, 2010, p.42-44).

En el enfoque crítico, Baratta (1999b) sugiere la ampliación de las posibilidades de interpretación de situaciones problemáticas por códigos de diferentes disciplinas⁴. Al favorecer enfoques multidisciplinares, la sinergia entre actores y agencias sociales y la construcción de soluciones, se le reserva al derecho penal un papel subsidiario. El derecho penal es reconstruido

como un derecho penal mínimo. En una relectura de las teorías de género, el filósofo italiano contempla la relativización de la identidad global, comprendida, no como una negación, sino como enriquecimiento de la identidad de género.

La androginia emerge como condición ideológica para la superación de otras separaciones. En su concreción, se deben promover las capacidades humanas más allá de las dependencias de procesos de dominación y exclusión. En la síntesis de Baratta, "Lo andrógino no es solo femenino y masculino sino también blanco y de color, niño y adulto" (1999b, p.68). Pero esta sería una faceta, entre otras. La androginia es apenas una dimensión del proyecto global de emancipación, indisociable de la transformación de la estructura económica y de las divisiones entre público y privado. A esta altura el lector se debe estar preguntando: ¿cómo tales discursos aparecen o son sugeridos en la narrativa de Spielberg?

2.3 *Flashes de un discurso criminológico feminista*

Celie y Sofía: representaciones sobre la violencia de género

ESCENA 1: Diálogo en la plantación

Harpo (desorientado con la desobediencia de Sofía):
"Señora Celie... ¿qué hago con Sofía?"

Celie (cabizbaja y constreñida):
"Pégala"...

ESCENA 2: Familia y amigos reunidos para la cena en la Casa de Albert y Celie

⁴ En el enfoque criminológico moderno, se distinguen dos abordajes: el comportamental, orientado al estudio de las relaciones problemáticas; y el de la reacción social, orientado al estudio del sistema de justicia criminal. Profundizar el enfoque sociológico supone apostar por la segunda perspectiva. En suma, superar la criminología como ciencia de los comportamientos problemáticos. No se trata de negar su existencia, sino de desafiar sus múltiples posibilidades de construcción social.

- SHUG: *Albert, Celie irá con nosotros a Memphis...*
- ALBERT: *Eres negra, eres pobre. Shug sabe cantar, es bonita. ¿Qué vas a hacer tú, limpiar su orinal?*
- CELIE: *Soy pobre, negra. Puede que sea fea. Pero, por Dios, estoy aquí. ¡Estoy aquí!*

2.3.1 De la violencia de género a la violencia del sistema de justicia criminal

En este momento la mirada va hacia Sofía, el *outsider*. En el clásico texto de Becker, aquel que no se ajusta a las pautas culturales y normas establecidas es rotulado como desviado. Se instaura un proceso social de definición y rotulación de la práctica desajustada a los patrones (Becker, 1971). Oprah da vida al personaje que, como se ha dicho, representa el contrapunto de Celie. Embarazada de Harpo, Sofía resiste a la violencia aprendida y transmitida al sucesor de Albert. En la sociedad patriarcal y discriminadora de inicio del siglo XX, Celie se resigna a su destino. No se resiste a la violencia del marido. Las constantes palizas son naturalizadas como rutina. La identidad moldeada por la violencia aparece en el consejo que Celie da a Harpo ante a la absoluta irreverencia de Sofía a las órdenes de su marido: ¡"Pégala"! Sofía abandona su marido, llevando sus hijos consigo.

La violencia sufrida y vivenciada por estas dos mujeres remite al centro del debate criminológico feminista. El cuestionamiento de los límites de la criminología crítica redirige el foco hacia la violencia silenciosa y naturalizada por las relacio-

nes patriarcales. La ausencia de políticas públicas relegaría a la mujer a la situación de precariedad y absoluta desprotección. En el debate de la década de 1980, la crítica al carácter selectivo y clasista del control penal sugería la restricción al uso del poder punitivo (Baratta, 1999a; Van Swaaningen, 1997; Anitua, 2005).

Parte del movimiento feminista, al apostar por el activismo de las políticas penales redirigidas contra la violencia de género, reafirma la simbología de la criminalización de la violencia de género, bandera de algunas criminólogas feministas (Larrauri, 2000). En un criticado artículo de la década de 1980, Scheerer asocia las demandas feministas a las prácticas de los empresarios morales aludidos por Becker en su obra clásica (Larrauri, 2000). A diferencia del análisis del sociólogo norteamericano, la búsqueda de protección de derechos fundamentales por medio del derecho penal es rotulada por el criminólogo alemán como empresa moral atípica. La provocación no pasó desapercibida. En los últimos años, se reconoce la dudosa capacidad del derecho penal para solucionar problemas sociales como la violencia de género. Sin embargo, el enfrentamiento a la violencia de género supone distintas estrategias, y entre ellas está la intervención penal, sea como mecanismo de protección a la víctima, sea por el potencial simbólico de la criminalización.

En el lente de Spielberg y en la narrativa de Walker, la trayectoria de Celie es contada al margen del Estado y de las políticas de protección. Más que eso. Se habla al inicio

de la redención de Celie. ¿Cuál redención? ¿Cuándo? La violencia sufrida y vivenciada por la protagonista se asocia a los signos coproducidos en los procesos comunicativos gestados en la intersubjetividad de las prácticas y experiencias compartidas. Las primeras experiencias de violencia y sumisión moldean la pasividad esperada de la protagonista. La violencia del sujeto (¿sujeta?) a que se refiere Wieviorka (2004). La óptica del sujeto privilegia la multiplicidad de las vivencias de quien sufre y ejerce la violencia. La violencia es redefinida, se muestra como lenguaje y forma de comunicación. En la interpretación del sociólogo francés, la violencia ejercida por Albert también revela la marca de un sujeto infeliz, imposible. Pero hay algo más que sobrepasa y no aparece en los análisis del francés (Wieviorka). Las imágenes de las escenas de violencia que sufre Celie, antes por su padre, luego por Albert, su marido, desvelan, como afirma Segato, un "gesto más" que excede su finalidad racional (pp. 42-44).

La inconformidad de Sofía expresa con claridad las argucias de la violencia simbólica, como sugieren las escenas reservadas a los diálogos y al intercambio de experiencias entre aquella y su amiga, la señora Celie. Esta se resiste a aceptar la posibilidad de un destino diferente. Distinto de aquel que le fue reservado. Quizás por eso no luchará o se opondrá. El cuerpo y la mente adiestrados por el poder. El poder materializado y disimulado por la autoridad del poder doméstico, transmitido de padre a marido. La sujeta resuena su silencio: ¿Qué violencia? ¿Las cosas no deben ser así?

La transformación de la protagonista se opera por la resignificación de su mundo, de sus experiencias, de sus relaciones sociales. La capacidad de comunicarse, comprender y compartir mensajes, central en la narrativa de Walker, ocupa gran parte de la trama, cuando Celie encuentra las cartas enviadas por la hermana y retenidas por el marido. La ausencia de Nettie es llenada por los relatos de las aventuras en África, por la idealización de un mundo desconocido y por las memorias de infancia.

En la narrativa literaria, las cartas dirigidas al destinatario divino es la manera con la cual la autora invita al lector a adentrarse en el mundo de Celie. En la versión adaptada al cine, las cartas son el medio de comunicación disponible, aunque los mensajes de Nettie se queden sin respuesta. La imposibilidad que ronda a la protagonista es desafiada por el horizonte de nuevas experiencias, de otro mundo.

2.3.2 Sistema penal, racismo y disciplina

En la primera parte de la película los personajes blancos casi no surgen en escena. Algunas apariciones son emblemáticas. En la figura del cartero, personificación de la presencia del Estado. Otras veces aparecen como dueños de los negocios en la ciudad o consumidores que van y vienen. O en el mundo de la política local: en la figura del alcalde. En una escena importante, Sofía, ya separada de Harpo, es invitada a ser empleada por la esposa del alcalde del pueblo. Ante la dura reacción de Sofía, ella es agredida y responde a la agresión. Entra en escena el sistema de

justicia criminal. La acusación: la agresión a un señor blanco.

Sofía es presa y condenada. En la trama, aparecen todos los ingredientes de la crítica al racista sistema de justicia criminal norteamericano. Poca atención se da a las circunstancias del hecho. La suerte ya estaría echada. La acusada, negra, agradece a la víctima, blanca. Se inician los rituales de la degradación humana. La personalidad insurgente de Sofía es forjada por años de agresiones y por la vivencia en la prisión. Años después, Sofía es puesta en libertad, pero ya no es la misma. Ya no resiste al destino. Sofía ya no es ella misma. Otra vez, en la narrativa de Walker, aparecen otras dimensiones de la tragedia humana. El sistema de justicia criminal y la prisión aparecen como instrumentos de punición a *outsiders* como Sofía (Becker, 1971). La ceremonia de rotulación y aplicación de la etiqueta. La disciplina de la mente y de cuerpos insurgentes, como los de Sofía (Foucault, 1987).

La suerte no le reservaría mejor destino. Físicamente debilitada, no queda vestigio alguno de la mujer fuerte, indignada con el sitio "naturalmente" reservado a la mujer. El lugar destinado a Sofía es notable en la escena en que se reencuentra con sus hijos después de años de separación. La madre ya no reconoce a sus hijos. Y no puede resistir más a las imposiciones de la élite blanca, que recluta sus servicios domésticos. Servidumbre y sumisión a servicio de otro señor. Las imágenes y representaciones sobre la trayectoria de Sofía remiten al objeto central de las teorías del etiquetamiento o rotulación de

finales de la década de 1950 y principios de los 60. En la obra de Becker, la vivencia de la desviación surge en su doble dimensión. En la intersubjetividad de los procesos de construcción y definición de las prácticas por los propios sujetos participantes de las relaciones sociales y en las relaciones de poder, donde determinados sujetos hacen prevalecer las normas del *establishment*.

Aquí se debe volver a la primera situación. La opción por la pauta desviada remite al contexto de naturalización de la violencia de género. A diferencia de Celie, Sofía se resiste a asumir los patrones de sumisión de esposa. Sofía se construye como *outsider* en la medida en que desafía los supuestos patrones de normalidad e invierte en la posibilidad de escaparse a las argucias de la violencia simbólica, aunque en su caso ello implique desencadenar nuevas situaciones de violencia. No obstante, llama la atención que el Estado es un actor ausente en este proceso. Lejos de las demandas feministas, Sofía cuenta solo con ella misma para oponerse a su destino. Ni siquiera su amiga Celie parece comprenderla...

En el segundo momento entra en escena el Estado represor. No el supuesto y mítico Estado protector y garante de derechos fundamentales, sino el Estado que reprime la violación de sus normas fundamentales. Contra la violencia doméstica, tan natural como esperada y recusada por Sofía, nada se puede hacer. Pero cuando esta se opone a la violencia de la discriminación y de la inequidad, se convocan las fuerzas de la represión. Las ceremonias de

degradación y estigma forman parte de la reconstrucción del personaje. La imagen transformada de nuestra actriz secundaria, tan bien representada en la versión cinematográfica, le pega un puñetazo en el estómago al telespectador: la heroína altiva y desafiante ahora tiene una mirada cabizbaja y adiestrada por el castigo.

2.3.3 Género y política criminal: desafíos del control penal de las violencias contra la mujer

Las trayectorias de Celie, Sofía y Shug remiten a los roles atribuidos y asumidos por las mujeres en sociedades bajo el dominio patriarcal, divididas por otras fragmentaciones sociales. Protagonista y secundarias vivencian y son subjetivamente moldeadas por relaciones sociales marcadas por el racismo y por la persistencia de estructuras económicas, sociales (y mentales) de una sociedad con fuerte herencia esclavista.

Sin fuerzas o disposición para resistir, no es en el Estado donde Celie encuentra el camino para su transformación como sujeto(a). En la trayectoria de Celie, la ausencia de Nettie es amenizada por la intensa presencia de Shug, quien también sufre por el desprecio del padre, pastor protestante que condena el destino de la hija, cantante de la noche. Shug, así como Sofía, son reconstruidas en la versión llevada al cine como mujeres con personalidades fuertes. En el paradigma sugerido por Harding, representan atributos masculinos. Cada una resiste al poder patriarcal, racista y clasista con sus armas. Shug echa mano de sus atributos físicos y de su potente voz. Sofía, por su

lado, no vacila en utilizar la fuerza física. La reconstrucción del mundo de Celie pasa por los dramas, alegrías y momentos compartidos.

La ausencia del Estado y de cualquier política pública de protección a la mujer no debe causar sorpresa al espectador, que sigue las primeras cuatro décadas del siglo XX, en una especie de microhistoria del sur de los Estados Unidos, vivida, imaginada y contada por Celie. El mismo Estado, ausente y distante de la realidad de los personajes, aparece en su dimensión punitiva cuando Sofía rompe las convenciones y acuerdos tácitos en la escena en que devuelve una agresión de un señor blanco. La indignación y la resistencia sobrepasan la frontera del espacio privado. En el espacio público, las reglas serían otras. Aparece en el lente el Estado penal.

La narrativa sugiere el debate contemporáneo sobre la criminalización de la violencia contra la mujer y la ausencia histórica del Estado. Y no es indiferente a la necesidad de reconstrucción de la variable género por la intersección con otras cuestiones, como la racial y social (Burgess-Proctor, 2006; Chesney-Lind, 2006; Potter, 2006). En los últimos años, han proliferado las legislaciones que buscan, de alguna manera, castigar y controlar la violencia contra la mujer (Pasinato, 2008,⁵). Algunos liderazgos convergen hacia la importancia del uso simbólico de la legislación penal (Larrauri, 2000). No obstante, no se ignora la selectividad

⁵ Sobre el derecho penal como instrumento de control ver: Melossi, 1992; Garland, 2001.

del sistema de justicia criminal, la posible reproducción de modelos de violencia y la debilidad del derecho penal como mecanismo de solución de conflictos.

Interpretaciones no muy lejanas de la sugerida por Baratta apuestan a la restricción del uso del sistema penal (Baratta, 1999). Los problemas sociales deben ser reconstruidos en sus múltiples construcciones posibles y se deben privilegiar soluciones creativas. Lo que no supone excluir la intervención penal como estrategia válida del movimiento feminista. En el paradigma crítico, el foco es reorientado hacia perspectivas multidisciplinares, atento a las políticas de *empoderamiento* que no siempre pasan por la solución punitiva (Andrade, 1999; Campos, 2008; Machado, 2014). ¿Qué nos sugiere "El color púrpura"? La transformación vivida por Albert en la última parte de la película no es irrelevante. El maltratador, un personaje dominado por el padre, promueve la vuelta de Nettie y el reencuentro de Celie con su hermana e hijos, años exiliados en África. La trayectoria del personaje no se hace a través del poder punitivo del Estado. Se transmite el mensaje del remordimiento y del dolor de la soledad. Un castigo informal, lento, que transcurre a lo largo del sistema penal, como respuesta a la violencia y a la crueldad. Con Wieviorka, las violencias practicadas también desvelarían la marca de un sujeto infeliz, imposible (Wieviorka, 2004).

CONCLUSIONES

El recorrido hecho sugiere entrever más allá de las vertientes criminológicas esta-

blecidas en las distintas tradiciones feministas sobre el crimen y en las respuestas del pensamiento criminológico crítico, instado a contemplar en su repertorio conceptual y metodológico perspectivas como raza y género. La propuesta se orienta hacia otras tradiciones contemporáneas. La diferenciación interna de los discursos criminológicos sugiere otros frentes para el análisis, influenciado por los estudios de la cultura.

La criminología cultural interpela a la escrita y a la interpretación de nuevos escenarios y posibilidades de interlocución entre cultura y crimen. Lo que interesa en este estudio no es la criminalización de las manifestaciones culturales, tema que dominó la agenda en los albores de criminología cultural. Es relevante para este análisis comprender la forma como el arte, en general, y el cine, en particular, se han hecho receptivos y permeables a los lenguajes estilizados de los pensamientos criminológicos.

Al inicio se han planteado dos preguntas. La primera: ¿de qué manera el sistema cinético (Gonçalves y Renó, 2009) se abre a las semánticas criminológicas? Por una parte, un intento de respuesta a esta cuestión supone observar la concurrencia de modelos reproducidos por las nuevas manifestaciones de la biocriminología, con innumerables ejemplos en la industria cinematográfica, que recurren a la fórmula del hombre delincuente. De otro lado, confluyen imágenes reproducidas en el sentido común sobre el crimen y las formas de control. Así como en otras disciplinas, el sentido común concurre

con la ciencia en la interdiscursividad reproducida en el lenguaje del séptimo arte. Como manifestación cultural, la narrativa del cine puede reproducir estereotipos, patrones sexistas u orientados por criterios racionales, con la fuerza de los "saberes poderes" de los discursos científicos. Así, los discursos científicos ganan nueva visibilidad e impacto. El cine puede reproducir prejuicios, naturalizar situaciones inicuas, reafirmar la moral hegemónica. Y la historia de los pensamientos criminológicos propicia un amplio repertorio para nuevas posibilidades cinematográficas. La forma como el cine recibe y transforma los discursos de la criminología supone comprender la lógica y la racionalidad de la producción artística, los intereses económicos involucrados, organizaciones, productores y actores.

Finalmente, la segunda pregunta planteada: ¿qué significados sugieren los discursos y las escenas para pensar las violencias, el crimen y el control? En la película aparecen cuestiones relevantes para las criminologías feministas y críticas. Por un lado, la violencia contra la mujer y la ausencia del Estado. El marido es el señor absoluto del espacio privado. La transformación vivida por Albert, el maltratador, no se debe al derecho penal sino a su transformación por el sufrimiento y la soledad. Por otro lado, son evidentes las críticas a la selectividad racista del sistema penal norteamericano y al tratamiento reservado a los afrodescendientes que vulneran las normas en el espacio público. Es este, en definitiva, el espacio desigual del control y de la punitividad.

Experiencias como "El color púrpura" remiten al potencial del cine como artefacto útil para la reflexión. En este sentido las últimas reflexiones están acopladas a las semánticas de las criminologías feministas y críticas seleccionadas, que conforman un sistema de ideas que direcciona la mirada del investigador (Luhmann, 1994). En la obra de Spielberg el espectador se encuentra con un universo particular, repleto de significados y atento a la escucha de los personajes. Lejos de los modelos preestablecidos y del maniqueísmo del bien contra el mal, la narrativa apuesta por las trayectorias de los sujetos, autores de su propia historia.

REFERENCIAS

- Andrade, Vera Regina Pereira de. (1999). *Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania*. En C. H. Campos (Org.), *Criminologia e Feminismo* (pp. 105-117). Porto Alegre: Sulina.
- Andrade, Vera Regina Pereira de. (2004). A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 48(2), 260-290.
- Anitua, G. (2005). *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Aniyar de Castro, L. (1987). *Criminología de la liberación*. Maracaibo: Universidad de Zulia.
- Baratta, A. (1999a). *Criminología crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- Baratta, A. (1999b). O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. En C.

- H. Campos (Org.), *Criminologia e Feminismo* (pp.19-80). Porto Alegre: Sulina.
- Britton, D. M. (2000). Feminism in Criminology: Engendering the Outlaw. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 571(1), 57-76.
- Burgess-Proctor, A. (2006). Intersections of Race, Class, Gender and Crime: Future Directions for Feminist Criminology. *Feminist Criminology*, (1), 27-46.
- Becker, H. S. (1971). *Los extraños: sociología de la desviación*. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo.
- Belknap, J. (2015). *The Invisible Woman: Gender, Crime and Justice*. Stanford: Cengage Learning.
- Hein de Campos, C. (2008). Lei Maria da Penha: Mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 73(1), 244-260.
- Carrière, J-C. (1997). *La película que no se ve*. Barcelona: Paidós.
- Chesney-Lind, M. (2006). Patriarchy, Crime and Justice: Feminist Criminology in an Era of Blacklash. *Feminist Criminology*, 1, 6-26.
- Chesney-Lind, M. (2013). *Girls, women and crime: selected readings*. Los Angeles: Sage.
- Fairclough, N. (2008). *Discurso e mudança social*. Brasília: Editora UnB.
- Ferrell, J. y Sanders, C. (Eds.). (1995). *Cultural Criminology*. Boston: Northeastern University Press.
- Ferrell, J., Hayward, K., Morrison, W. y Presdee, M. (Eds.). (2004). *Cultural Criminology Unleash* Ed. Londres: GlassHouse Press.
- Foucault, M. (1987). *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. Petrópolis: Vozes.
- Gadamer, H. (1999). *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme.
- Garland, D. (2001). *The Culture of Control: Crime And Social in Contemporary Society*. Chicago: Chicago University Press.
- Hayward, K. y Presdee, M. (2010). *Framing the Image: Cultural Criminology and the Image*. Londres: Routledge.
- Hayward, K. (2010). Opening the lens: Cultural Criminology and the Lens. En K. Hayward y M. Presdee (Eds.), *Framing the Image: Cultural Criminology and the Image* (pp.1-16). Londres: Routledge.
- Harding, S. (1996). *Ciencia y feminismo*. Madrid: Morata.
- Kellner, D. y Ryan, M. (1998). *Camera Politica: The Politics and Ideology of Contemporary Hollywood Film*. Bloomington: Indiana University Press.
- Larrauri E. (2000). *La herencia de la criminología crítica* (3.ª Ed.). Madrid: Siglo Veintiuno de España.
- Liotard, J. F. (1990). *La condición postmoderna: informe sobre el saber*. Madrid: Cátedra.
- Luhmann, N. (1994). What is the case? What lies behind it? The two sociologies and the theory of society. *The Sociological Theory*, 12(2), 126-139.
- Machado, B. (2012). Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, 45, 77-116.
- Machado, B. (2014). O caso espanhol. En T. A. Pierobom (Ed.), *Modelos europeus de enfrentamento à violência contra a mulher: experiências e representações sociais* (pp. 45-134). Brasília: ESMPU.

- Machado, B., Zackseski, C. y Piza, E. (2016). *Criminología e Cinema: narrativas sobre a violência*. Sao Paulo: Marcial Pons.
- Melossi, D. (1992). *El Estado del control social*. (Trad. Martín Mur Ubasart). Ciudad de México: Siglo veintiuno.
- Moraes, E. y Porto, D. (2009). A montagem audiovisual como ferramenta para a construção da intertextualidade no cinema. *Razón y Palabra*, (67). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2947301>
- Moraes, E. y Rocha, R. (2011). O mundo discursivo do cinema: a construção de sentidos. *Razón y Palabra*, (76). Recuperado de http://www.razonypalabra.org.mx/N/N76/monotematico/05_Goncalvez_M76.pdf
- Pasinato, W. (2008). Violência contra a mulher e legislação especial. Ter ou não ter? Eis a questão? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (70), 321-345.
- Potter, H. (2006). An Argument for Black Feminist Criminology: Understanding African American Women's Experience with Intimate Partner Abuse Using an Integrated Approach. *Feminist Criminology*, 1(2), 106-123.
- Radner, H. y Stringer, R. (2011). *Feminism at the Movies: Understanding Gender in Contemporary Society*. Nueva York: Routledge.
- Rafter, N. (2006). *Shots in the Mirror: Crime Films and Society* (2.ª Ed.). Nueva York: Oxford University Press.
- Rafter, N. y Brown, M. (2011a). *Criminology goes to the Movies: Crime Theory and Popular Culture*. Nueva York: NY Press.
- Rafter, N. y Brown, M. (2011b). Taking criminology to the movies. En N. Rafter y M. Brown (Eds.), *Criminology goes to the Movies: Crime Theory and Popular Culture*. Nueva York: NY Press.
- Rauch, J. (2012). *Gender differences in Superhero Character's Roles, appearance and violence as portrayed in Superhero Movies*. Masters of Art in Criminal Justice. Reno: University of Nevada.
- Segato, R. (2010). *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Buenos Aires: Prometeo.
- Smart, C. (1976). *Women, Crime and Criminality: a feminist critique*. Londres: Routledge Kegan Paul.
- Smaus, G. (1999). Teoría del conocimiento feminista y criminología de la mujer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 27, 235-251.
- Stam, R. (2001). *Teorías del cine: una introducción*. Barcelona: Paidós.
- Teubner, G. y Paterson, J. (1998). Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis. *Social and Legal Studies*, (7), 451-486.
- Tubert, S. (2008). La crisis del concepto de género. En P. Laurenzo, M. Maqueda y A. Rubio (Eds.), *Género, violencia y derecho* (pp. 65-100). Buenos Aires: Del Puerto.
- Yar, M. (2010). Screening Crime: Cultural Criminology goes to the Movies. En K. Hayward y M. Presdee (Eds.), *Framing the Image: Cultural Criminology and the Image*. (pp. 68-82). Londres: Routledge.
- Young, J. (2015). *La imaginación criminológica*. (Trad. Andrea Gavela Llopis). Barcelona: Marcial Pons.
- Young, J., Walton, P. y Taylor, I. (2001). *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Walby, K. y Carrier, N. (2010). The rise of bio-criminology: Capturing observables bodily economies of "criminal man". *Criminology and Criminal Justice*, (10), 261-285.

- Walker, A. (1982). *The Color Purple*. Nueva York: Pocket Books/ Washington Square Press.
- Van Swaaningen, R. (1997). *Critical Criminology: Visions from Europe*. Londres: Sage.
- Wieviorka, M. (2004). Pour comprendre la violence: L'hypothèse du sujet. *Sociedade e Estado*, 19(1), 21-51.
- Žižek, S. (1996). *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto.

Ámbito subjetivo de aplicación de los precedentes judiciales: un estudio en la jurisdicción constitucional en Colombia*

Fabio Enrique Pulido Ortiz**

Recibido: 21 de julio de 2017 • Aprobado: 23 de mayo de 2018

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a6>

RESUMEN

El objetivo de este artículo es explicar el ámbito subjetivo de aplicación de la regla de precedente. Mediante el análisis de la estructura normativa de la regla de precedente se señala que una de sus principales funciones es definir los órganos y procedimientos para la aplicación de los precedentes judiciales. A partir de este análisis, se muestra que la definición del ámbito subjetivo de aplicación de la regla de precedente (es decir, el conjunto de órganos con la competencia de aplicar los precedentes judiciales) depende de la definición de la estructura de la jurisdicción. En este contexto, se concluye que la jurisdicción colombiana está constituida por un sistema centralizado y monista en el que la Corte Constitucional se instituye como órgano de cierre del sistema judicial en Colombia. En consecuencia, el ámbito subjetivo de los precedentes de la Corte Constitucional incluye a todos los órganos de la jurisdicción colombiana. En otras palabras, estos precedentes judiciales son precedentes verticales respecto de las decisiones de todas las cortes, tribunales y jueces que conforman la jurisdicción colombiana.

Palabras clave: precedentes judiciales; derecho constitucional; teoría del derecho; rama judicial; jurisdicción constitucional colombiana.

* Este artículo forma parte de los resultados del proyecto de investigación *Coordinación y autoridad en el Estado Constitucional de Derecho. Desafíos teóricos y prácticos en un contexto de fragmentación moral* subvencionado por Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva de la República Argentina (Picto 2016-0095).

** Abogado, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia; magíster en Derecho, Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina; doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; director del Departamento de Teoría Jurídica y Constitucional y de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia. Correo electrónico fabio.pulido@unisabana.edu.co. Orcid: 0000-0002-1100-9962.

Subjective scope of application of judicial precedents: a study in the constitutional jurisdiction in Colombia

ABSTRACT

The purpose of this paper is to explain the subjective scope of application of the precedent rule. An analysis of the normative structure of the precedent rule indicates that one of its main functions is to define the organs and procedures for the application of judicial precedents. From this analysis, it is shown that the definition of the subjective scope of application of the precedent rule (i.e. the set of organs with the competence to apply judicial precedents) depends on the definition of the structure of the jurisdiction. In this context, it is concluded that Colombian jurisdiction is constituted by a centralized and monist system in which the Constitutional Court is instituted as the closing organ of the judicial system in Colombia. Consequently, the subjective scope of the precedents of the Constitutional Court includes all organs of Colombian jurisdiction. In other words, these judicial precedents are vertical precedents for the decisions of all the courts, tribunals and judges that make up Colombia's jurisdiction.

Keywords: judicial precedents; constitutional law; theory of law; judicial branch; Colombian constitutional jurisdiction.

Âmbito subjetivo de aplicação dos precedentes judiciais: um estudo na jurisdição constitucional na Colômbia

RESUMO

O objetivo deste artigo é explicar o âmbito subjetivo de aplicação da regra de precedente. Por meio da análise da estrutura normativa da regra de precedente assinala-se que uma de suas principais funções é definir os órgãos e os procedimentos para a aplicação dos precedentes judiciais. A partir dessa análise, mostra-se que a definição do âmbito subjetivo de aplicação da regra de precedente (ou seja, o conjunto de órgãos com a competência para aplicar os precedentes judiciais) depende da definição da estrutura da jurisdição. Nesse contexto, conclui-se que a jurisdição colombiana está constituída por um sistema centralizado e monista no qual a Corte Constitucional é instituída como órgão de fechamento do sistema judicial na Colômbia. Consequentemente, o âmbito subjetivo dos precedentes da Corte Constitucional inclui todos os órgãos da jurisdição colombiana. Em outras palavras, esses precedentes judiciais são precedentes verticais com respeito às decisões de todas as cortes, tribunais e juízes que formam a jurisdição colombiana.

Palavras-chave: precedentes judiciais; direito constitucional; teoria do direito; ramo judicial; jurisdição constitucional colombiana.

INTRODUCCIÓN

Los precedentes judiciales (en adelante PJ) son normas generales y abstractas creadas por los jueces en sus providencias. Los PJ pueden cumplir dos funciones normativas: por una parte, una función persuasiva al guiar la conducta de los individuos cuando estos están convencidos de la corrección del PJ o, en todo caso, están de acuerdo con él; y, por otra parte, una función normativo-autoritativa, al exigir determinadas conductas, aun si los individuos no están de acuerdo (Lamond, 2014 y Bronaugh, 1987). Esto quiere decir que los ordenamientos jurídicos pueden otorgar autoridad normativa a los PJ mediante la creación o reconocimiento de la regla o doctrina del PJ vinculante (RP). La regla de precedente (en adelante RP), por tanto, es aquella regla de los ordenamientos jurídicos que define y regula la función normativo-autoritativa de los PJ.

En el conocido estudio comparado de MacCormick y Summers (1997) se señala que, para definir la forma en que opera la RP, hay que investigar el contexto institucional en que se usan los PJ y, en particular, la estructura de la rama judicial. Esto es así, toda vez que esta estructura determina el ámbito subjetivo de la RP, es decir el conjunto de individuos y órganos cuyas decisiones están sujetas a la autoridad de los PJ (Taruffo, 1997). De acuerdo con esto, la cuestión que se aborda en este artículo consiste en definir el ámbito subjetivo de aplicación de la RP en la jurisdicción constitucional colombiana.

El trabajo se divide en dos partes. En la primera se explica el ámbito subjetivo de aplicación de los PJ, es decir, el conjunto de individuos y órganos cuyas decisiones están sujetas a la autoridad de los PJ. En la segunda se describe la organización de la jurisdicción constitucional colombiana, precisando su modelo organizativo y las relaciones entre órganos de cierre y órganos de instancia. A partir de estas consideraciones, se precisan las relaciones de verticalidad y horizontalidad del precedente en la jurisdicción constitucional en Colombia.

1. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE PRECEDENTE

En relación con las normas jurídicas es posible diferenciar entre su ámbito de aplicación y su fuerza. El ámbito de aplicación de las normas jurídicas se refiere al conjunto de potenciales decisiones afectadas, y la fuerza a las condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico para que una norma jurídica pueda considerarse vinculante (Alexander, 2012). En este orden de ideas, el ámbito de aplicación de un PJ se refiere, por tanto, al conjunto de acciones reguladas por el PJ (ámbito objetivo de aplicación) y los sujetos vinculados a su autoridad (ámbito subjetivo de aplicación). Teniendo en cuenta el objetivo de este artículo se dejará de lado el estudio de la fuerza y del ámbito objetivo de aplicación de los PJ, para concentrarse en el ámbito subjetivo de aplicación.

Para comprender el ámbito subjetivo de aplicación de los PJ es necesario realizar

una explicación adicional. A partir de la influyente obra de H. L. A. Hart (1994) se ha mostrado que los ordenamientos jurídicos contemporáneos están compuestos por dos tipos de reglas: las reglas primarias y las reglas secundarias. Las reglas primarias son aquellas que exigen la realización (o no realización) de determinados tipos de acciones. Estas reglas se caracterizan por contener los siguientes elementos: a) el contenido de la regla es el tipo de acción (esto es una descripción de la clase de acciones humanas) regulada por la norma jurídica; b) el carácter o calificación deóntica de la acción regulada, a saber, la clasificación de la acción definida como obligatoria, facultativa o prohibitiva y c) los sujetos vinculados, es decir los destinatarios de la acción exigida. Los sujetos vinculados, en otras palabras, son los individuos que deben realizar la conducta exigida, prohibida o facultada por la norma¹.

Veamos la estructura de las reglas primarias mediante un ejemplo. De acuerdo con un reiterado PJ de la Corte Constitucional (sentencias T-096 de 2016 y T-056 de 2015), las entidades promotoras de salud (EPS) están obligadas (O) a suministrar (S) pañales (P) a las personas de la tercera edad (A). Según este ejemplo, la regla jurídica del PJ de la sentencia tiene los siguientes elementos: el caso está conformado por la descripción de una clase de objetos (P) y una clase de acciones (S). El carácter de la norma es de obligatorie-

dad, es decir, que las EPS deben realizar la conducta "suministrar pañales (SP)". Y los sujetos normativos son aquellos individuos que están obligados a SP, es decir, todos aquellos individuos que sean EPS.

Las reglas secundarias, por otro lado, son aquellas normas de los ordenamientos jurídicos cuya finalidad es definir cómo identificar, crear, modificar, derogar o aplicar otras reglas. Así, según Hart, existen tres tipos de reglas secundarias: de cambio, de adjudicación y de reconocimiento. Las reglas de cambio son las que establecen las formas y procedimientos para modificar las reglas primarias. Las reglas de adjudicación son las que establecen quién y cómo se resuelven los conflictos en la aplicación de las reglas primarias. Por último, la regla de reconocimiento establece los criterios de pertenencia y de identificación de normas pertenecientes y aplicables en un sistema jurídico (Hart, 1994, pp. 79-89).

A partir de esta breve presentación de la diferencia entre reglas primarias y secundarias, y limitándonos a la explicación de la RP, es posible resaltar tres cuestiones. Primero, la RP es una regla secundaria de los ordenamientos jurídicos cuya función es definir la función normativa de los precedentes judiciales. Recuérdese que los PJ pueden, en general, cumplir dos funciones normativas. Pueden, por un lado, cumplir una función normativa-autoritativa al exigir determinadas conductas de forma autoritativa; es decir, exigir que determinadas acciones o actos sean realizados con independencia de las consideraciones de los sujetos acerca de

¹ Sobre el particular véase Von Wright (1963) y Alchourron y Buligyn (1971). Un análisis de estas cuestiones en la regla del precedente ha sido presentado en Pulido (2018).

la corrección de esas conductas o actos. Pueden, por otro lado, cumplir una función normativa-persuasiva acerca de la realización de determinadas acciones o actos; es decir, servir de razones de apoyo a los individuos respecto de acciones o actos respecto de los cuales ellos están de acuerdo (Levenbook, 2000, Lamond, 2014 y Bronaugh, 1987). De esta manera, corresponde a la RP definir en cada ordenamiento jurídico el tipo de función normativa de los PJ².

Segundo, en tanto regla secundaria, la RP cumple —por lo menos— las siguientes funciones: a) define el funcionamiento normativo de los PJ; b) precisa los criterios a partir de los cuales se identifican los PJ; c) establece los órganos y procedimientos mediante los cuales se crean, modifican, derogan los PJ y d) señala las condiciones de aplicación de los PJ.

Y, tercero, el reconocimiento de la RP es una propiedad contingente de los ordenamientos jurídicos. Es decir, la existencia de la RP en los ordenamientos jurídicos específicos depende de las convenciones jurídicas existentes (lo que no significa, desde luego, que no existan razones que justifiquen su reconocimiento o rechazo).

En síntesis, la RP es una regla secundaria que, además de hacer parte de la regla de reconocimiento, contempla reglas de cambio y de adjudicación de los PJ. Las reglas de cambio son reglas de compe-

tencia³ que autorizan a determinados individuos para que introduzcan nuevas reglas, las modifiquen o las deroguen. Una regla de cambio tiene una estructura como la siguiente:

A, mediante el procedimiento P, es competente para crear, derogar o modificar R.

Así las cosas, y en tanto regla de cambio, la RP define las variables A, P y R en relación con los PJ. La variable A está integrada por aquellos órganos judiciales (J) que tienen competencia para crear, modificar o derogar PJ. La variable R está conformada por todas y cada una de las normas que, de acuerdo con RP, son consideradas PJ. En este orden de ideas, la RP como regla de cambio (en adelante RPC) tiene la siguiente estructura:

RPC: J1, mediante el procedimiento P, es competente para crear, derogar o modificar PJ.

Por otro lado, las reglas de adjudicación son reglas de competencia que establecen los órganos que tienen la potestad de definir (autoritativamente) si una regla debe o no aplicarse a determinada situación. Las reglas de adjudicación definen, además, los procedimientos y formas

² Puede ocurrir, incluso, que como regla secundaria se prohíba el uso de los PJ o de algunos de ellos.

³ La noción de regla de competencia puede verse en Hart (1994). Se está dejando afuera de este análisis la cuestión de si las reglas de competencia deben ser caracterizadas como reglas prescriptivas, reglas permisivas o reglas constitutivas. Una presentación general de esta cuestión puede verse en Moreso y Vilajosana (2004). Una revisión crítica de la noción defendida por Hart puede verse en Atienza y Ruiz Manero (1996, p. 45-76).

mediante las cuales se deben aplicar las reglas. Estas reglas tienen la siguiente estructura:

A, mediante el procedimiento P, es competente para aplicar R.

Como se ve, la regla de adjudicación define los órganos o individuos que deben aplicar las reglas y los procedimientos para ello. Así las cosas, la RP —como regla de adjudicación (en adelante RPA) — presenta la siguiente estructura.

RPA: A1, mediante el procedimiento P, es competente para aplicar PJ.

Estas consideraciones son suficientes para mostrar que el ámbito subjetivo de aplicación de la RP se refiere al conjunto de órganos (A1) a los que la RPA otorga la competencia para aplicar PJ en el ordenamiento jurídico respectivo. Al respecto es posible realizar tres precisiones.

En primer lugar, no existe impedimento conceptual alguno para que J1 y A1 sean el mismo órgano (es decir, el mismo juez). Esto ocurre en los casos en que la RP exige que los jueces sigan sus propios precedentes. En estas circunstancias, J1 —quien de acuerdo con RPC tiene la competencia de crear PJ— y A1 —quien de acuerdo con RPA debe aplicar PJ— son el mismo órgano judicial. Acá, sin embargo, surge la cuestión acerca de en qué sentido se puede afirmar que el mismo órgano que crea la regla sea el que debe aplicarla. En este contexto, para que se pueda afirmar que existe RP, debe ser po-

sible diferenciar entre: a) las condiciones para crear, modificar y derogar los PJ y b) las condiciones para aplicarlos. En estos términos la existencia del autoprecedente (es decir el deber de los jueces de aplicar sus propios precedentes) depende de que se pueda diferenciar RPA de RPC⁴.

En segundo lugar, se debe señalar que mientras J1 está constituido necesariamente por un órgano judicial, A1 puede referirse a otro tipo de órganos. En efecto, una característica necesaria de los PJ es que son normas jurídicas creadas (o por lo menos reconocidas) por los órganos judiciales. Por el contrario, los órganos que tienen la competencia de aplicarlos pueden ser más amplios e incluir, por ejemplo, órganos administrativos. Esto puede verse en la forma como se ha desarrollado la RP en el derecho constitucional colombiano en donde se ha reconocido que los PJ deben ser aplicados no solo por los jueces, sino también por las autoridades administrativas (Corte Constitucional, Sentencia T-430 de 2014).

En tercer lugar, en la caracterización del ámbito subjetivo de aplicación de la RP es necesario diferenciar entre: a) los individuos (y órganos) que deben realizar las

⁴ Estas características no son, desde luego, exclusivas de la RP. En los ordenamientos jurídicos es posible encontrar varias situaciones en las que el órgano de producción de normas es el mismo órgano encargado de aplicarlas o seguirlas. En el derecho colombiano, por ejemplo, la validez de las leyes se condiciona al cumplimiento de las reglas del procedimiento parlamentario que son, a su vez, creadas por el Congreso de la República, es decir, por aquel órgano que debe seguirlas como condición de validez de las leyes (Ley 5, 1992).

conductas exigidas por los PJ, es decir el ámbito subjetivo de aplicación de cada uno de los PJ y b) los órganos encargados de aplicar los PJ, esto es, el ámbito subjetivo de aplicación de la RPA en tanto regla secundaria de adjudicación. Para explicarlo volvamos con el ejemplo ya mencionado. El PJ establece que las EPS están obligadas a suministrar pañales a las personas de la tercera edad. Y, por otro lado, la RP en el derecho colombiano define que los PJ deben ser aplicados por los jueces y las autoridades administrativas en el marco de sus funciones. Imaginemos que Antonio es una persona de la tercera edad a la que una EPS le ha negado el suministro de pañales. El sujeto vinculado al PJ (esto es quien debe realizar la acción exigida) es la EPS. Pero el PJ puede ser aplicado, según el caso, por un juez (por ejemplo, mediante una sentencia de tutela) o por una autoridad administrativa (por ejemplo, el Ministerio de Salud en el marco de una queja administrativa).

Según lo explicado, las reglas primarias están conformadas por a) el contenido (el caso regulado); b) el carácter o calificación deóntica y c) los sujetos vinculados, es decir los destinatarios de la acción exigida. Por otra parte, las reglas de adjudicación están conformadas por a) el órgano competente; b) el procedimiento y c) el tipo de normas que deben ser aplicadas. En este orden de ideas, y siguiendo con el ejemplo, mientras las EPS hacen parte de los sujetos vinculados al PJ (en tanto regla primaria), los jueces y el Ministerio son los órganos competentes para aplicar el PJ (es decir, forman parte de los órganos definidos en la RPA). Así las cosas,

en la explicación del ámbito subjetivo de la RP, es necesario diferenciar entre los sujetos vinculados a cada uno de los PJ y los órganos encargados de aplicar los PJ en virtud del contenido de la RPA.

En conclusión, el ámbito subjetivo de aplicación de la RP se refiere al conjunto de órganos AI a los que la RPA otorga la competencia para aplicar el PJ en el ordenamiento jurídico respectivo. Si bien es cierto que, como vimos, AI puede incluir tanto órganos judiciales como administrativos, resulta sin lugar a dudas fundamental establecer el conjunto de órganos judiciales designados por la RPA para la aplicación de los PJ. En esta tarea suele distinguirse entre precedente vertical — aquellos PJ que provienen de sentencias de un juez o tribunal de jerarquía superior—, precedente horizontal — aquellos PJ que provienen de sentencias de jueces o tribunales de la misma jerarquía— y autoprecedente — los PJ creados por los mismos jueces o tribunales que tienen que aplicarlo— (Cross y Harris, 2012; Magaloni, 2001 y Gascón, 2012).

2. EL MODELO DE JURISDICCIÓN COLOMBIANA Y LAS VARIABLES VERTICAL/HORIZONTAL DEL PRECEDENTE

En el apartado anterior se indicó que el ámbito subjetivo de aplicación de la RP se refiere al conjunto de órganos AI que deben aplicar los PJ. Alrededor de esta cuestión (es decir los órganos o sujetos encargados de aplicar los PJ) tradicionalmente se ha diferenciado entre precedente vertical y precedente horizontal. Para definir estas variables es necesario deter-

minar la estructura de jurisdicción, a partir de la cual es posible definir la jerarquía de los órganos judiciales que crean los PJ en relación con los órganos judiciales encargados de aplicarlos (Dobbins, 2010 y Taruffo, 1997). De acuerdo con esto, en las siguientes líneas se presenta la estructura de la jurisdicción en Colombia para luego definir las variables vertical y horizontal del precedente constitucional.

2.1 *La estructura de la jurisdicción en Colombia*

Por jurisdicción se ha entendido, tradicionalmente, como la función del Estado de administrar justicia, es decir, la capacidad de definir autoritativamente las controversias acerca de la adecuada aplicación del derecho (Azula, 2006). Los Estados contemporáneos, para desarrollar esta función, establecen un conjunto de funcionarios encargados de realizar esta tarea. En estos términos, la jurisdicción se refiere, por una parte, a la función de administrar justicia y, por la otra, al conjunto de individuos y órganos encargados de realizar esta función, es decir, la rama judicial del poder público⁵.

Teniendo en cuenta que la caracterización de precedente vertical y horizontal depende fundamentalmente de la forma como está organizada la jurisdicción, veamos cómo se conforma la rama la rama judicial en Colombia. La Constitución colombiana ha definido que la rama judicial está conformada por cuatro jurisdicciones⁶:

⁵ Para una diferencia entre función y órgano véase Guastini (2001).

⁶ Acá se describirán las jurisdicciones permanentes. Más adelante se mostrará la inserción de la jurisdicción especial de paz (JEP) en la estructura

- 1) La jurisdicción ordinaria encargada del juzgamiento de todos los asuntos civiles, penales, laborales y de familia (Constitución Política de Colombia, artículos 234 y 235).
- 2) La jurisdicción contencioso-administrativa que se encarga del juzgamiento de las controversias y litigios administrativos originados en las entidades públicas y en las personas privadas que desempeñan funciones públicas (artículos 236 y 237 de la Constitución Política de Colombia).
- 3) La jurisdicción disciplinaria encargada del control disciplinario en la rama judicial (Constitución Política de Colombia, artículo 254, artículo 75 de la Ley 270 de 1996).
- 4) La jurisdicción constitucional en Colombia⁷ encargada de dos asuntos es-

de la rama judicial. Además, debe advertirse que los artículos 246 y 247 consagran, además de las jurisdicciones mencionadas, a las jurisdicciones especiales. El artículo 246 establece que "las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República". El artículo 247, por su parte, define que "la ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios". De esta manera, y de acuerdo con el título VIII de la CP, la rama judicial está conformada por la jurisdicción ordinaria, la contencioso-administrativa, la constitucional, las especiales, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura.

⁷ Debe advertirse que, de acuerdo con un criterio funcional de justicia constitucional, ella comprende no solamente el control de constitucionalidad de las leyes, sino todas las

pecíficos: (1) control abstracto de constitucionalidad de normas con rango de ley y (2) control concreto mediante la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

Cada una de las jurisdicciones plantea una estructura jerárquica y piramidal con jueces y tribunales encargados de resolver los asuntos en primera y segunda instancia, y un órgano de cierre con la función de "asegurar la coherencia del ordenamiento legal, gracias a la unificación de criterios de interpretación de la ley, para de esa manera, lograr la realización del derecho objetivo y asegurar el respeto de los principios de igualdad y legalidad" (2003, p. 199). Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia es el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria; mientras que los tribunales superiores del distrito judicial, los jueces del circuito y los jueces municipales (y promiscuos) se desempeñan como órganos de instancia. Para la jurisdicción administrativa, el Consejo de Estado es el órgano de cierre, mientras que los tribunales administrativos y los jueces administrativos se desempeñan como órganos de instancia. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial se encuen-

acciones y recursos judiciales destinados a asegurar la supremacía de la Constitución. No obstante, para los propósitos de este trabajo, se empleará un criterio orgánico para la definición de la jurisdicción constitucional. De acuerdo con este criterio —emplado en los artículos 239 a 245 de la Constitución Política— forman parte de la jurisdicción constitucional: la Corte Constitucional y todos los jueces encargados de decidir acciones de tutela para la protección de los derechos fundamentales.

tra definida como el órgano de cierre de la jurisdicción disciplinaria en la que los consejos seccionales de la judicaturas desempeñan como órganos de instancia⁸. Por último, en la jurisdicción constitucional se le encargó a la Corte Constitucional dos funciones: por un lado, el control abstracto de constitucionalidad de normas con rango de ley y actos reformativos de la Constitución y por el otro, funciones de órgano de cierre mediante la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (artículo 241 de la Constitución Política de Colombia).

Ahora bien, desde esta perspectiva estructural, una adecuada descripción de la organización de la jurisdicción en aquellos

⁸ Debe tenerse en cuenta que, originalmente, la Constitución Política contemplaba que el órgano de cierre de la jurisdicción disciplinaria era la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sin embargo, el artículo 19 del Acto legislativo 2 de 2015, que adicionó el artículo 257A a la Constitución Política, define que "la Comisión Nacional de Disciplina Judicial ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la rama judicial" y que "podrá haber comisiones seccionales de disciplina judicial integradas como lo señale la ley". Por otra parte, la Corte Constitucional declaró inexecutable las modificaciones planteadas en el Acto legislativo 2 de 2015 en relación con las modificaciones a las competencias de gobierno judicial en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura (Sentencia C-285 de 2016). No obstante, están vigentes las reformas constitucionales en la estructura de la jurisdicción disciplinaria, es decir la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (que reemplazará las funciones jurisdiccionales de la Sala Jurisdiccional de la Judicatura) y la posibilidad de crear comisiones seccionales de disciplina judicial (que reemplazarán a los consejos seccionales de la judicatura).

ordenamientos jurídicos que establecen el control judicial de la Constitución, depende de la articulación de la jurisdicción constitucional (encargada de ese control) con las otras jurisdicciones (Taruffo, 1997). Al respecto, existen dos modelos: el centralizado y el descentralizado. El modelo centralizado define una estructura de jurisdicción monista, en tanto no separa orgánicamente los jueces encargados de realizar el control constitucional del resto de jueces de la rama judicial. El modelo descentralizado, por el contrario, establece una estructura jurisdiccional dualista, pues divide la rama judicial entre aquellos que desempeñan competencias de control constitucional y aquellos que desempeñan las otras funciones jurisdiccionales (Ferrerres, 2005; 2011).

La estructura jurisdiccional dualista puede ser más o menos rígida, según dos variables: la pureza y la autonomía. La pureza depende de si el control constitucional abstracto es la única competencia del tribunal constitucional. La autonomía depende del grado en que el tribunal constitucional está desligado de la jurisdicción ordinaria. Es decir, la estructura dualista será más autónoma en cuanto menor sea la vinculación del tribunal constitucional con la jurisdicción ordinaria. Por ello, si existe algún tipo de recurso o acción judicial mediante los cuales el tribunal constitucional revise las decisiones de la jurisdicción ordinaria, el sistema pierde su autonomía (Ferrerres, 2005; 2011).

El diseño original de la Constitución Política de Colombia planteaba un modelo en el que las jurisdicciones ordinaria,

contencioso-administrativa y disciplinaria (con órganos de cierre específicos e independientes) coexistían con una jurisdicción constitucional (cuyo órgano de cierre es la Corte Constitucional). Dentro de este diseño, la función jurisdiccional en materia de acción de tutela es ejercida por jueces, tribunales y cortes que, orgánicamente, pertenecen a otras jurisdicciones pero que son competentes para conocer las acciones de tutela⁹. Esto significa que estos jueces, tribunales y cortes forman parte de sus respectivas jurisdicciones (con las competencias específicas de cada una de ellas) pero también ejercen funciones de control constitucional concreto para la protección de los derechos fundamentales. Por lo tanto, mediante la revisión de las sentencias de tutela se establece un vínculo entre la Corte Constitucional y los jueces que forman parte orgánica de la jurisdicción ordinaria, quienes siempre que conocen de acciones de tutela conforman funcionalmente la jurisdicción constitucional en materia de derechos fundamentales (con la Corte Constitucional como órgano de cierre). Por lo anterior, corporaciones judiciales que en la jurisdicción ordinaria cumplen funciones de órganos de cierre, en materia de tutela se desempeñan como órga-

⁹ Inicialmente, los órganos judiciales pertenecientes a la jurisdicción disciplinaria eran competentes para conocer de procesos de tutela. Sin embargo, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las comisiones seccionales de disciplina judicial no serán competentes para conocer de acciones de tutela. Sin embargo, el artículo 19 del Acto legislativo 2 de 2015 estableció que "la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las comisiones seccionales de disciplina judicial no serán competentes para conocer de acciones de tutela".

nos de instancia¹⁰.

De esta manera, el modelo de la jurisdicción constitucional planteado por la Constitución colombiana no es autónomo porque mediante la revisión de las sentencias de tutela se establece un vínculo funcional entre el tribunal constitucional y el resto de jurisdicciones. Tampoco es puro porque, además del control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional conoce, mediante la revisión de sentencias de tutela, de casos concretos sobre la violación de derechos constitucionales. Podría pensarse que, a pesar de la falta de pureza del sistema de jurisdicción constitucional colombiano, la autonomía está garantizada porque, primero, la vinculación con los jueces de las otras jurisdicciones se da vía acción de tutela y, segundo, porque la Corte Constitucional es órgano de cierre de la jurisdicción constitucional que es en definitiva independiente del resto de jurisdicciones.

Sin embargo, la práctica jurídica colombiana ha configurado una organización judicial monista con un solo órgano de cierre, al aceptarse que la Corte Constitucional revise las decisiones judiciales ordinarias mediante la admisión de la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias. En efecto, mediante la acción de tutela contra sentencias de los órganos de cierre, se diluye el principio de separación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional (propio de los sistemas descentralizados), y se instituye la Corte

Constitucional como máximo órgano judicial de las jurisdicciones en Colombia (Pulido, 2015).

Este hecho explica la importancia que ha tenido en la práctica jurídica colombiana la discusión acerca de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. La tutela contra sentencias se ha convertido en un mecanismo para asegurar que las decisiones de las diferentes jurisdicciones se incorporen al desarrollo de la jurisdicción constitucional (Bernal, 2005). Esta doctrina, además, se ha constituido en el principal mecanismo de disciplina o monitoreo para asegurar que las decisiones de los diferentes órganos judiciales sigan los PJ de la Corte Constitucional. Sobre este último aspecto, vale la pena destacar que, de acuerdo con la Corte Constitucional, las decisiones judiciales que desconocen los PJ incurren en un defecto sustantivo que hace procedente la acción de tutela y su eventual anulación mediante este mecanismo. En palabras de la Corte Constitucional (Sentencia T-102 de 2014), el defecto sustantivo aparece:

Cuando la autoridad jurisdiccional **(i)** aplica una disposición en el caso que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad; **(ii)** aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; **(iii)** a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una

¹⁰ Para estudios sobre la jurisdicción constitucional en Colombia, véanse Cifuentes (2002), Quinche (2013) y Pulido (2015).

contraevidente –interpretación *contra legem*- o claramente irrazonable o desproporcionada; **(iv) se aparta del precedente judicial —horizontal o vertical— sin justificación suficiente;** o **(v)** se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. (Negrilla en el original).

En definitiva, mediante la acción de tutela contra sentencias de los órganos de cierre, se diluye el principio de separación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional de los sistemas descentralizados y, en cambio, se plantea un sistema centralizado y monista, donde la Corte Constitucional se instituye como órgano

de cierre del sistema judicial en Colombia. Mediante la revisión de las sentencias de tutela (en especial por la procedencia de esta acción en contra de las providencias judiciales), por lo tanto, la Corte Constitucional se convierte en el órgano de cierre del sistema judicial colombiano y, además, se le ofrece como un mecanismo de disciplina jurisprudencial a las demás jurisdicciones y órganos de la rama judicial (véanse las figuras 1 y 2).

2.2 El ámbito subjetivo de aplicación de los precedentes judiciales y la inserción de la jurisdicción especial para la paz

El 24 de noviembre de 2016, el Gobierno de la República de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) suscribieron el *Acuerdo final para*

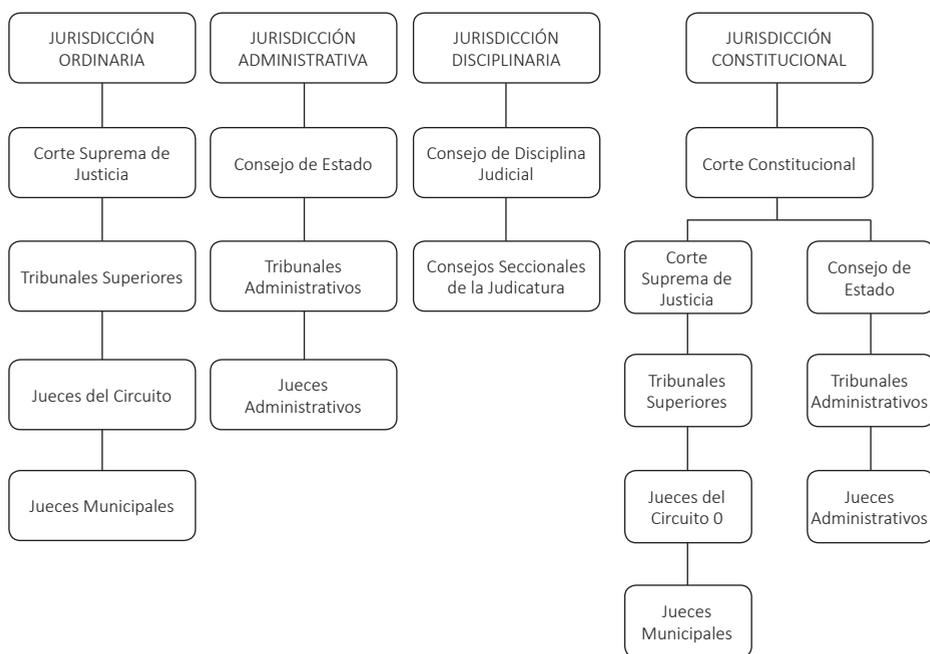


Figura 1. La jurisdicción pluralista en Colombia (sin tutela contra sentencias)

la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. El Congreso de la República, por su parte, aprobó el Acto legislativo 1 de 2016 por medio del cual estableció los instrumentos jurídicos para la implementación del acuerdo. En el artículo 1º del Acto legislativo se

estableció un "procedimiento legislativo especial para la paz" con la intención de "agilizar y garantizar la implementación" del acuerdo. Por medio de este mecanismo, se definió un proceso abreviado para la aprobación de leyes y actos legislativos. En este contexto, se estableció un meca-

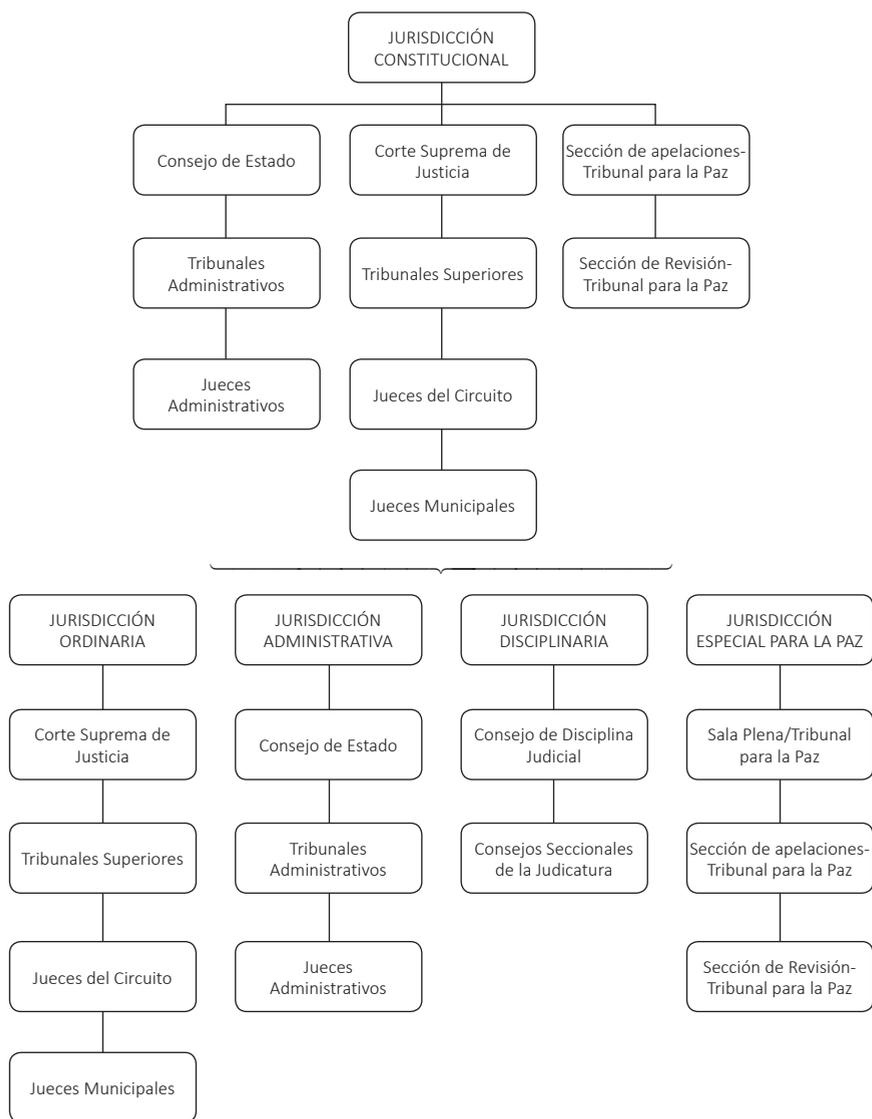


Figura 2. La jurisdicción monista en Colombia (con tutela contra sentencias)

nismo abreviado de reforma constitucional: los actos legislativos *fast track*¹¹.

Por medio del Acto legislativo *fast track* 01 de 2017 se creó un nuevo título transitorio de la Constitución. Específicamente, en el capítulo II de este Título se estableció la jurisdicción especial para la paz (JEP) cuyos propósitos son:

Satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 5º transitorio, y de acuerdo con los propósitos de este trabajo, deben destacarse las siguientes características de la JEP: 1) *Autonomía y preferencia*: la JEP debe tener "un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica" y además "conocerá de manera preferente" los asuntos de su competencia "sobre todas las demás jurisdicciones". 2) *Transitoriedad*: la JEP "administrará justicia de manera transitoria" sobre "las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016". De acuerdo con el artículo 15 transitorio, "el plazo para la conclusión de las funciones de la JEP (...) será de diez años contados a partir de la entrada efectiva en funcionamiento de la

totalidad de las salas y secciones de la JEP, y un plazo posterior de cinco años más para concluir su actividad jurisdiccional, plazo este último que de ser necesario podrá ser prorrogado mediante ley, para concluir su actividad, a solicitud de los magistrados de la JEP". 3) *Competencia*: la JEP conocerá de las conductas que hayan sido realizadas "por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos".

El artículo 7º transitorio establece que la JEP estará compuesta por los siguientes órganos: 1) El Tribunal para la Paz. Este tribunal "es el órgano de cierre y la máxima instancia de la jurisdicción especial para la paz". El tribunal para la paz se conformará "por dos secciones de primera instancia, una Sección de revisión de sentencias, una Sección de apelación y la Sección de estabilidad y eficacia". Este tribunal se integrará "por un mínimo de 20 magistrados colombianos titulares" y "contará con 4 juristas expertos extranjeros que intervendrán" quienes "participarán en los debates de la Sección en la que se hubiera requerido su intervención, en las mismas condiciones que los magistrados, pero sin derecho de voto". 2) Las salas de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas; de definición de las situaciones jurídicas; y de amnistía o indulto que "estarán conformadas por un total de 18 magistrados colombia-

¹¹ Para un estudio de los cambios en la estructura del Estado colombiano como consecuencia de los actos legislativos *fast track*, véanse Barreto (2017) y Pulido (2016).

nos” y contarán “con 6 juristas expertos extranjeros” quienes participarán en las sesiones sin derecho a voto. 3) La Unidad de investigación y acusación encargada de realizar “las investigaciones correspondientes” y adelantar “el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal para la Paz” y 4) la Secretaría ejecutiva. La jurisdicción contará además con un presidente.

Teniendo en cuenta la importancia de este asunto para la configuración de la jurisdicción en Colombia, debe resaltarse que, de acuerdo con el artículo 8º transitorio, la tutela procede contra las decisiones de los distintos órganos de la JEP. El citado artículo señala que la acción de tutela procede “solo por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutive y se hubieran agotado todos los recursos al interior de la jurisdicción especial para la paz”. Además, el artículo 8º transitorio define que las acciones de tutela “deberán ser presentadas ante el Tribunal para la Paz, único competente para conocer de ellas”. En estos procesos de tutela la “primera instancia será decidida por la Sección de revisión” y la segunda instancia “por la Sección de apelaciones”. En todo caso, se admite que las sentencias de tutela podrán ser revisadas por la Corte Constitucional siempre que así lo decida “una sala conformada por dos magistrados de la Corte Constitucional escogidos por sorteo y dos magistrados de la jurisdicción especial para la paz”. Para que el fallo sea seleccionado, se definió que los cuatro magistrados deben votar “a favor de la selección”. La Corte Constitucional,

según el artículo 8º transitorio, revisará las decisiones de la JEP por la Sala plena y en caso de que encuentre que “el derecho invocado ha sido vulnerado, así lo declarará precisando en qué consiste la violación, sin anular, invalidar o dejar sin efectos la decisión del órgano de la jurisdicción especial para la paz”.

Siendo conscientes de las complejidades de este asunto y de lo prematuro del desarrollo de la JEP, es posible, de todas maneras, resaltar dos cuestiones que resultan pertinentes para el estudio que estamos presentando en este escrito. En primer lugar, el artículo 8º transitorio está limitando las competencias de la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en tanto que, primero, le prohíbe declarar nulas o invalidas las decisiones de la JEP y, segundo, le otorga competencias a los magistrados de la JEP para que seleccionen sentencias. En cuanto a lo primero, debe recordarse que la Corte Constitucional tradicionalmente ha entendido que sus competencias como garante de la supremacía de la Constitución incluye la de la potestad de invalidar las normas jurídicas y decisiones que sean contrarias a ella. En cuanto a lo segundo, la selección de sentencias para su revisión es una potestad que hace parte de las competencias exclusivas de la Corte Constitucional definidas en el artículo 241 de la Constitución y que se entienden propias del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. De acuerdo con esto, el artículo 8º transitorio estaría limitando las competencias de la Corte Constitucional como órgano de cierre y otorgando a los magistrados de

la JEP tales competencias, pues al establecerse la exigencia de unanimidad, se está estableciendo implícitamente que los magistrados de la JEP tienen la posibilidad de impedir la selección de sus propias decisiones.

En segundo lugar, vale preguntarse si dentro de las causales señaladas está incluida la del desconocimiento de los precedentes constitucionales. Siguiendo la argumentación que tradicionalmente ha efectuado la Corte Constitucional, habría que mencionar que el desconocimiento de sus precedentes en materia de interpretación de los derechos fundamentales es una consecuencia necesaria de su posición de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y de intérprete autorizado de la Constitución. Por lo tanto, al observarse que procede la acción de tutela contra las decisiones de la JEP (lo que quiere decir que queda supeditada a la jurisdicción constitucional como lo están el resto de jurisdicciones) y que la autoridad de la Corte Constitucional (como órgano de cierre de la jurisdicción en Colombia y máximo intérprete de la Constitución) no ha sido modificada, entonces es posible concluir que la doctrina del precedente constitucional, tal y como ha sido desarrollada en el derecho constitucional colombiano, es predicable respecto de las decisiones de la JEP.

2.3 Las variables vertical y horizontal del precedente constitucional

La estructura de la jurisdicción es fundamental en la descripción del alcance subjetivo de los precedentes judiciales

(Dobbins, 2010). En virtud de esta estructura, es posible distinguir entre precedente vertical y horizontal. Esta idea ha sido recogida por la Corte Constitucional (en la Sentencia SU-230 de 2015), para quien la distinción planteada depende de:

La jerarquía de la autoridad judicial que profiere la providencia previa. El primero hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial, y el segundo se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción.

Para dar cuenta de las variables vertical y horizontal del precedente en Colombia, recuérdese que la estructura de la jurisdicción constitucional en Colombia plantea una organización piramidal. En la cúspide de la estructura está la Corte Constitucional. Esto quiere decir que los precedentes de la Corte Constitucional ejercen autoridad vertical respecto de la totalidad de la jurisdicción en Colombia. Sin embargo, dentro de la propia Corte Constitucional se ha establecido una relación de precedente vertical entre la Sala plena y las salas de revisión.

La Sala plena de la Corte Constitucional está integrada por los nueve magistrados que conforman esta corporación (artículo 44, Ley 270 de 1996). A la Sala plena le corresponde proferir dos tipos de sentencias: primero, profiere las sentencias de constitucionalidad abstracta (sentencias tipo C, en la nomenclatura

de la Corte Constitucional¹²) de las leyes y actos reformativos de la Constitución. Segundo, profiere las sentencias de unificación (Sentencias SU). Por medio de las sentencias SU, la Sala plena de la Corte Constitucional resuelve asuntos cuando: i) la trascendencia del tema lo amerite, ii) sea necesario unificar jurisprudencia y iii) se vaya a realizar un cambio en los precedentes¹³. Las salas de revisión, por su parte, están conformadas por tres magistrados y se encargan de revisar decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela (artículo 50 del Acuerdo 05 de 1992, Reglamento interno de la Corte Constitucional).

La Corte Constitucional, en desarrollo del artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, ha establecido que solo la Sala plena es

competente para cambiar la jurisprudencia y que las salas de revisión están obligadas a seguir los precedentes de la Sala plena (precedente vertical) e, incluso, de las propias salas de revisión (precedente horizontal)¹⁴. Al respecto, la Corte Constitucional ha definido dos causales con base en las cuales es posible solicitar la nulidad de las sentencias de las salas de revisión por desconocimiento de precedente. En primer lugar, cuando las salas de revisión se apartan de los precedentes definidos en las sentencias C o SU —precedente vertical—. En segundo lugar, cuando las salas de revisión desconocen la *jurisprudencia en vigor* de las mismas salas —precedente horizontal— (Corte Constitucional, Sentencia SU-230 de 2015).

El concepto de jurisprudencia en vigor se refiere a la existencia de un precedente judicial *consolidado*. Es decir, este tipo de precedente existe en aquellos casos en los que una regla jurídica originada en las decisiones de las salas de revisión es aplicada de forma reiterada y consistente. Así las cosas, y en palabras de la Corte Constitucional, la jurisprudencia en vigor aparece cuando las salas de revisión adoptan “de manera uniforme la misma regla de decisión” (Corte Constitucional, 2014a). De esta manera, la nulidad de las sentencias de las salas de revisión puede ser solicitada cuando se desconoce el precedente vertical (i.e. precedentes de la Sala plena) o cuando se desconoce la jurisprudencia en vigor, es decir “cuando se verifique que la referida línea juris-

¹² En lo referente a la nomenclatura de las sentencias, la Corte Constitucional identifica las sentencias de constitucionalidad abstracta con la letra C, seguida del número y del año de la sentencia; por su parte, las sentencias de tutela las identifica con las letras T o SU (sentencias de unificación), seguidas por el número y el año de la sentencia.

¹³ Sobre el particular véanse el artículo 54A del Acuerdo 05 de 1992 y el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991. Debe tenerse en cuenta que la unificación de jurisprudencia no se reduce a las sentencias de tutela. De acuerdo con la Corte Constitucional, mediante las sentencias SU debe “unificar jurisprudencia respecto de fallos judiciales proferidos por diferentes jurisdicciones, como resultado de diferentes acciones judiciales, en aquellos casos en que a partir de supuestos fácticos idénticos se produzcan fallos que originen discrepancias capaces de impedir la vigencia o realización de un derecho fundamental” (Corte Constitucional, Sentencia SU- 913 de 2009). Esta doctrina reafirma la tesis de la jurisdicción monista en Colombia presentada en el acápite anterior de este trabajo.

¹⁴ Corte Constitucional, Autos A-074 de 2010, A-019 de 2011, A-097 de 2011, A-239 de 2012 y A-50 de 2013.

prudencial sobre un determinado tema es sostenida, uniforme y pacífica” (Corte Constitucional, 2014b).

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los precedentes de la Corte Constitucional, sean de la Sala plena o de las salas de revisión, vinculan de forma vertical al resto de la jurisdicción. Esto quiere decir que, tanto los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia), de la contencioso-administrativa (el Consejo de Estado) y disciplinaria (la Comisión Nacional de Disciplina Judicial), como los tribunales y jueces, están vinculados verticalmente en relación con los precedentes de la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, es importante resaltar que la vinculación vertical en relación con los precedentes de la Corte Constitucional, no se refiere exclusivamente a las decisiones de los órganos judiciales en tanto tomen decisiones de tutela. En realidad, en las decisiones que tomen en sus respectivas jurisdicciones, los órganos judiciales (órganos de cierre y de instancia) están vinculados a los precedentes de la Corte Constitucional. Inclusive, y como se explicó más arriba, la Corte Constitucional ha desarrollado la doctrina de la tutela contra sentencias como mecanismo para que las decisiones de las jurisdicciones ordinaria, administrativa y disciplinaria se vinculen a sus precedentes.

CONCLUSIONES

En los ordenamientos jurídicos es posible diferenciar entre la RP y los PJ. Los PJ son

aquellas reglas jurídicas provenientes de una decisión judicial (o de un conjunto de ellas) y que exigen que determinadas conductas o actos deban ser realizados. La RP, por su parte, es una regla secundaria que define los criterios para identificar los PJ autoritativos (i.e. aquellas normas originadas en decisiones judiciales que deben ser aplicadas por los operadores jurídicos) y las formas, procedimientos y competentes para crearlos, modificarlos, derogarlos y aplicarlos. En tanto regla de adjudicación (es decir, en tanto regla secundaria que define los procedimientos, formas y competentes para aplicar PJ), la RP presenta la siguiente estructura: AI, *mediante el procedimiento P, es competente para aplicar PJ*.

El ámbito subjetivo de aplicación de la RP se refiere al conjunto de órganos AI a los que la RPA otorga la competencia para aplicar PJ en el ordenamiento jurídico respectivo. En este contexto se distingue entre precedente vertical —aquellos PJ que provienen de sentencias de un juez o tribunal de jerarquía superior—, precedente horizontal —aquellos PJ que provienen de sentencias de jueces o tribunales de la misma jerarquía— y autoprecedente —los PJ creados por cada juez o tribunal—. La diferencia entre esos tipos de precedente depende de la estructura de la jurisdicción y, en consecuencia, de la jerarquía del órgano judicial que crea el precedente en relación con aquel que debe aplicarlo.

En el caso colombiano, en este trabajo se observó que la jurisdicción está constituida por un sistema centralizado y monista

en el que la Corte Constitucional se constituye como órgano de cierre del sistema judicial en Colombia. Como se señaló en este trabajo, mediante la revisión de las sentencias de tutela (en particular como consecuencia de la procedencia de la tutela contra las decisiones judiciales de las jurisdicciones ordinaria, administrativa, disciplinaria y especial para la paz), la Corte Constitucional se constituye en el órgano de cierre del sistema judicial colombiano. Teniendo en cuenta esta estructura, los precedentes de la Corte Constitucional ejercen autoridad vertical respecto de la totalidad de la jurisdicción en Colombia.

Dentro de la propia Corte Constitucional se han establecido relaciones de precedente vertical y horizontal. En primer lugar, los PJ de la Sala plena ejercen autoridad vertical en relación con las decisiones de las salas de revisión. Y los precedentes consolidados de las salas de revisión ejercen autoridad horizontal en relación con las decisiones de esas salas. Pero, en todo caso, los PJ de la Corte Constitucional (de la Sala plena o de las salas de revisión) ejercen autoridad vertical sobre el resto de la jurisdicción.

Para terminar, es necesario hacer tres comentarios adicionales. En primer lugar, no es del todo claro si existe vinculación vertical de los precedentes en relación con las sentencias de tutela más allá de las sentencias de la Corte Constitucional. La cuestión se refiere a si, por ejemplo, los precedentes de la Corte Suprema de Justicia en materia de tutela vinculan o no a los tribunales y jueces.

En segundo lugar, una explicación exhaustiva de las relaciones vertical y horizontal de los precedentes en la jurisdicción colombiana depende de un estudio detallado de la organización de cada uno de los órganos que conforman la jurisdicción. En este sentido, se hace necesario, por ejemplo, estudiar detalladamente cómo está compuesta la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, y así explicar la estructura del Consejo de Estado y el tipo de relaciones que existen entre las diferentes salas que lo componen y los tribunales y jueces que componen esa jurisdicción.

En tercer lugar, y siendo conscientes del incipiente desarrollo de la JEP, a partir de las consideraciones expuestas es necesario subrayar los siguientes asuntos: 1) la estructura y funciones actuales de la JEP están limitando las competencias de la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en tanto a) le prohíbe a la Corte Constitucional declarar nulas o inválidas las decisiones de la JEP y b) otorga competencias a los magistrados de la JEP para que seleccionen sentencias. 2) Una adecuada comprensión del desarrollo de la JEP y su impacto en el modelo de jurisdicción en Colombia dependerá de cómo se resuelva la cuestión acerca de la tutela contra sus decisiones y, en particular, si dentro de las causales reconocidas estará incluida la del desconocimiento de los precedentes constitucionales. Este asunto, por las razones expuestas en este trabajo, será fundamental para la adecuada articulación de la JEP en la jurisdicción colombiana.

REFERENCIAS

- Alexander, L. (2012). Precedential Constraint, Its Scope and Strength: A Brief Survey of the Possibilities and Their Merits. En C. Bernal y T. Bustamante (Eds.), *On the Philosophy of Precedent* (PP. 75-82). Stuttgart: Nomos.
- Alchourron, C. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Azula, J. (2006). *Manual de derecho procesal*. Bogotá: Temis.
- Barreto, A. (2017). Efectos de la implementación de los acuerdos de paz en la estructura orgánica del Estado: la burocracia de la paz. *Precedente. Revista Jurídica*, 10, 185-224. Recuperado de <https://doi.org/10.18046/prec.v10.2477>
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado.
- Bronaugh, R. (1987). Persuasive Precedent. En L. Goldstein (Ed.), *Precedent in Law* (pp. 216-247). Oxford: Clarendon Press.
- Dobbins, J. (2010). Structure and Precedent. *Michigan Law Review*, 108(8), 1453-1496.
- Cifuentes, E. (2002). Jurisdicción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 8(1), 283-317.
- Congreso de la República. (1992). Ley 5 por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes. Diario Oficial 40 483, Bogotá.
- Congreso de la República. (1996). Ley 270 estatutaria de la administración de justicia. Diario Oficial 42 745, Bogotá.
- Congreso de la República. (2015). Acto Legislativo 2 por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 49 560, Bogotá.
- Congreso de la República. (2016). Acto legislativo 1 por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Diario Oficial 49 927, Bogotá.
- Congreso de la República. (2017). Acto legislativo 1 por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 50 196, Bogotá.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Corte Constitucional. (1992). Acuerdo 05. Reglamento Interno.
- Corte Constitucional (2010). Auto A-074. M.P. Pinilla Pinilla, N.
- Corte Constitucional. (2011a). Auto A-019. M.P. Calle Correa, M.
- Corte Constitucional. (2011b). Auto A-097. M.P. Sierra Porto, H.
- Corte Constitucional. (2012). Auto A-239. M.P. Julio E., A.
- Corte Constitucional. (2013). Auto A50. M.P. Pinilla Pinilla, N.
- Corte Constitucional. (2014a). Auto A13. M.P. Vargas Silva, L.
- Corte Constitucional. (2014b). Auto A290-16. M.P. Rojas Ríos, A.
- Corte Constitucional. (2009). Sentencia SU-913-09. M.P. Henao Pérez, J.

- Corte Constitucional. (2014c). Sentencia T-102. M.P. Pretelt Chaljub, J.
- Corte Constitucional. (2014d). Sentencia T-430. M.P. Rojas Ríos, A.
- Corte Constitucional. (2015a). Sentencia T-056. M.P. Sáchica Méndez, M.
- Corte Constitucional. (2015b). Sentencia SU-230. M.P. Pretelt Chaljub, J.
- Corte Constitucional, (2016a). Sentencia T-096 de 2016. M. P. Vargas Silva, L.
- Corte Constitucional. (2016b). Sentencia C-285. M.P. Guerrero Pérez, L.
- Cross, R. y Harris, J. (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferreres, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferreres, V. (2005). Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. En R. Saba (Ed.), *Los límites a la democracia* (pp. 305-326). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Gascón, M. (2012). Rationality and (Self) Precedent: Brief Considerations Concerning the Grounding and Implications of the Rule of Self Precedent. En C. Bernal y T. Bustamante (Eds.), *On the Philosophy of Precedent* (pp. 35-50). Stuttgart: Nomos.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Ciudad de México: Fontamara.
- Hart, H. L. A. (1994). *The concept of law* (2.^a Ed.). Oxford: Clarendon Press.
- Quinche, M. (2013). *El control de constitucionalidad*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Levenbook, B. (2000). The Meaning of a Precedent. *Legal Theory*, 6(2), 185-240.
- Lamond, G. (2014). Precedent and Analogy in Legal Reasoning. En E. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/legal-reas-prec/>
- MacCormick, N. y Summers, R. (1997). Introduction. En N. MacCormick y R. Summers (Eds.), *Interpreting Precedents* (pp. 1-15). Aldershot: Ashgate/Dartmouth.
- Magaloni, A. (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España.
- Moreso, J. y Vilajosana, J (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Presidencia de la República de Colombia. (1991). Decreto 2591 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario oficial 40 165, Bogotá.
- Pulido, F. (2015). Jurisdicción constitucional en Colombia: ¿un modelo monista? En L. Castillo Córdova (Ed.), *¿Son anulables las sentencias del tribunal constitucional?* (pp. 81-105). Lima: Palestra Editores.
- Pulido, F. (2016). Los criterios de validez jurídica: incógnitas para la implementación de los acuerdos de paz. En G. Eljach, J. Castrillón y G. Niño (Eds.), *La Paz, el derecho de la democracia* (pp. 402-414). Bogotá: Editorial Universidad del Cauca.
- Pulido, F. (2018). *Jueces y reglas: la autoridad del precedente judicial*. Bogotá: Universidad de La Sabana.
- Taruffo, M. (1997). Precedent in Italy. En N. MacCormick y R. Summers (Eds.), *Interpreting Precedents* (pp. 437-460). Aldershot: Ashgate/Dartmouth.
- Von Wright, G. (1963). *Norm and Action: A Logical Inquiry*. Londres: Routledge and Kegan Paul.

Racionalidad y discernimiento: un debate filosófico-jurídico sobre la alteración de criterios para la definición de la capacidad civil*

Maria Claudia Cachapuz**

Recibido: 05 de septiembre de 2016 • Aprobado: 09 de noviembre de 2018

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a7>

RESUMEN

A partir del análisis de las distintas corrientes filosóficas, este texto discute el concepto de autonomía en el caso de conflictos jurídicos complejos, como en la definición de la capacidad civil, por la reciente entrada en vigor de la Ley no. 13.146/15 (Estatuto de la persona con deficiencia) en el ordenamiento jurídico brasileño. Se debate sobre la medida del establecimiento de límites apriorísticos a un ejercicio de libertad intersubjetiva y sobre cómo deben ofrecerse razones suficientes a la restricción de toda y cualquier libertad. Al mismo tiempo, hay la preocupación por tornar potente la autonomía de la persona, como un principio relevante para la construcción de la moral en la sociedad contemporánea. Esto permite el cuestionamiento a la aprobación reciente del Estatuto de la persona con deficiencia en Brasil, por suprimir los incisos del artículo 3º del Código Civil brasileño, extirpando, normativamente, el criterio del discernimiento para la determinación de la capacidad civil. Teniendo por base el discurso jurídico, se apunta como fundamental, para fines de interpretación, el rescate del concepto de discernimiento para la promoción del libre desarrollo de la personalidad humana.

Palabras clave: argumentación; racionalidad; capacidad civil.

* Artículo realizado como producto de reflexión del Grupo de Enseñanza Derecho, Ambiente y Nuevas Tecnologías del Máster en Derecho y Sociedad de la Universidad La Salle, Canoas/Brasil, en julio de 2017.

** Graduada en Ciencias Jurídicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil; doctora en Derecho Civil, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre Brasil, jueza de derecho del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, Brasil; profesora de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil y del Máster en Derecho y Sociedad de la Universidad La Salle, Canoas, Brasil. Correo electrónico: mcmcachapuz@tj.rs.gov.br

Rationality and discernment: a philosophical-legal debate on the alteration of criteria for the definition of civil capacity

ABSTRACT

Based on the analysis of the different philosophical currents, this text discusses the concept of autonomy in the case of complex legal conflicts, as in the definition of civil capacity, due to the recent entry into force of Law no. 13,146/15 (Statute of the Person with Deficiency) in the Brazilian legal system. There is debate on the measure of establishing aprioristic limits to an exercise of intersubjective freedom and on how sufficient reasons should be offered to the restriction of any and all freedom. At the same time, there is the concern to make the autonomy of the person powerful, as a relevant principle for the construction of morality in contemporary society. This allows the questioning of the recent approval of the Statute of the person with deficiency in Brazil, by suppressing the paragraphs of art. 3 of the Brazilian Civil Code, extirpating, normatively, the criterion of discernment for the determination of civil capacity. Based on the juridical discourse, the rescue of the concept of discernment for the promotion of the free development of the human personality is pointed out as fundamental, for purposes of interpretation.

Keywords: argumentation; rationality; civil capacity.

Racionalidade e discernimento: um debate filosófico-jurídico sobre a alteração de critérios para a definição da capacidade civil

RESUMO

A partir da análise das diferentes correntes filosóficas, este texto discute o conceito de autonomia no caso de conflitos jurídicos complexos, como na definição da capacidade civil, pela recente entrada em vigor da Lei 13.146/15 (Estatuto da pessoa com deficiência) no ordenamento jurídico brasileiro. Debate-se sobre a medida do estabelecimento de limites apriorísticos para um exercício de liberdade intersubjetiva e sobre como razões suficientes à restrição de toda e qualquer liberdade devem ser oferecidas. Ao mesmo tempo, existe a preocupação de tornar potente a autonomia da pessoa, como um princípio relevante para a construção da moral na sociedade contemporânea. Isso permite o questionamento da recente aprovação do Estatuto da pessoa com deficiência no Brasil, por suprimir os incisos do 3º artigo do Código Civil Brasileiro, excluindo, normativamente, o critério do discernimento para a determinação da capacidade civil. Baseado no discurso jurídico, aponta-se como fundamental, para fins de interpretação, o resgate do conceito de discernimento para a promoção do livre desenvolvimento da personalidade humana.

Palavras-chave: argumentação; racionalidade; capacidade civil.

INTRODUCCIÓN

En el año de 2015, en plena estación de tren de la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, un dilema del campo filosófico dejó de ser parte de las preocupaciones y de la prueba metafísica —aunque se proponga con carácter hipotético— para ganar espacio en la construcción de un juicio de evidencia real: un maquinista quedó autorizado, por la autoridad responsable de una concesionaria de prestación de servicio público ferroviario, para pasar con el tren en movimiento sobre el cuerpo de un vendedor ambulante atropellado hacía instantes en las vías del tren (Duar-te, 2015). Para tal determinación, algunas condiciones fácticas fueron ofrecidas a las instancias decisorias para la rápida ponderación efectuada: (i) la ausencia aparente de cualquier señal de vida del vendedor ambulante en virtud del atropellamiento, aunque no haya sido comprobada clínicamente una situación de muerte hasta el momento de la toma de decisión; (ii) el atraso constatado para la atención médica y retirada del cuerpo del local del atropellamiento, denunciando la efectiva demora por parte de la autoridad de tránsito en el servicio de emergencias en un horario de tráfico intenso de pasajeros; (iii) la constatación de que, con la eventual detención del tren, otros dos trenes serían afectados en los períodos computados para la prestación del servicio de transporte al público, retardando el transporte de cerca de seis mil usuarios de la estación en esa hora; (iv) la verificación de que la distancia existente entre las vías del tren y la primera altura de la base del vagón sería suficiente para evitar

el efectivo roce entre el cuerpo extendido y el vehículo en movimiento —para alejar la posible tipificación de un delito de vilipendio de cadáver (artículo 212 del Código Penal brasileño) —; (v) la evaluación previa de que el atropellamiento podría haber sido motivado por la víctima, echándose sobre las vías del tren para provocar la propia muerte —por lo tanto, suponiéndose un deseo autónomo de provocar el resultado muerte—; (vi) la real posibilidad de parar con anticipación el tren, evitándose el dilema moral, pero causándose un probable perjuicio, inclusive económico, a los pasajeros que no dieron causa directa al incidente.

La decisión fue adoptada con suficiente consulta a la autoridad competente y con espacio disponible para la reflexión. La opción adoptada por el maquinista de forma consciente, e instantánea, fue la de proseguir con el movimiento sobre las vías, adhiriendo a un juicio fundado en una ética utilitarista. Para el caso, hubo la ponderación de los medios disponibles al alcance de un menor perjuicio para la colectividad aún productiva implicada en el proceso —la autoridad estatal, la autoridad delegada, el maquinista del tren, los pasajeros—. Como en todo ejercicio decisorio, para efecto de aplicación de una ética funcionalista —en torno a un proyecto estratégico de alcance de finalidades—, la intersubjetividad presu-puesta en la prueba de la universalidad perdió fuerza, a priori, para la obtención de un proyecto colectivo. Por el ejercicio pragmático, literalmente, la conducta de pasar por encima de la persona quedó considerada, para el caso, como una con-

dición fáctica ponderable en momento de tráfico intenso.

No es diferente la propuesta de examen metafísico ofrecida por Foot (2002) sobre el enfrentamiento de dilemas morales y de la circunstancia ética, cuando son analizadas virtudes, deseos e intereses particulares. En el dilema de Foot, un tranvía está fuera de control en una carretera. En el camino, cinco personas amarradas en la pista. Es posible accionar un mecanismo que desviaré el tranvía para un trayecto diferente, en el que hay apenas una persona igualmente amarrada. ¿En esa hipótesis, debe ser adoptado el desvío? ¿Cabe sostener la corrección de una decisión que interceda en el curso natural de la colisión del tranvía para afectar un número inferior de personas?

En una visión funcionalista del problema, la respuesta apoyada en el análisis cuantitativo de los problemas afectados por el tranvía autorizaría la conclusión por la adopción del desvío. Siguiendo el ejemplo adoptado en la solución brasileña, la opción por una filosofía utilitarista exige, necesariamente en todos los niveles de enfrentamiento de dilemas filosóficos por el ejercicio de argumentación, un abordaje distinto con relación al tema de la restricción a derechos subjetivos —y, de forma más específica, a derechos fundamentales— y a los derechos de la personalidad. Requiere la creencia en la desacralización de la concepción de vida humana, como defiende Singer (2003). O sea, que se parta de una inversión del análisis universal presupuesto en la razón práctica de los modernos, para alcanzar

una ética práctica distinta. La decisión a ser tomada presupone, antes de cualquier prueba de universalidad, un "raciocinio pre-ético", en que las condiciones a ser ponderadas se refieran, únicamente, a intereses de los afectados por la decisión. El intuïto es de elegir el modo de actuar que permita obtener las "mejores consecuencias" (Singer, 2009, p. 25). El enfoque utilitarista requiere la adopción de una conducta ética mínima en concreto: "una primera etapa que alcanzamos al universalizar la toma de decisiones interesadas" (Singer, 2009, p. 26). Apenas por buenas razones, suficientemente demostradas, es que se podría ir más allá de un raciocinio estratégico, acogiendo un presupuesto de universalización de conducta: "hasta que no nos sean ofrecidas estas razones, tenemos motivos para seguir siendo utilitaristas" (Singer, 2009, p. 26).

La prueba moral exigida por el utilitarismo, por lo tanto, al contrario de las teorías morales sistémicas o discursivas, no parte de aspiraciones universales. Tampoco se preocupa por conceder a la autonomía del individuo —aun cuando parta de una concepción fundada en la intersubjetividad— un papel central en el examen del dilema filosófico. Lo que importa es centrarse en la idea de una igualdad amplia y en la resolución de los problemas concretos presentados, a partir de las condiciones empíricas ofrecidas para la resolución¹. En las palabras de Singer, el centro de la propuesta utilitarista está justamente en la idea de la consideración acerca de intereses iguales: "la esencia del

¹ Sobre el tema, Sandel, 2013b.

principio de igual consideración de intereses es que en nuestras deliberaciones morales damos la misma importancia a los intereses parecidos de todos aquellos a quienes afectan nuestras acciones” (Singer, 2009, p. 32).

En el dilema del tren brasileño, la perplejidad extraída de una decisión como la adoptada por la concesionaria del servicio ferroviario es proporcional al asombro provocado por el enfoque del abordaje utilitarista, fundado en la exigencia de un raciocinio estratégico que, apenas por excepción, alcanza una universalización con relación a la solución de la colisión de las libertades en sociedad². Al contrario de lo sostenido por las concepciones iluministas, en el utilitarismo clásico la autonomía parte de premisas de relevancia distintas para el intérprete, principalmente cuando envuelve intereses de alcance no solo individuales sino intersubjetivos. Es lo que permite a Peter Singer, aunque de forma lógica y coherente con los ideales regulatorios utilitaristas, comprender que “poseer una ‘personalidad moral’ no constituye una base satisfactoria para el principio de que todos los seres humanos son iguales”. De acuerdo con Singer, si para los modernos la autonomía representa “la capacidad de elegir, de hacer y actuar según las propias decisiones” (Singer, 2009, p. 106), desde una concepción utilitarista, no necesariamente la autonomía sería considerada un principio moral básico, “ni tan siquiera un principio moral válido” (Singer, 2009, p. 106).

² Sobre libertad y esfera pública, Taylor, 2014.

La cuestión propuesta para la discusión en el presente trabajo se refiere, precisamente, a la confrontación de los posicionamientos morales discursivos del derecho con la ética utilitarista y sus consecuencias jurídicas en el enfrentamiento de casos difíciles en el derecho³. Y, especialmente, cuando se constatan situaciones en las que existe un aparente conflicto entre derechos de libertad y de igualdad. El foco del estudio está igualmente destinado al análisis del texto del Estatuto de la persona con deficiencia en el ordenamiento jurídico brasileño, en el que se propone una derogación significativa de un artículo del Código Civil brasileño por medio de una ley especial, al dejar de prever como incapaz a quien se presente como portador de deficiencia mental. La discusión académica aquí propuesta se preocupa por el hecho de que, en la derogación de un artículo normativo —fundada en un presupuesto de derecho a igualdad—, queda igualmente apartado el criterio del discernimiento como variable suficiente para la identificación de una situación de incapacidad civil⁴.

³ En el tema, Fried, 2007. Con misma preocupación, Rouanet, 2003.

⁴ Artículo original: “Art. 3º Son absolutamente incapaces de ejercer personalmente los actos de la vida civil:

I - los menores de dieciséis años;

II - los que, por enfermedad o deficiencia mental, no tengan el necesario discernimiento para la práctica de tales actos;

III - los que, aun por causa transitoria, no puedan expresar su voluntad.”

Alteración normativa desde la vigencia de la Ley N.º 13.146/15: “Art. 3º Son absolutamente incapaces de ejercer personalmente los actos de la vida civil los menores de 16 (dieciséis) años. (Redacción dada por la Ley N.º 13.146, de 2015)

Por lo tanto, en una confrontación de la doctrina nacional con la perspectiva comparada, se pretende aquí hacer una reflexión dogmática sobre las consecuencias de la opción del legislador brasileño adoptada en el Estatuto de la persona con deficiencia. En una primera parte, se tratará de enfrentar el tema de la tensión existente entre la promoción de una autonomía de la persona y las cuestiones relacionadas al problema de la igualdad. En un segundo punto, se pretende enfrentar los temas del discernimiento, de la capacidad y de la opción por el enfoque del discurso jurídico, como medio de visualización del fenómeno jurídico.

1. AUTONOMÍA E IGUALDAD

Para alcanzar discusión semejante en cuanto a la extensión del concepto de autonomía y su concreción en las relaciones entre privados — que tangencia, de forma directa, el tema de la capacidad civil—, Habermas (2004b) parte del análisis de la condición científica más reciente que permite, en una combinación entre medicina reproductiva y técnica genética, arribar a un método de diagnóstico genético de preimplantación de embriones. El asombro de Habermas se relaciona con la constatación de que un progreso de las ciencias biológicas, asociado al desarrollo de la biotecnología, permite (i) ampliar las posibilidades de acciones humanas conocidas y (ii) posibilitar un nuevo tipo de intervención sobre la propia generación de la vida del

otro. O sea, se permite hoy someter un embrión que se encuentra en una etapa de ocho células a un examen genético de precaución, antes de la implantación, para, entre otras cosas, evitar el riesgo de transmisión de enfermedades hereditarias al momento de un procedimiento de fertilización in vitro. En este ambiente de interferencia sobre la generación de la vida del otro se sitúa, para Habermas, la frontera confusa "entre la naturaleza de lo que somos y la disposición orgánica que damos a nosotros mismos" (Habermas, 2004b, p. 17).

La filosofía práctica contemporánea, por lo tanto, parte de la preocupación por dilucidar, desde el punto de vista moral, qué criterios pasan a ser adoptados para analizar situaciones que puedan enfrentar los temas del igual interés de cada uno y de lo igualmente bueno para todos en la sociedad. Esto se vuelve un problema contemporáneo permanente por el hecho de que, por más que exista la convicción de que las teorías deontológicas contemporáneas expliquen de qué modo las normas morales deben ser fundamentadas y aplicadas —y en cuanto a eso quizá no haya dudas en relación a la construcción de la razón práctica—, aún no se observa una convicción del porqué existe el deber ser moral. Y, en cuanto a ello, como resalta Habermas, "seguramente la teoría moral paga un precio muy alto por dividir su trabajo con una ética especializada en las normas de la autocomprensión existencial" (Habermas, 2004b, p. 7).

I - (Derogado);

II - (Derogado);

III - (Derogado)."

Para quien no parta, por definición, de un modelo de moral perfeccionista, una

respuesta estratégica a tal tipo de indagación —saber por qué debemos observar conductas morales a pesar de todo—, quizás esté fundada en una situación de riesgo. En la medida en la que, siguiendo a Habermas, reconocemos que los avances tecnológicos pasan a exigir un nuevo "margen de decisión" (Habermas, 2004b, p. 18) incluso en cuanto a los límites a la generación de vida humana, corremos un riesgo serio de tener que establecer un nuevo parámetro para la auto-comprensión. O decidimos de forma autónoma, "según consideraciones normativas que se encuentran en la formación democrática de la voluntad" (Habermas, 2004b, p. 18), o podemos resultar sujetos a la arbitrariedad por soluciones utilitaristas "en función de preferencias subjetivas, que serán satisfechas por el mercado" (Habermas, 2004b, p. 18).

La doble dinámica de enfoque con relación a la dimensión de la autonomía del individuo, como individualidad y como intersubjetividad, aproxima la discusión filosófica del campo de análisis de la libertad en términos jurídicos. Cuando se habla de autonomía se está, en verdad, discutiendo una cuestión más amplia que la presupuesta en un derecho general de libertad por el individuo. Habermas es quien establece una distinción bastante clara: los conceptos se diferencian por el ámbito de su amplitud. Mientras la libertad es siempre subjetiva, porque se funda en las peculiaridades del individuo —sus "máximas de prudencia, por las preferencias o motivos racionales" (Habermas, 2004b) —, la autonomía es un concepto que presupone una estruc-

tura de intersubjetividad determinada por máximas avaladas por la prueba de la universalización⁵.

Eso significa comprender que, para efectos de análisis del problema puesto dentro de las bases de un discurso jurídico, que esencialmente trabaja con categorías morales-pragmáticas, aunque se pueda reconocer la libertad del individuo en abstracto, es necesario que le sea posible visualizar también una autonomía en potencia, porque está autorizada la percepción como participante de una comunidad moral o "como una comunidad formada de individuos libres e iguales que se sienten obligados a tratar los unos a los otros como fines en sí mismos" (Habermas, 2004b, p. 13). Participar del discurso jurídico no importa, por lo tanto, en una simple verificación de presupuestos de libertad en sociedad por las elecciones realizadas de forma amplia. Es preciso que se reconozca autonomía al individuo, porque, al menos en potencia, existe el reconocimiento intersubjetivo de que tratamos, los unos a los otros, como fines en sí mismos.

⁵ Siguiendo a Habermas, "en cuanto a la libertad subjetiva, no es difícil imaginar que algunas personas puedan gozar de la libertad y otras no, o que algunas personas puedan ser más libres que otras. La autonomía, por el contrario, no es un concepto distributivo y no puede ser alcanzada individualmente. En este sentido enfático, una persona solo puede ser libre si todas las demás lo son igualmente. La idea que quiero subrayar es la siguiente: con su noción de autonomía Kant ya introduce un concepto que solo puede explicarse plenamente dentro de una estructura intersubjetivista" (Habermas, 2004a, p. 13).

Así, toda y cualquier decisión acerca del dilema del tren, para quien parta de una concepción moderna de libertad fundada en un enfoque filosófico humanista, es antes la construcción de un juicio que no dispensa, para la situación concreta, el ejercicio de la prueba trascendental de Kant por una ética universal. Por eso se pregunta: ¿Es posible generalizar la conducta de mover el tren por encima del cuerpo extendido en las vías, aunque no se lo toque, sin ofrecer una razón suficiente para apartarse de un respeto al principio de dignidad a la persona humana más allá de su existencia con vida? ¿Debemos considerar, más allá de las condiciones estratégicas (fácticas y jurídicas) de los intereses de los directamente afectados por el dilema —la cuestión pre-ética de los utilitaristas— una interpretación moral previa que considere igualmente relevante los derechos de personalidad del cuerpo extendido en el suelo? ¿Y en qué medida tal discusión interfiere igualmente en el campo de la definición de capacidades civiles, cuando se aparta el criterio de la racionalidad para la universalización de conductas morales?

Lo que torna más complicado enfrentar en la contemporaneidad el tema de la autonomía es, justamente, que no siempre partimos de la misma definición acerca de las condiciones de interacción en sociedad. Y aquí ni siquiera se habla de una hipótesis de ausencia de espacio para la construcción del juicio, como en Arendt (1999), por el reconocimiento de la falta del espacio para el acto del pensar⁶. Tal

⁶ La referencia a Hannah Arendt se origina en los cuestionamientos de la autora con relación a

realidad, para el debate propuesto, se encuentra presupuesta. La cuestión discutida es en cuanto a la propia extensión acerca de una definición del concepto de autonomía para la construcción de juicios morales o, inclusive, juicios eminentemente jurídicos, capaces de interferir de forma significativa en conflictos complejos, como por ejemplo en el campo de la bioética, en la definición de capacidades o en el reciente debate sobre el derecho de los animales no humanos, incluso para el reconocimiento de capacidad propia.

Hay quien comprenda, como Nussbaum, que la autonomía pueda ser una condi-

la actividad del pensar: "el impulso inmediato vino de haber asistido al juicio de Eichmann en Jerusalén. En mi informe hablé de la "banalidad del mal". Por detrás de esa frase, yo no sostenía ninguna tesis o doctrina, a pesar de estar vagamente consciente del hecho de que era contraria a nuestra tradición de pensamiento —literaria, teológica o filosófica— acerca del fenómeno del mal. (...) Estaba espantada con una manifiesta superficialidad del agente que tornaba imposible seguir el mal incontestable de sus actos hasta cualquier nivel más profundo de raíces y motivos. Los actos eran monstruosos, pero el agente, por lo menos el que ahora iba a ser juzgado, era absolutamente vulgar, ni demoníaco ni monstruoso. (...) Fue esta ausencia de pensamiento —que es una experiencia tan vulgar en nuestra vida cotidiana, donde difícilmente tenemos tiempo, para no hablar de la inclinación para parar y pensar— lo que despertó mi interés. ¿Es posible el obrar mal (tanto los pecados de comisión como los de omisión) ante la falta de no apenas 'bajos motivos' (como la ley los llama) sino de cualquier especie de motivos, de algún impulso particular del interés o de la voluntad? (...) ¿Puede el problema del bien y del mal, nuestra facultad de distinguir lo cierto de lo errado, estar en conexión con nuestra facultad de pensar?" (Arendt, 1978, p. 13).

ción precaria de "existencia finita" (2013, p. 192) y que por eso apenas se ve fortalecida cuando exista una conciencia, e inclusive una condición de reconocimiento a priori, de una vulnerabilidad en el cuerpo social. Lo que representa, de cierta forma, un retorno al pensamiento antiguo basado en virtudes y restricciones, enseguida justificadas y fundadas en una justicia distributiva reformulada por la idea de "cooperación social" (2013). O incluso comprender, en la línea de Dworkin (2014), que es posible distinguir fronteras entre la buena vida y el bien vivir, dimensionando ideales éticos distintos para la vida con dignidad y para el alcance de condiciones fácticas suficientes (en la salud, en las relaciones, en las circunstancias económicas) para el desarrollo de una vida digna.

Más recientemente, Michael Sandel (2013a), igualmente, propuso la discusión del tema desde situaciones de ética aplicada, en las que plantea de forma crítica hipótesis adoptadas en la experiencia norteamericana de "mejoramiento genético" (2013a, p. 13) — desde la dualidad observada en los descubrimientos genéticos, sea como promesa de mejora a la salud, sea como dilema de manipulación de la naturaleza humana (2013a, p. 19) — y de una nueva propuesta de eugenesia en el mundo contemporáneo por una ética sujeta a relativizaciones. La opción de Sandel, ante las situaciones extremas de análisis, es por una ética que implique ponderación frente a los casos presentados, aunque parta de una concepción de autonomía casi sacra: "ganaríamos más cultivando una valorización más amplia

de la vida como dádiva que pide nuestra reverencia y restringe nuestro uso" (Sandel, 2013a, p. 133).

No es por acaso que se constata una cierta preocupación por las virtudes y un retorno a ideales antiguos sobre lo que debe ser contenido, aunque sea mínimamente, en la idea del "bien". La preocupación es justamente con la fuerza del argumento presentado por autores como Peter Singer a la base de una filosofía utilitarista que gana cuerpo en una visión más amplia de interés. Cuando se trata, de forma seria, de temas como la cuestión de la capacidad, del aborto y de la eutanasia, de la igualdad entre las especies —o sea, no apenas entre humanos— por el enfoque utilitarista, es seductora la construcción filosófica ofrecida que permite superar, por la idea de interés, cualquier frontera de cuestiones de justicia, principalmente en términos de igualdad, envolviendo animales o personas con determinadas incapacidades. Por otro lado, es extremadamente preocupante, como apunta Nussbaum, partir de una visión que "aliente a producir las mejores consecuencias generales como punto de partida correcto para la justicia política" (Nussbaum, 2013, p. 417)⁷.

⁷ Tal presupuesto, inclusive, sería el elemento que permitiría explicar, para Nussbaum, cierta retracción *a priori* en la construcción de una concepción de autonomía: "realizar una pequeña lista de las capacidades centrales, como derechos fundamentales basados en la justicia, es un modo de posicionarse acerca del contenido. Pero es también, principalmente, un modo de anunciar nuestra contención delante de personas con concepciones diferentes" (Nussbaum, 2013, p. 419). En el tema, sobre el desarrollo de la dogmática civil, González, 1995.

La cuestión, consecuentemente, es la de comprender en qué medida se deben establecer límites a priori a un ejercicio de libertad intersubjetiva y de qué forma deben estar justificadas razones serias a la restricción de toda y cualquier libertad, al mismo tiempo que se pueda potenciar la autonomía como un principio aún relevante para la moral en la sociedad contemporánea. Algo que escapa al enfoque utilitarista, incluso en la concepción más liberal de Peter Singer, en la medida en la que el problema de la justicia parte no de un foco central en el análisis de libertades —y, por tanto, con ausencia de preocupación centrada en el valor de la autonomía— y sí en el análisis privilegiado de presupuestos de igualdad.

Y esta, tal vez, sea la cuestión perversa con relación a la construcción del argumento moral de fondo en el utilitarismo. Para alcanzarse una pretensión estratégica de cuño liberal —y así potenciar el mejor de los intereses para quien esté directamente relacionado con un conflicto, independientemente de juicios hipotéticos a priori—, la justificativa filosófica comprende una premisa valorativa de cuño igualitario amplio, capaz de crear niveles abstractos y meramente formales de igualdad en la misma proporción en la que genera un riesgo de destrucción significativa a la tradición humanista de construcción de valores a la existencia humana.

Cuando aquí se busca trabajar institutos y conceptos jurídicos caros a la modernidad, como el de la capacidad jurídica, por medio de una discusión nueva —el

alcance de esta capacidad desde presupuestos de igualdad jurídica, como en la hipótesis de la reciente vigencia del Estatuto de las personas con deficiencia— es imprescindible que se comience el análisis por un debate sobre la propia posibilidad de este alcance, a partir de las categorías actuales disponibles para el estudio de una alteración de paradigma. Porque aquí, al final, lo que se está discutiendo es la efectiva posibilidad, en el mundo contemporáneo, de reconocer capacidad amplia al individuo desde estructuras fundadas en el reconocimiento de una igualdad formal y material a priori, por tanto, presupuesta abstractamente⁸.

⁸ De cierta forma, partiendo desde donde Sérgio Paulo Rouanet, en su *Mal-Estar da Modernidade* (1993) lanzó el debate —“(...) salvo mutaciones genéticas inesperadas, hombres y mujeres continuarán teniendo una anatomía propia. Las epidermis continuarán siendo blancas y negras y las tradiciones culturales serán mantenidas en su variedad. El Iluminismo no excluye la diferencia, pero excluye la diferencia como ideología” (Rouanet, 1993, p. 69)—, se busca identificar cuál posibilidad existe, fundada en una ética universal —cara a la modernidad—, de discutirse la posibilidad de una relativización del propio concepto de sujeto de derecho como centro de la evaluación del ordenamiento jurídico desde un concepto de racionalidad presupuesto, de forma que el estatuto de la capacidad sea abierto a una diversidad no apenas cultural —en el ámbito antropológico de la discusión propuesta y ni siquiera todavía resuelta filosóficamente por una ética aplicada—, sino también biológica y genérica de la propia especie. Por eso el tema no escapó a Luc Ferry cuando trató del problema del ecofeminismo o de la alabanza a la diferencia (Ferry, 2009), justamente como forma de abordar las dificultades de tratamiento de la materia sobre la diversidad entre humanos: “Él” (el tema) “es omnipresente en las universidades, donde contribuye poderosamente para hacer reinar el terror intelectual ejercido en nombre

Esa es la dificultad: no resolvemos de forma adecuada, en el ámbito social de la modernidad, el problema de las diferencias entre seres humanos y queremos resolver hasta el problema de la diversidad entre las especies, lo que permite un debate propio, aunque afín, sobre la capacidad de animales no humanos, justamente, para universalizar conceptos diversos a los creados en torno de la capacidad del individuo y, hasta entonces, desde una característica considerada primordial a los modernos en la distinción de la especie: la razón. La discusión más reciente, por tanto, no se basa en la creación de una protección jurídica a los considerados incapaces —que, al menos del punto de vista formal, existe—, sino en discutir el mismo presupuesto de la situación de capacidad abstracta considerada, fundada en posiciones jurídicas predeterminadas y ahora desafiadas frente a la aprobación del Estatuto de la persona con deficiencia en el ordenamiento jurídico brasileño. Situación que, desde una igualdad legislativa presupuesta, termina por alejar cualquier diferencia de constitución de características físicas e intelectuales de los individuos con base en el discernimiento para la manifestación libre de la voluntad, dejando de reconocer, abstractamente, la “diferencia de derechos”, acuñada por Ferry (2009, p. 205), que sería capaz de universalizar la búsqueda por una igualdad material por medio de estatutos jurídicos especiales.

de lo ‘políticamente correcto’ y del derecho a la diferencia que se extiende fácilmente por la reivindicación de una diferencia de derechos” (Ferry, 2009, p. 205).

Así, la complejidad de abordaje de la materia no puede estar fundada en la simple simpatía que se pueda desarrollar por el tema de la igualdad jurídica⁹. Es preciso un esfuerzo superior del intérprete jurídico para vencer el problema de la diferencia entre los individuos, ya que no se trata apenas de un problema de identificación del trazo distintivo de la razón entre las personas, sino de la medida de real protección pretendida en abstracto para que se permita, efectivamente, ver identificada una situación de distinción jurídica, para fines de tutela, ante la diferencia. Esta circunstancia jurídica permite, por la extensión y estabilización del argumento, que se avance en el examen del tema de la distinción entre los seres en razón de la racionalidad, incluso para el debate sobre la capacidad de los animales no humanos —ámbito de discusión, sin embargo, que demandaría trabajo propio de análisis jurídico—.

Para enfrentar el debate sobre el tema de la capacidad, es fundamental que se examine el problema de la racionalidad para los modernos, en la medida en la que se trata de una circunstancia cara a la distinción entre los seres. Aunque se pueda identificar, biológicamente, por el ejercicio de la experimentación empírica, trazos racionales, o hasta de elección libre, incluso al animal no humano, la di-

⁹ Como bien aclara Ferry, “la simpatía no es sino un hecho que choca contra otros hechos y, como tal, nada justifica: están los que aman la corrida de toros de *facto*, los que la reprueban de *facto* y, en caso que se quiera decidir de *jure*, será preciso elevarse apenas por arriba de la esfera de lo fáctico para buscar *argumentos* (Ferry, 2009, p. 236).

ficultad de extender estatutos jurídicos propios de la humanidad —por tanto, que estén vinculados al concepto de persona— al animal no humano, se traduce en una barrera hasta el momento insuperable desde la óptica de la modernidad. Se explica. Es que todavía no se consigue vencer, con relación a otras especies de animales, el problema intrínseco de la naturaleza con relación a su determinación sobre la condición instintiva. O sea, la posibilidad de que, principalmente en situaciones extremas o de efectiva elección entre especies, haya alteridad para una elección o hasta un juicio justo, que pueda incluir, inclusive, restricciones efectivas a la propia especie en beneficio de otra, justamente porque es posible la comprensión de que una supervivencia universal se presente como necesaria. Este carácter de universalidad, más allá de la propia especie, es lo que permanece como un trazo distintivo de la capacidad humana de determinación con relación a los demás animales.

Sin embargo, hay que hacer alguna ponderación en cuanto a esta intervención calificada del ser humano sobre la naturaleza. Aquí no se está defendiendo el hecho de que el ser humano efectúe este control sobre la naturaleza de las especies con maestría —por el contrario, existen ejemplos suficientemente caracterizadores de su capacidad destructiva—. Lo que se pondera, desde categorías universales, es el argumento pertinente a la distinción del trazo de humanidad en la sociedad moderna. Por lo menos para alejar, hasta la generación de nuevos paradigmas, la alteración de estatutos jurídicos tan

caros como el de la capacidad civil. Y en ello algunos conceptos modernos de libertad se configuran como necesarios para mejor explicar la defensa de tal punto de vista, con repercusiones a ser consideradas en la segunda parte de este ensayo con relación a la cuestión del "discernimiento".

En el centro de la discusión propuesta está predispuesto el debate de cuánto es posible reconocer una efectiva autonomía a los seres, para que puedan alcanzar y desarrollar una capacidad como sujetos de derechos. Un reconocimiento que no se agota en la protección al medio ambiente y a los animales de una forma más específica, sino que busca identificar si es posible hablar de respeto a una libertad subjetiva propia, pues se identifica una autonomía como ente propio. Y, por tanto, como alguien capaz de participar de un diálogo "amplio y apuntado hacia el acuerdo", como destaca Habermas, en el que se exigía una "virtud cognoscitiva de la empatía con relación a nuestras diferencias recíprocas en la percepción de una misma situación" (Habermas, 2004a, p. 10). Esta parece ser la clave de la discusión del problema. O sea, saber si es posible, por la experiencia científica contemporánea, reconocer a los seres de una forma amplia, en virtud de la identificación de aspectos cognoscitivos, sensitivos y culturales complejos —que puedan, incluso, trascender a la simple condición extintiva de la supervivencia humana—, la calidad de participantes de un discurso jurídico con la autonomía necesaria para el reconocimiento de una capacidad jurídica propia, independientemente de la

representación por terceros. Un debate que surge en la experiencia dogmática y jurídica brasileña reciente con la sanción del Estatuto de la persona con deficiencia (Ley N.º 13.146/15).

2. DISCERNIMIENTO, CAPACIDAD Y EL ESTATUTO DE LA PERSONA CON DEFICIENCIA

Habermas reconoce la dificultad para enfrentar el problema de las restricciones de conducta cuando analiza, de acuerdo con los ejemplos antes dados, la posibilidad de una autolimitación normativa en las cuestiones referentes a la vida embrionaria. Aclara que esta interferencia, de hecho, "no puede volverse contra las intervenciones de la técnica genética en sí" (Habermas, 2004b, p. 61), incluso por no tratarse de un problema de la técnica, sino del alcance y del modo de intervención que serán efectuados en concreto. Pero no por ello adopta el autor una postura favorable a la eugenesia liberal sin ponderación previa. Al contrario, propone para casos de interferencia máxima e irreversible sobre la generación del otro —como en el caso mencionado de investigación clínica con embriones desde la posibilidad de un diagnóstico genético de preimplantación—, cuando todavía existan fronteras amplias entre la investigación científica y las motivaciones para tanto, que sean establecidos parámetros a priori más rígidos para el caso de una eugenesia negativa (Habermas, 2004b, p. 96), desde luego, permitiendo la verificación de límites a la propia investigación, en caso de que no se presenten objetivos claramente terapéuticos en la intervención sobre la generación de la vida del otro.

Es lo que garantiza, según Habermas, en las condiciones fácticas actuales, que se evite una instrumentalización sobre la vida del otro cuando aún no exista certeza acerca de un pronóstico de intenciones y resultados científicos. El ejercicio está justificado por la filosofía de bases discursivas. Si hay interés en la continuidad de una comunidad moral, puesto que, comprendida la necesidad de mantenimiento de pretensiones de corrección a las conductas individuales para compatibilizarlas a la vida en sociedad, permanece siendo relevante alcanzar cierto acuerdo en términos deontológicos, justamente porque se torna necesario tolerar la convivencia social. Buscar describir el fenómeno jurídico desde el discurso práctico —y su versión especial, del discurso jurídico (Alexy, 2012) —, impone el compromiso al intérprete de privilegiar el binomio de la universalidad-particularidad, cuyo centro de la discusión se encuentra en la promoción de un derecho general de libertad y en la posibilidad amplia y abierta de problematizar sobre deseos, opiniones e intereses. El ambiente de esta discusión, aunque pueda ser limitado a determinadas condiciones, no es, con todo, un universo reducido a los intereses en juego.

No se puede partir, como consecuencia, de una limitación estratégica que tenga contornos establecidos desde un proyecto determinado —lo que podría conducir necesariamente a la comprensión de que lo que importa apenas son los intereses particulares de los afectados por el dilema (Singer, 2009, p. 32) —. Hay un compromiso más amplio relacionado con la prueba de la racionalidad en términos universa-

les, aun cuando la discusión propuesta sea aparentemente de menor relevancia. Por cierto, la gran mayoría de las veces, el mismo sistema ofrecerá respuestas potentes para la solución de los conflictos, pero para la porción específica de casos que demandan una respuesta distinta, sea porque aún no fueron probados, sea porque ofrecen peculiaridades propias, es fundamental que no se pierda la dimensión de la racionalidad en la construcción de una respuesta posible. Y una respuesta que no tenga pretensiones individuales en su amplitud —aunque que pueda ser "individualizadora en su objetivo" (Rouanet, 1993, p. 33) —, sino que potencialmente reconozca un alcance igualmente institucional a la solución que venga a ser adoptada en concreto¹⁰.

¹⁰ Rouanet, identificando el malestar del mundo contemporáneo, justamente frente a la construcción de una filosofía antijuridista — que es, en su esencia, antihumanista (Rouanet, 1993, p. 64) —, apunta de forma clara ser lo particular, y no lo universal, el gran adversario de una ética universalista. Y eso ocurre no por la destrucción de la particularidad, lo que sería típico de regímenes totalitarios, sino por la creación incesante de la particularidad (Rouanet, 1993, p. 65). Es lo particular que "transfigura ideológicamente particularidades empíricas existentes, o crea esas particularidades (...), balcanizando el mundo para mejor controlarlo" (Rouanet, 1993, p. 65). Lo que permitiría, incluso, una justificación de la particularidad por la banalización que lo universal podría, teóricamente producir. Circunstancia, sin embargo, que no coincide, por excelencia, con la filosofía discursiva, como bien resalta Rouanet: el universalismo iluminista "no preconiza el genocidio de las particularidades existentes. Lo que rechaza es la creación ideológica de particularidades fraudulentas, o el uso ideológico de particularidades reales, como pretexto para la dominación o para acallar la crítica" (Rouanet, 1993, p. 69).

Se parte de la comprensión de que, *prima facie*, se impone el cumplimiento de un principio que exige la mayor medida posible de libertad general de acción. Pero tal amplitud de libertad corresponde, proporcionalmente, a una misma extensión de libertad negativa. Un concepto jurídico que se establece desde la posibilidad de siempre sufrir restricciones y que permite una preocupación permanente por la composición de libertades confrontadas en el espacio público. No se puede pretender que entre lo que es común a todos haya espacio para, arbitrariamente, construir soluciones jurídicas con base en valoraciones entre lo mejor y lo peor, desde la perspectiva exclusiva de los involucrados. Es imprescindible volver al examen de la razón práctica demostrada por el problema concreto que incluye los derechos fundamentales. Y, en tal caso, no por medio del criterio de lo que es bueno, sino del criterio de lo que es correcto. La corrección defendida no es la que corresponda a un ideal de validez incondicional o absoluta. Se trata, frente a la perspectiva del discurso, de una pretensión de corrección dispuesta de forma ideal, pero también condicionada y abierta a las circunstancias propias del discurso particular¹¹.

¹¹ O como aclara Habermas en sus *Comentarios a ética del discurso*, "en el caso de la razón práctica, poder dilucidar los elementos de un universo social sobre lo que es mejor para los mismos y sobre la forma como deben reglamentar su vida en conjunto, abrirá, entonces, la posibilidad a un conocimiento práctico que es ciertamente construido desde la perspectiva intrínseca a nuestro universo, pero que simultáneamente trasciende ese horizonte" (Habermas, 1991, p. 89).

Esta es la flexibilidad esperada, desde una fundamentación racional, por el discurso en la perspectiva de análisis pragmático de un caso concreto. Es por ello que no hay que hablar de un efectivo ejercicio de racionalidad cuando se observan decisiones fundadas en concepciones estrictamente utilitaristas en el Derecho. Lo que sostiene la pretensión de corrección por el discurso —y, por tanto, asegura unidad y autonomía al sistema jurídico— es, justamente, la posibilidad de una aproximación entre la simultánea protección de libertades y la garantía de seguridad jurídica, por la elección racional de una solución correcta a todo el caso empírico propuesto para un análisis jurídico. Algo que de ningún modo combina con el atropello del concepto de capacidad a plena luz del día.

No por otro motivo se cuestiona la reciente edición del Estatuto de la persona con deficiencia (Ley N.º 13.146/15) en Brasil, cuando suprime, bajo el presupuesto de la igualdad de tratamiento entre las personas, el texto de los incisos del enunciado normativo del artículo 3º del Código Civil brasileño, extirpando del Código Civil el criterio del discernimiento —y, por lo tanto, de la idea de racionalidad— para la determinación de la capacidad civil. Por la alteración del texto, donde antes se reconocía incapacidad absoluta a los que, por enfermedad o deficiencia mental, no tuviesen el necesario discernimiento para la práctica de actos de la vida civil (inciso II del artículo 3º), hoy se comprende que no cabe cualquier discriminación normativa a priori en razón de las condiciones de intelección del individuo, dejando el

texto legal de ofrecer criterios suficientes para la averiguación de la real capacidad del individuo a la manifestación libre y consciente de la voluntad. Donde antes había discernimiento, hoy hay igualdad material presupuesta sin cualquier condición previa de averiguación suficiente sobre la efectiva autonomía de la persona en el examen del caso concreto. No se puede reconocer para el caso que se haya presupuesto, filosóficamente, la adopción de un enfoque eminentemente funcionalista con relación a la concepción de autonomía para las cuestiones que envuelven la capacidad de la persona, en la medida en que se realza una idea amplia de igualdad formal y material entre los individuos, en detrimento de una ponderación necesaria acerca de criterios claros para el establecimiento de las condiciones en cuanto a la posibilidad de expresión de la voluntad propia.

Pero hay todavía un peligro más inmediato, con relación a la interpretación de la supresión de la expresión discernimiento de la definición de capacidad de los individuos: la posibilidad de que, en ausencia de un criterio antes orientador de la interpretación, esté abierta la oportunidad para la discrecionalidad irrestricta por parte del intérprete judicial. Tal deducción es posible por el hecho de que la Ley N.º 13.146/15, al prever la derogación expresa del reconocimiento de incapacidad a quien, por enfermedad o deficiencia mental, no tenga "el necesario discernimiento" para la práctica de actos civiles, deja de establecer cualquier criterio científico suficiente para la toma de decisión, cuando sea necesario, para la

correcta aprehensión de la manifestación libre de voluntad. En lugar de ello, prevé un sistema de toma de “decisión apoyada”, en la que se establece la posibilidad de expresión de la voluntad por medio de terceros a quienes sea confiada una especie de curatela mitigada bajo supervisión judicial. La cuestión es que no hay una determinación abstracta, al contrario de lo anteriormente previsto en el Código Civil, de cuándo tal circunstancia deba ser observada en concreto, justamente porque no hay ninguna línea divisoria de comprensión del efectivo compromiso de la voluntad, principalmente cuando existen intereses de terceros o situaciones de protección a la personalidad del sujeto con deficiencia.

Véase que la idea de discernimiento anteriormente consagrada en la dogmática a la luz del ordenamiento jurídico brasileño —aunque pasible de interpretaciones con cierta dificultad— había alcanzado un nivel de argumentación suficiente para la construcción del concepto de autonomía, permitiendo el equilibrio entre la efectiva posibilidad de expresión de la voluntad y la interna disposición en cuanto al interés efectivo a la manifestación de esta voluntad. Y aquí la idea de descarga que se reconoce es con relación al alcance argumentativo antes observado en la construcción del concepto de autonomía por medio de la idea de discernimiento. Esto quiere decir, como acentúa Alexy (2012, p. 257), que, no habiendo una razón especial, se torna innecesario para el intérprete comprobar lo que ya se tiene como acordado con relación a la justificación alcanzada por determinado

enunciado dogmático. Al mismo tiempo en que tal función refuerza un sentido de universalidad pretendido al enunciado normativo, permite que se reconozca una relevancia esencial al acuerdo, alcanzado por la interpretación, acerca del enunciado dogmático en discusión.

La función de descarga al enunciado dogmático autoriza que se visualice una aparente rigidez con relación a una fundamentación jurídica, porque mantiene estable la fuerza semántica de un enunciado normativo con relación a una situación universal. Sin embargo, no impide que sea propuesto un nuevo acuerdo sobre el mismo enunciado en la medida en que son identificadas otras funciones específicas de los enunciados dogmáticos, como la función de progreso. Pero impone, en similar medida, la exigencia de una carga argumentativa de igual relevancia para el establecimiento del acuerdo, y esto es esencial. La ausencia de observancia a la función de descarga por la dogmática jurídica no justifica, pero puede facilitar, la inclinación a una discrecionalidad arbitraria por parte del intérprete, permitiendo la complementación de enunciados normativos exclusivamente por argumentos empíricos que, por sí solos, no se presentan suficientes para la construcción de una razón práctica.

Lo que se busca rescatar para la correcta interpretación normativa, con la aprobación del Estatuto de la persona con deficiencia, es el concepto de autonomía, observado como determinante para la interpretación de cualquier acto jurídico y que, por tanto, refleja la situación de

la capacidad civil prevista para efectos de una interpretación jurídica, como por ejemplo, la orientada en el artículo 112 del Código Civil brasileño con relación a los actos de la vida civil. O sea, en el sentido de que "en las declaraciones de voluntad se atenderá más a la intención en ellas contenida que al sentido literal del lenguaje". Esto explica la dificultad de compatibilización de lo que hoy es previsto de forma general con relación a todos los individuos —y que refleja, inclusive, situaciones de protección a la vulnerabilidad, construidas históricamente— con la situación nueva prevista en el Estatuto de las personas con deficiencia, alejando justamente el criterio del discernimiento para fines de caracterización de una condición de vulnerabilidad extrema. Esta circunstancia ya no es más presupuesta a quien esté en situación reconocida de "impedimento de largo plazo de naturaleza física, mental, intelectual o sensorial, el cual, en interacción con una o más barreras, puede obstruir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas" (artículo 2º de la Ley N.º 13.146/15).

El temor es que la orientación hoy promovida para la interpretación en términos de capacidad, cuando se trate de persona con deficiencia, quede condicionada a mitigar la protección jurídica prevista y reconocida por la idea de discernimiento. Y, además, que sea contraria de lo que se presenta como la efectiva finalidad de la aprobación de la ley especial. Tal preocupación se apoya, justamente, en la derogación expresa del inciso II del artículo 3º del Código Civil brasileño, aliada

a la ausencia de previsión específica de un criterio sustitutivo de interpretación, en la medida en que la Ley N.º 13.146/15 se limita a ofrecer, para la orientación de la discrecionalidad judicial, la adopción de un procedimiento de "decisión apoyada". Por esta es considerada, para el reconocimiento de una manifestación libre de la voluntad, la opinión de terceros que sean de confianza de la persona con deficiencia, nombrados específicamente para tal finalidad. En la hipótesis de ocurrencia de conflicto de intereses entre los terceros a quien fue confiada la adopción de la decisión, es necesario, substitutivamente, establecer un proceso específico de evaluación de la decisión tomada en concreto por medio de un equipo de técnicos. Del mismo modo, en tal hipótesis no existe en la Ley el ofrecimiento de cualquier criterio a priori para la distinción de la situación de dificultad del individuo en la identificación de una manifestación libre de la voluntad, en el examen de la situación concreta de análisis. Es más grave: no prevé el Estatuto de la persona con deficiencia ninguna forma de responsabilizar a los terceros que acaben, efectivamente, tomando decisiones arbitrarias o interesadas en nombre de la persona con deficiencia.

Lo que se acentúa, por consecuencia, es que aunque el Estatuto de la persona con deficiencia haya permitido colocar, en lugar destacado, la situación de promoción de igualdad formal a personas con deficiencia, dejó de considerar, especialmente, a aquellos que presentan déficit cognoscitivo relevante para la toma de decisiones con relación a actos de la vida

civil, un criterio consagrado en la dogmática para fines de protección al libre desarrollo de la personalidad —como en la hipótesis del concepto de discernimiento—. Esto generó, al contrario de lo que se pretendía, inseguridad jurídica. Una situación de laguna normativa que, en caso de que no se corrija por la interpretación posible de las cortes judiciales, por el mantenimiento, en concreto, del criterio del discernimiento como distintivo a las situaciones de capacidad civil, permitirá, inclusive, la desproporción de interpretación con relación a otras situaciones de vulnerabilidad, que reciben protección específica por medio de estatutos jurídicos propios conforme la posición jurídica considerada, como en la hipótesis de personas de edad avanzada, consumidores, niños y adolescentes. De cierta forma, una opción legislativa que, no siendo muy diferente a la decisión adoptada en el dilema del tren brasileño, tiende, por la interpretación, a evidenciar un cariz utilitarista peligroso en el enfrentamiento del tema de la autonomía con relación a los derechos de personalidad, poniendo en riesgo, bajo aparente privilegio de una igualdad, la seguridad jurídica de derechos civiles individuales.

CONCLUSIONES

Debe comprenderse, efectivamente, que se torna cada vez más difícil sostener pretensiones de corrección moral en una vida de relación marcada por la virtualidad y por avances tecnológicos fantásticos que, inclusive, aumentan considerablemente las posibilidades de permanencia de la vida sobre el planeta. La experiencia

humana, sin embargo, presenta una tradición histórica que nos permite constantemente desconfiar del alcance dado a los intereses individuales cuando están ausentes compromisos morales a priori. Y, principalmente, cuando ignoramos aquello que adquirimos como herencia histórica en nombre de una corrección de rumbos, desde el establecimiento de premisas de comparación igualitaria fundada, a veces, en un total desconocimiento acerca de los "pares de comparación" electos.

Lo ideal es que se pueda, con la cautela suficiente, efectivamente dar crédito a las conquistas filosóficas de la humanidad en los últimos siglos, no desconociendo la posibilidad de una permanente alteración de paradigmas a que se someten las estructuras vinculadas a la moral. Pero mientras no se vea superado por alternativas distintas y suficientes en la construcción del pensar, se mantiene la creencia en el valor intrínseco reconocido a la concepción de autonomía para los modernos. Aunque sean necesarias adaptaciones constantes al concepto, principalmente cuando se necesita la ponderación en términos de definiciones de capacidad y de igualdad entre seres para situaciones puntuales de análisis.

Aunque es seductora, para la consideración acerca de pretensiones concretas en un universo restringido de partícipes, la solución utilitarista fundada en un raciocinio de construcción de soluciones "pre-éticas" y de ponderación acerca de los mejores intereses, no alcanza para las situaciones complejas un sentido de

universalidad a priori que permita que se reconozcan riesgos significativos a la protección de derechos fundamentales. El discurso práctico —y su versión jurídica para fines de argumentación sobre casos concretos—, en el otro extremo, aunque imponga ajustes permanentes para intereses de igual tratamiento, no abandona la premisa de la universalidad y en ello potencializa lo que existe de autónomo en el individuo, permitiendo el desarrollo libre de su personalidad. Una circunstancia que posiblemente justifique la explicación de por qué necesitamos continuar apostando en un acuerdo moral de conductas bajo bases universales.

Específicamente con relación a la alteración propuesta al instituto de la capacidad civil en el ordenamiento jurídico brasileño por la Ley N.º 13.146/15, con la eliminación del criterio del discernimiento para la determinación de la capacidad civil, se observa que hubo una clara opción del legislador por un enfoque utilitarista del Derecho. Donde antes había discernimiento, hoy hay igualdad formal presunta sin cualquier condición previa de averiguación suficiente sobre la efectiva autonomía de la persona en el examen del caso concreto. Se prestigia una idea de igualdad formal genérica en detrimento de una ponderación necesaria acerca de criterios claros para el establecimiento de las condiciones de expresión de la voluntad propia.

Por la lectura filosófica del discurso jurídico, en que la racionalidad asume un papel relevante para la construcción de la argumentación en concreto, la autonomía

debe corresponder siempre a una condición de intersubjetividad, que se determina por máximas avaladas por la prueba de la universalización del conocimiento. En esa perspectiva, es fundamental que se rescate, para la correcta interpretación jurídica, el concepto de discernimiento consagrado por la dogmática civil, siendo observada la función de descarga presunta en la argumentación pertinente al libre desarrollo de la personalidad humana. Una situación actual de laguna normativa que, en caso de que no se corrija por la interpretación posible al examen del caso, podrá generar, inclusive, una situación de desproporción de protección jurídica con relación a otras condiciones de vulnerabilidad tuteladas por el ordenamiento jurídico brasileño.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2012). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arendt, H. (1978). *A vida do espírito. Pensar*. Lisboa: Piaget.
- Arendt, H. (1999). *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, Sao Paulo: Companhia das Letras.
- Duarte, L. (2015). *Morreu na contramão atrapalhando o tráfego*. Porto Alegre: Jornal Zero.
- Dworkin, R. (2014). *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Sao Paulo: Martins Fontes.
- Ferry, L. (2009). *A nova ordem ecológica: a árvore, o animal e o homem*. Río de Janeiro: Difel.
- Foot, P. (2002). *Moral dilemmas and other topics in moral philosophy*. Oxford: Clarendon Press.

- Fried, B.H. (2007). What´s morality go to do with it. *Harvard Law Review*, 120 (3) 53-61.
- González, C. P. (1995). Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil. *Estudios Públicos*, 60, 327-348.
- Habermas, J. (2004). A ética da discussão e a questão da verdade. Sao Paulo: Martins Fontes.
- Habermas, J. (1991). *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Piaget.
- Habermas, J. (2004). *O futuro da natureza humana*. Sao Paulo: Martins Fontes.
- Nussbaum, M. (2013). *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Sao Paulo: Martins Fontes.
- Rouanet, S. P. (2003). *Ideias –Da cultura global à universal*. Sao Paulo: Unimarco.
- Rouanet, S.P. (1993). *Mal-estar na modernidade*. Sao Paulo: Companhia das Letras.
- Sandel, M. (2013a). *Contra a perfeição. Ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Sandel, M. (2013b). *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Singer, P. (2003). *Desacralizar la vida humana: ensayos sobre ética*. Madrid: Cátedra.
- Singer, P. (2009). *Ética práctica*. Madrid: Akal.
- Taylor, C. (2014). *Argumentos filosóficos*. Sao Paulo: Ediciones Loyola.

*A justiça e o direito fundamental ao meio ambiente**

César Augusto Cichelero**

Paulo Cesar Nodari***

Cleide Calgáro****

Recibido: 11 de dezembro de 2017 • Aprobado: 18 de março de 2018

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a8>

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a justiça ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente como forma de garantir e realizar o mínimo existencial à luz da concepção de justiça de John Rawls. A partir de uma abordagem analítica, desenvolve-se a tese de que o direito fundamental ao meio ambiente se agrega ao rol de direitos fundamentais, argumentando que o mínimo existencial ecológico pode ser sustentado como corolário da dignidade da pessoa humana. Parte-se da teoria rawlsiana de justiça para fundamentar a tutela ao meio ambiente, objeto de proteção e tutela jurídica, em virtude de ser a condição da própria existência e da efetivação dos demais direitos humanos. Por fim, sustenta-se que a proteção do mínimo existencial ecológico para todos os indivíduos estaria em conformidade com os pressupostos de um Estado Socioambiental e, em última análise, que se trata de uma das formas da realização de uma teoria da justiça.

Palavras-chave: Justiça ambiental; John Rawls; mínimo existencial; ética; meio ambiente.

* Artigo de investigação desenvolvido no âmbito do grupo de pesquisa Metamorfose Jurídica, da Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, Brasil, e do projeto "Ética socioambiental e o constitucionalismo latino-americano para a construção de uma democracia socioecológica na sociedade consumocentrista", financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul.

** Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, Brasil. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. E-mail: cesar.cichelero@gmail.com

*** Graduado em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, Brasil. Graduado em Teologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Brasil. Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil. Pós-Doutor pela Universidade de Bonn, Alemanha. Professor adjunto II na Universidade de Caxias do Sul, Brasil. E-mail: paulocesarnodari@hotmail.com

**** Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, Brasil. Mestra em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, Brasil. Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Brasil. Pós-doutora em Filosofia e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil. Doutoranda em Filosofia na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora, pesquisadora e vice-líder do grupo de pesquisa Metamorfose Jurídica. <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

Justice and the fundamental right to the environment

ABSTRACT

The objective of the text is to analyze environmental justice and the fundamental right to the environment as a way of guaranteeing and realizing the existential minimum in the light of John Rawls' conception of justice. From an analytical approach, the thesis is developed that the fundamental right to the environment is added to the group of fundamental rights, arguing that the ecological existential minimum can be sustained as a corollary of the dignity of the human person. We start from the Rawlsian theory of justice to base the protection to the environment, object of protection and juridical tutelage, because it is the condition of the own existence and the realization of the other human rights. Finally, it is argued that the protection of the ecological existential minimum for all individuals would be in conformity with the premises of a socio-environmental State and, in the final analysis, that it is one of the forms of realization of a theory of justice.

Keywords: environmental justice; John Rawls; existential minimum; ethics; environment.

Justicia y derecho fundamental al medio ambiente

RESUMEN

El objetivo del texto es analizar la justicia ambiental y el derecho fundamental al medio ambiente como forma de garantizar y realizar el mínimo existencial a la luz de la concepción de justicia de John Rawls. Desde un enfoque analítico, se desarrolla la tesis de que el derecho fundamental al medio ambiente se agrega al grupo de derechos fundamentales, argumentando que el mínimo existencial ecológico puede sostenerse como corolario de la dignidad de la persona humana. Se parte de la teoría rawlsiana de justicia para fundamentar la tutela al medio ambiente, objeto de protección y tutela jurídica, debido a que es la condición de la propia existencia y la realización de los demás derechos humanos. Por fin, se sostiene que la protección del mínimo existencial ecológico para todos los individuos estaría en conformidad con las premisas de un Estado socioambiental y, en último análisis, que se trata de una de las formas de realización de una teoría de la justicia.

Palabras clave: Justicia ambiental; John Rawls; mínimo existencial; ética; medio ambiente.

INTRODUÇÃO

A crise ambiental se tornou mais evidente na década de 1960. Iniciou-se, a partir de então, a reflexão acerca da irracionalidade ecológica dos padrões dominantes de produção e de consumo, e marcou os limites do crescimento econômico. A atual degradação ambiental se manifesta como sintoma de uma crise da civilização ocidental, caracterizada pelo modelo de modernidade regido pelo predomínio do desenvolvimento da razão tecnológica sobre a organização da natureza. Além da crise ambiental, percebe-se o aumento da difusão da temática ambientalista nas últimas décadas, desde um aumento expressivo dos estudos acerca do meio ambiente na academia, maior produção de reportagens na mídia, aumento da preocupação do meio artístico, mas, principalmente, denota-se uma maior percepção dos sujeitos quanto às mudanças do meio ambiente — aquecimento global, extinção de espécies, aumento dos eventos extremos etc. Essa crise ambiental exposta por tantos juristas e ambientalistas tem como causa última a paradoxal relação entre os homens e do homem com a natureza. Trata-se, no fim de contas, da crise antropocêntrica, ou seja, da crise antropológica e da crise ecológica.

Permeando esse contexto de crise ambiental, o discurso acerca da justiça ambiental vem se expandindo substancialmente na contemporaneidade, tendo se tornado um ponto de essencial e contínua desenvoltura teórica. O escopo do que a justiça ambiental trabalha se ampliou de

uma forma que vai muito além de suas previsões iniciais, que estavam ligadas à distribuição de riscos ambientais. Nesse contexto de abrangência e amplitude da temática, escolheu-se tratar neste texto da problemática da justiça ambiental e sua relação com a teoria de justiça de John Rawls. Para isso, busca-se demonstrar que a justiça ambiental teve um papel importante ao desafiar as noções de meio ambiente e as possibilidades de justiça social. Nesse sentido, adota-se o procedimento de revisão da literatura, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, essencialmente doutrinária, mas com eventuais contribuições da jurisprudência e da legislação.

Os direitos humanos fundamentais estão conectados com a justiça ambiental pelas graves injustiças ambientais que implicam violação desses direitos. Essa relação se torna ainda mais próxima quando se lembra do reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano fundamental pela Constituição brasileira de 1988. Além da norma brasileira, a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo) em 1972 prevê que o meio ambiente natural e o artificial são essenciais para o bem-estar e para o gozo dos demais direitos humanos fundamentais, que incluem o direito à própria vida. Existe uma óbvia relação entre a preservação do ambiente planetário, os direitos humanos e a justiça ambiental que decorre da seguinte constatação: "o equilíbrio ecológico do planeta Terra é condição essencial para que não sejam violados os direitos humanos,

provocando, assim, injustiças ambientais” (Rammê, 2012, p. 110).

Desse modo, neste artigo, em primeiro lugar, trata-se de discutir as origens da justiça ambiental e a teoria de justiça de Rawls. E, em um segundo momento, busca-se explorar as relações desses dois conceitos com a ideia de um mínimo existencial capaz de garantir a realização dos direitos fundamentais, especialmente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com uma base na teoria rawlsiana. Por fim, espera-se conseguir demarcar os aspectos conceituais do tema aqui referenciado, sua justificação normativa e trazer à tona algumas questões problemáticas acerca de sua efetivação.

1. JUSTIÇA AMBIENTAL E A TEORIA DE JOHN RAWLS

O termo “justiça ambiental” tem origem nos movimentos sociais norte-americanos que, a partir da década de 1960, passaram a reivindicar direitos civis aos grupos afrodescendentes. Ao mesmo tempo em que exigiam a diminuição da desigualdade em outras áreas, eles protestavam contra a sua exposição aos rejeitos tóxicos provenientes das indústrias. Como expõe Martínez-Alier (2007, p. 35), a “justiça ambiental é um movimento social organizado contra casos locais de ‘racismo ambiental’, possuindo fortes vínculos com o movimento dos direitos civis de Martin Luther King nos anos 1960”. Assim, em um primeiro momento, a justiça ambiental se liga ao racismo ambiental, ou seja, à distribuição desproporcional de resíduos tóxicos junto às minorias so-

ciais. É possível compreender o racismo ambiental como a discriminação racial presente nas políticas ambientais. Em outras palavras, é uma discriminação racial deliberada na escolha de certas comunidades para depositar rejeitos e instalar indústrias poluidoras, tudo realizado sob o aval da lei. Além disso, a discriminação racial é a exclusão de grupos raciais dos principais grupos ambientalistas, dos comitês de políticas públicas ambientais e das instituições regulamentadoras.

Deve-se fazer menção que aqueles que exigem justiça ambiental não estão fazendo conexão com aqueles que pregam a utilização sustentável e eficiente dos recursos naturais, ou aqueles outros que entendem que as externalidades ambientais deveriam ser compensadas; justiça ambiental trata de discriminação em virtude de pertencer a uma minoria social e da decorrente repercussão ambiental. Ou seja, quem apenas prega a sustentabilidade não está preocupado, *a priori*, com certas discrepâncias sociais que dificultam o acesso aos bens ambientais e aumentam os riscos ambientais.

Assim, é possível afirmar que o movimento por justiça ambiental surgiu vinculado a dois outros movimentos sociais: o movimento contra a contaminação tóxica e o contra o racismo ambiental. Várias são as causas que podem ser apontadas para a produção de injustiça ambiental no mundo moderno, tais como o mercado competitivo, a política distante da sociedade, a falta de transparência e os discursos que neutralizam um discurso crítico. O mercado acaba criando uma segregação

espacial, pois aloca, nas mesmas áreas, grupos sociais de baixo poder aquisitivo e os riscos ambientais; já as políticas, quando existem, são mais rígidas para as camadas sociais mais baixas; a mídia, controlada pelas grandes empresas, evita que os riscos se tornem públicos e se debatam; por fim, as corporações criam retóricas para conquistar a simpatia dos indivíduos.

Com o passar dos anos, o movimento por justiça ambiental aderiu a novos objetivos e novas fronteiras, encontrando adeptos mundo afora; assim, ganha contornos mais amplos em relação às suas antigas delimitações. "Atualmente, o movimento por justiça ambiental abarca todos os conflitos socioambientais cujos riscos sejam suportados de forma desproporcional sobre populações socialmente vulneráveis ou mesmo os países ditos de 'Terceiro Mundo'" (Rammê, 2012, p. 23). Para uma melhor conceituação, recorre-se a Leff (2009, p. 69), que afirma que o movimento por justiça ambiental é de resistência cultural, de estilo de vida e de defesa do meio ambiente, além de ser contra as externalidades de uma economia cada vez mais globalizada. Segundo Martínez-Alier (2007), a justiça ambiental procura uma equanimidade em relação aos conflitos ecológicos distributivos.

A consideração da justiça ambiental como uma demanda social é reveladora de um cenário complexo, visto que as discussões sobre a necessidade de proteção da natureza e de manutenção dos direitos humanos fundamentais se inserem no contexto da chamada crise ambiental,

colocada em um campo de tensão na modernidade. As reivindicações por justiça ambiental, portanto, caracterizam-se pela percepção de que existe uma má distribuição dos bens e dos riscos ambientais nas sociedades contemporâneas, afetando e até mesmo violando direitos das parcelas mais vulneráveis da população. Além disso, é necessário pontuar que a justiça ambiental não se confunde com a justiça ecológica; esta busca corrigir as formas de atuação humana que levam à degradação da natureza. Por outro lado, a justiça ambiental pretende superar as desigualdades impostas pelo processo de produção capitalista, reveladas pela concentração das consequências da degradação da natureza em grupos sociais economicamente frágeis; desse modo, a superação se daria pela instituição de mecanismos de distribuição dos riscos e dos bens ambientais (Baggio, 2008).

Com o intuito de melhor fundamentar uma proposta de justiça ambiental, recorre-se à teoria de John Rawls. A justiça para o filósofo político norte-americano, que está assentada na tradição liberal, baseia-se em uma ética deontológica de origem kantiana, segundo a qual o indivíduo, pela razão prática, escolhe livremente seguir a lei moral (Lumertz e Vieira, 2012). Para Rawls, as instituições de uma sociedade precisam estar fundamentadas moralmente de tal forma que possam cumprir o papel de garantir soluções democráticas, sendo que o principal objetivo de sua obra é formular uma concepção de justiça que forneça uma alternativa ao utilitarismo até então predominante. Além disso, é necessário pontuar que

Rawls adota a prioridade do justo sobre o bem, fornecendo à sua teoria um caráter deontológico, e não teleológico.

Rawls defende a utilização de critérios para a definição do justo, visto que a disputa sobre o conteúdo da justiça acontece em casos concretos, cada um dos interessados tem uma posição inicial parcial. Para resolver esse problema, Rawls apresenta o conceito de justo por equidade, que coloca a discussão em termos contratuais; portanto, a escolha de princípios morais não pode estar subordinada a situações particulares. Assim, é necessária uma situação hipotética, na qual os sujeitos se encontram sob um "véu de ignorância". Nessa posição original hipotética, as partes considerariam de forma imparcial os pontos de vista de todos e os demais estariam direcionados à busca de bens primários, ou seja, bens básicos indispensáveis, que podem ser naturais ou sociais (Albuquerque, 2015). Vale lembrar que Rawls trabalha dois tipos de bens primários: os sociais (que ele aprofunda em sua teoria) e os naturais. A posição original é a situação mais adequada por garantir a liberdade de reflexão racional pelo sujeito e por estabelecer a possibilidade de igualdades entre todos. Segundo Rawls:

Parece razoável supor que as partes na posição original são iguais. Isto é, todas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; cada uma pode fazer propostas, apresentar razões para a sua aceitação e assim por diante. Naturalmente a finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os seres huma-

nos como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção do seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça. (Rawls, 2008, p. 23)

Com a utilização desse cenário hipotético, Rawls acredita que não existem motivos para que os sujeitos ajam de forma mal-intencionada para com os demais, visto que eles agem por regras racionais de escolhas. Desse modo, é possível acreditar em um consenso obtido nessa posição original, o que levaria a dois princípios de justiça.

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (Rawls, 2008, p. 73)

O princípio da igualdade trata dos critérios de acesso às oportunidades dos indivíduos ante os bens sociais. A ideia aqui é neutralizar ou diminuir a influência dos fatores arbitrários para evitar que as expectativas de sujeitos possuidores das mesmas habilidades sejam afetadas pela sua classe social. Rawls entende que a maneira pela qual a natureza distribui as vantagens não é justa ou injusta; a natureza é uma roleta natural, em que alguns aleatoriamente acabam por ser mais privilegiados em determinados bens que

outros. Contudo, ao contrário da natureza, o sistema de distribuição de recursos pode ser julgado como justo ou injusto. O problema não é redistribuir recursos que foram desigualmente distribuídos, mas, primeiro, mudar as instituições que governam a distribuição de tais recursos, ou seja, modificar os critérios de distribuição. Dessa maneira, a partir do modo como os bens são concedidos pela natureza, as instituições devem fazer a distribuição dos recursos existentes (Rigo, 2015).

O segundo princípio faz menção à necessidade de todos agirem cooperativamente para que seja possível usufruir dos bens. O princípio da diferença significa a superação de uma ideia de justiça meramente distributiva; em outras palavras, para esse princípio, o benefício maior dos mais privilegiados só é possível se os menos favorecidos sejam também beneficiados. Ou seja, só é possível agir de forma desigual na distribuição de recursos, se isso fosse beneficiar os menos favorecidos, sem, contudo, subtrair os seus recursos (Rigo, 2015). Assim, o princípio da diferença inova em fazer das desigualdades um subcaso das igualdades. Visto que todos possuem os mesmos direitos e deveres, essas desigualdades são justas e equitativas quando acarretam no benefício de todos. Desse modo, justas são as sociedades e as instituições que sigam o princípio da diferença, pois elas visam corrigir a distribuição desigual natural, sem acarretar limitações aos beneficiados naturalmente (Lumertz e Vieira, 2012).

A teoria Rawls trata, então, de quatro etapas na institucionalização da justiça e na

definição das normas para a distribuição dos bens públicos: (1) contrato político de justiça, formado pela posição original; (2) estabelecimento desse contrato, em uma Constituição; (3) aprovação de leis complementares à Constituição; (4) aplicação das leis pelo judiciário. Nesse sentido, as políticas ambientais devem ser estabelecidas pelo poder legislativo. Segundo Felipe (2006), Rawls entende que é preciso regulamentar o uso dos recursos naturais; esta é a única forma de controlar pública e institucionalmente o impacto negativo da exploração do ambiente.

2. MÍNIMO EXISTENCIAL COMO JUSTIÇA AMBIENTAL E RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal Brasileira de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, consagrou, em seu artigo 1º, inciso III, como fundamento a dignidade da pessoa humana. Entende-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada indivíduo que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade.

O reconhecimento e a promoção da dignidade é uma conquista da história, mas ao mesmo tempo é uma construção da razão. Indica um dever ser. É normativa. É uma qualidade intrínseca do ser pessoa. Define o homem como fim em si mesmo, para usar uma expressão kantiana. E isso, obviamente, não depende de desenvolvimento histórico. Mencioná-la no prelo e/ou nos artigos iniciais e basilares

de uma Constituição significa estabelecer a inviolabilidade do ser humano como pressuposto de toda a estrutura jurídica e social, reconhecendo-o como sujeito do direito, isto é, como portador de direitos e deveres. Estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento de uma Constituição, tal como o faz a brasileira, significa dizer que ela se constitui no referencial teórico e base de sustentação de toda a estrutura jurídica e social. Ela é um princípio sobre o qual se ergue a ordem constitucional. Significa, portanto, que não pode ser violada e que, ao mesmo tempo, deve ser protegida e promovida. (Weber, 2013, p. 198-199)

Decorre dessa afirmação um feixe de direitos e deveres fundamentais que asseguram à pessoa proteção contra todo e qualquer ato degradante e desumano, e garantia de suas condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunidade (Sarlet, 2009). Para Fensterseifer (2008), a dignidade da pessoa humana é a matriz axiológica do ordenamento jurídico, o princípio de maior hierarquia da nossa Constituição e a pedra basilar da edificação constitucional do Estado (social, democrático e ambiental)¹.

¹ "De qualquer modo não é difícil perceber que, com algum esforço argumentativo, tudo que consta no texto constitucional pode — ao menos de forma indireta — ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa humana. Em realidade, a grande maioria dos direitos e garantias fundamentais, ainda que de modo e intensidade variáveis, têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa [...]". (Almeida, 2009, p. 68)

Além disso, "como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais" (Barroso e Mello, 2015, p. 43). Assim, os direitos humanos devem ser interpretados tendo como parâmetro o valor da dignidade da pessoa humana, o que impõe a sua máxima realização e observância plena. Em outras palavras, é exatamente pelo fato de os direitos humanos explicitarem o conteúdo axiológico da noção de dignidade da pessoa humana que são considerados fundamentais, devendo ser realizados na maior medida possível.

A partir de uma compreensão necessariamente multidimensional e não reducionista da dignidade da pessoa humana, defende-se o reconhecimento de uma dimensão ecológica da dignidade humana. Esta não deve ser restringida a uma dimensão puramente biológica ou física, afinal contempla a qualidade de vida como um todo, inclusive do ambiente em que a vida humana se desenvolve, de modo a assegurar um padrão de qualidade e segurança ambiental mais amplo (Sarlet e Fensterseifer, 2014a). É preciso destacar que a dimensão ecológica da dignidade humana amplia o conteúdo da dignidade, pois visa garantir um padrão de qualidade, equilíbrio e segurança ambiental (Fensterseifer, 2008).

Em razão de ser a dignidade humana o pilar-mestre ou a pedra fundamental de toda a edificação jurídico-constitucional contemporânea, qualquer modificação

conceitual nela provocada acaba por repercutir e projetar-se para todo o sistema jurídico, principalmente no que tange aos direitos fundamentais e à própria conformação do Estado de Direito. (Sarlet e Fensterseifer, 2007, p. 75)

A qualidade e a segurança ambiental se tornam elementos integrantes do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, e são necessárias para o desenvolvimento pleno dos sujeitos. Desse modo, não é possível conceber uma vida digna sem um ambiente saudável e equilibrado, em especial devido à densidade axiológica do artigo 225 da Constituição Federal. Isto é, na esfera jurídica contemporânea, com o crescimento das discussões ambientais, o paradigma antropocêntrico é superado e é aberto espaço para os diferentes conceitos de antropocentrismo alargado, antropocentrismo ecológico, ecocentrismo, biocentrismo etc.

A existência do ser humano com dignidade depende, por óbvio, da existência deste planeta. Discutem-se, portanto, os limites do antropocentrismo das dimensões individual e social da dignidade humana, ante uma nova dimensão: a ecológica. Claro que existem controvérsias sobre a necessidade da existência de uma dimensão ecológica da dignidade humana, todavia tais discussões também aconteceram quando foi defendida a existência da dimensão social da dignidade humana. Reconhecer essa dimensão é essencial à própria existência da dignidade humana, visto que não é possível a existência da vida humana sem a existência da vida em geral.

Isso se deve ao fato de que a Constituição transformou a visão que se tinha do bem ambiental que, até então, era um bem público. Após 1988, ele passa a ter natureza difusa e surge, na nova ordem constitucional, com três características. A primeira diz respeito a ser um bem de uso comum do povo; como segunda característica, é um bem essencial à sadia qualidade de vida, o que importa à satisfação do fundamento do Estado Socioambiental brasileiro, ou seja, a dignidade da pessoa humana; por último, de ser um bem intergeracional, que deve ser garantido e protegido para as gerações presente e futura (Miranda e Calça, 2014).

Dessa forma, o processo histórico de conquista dos direitos fundamentais oportunizou que a proteção ambiental fosse inserida nesse seleto rol, o que ocasionou que o conteúdo do mínimo existencial, que já contemplava uma dimensão social, devesse se modificar para compreender, também, uma dimensão ecológica, que assumisse características socioambientais. Pois, no caminho de realizar as normas expressas no artigo 225 da Constituição Federal, observa-se que a promoção da sadia qualidade de vida só é possível dentro de padrões mínimos estabelecidos constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, de um ambiente com qualidade e segurança.

Assim como outrora os direitos liberais e os direitos sociais formatavam o conteúdo da dignidade humana, hoje também os direitos de solidariedade, como é o caso especialmente do direito ao ambiente, passam a

conformar o conteúdo da dignidade humana, ampliando o seu âmbito de proteção. (Sarlet e Fensterseifer, 2007, p. 74)

Diante disso, extrai-se a importância da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Socioambiental de Direito; este pode ser compreendido como produto das novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente (Leite e Ayala, 2014).

Segundo Canotilho (1998), a qualificação de um Estado como Estado Socioambiental aponta em — pelo menos — duas dimensões jurídico-políticas. Primeiramente, observa-se a obrigação do Estado, em cooperação com outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, de promover políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica; além disso, a segunda dimensão aponta para o dever da adoção de comportamentos públicos e privados amigáveis com o ambiente, dando expressão concreta à assunção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras. Considerando o exposto, e seguindo Sarlet e Fensterseifer (2014b), considera-se possível agregar um terceiro eixo às duas dimensões propostas por Canotilho, notadamente o dever do Estado de promover políticas socioambientais que assegurem, igualmente de modo sustentável (mas progressivo), a toda a sociedade as condições para uma vida digna, na perspectiva da garantia de um mínimo existencial não apenas vital, mas também socioambiental.

Em vista do conteúdo e da força normativa do princípio (e também valor) jurídico da dignidade da pessoa humana, decorrem dele direitos tanto de natureza defensiva (negativa) como prestacional (positiva). Um exemplo seria a garantia constitucional do mínimo existencial, a garantia das prestações materiais mínimas necessárias a uma vida em patamares dignos (Fensterseifer, 2008). O princípio da dignidade da pessoa humana se relaciona com o núcleo do mínimo existencial. Para uma realização plena da dignidade humana, é necessária a compreensão de seu caráter ecológico; afinal, uma qualidade mínima ambiental é necessária para a pessoa humana; nesse sentido, frisa-se que o meio ambiente equilibrado constitui elemento dessa dignidade. "Então resta uma pergunta: será que devemos reduzir o mínimo existencial ao direito de subsistir?" (Garcia, 2013, p. 34).

O conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com a ideia de "mínimo vital", pois este diz respeito à garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto de uma vida com certa qualidade. Como apontam os autores, não deixar alguém sucumbir à fome, certamente, é o primeiro passo para garantir um mínimo existencial, contudo não é o suficiente para a garantia de uma existência digna, ainda mais em vista dos novos riscos existenciais postos pela crise ambiental (Sarlet e Fensterseifer, 2010).

No Brasil, ainda que inexista uma previsão taxativa e expressa no texto constitucio-

nal sobre o direito e a garantia a um mínimo existencial, é possível fazer menção ao amplo rol de direitos sociais que devem ser prestados por parte do Estado. Assim, o que importa é a percepção de que o direito fundamental ao mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecido, visto que decorre diretamente da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana². Nesse contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial —compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada sujeito uma vida com dignidade e, portanto, saudável — tem sido identificado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. (Sarlet, 2013).

O reconhecimento do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, dessa maneira, incorpora novos elementos ao conteúdo do mínimo existencial social. Ou seja, pode-se falar agora em uma dimensão ecológica do direito ao mínimo existencial, que, em virtude da necessária agregação com a agenda de proteção e promoção de

² Dentro das outras justificativas que se poderiam invocar, também para efeitos do reconhecimento de uma garantia constitucional do mínimo existencial socioambiental, assume relevância a noção do dever de respeito e consideração, por parte da sociedade e do Estado, pela vida de cada indivíduo, que, de acordo com o imperativo categórico formulado por Kant, deve ser sempre tomada como um fim em si mesmo, em sintonia com a dignidade (e sua dimensão ecológica) inerente atribuída e reconhecida a cada ser humano (Sarlet e Fensterseifer, 2014a, p. 133).

uma existência digna em termos sociais (portanto, não restrita a um mínimo vital), há de ser designada pelo rótulo de um mínimo existencial socioambiental, coerente, aliás, com o projeto jurídico, político, social, econômico e cultural do Estado Socioambiental de Direito (Sarlet e Fensterseifer, 2010).

A ideia de mínimo existencial compreende o conjunto de prestações materiais que garantem aos sujeitos uma vida com dignidade, que somente pode ser uma vida em um ambiente saudável, por padrões qualitativos mínimos. A dignidade da pessoa humana é o norte jurídico para definir o mínimo existencial, por isso que este visa proteger mais do que a mera sobrevivência física (Sarlet e Fensterseifer, 2014a). Um mínimo ecológico de existência tem a ver, conseqüentemente, com a proteção de uma esfera existencial ambiental que deve ser mantida e reproduzida. Deve-se considerar que o mínimo não está sujeito a iniciativas revisoras próprias do exercício das prerrogativas democráticas conferidas à função legislativa. Logo, aqui, compreende-se como a concepção da ideia de mínimo existencial ecológico estabelece relações com o princípio da proibição de retrocesso, pois uma dimensão ecológica existencial deve ser protegida e garantida contra iniciativas que possam, em alguma medida, representar ameaça a padrões ecológicos elementares da vida e da dignidade humana (Ayala, 2010). Diante disso,

há como extrair, ainda, outra constatação de relevo também para os desenvolvimentos subsequentes,

qual seja, a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e, acima de tudo, de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas (direitos subjetivos), negativos e positivos correspondentes ao mínimo existencial, o que evidentemente não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluir outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e, de modo geral, os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial. (Sarlet, 2013, p. 39)

Somado a isso, percebe-se a preocupação doutrinária de se conceituar e definir, em termos normativos, um padrão mínimo ecológico para a concretização da dignidade humana. Tal preocupação se dá em razão de que a qualidade ambiental retém uma importância essencial para o desenvolvimento da vida humana em toda a sua potencialidade. Diante dessa compreensão, das necessidades humanas básicas, na perspectiva das gerações presente e futura, coloca-se a reflexão acerca da exigência de um patamar mínimo de qualidade ambiental, sem o qual a dignidade humana estaria sendo violada em seu núcleo essencial.

O âmbito de proteção do direito à vida, ante a presença dos riscos ambientais contemporâneos, para atender ao padrão de dignidade assegurado constitucionalmente, deve ser ampliado no sentido de abarcar a dimensão ambiental em sua

esfera normativa (Sarlet e Fensterseifer, 2010). Assim, da mesma maneira que são imprescindíveis determinadas condições materiais para assegurar adequados níveis de bem-estar social, sem as quais o pleno desenvolvimento humano e, até mesmo, a sua inserção política é inviabilizado, também, na dimensão ambiental, é possível falar em um conjunto mínimo de condições materiais em termos de qualidade ambiental, uma vez que, sem ele, o desenvolvimento da vida humana se encontra prejudicado e em desconformidade com a imposição constitucional que delega ao Estado o dever de tutelar a vida e a dignidade humana contra essas ameaças existenciais.

Além de que, sem o acesso às condições existenciais mínimas, nas quais se inclui necessariamente um padrão mínimo de qualidade ambiental, não há como falar em liberdade real, muito menos em um modo de vida digno. Afinal, a garantia do mínimo existencial ecológico (como direito fundamental) se torna, sob certa perspectiva, uma condição de possibilidade do próprio exercício dos outros direitos fundamentais (Sarlet e Fensterseifer, 2010).

Em sequência, pode-se argumentar que a proteção ambiental possui grande relação com a garantia e proteção dos demais direitos sociais, já que o gozo destes últimos somente é possível dentro de condições ambientais favoráveis. A preservação de um patamar mínimo de qualidade ambiental deve ser atribuída, tanto na forma de deveres de proteção do Estado como na forma de deveres fun-

damentais dos atores privados, à geração humana presente, de modo a preservar as bases naturais mínimas para o desenvolvimento — e mesmo a possibilidade — da vida das gerações futuras. Desse modo, o que se apresenta é a imposição da conjugação dos direitos sociais e dos direitos ambientais para efeitos de identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, no sentido do reconhecimento de um direito ao mínimo existencial socioambiental, precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie, a fim de proteger o homem contra a sua própria ação predatória (Sartlet e Fensterseifer, 2010).

Nessa mesma linha, está a teoria de John Rawls. Esse filósofo político americano deixa bem claro em seus escritos que viver não é apenas sobreviver, pois uma concepção de justiça deve ter como base fundamental a prescrição de condições mínimas para que a pessoa possa se desenvolver, ou não terá uma vida digna e muito menos poderá atuar como cidadão. Nesse ponto, busca-se aproximar o princípio da dignidade da pessoa humana com a ideia de cidadania. A dignidade da pessoa humana, assim como a cidadania, reúne um conjunto de direitos e deveres fundamentais. Ela está ligada a uma comunidade política, dentro da qual os direitos podem ser exercidos, reconhecidos e protegidos. Além disso, cidadania e dignidade exigem a garantia de condições materiais suficientes para que seja possível seu exercício, de modo a promover a participação ativa e responsável dos indi-

víduos na sociedade. Portanto, dignidade humana e cidadania não se confundem, interconectam-se.

Visto que a garantia do mínimo existencial é uma exigência fundamental para o exercício da liberdade e da democracia, deve-se ter em mente que ela ainda é insuficiente para a construção política do cidadão e da justiça. Ou seja, estão presentes na teoria de Rawls dois níveis de necessidades materiais a serem observadas: as do indivíduo como ser humano e as do indivíduo como cidadão. Rawls, ao estudar os indivíduos enquanto cidadãos, amplia o conteúdo do mínimo existencial para além das condições materiais básicas. Sua ideia de bens primários concentra-se sobre as necessidades políticas do indivíduo, enquanto cidadão.

A lista básica de bens primários, que não é um rol taxativo para Rawls e que pode ser ampliada se necessário, está dividida em cinco categorias: (1) os direitos e liberdades fundamentais; (2) a liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas; (3) os poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; (4) a renda e a riqueza; (5) as bases sociais do autorrespeito. Esses bens, para Rawls, são coisas de que os cidadãos necessitam como pessoas livres e iguais, e exigir esses bens é uma reivindicação válida (Rawls, 2000). Importante ressaltar que o conceito de bem comum para Rawls (2008, p. 306) é de que "certas condições gerais, que num sentido apropriado, são igualmente vantajosas

para todos” também pode ser utilizado para defender como justa uma posição de distribuição igualitária do bem ambiental.

Afinal, se um sujeito vive abaixo de um certo nível de bem-estar material e social (e acrescenta-se aqui, ambiental), ele simplesmente não pode participar da sociedade como cidadão, e muito menos como cidadão igual aos outros que detêm essas condições. Diante disso, Rawls reconhece como elemento constitucional essencial a existência de um mínimo social que supra as necessidades básicas de todos os cidadãos. Isso porque seria inócuo falar em igualdade de oportunidades e desigualdades vantajosas para os indivíduos marginalizados se eles não possuísem sequer o básico para as suas vidas. É algo que anularia o princípio da diferença completamente, tornando-o vazio (Silva, 2015). Portanto,

considerando que muitos aspectos do que normalmente é tido como pertencente ao conteúdo do mínimo existencial estão contemplados na ideia de bens primários, sobretudo no que se refere aos pressupostos do primeiro princípio de justiça, podemos falar no mínimo existencial rawlsiano. Na medida em que insistimos no caráter político de sua concepção de justiça, podemos observar que a garantia de um mínimo existencial é um pressuposto para o bom funcionamento do Estado Democrático ou da democracia em geral. Embora possa haver, como de fato há, muita controvérsia quanto ao conteúdo do mínimo existencial, Rawls, com a ideia dos bens primários, dá importante contribuição no sentido de explicitar exigências para o

efetivo exercício da autonomia e da cidadania. Nesse caso, o mínimo existencial não pode ser restringido à satisfação das necessidades físicas dos indivíduos, como se a preocupação fosse apenas com a sua sobrevivência, ou o chamado “mínimo vital”. Para marcar a estreita relação com a dignidade, o mínimo existencial não pode ser atrelado apenas à satisfação das necessidades básicas materiais, mas deve visar ao desenvolvimento da pessoa como cidadã. (Weber, 2013, p. 209-210)

Rawls afirma que indivíduos em condições precárias têm sua liberdade afetada, exigindo, assim, a existência de uma garantia de direitos mínimos aos cidadãos — o que o autor denomina de bens primários sociais ou mínimo social —, ou os princípios de justiça não teriam sentido algum. Afinal, o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades fundamentais, pode ser precedido de um princípio anterior que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos na medida em que as satisfazer seja necessário para que eles entendam e tenham condições de exercer esses direitos e liberdades de forma efetiva. Não há dúvida de que algum princípio desse tipo tem que estar pressuposto na aplicação do primeiro princípio³ (Rawls, 2008, p. 111).

³ “A ideia principal é que o bem de uma pessoa é definido por aquilo que para ela representa o plano de vida mais racional a longo prazo, dadas circunstâncias razoavelmente favoráveis. Uma pessoa é feliz quando ela é mais ou menos bem-sucedida na realização desse plano. De forma breve, o bem é a satisfação do desejo racional” (Rawls, 2008, p. 111).

Assim, como o próprio autor afirma, a definição inicial das expectativas apenas com relação a fatores como a liberdade e a riqueza é provisória, e, portanto, é necessário incluir outros tipos de bens primários, ao qual este estudo propõe o bem ambiental. Na sequência, estuda-se o modelo de um Estado Socioambiental que seja capaz de realizar a justiça ambiental, para que se realize o mínimo existencial ecológico, aquilo que Rawls propõe que as instituições façam pelo mínimo social⁴.

CONCLUSÕES

A proteção da dignidade da pessoa humana implica a vinculação do Estado, no sentido de que a todos os indivíduos seja assegurado um mínimo existencial material, no caso, o ecológico. Isso se traduz em condições materiais elementares, afinal é uma premissa do próprio exercício dos demais direitos, resultando, por ser fundamental para a existência humana, em uma espécie de direito a exercer os demais direitos.

Um sujeito que não possui acesso a certas condições existenciais ecológicas mínimas não possui liberdade real e, muito menos, uma vida digna. Desse modo, o reconhecimento da garantia do mínimo existencial socioambiental representa uma condição de possibilidade para o próprio exercício dos demais direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade, sejam direitos sociais ou mesmo de solidariedade. Em outras palavras, é necessária a conjugação dos direitos sociais e dos direitos ambientais para se identificarem os patamares necessários de tutela da dignidade humana, no sentido do reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial socioambiental, pois esse direito sustenta o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana, inclusive protegendo a sobrevivência da espécie humana diante da ação predatória por ela provocada.

Contudo, como foi observado, o conceito de mínimo existencial não pode ser confundido com um direito de mera sobrevivência, ou seja, como uma dimensão minimamente fisiológica, mas deve ser concebido de forma mais ampla, visto que seu fim é a proteção da vida em condições dignas. Diante disso, o conteúdo do mínimo existencial não deve ser conceituado de forma semelhante ao mínimo vital. O conteúdo normativo do direito ao mínimo existencial, portanto, deve ser construído com base em circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, tendo em vista uma perspectiva evolutiva e cumulativa dos direitos individuais e coletivos. Desse modo, as novas necessidades existenciais que surgem na dialé-

⁴ "Uma vez definida a taxa justa de poupança ou especificada a variação apropriada das taxas, temos um critério para ajustar o nível do mínimo social. A soma de transferências e benefícios propiciados por bens públicos essenciais deve ser organizada de modo a elevar as expectativas dos menos favorecidos, de forma compatível com a poupança exigida e com a preservação das liberdades iguais. Quando a estrutura básica se apresenta nesse formato, a distribuição resultante será justa (ou, pelo menos, não será injusta), seja qual for. Cada qual recebe a renda total (salários mais transferências) a que tem direito dentro do sistema público de normas no qual se fundamentam suas expectativas legítimas" (Rawls, 2008, p. 377).

tica das relações sociais são incorporadas ao conteúdo do mínimo existencial, uma vez que se objetiva tutelar a dignidade da pessoa humana, sendo indispensáveis para tal segurança e qualidade ambiental.

Ao que foi exposto, agrega-se a percepção de que existe, na sociedade contemporânea, uma grave injustiça na distribuição e no acesso aos recursos naturais, de modo que os indivíduos marginalizados acabam tendo não apenas os seus direitos ecológicos ameaçados, mas também comprometida a expectativa de uma vida digna. Portanto, neste trabalho, percebe-se a ligação entre o estudo de um mínimo existencial ecológico e a justiça ambiental. Esta deve reforçar a relação entre direitos e deveres ambientais, com o objetivo de redistribuir os bens naturais que assegurem um mínimo de equidade entre os indivíduos.

O direito fundamental ao ambiente apresenta, como apontam Sarlet e Fensterseifer (2014a), além de um conteúdo e uma dimensão democrática, um forte componente distributivo, de vez que a consagração do ambiente como um bem comum de todos, tal como reconhecido na Constituição Federal, harmoniza com a noção de um acesso universal e igualitário ao desfrute de uma qualidade de vida compatível com o pleno desenvolvimento da personalidade de cada pessoa humana, e considera, ainda, que tal concepção abrange os interesses das futuras gerações. Portanto, o reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental opera no sentido de agregar novos elementos

normativos ao conteúdo do direito a um mínimo existencial e abre caminho para a noção de uma dimensão ecológica. Essa concepção é coerente, aliás, com o projeto político-jurídico do Estado Socioambiental.

Rawls, em sua proposta liberal, idealiza uma comunidade de cidadãos livres e iguais, capazes de exercer tais direitos de forma plena e, ao mesmo tempo, respeitar a dignidade dos demais membros da sociedade bem como de atuar politicamente na construção de um mundo mais justo. Entretanto, essa ideia não se ajusta a uma realidade em que determinados indivíduos não possuem o mínimo para uma vida digna. Os princípios de justiça, portanto, devem ser antecedidos por um princípio que determine a preservação de um mínimo existencial a cada indivíduo.

Conforme se identificou, esse mínimo não corresponde ao mínimo vital, mas ao mínimo necessário para o desenvolvimento integral do ser humano com uma vida digna. A justiça como equidade de Rawls fornece grande atenção a esse tema, pois, além de significar a preservação da dignidade, também fortalece a integração da sociedade e a manutenção de suas instituições, evitando a dominação de um grupo social sobre outro. Do mesmo modo, em Rawls, verifica-se a grande importância conferida ao Estado, pois a ele se atribui uma atuação com o intuito de impedir desigualdades excessivas.

Este trabalho, portanto, inseriu-se na discussão teórica em compreender, em termos normativos, a relação entre o mínimo

existencial ecológico, a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e a justiça em John Rawls. Reconhece-se que uma concepção ampla da dignidade da pessoa humana somada à proteção de direitos fundamentais socioambientais (no sentido de garantir um mínimo existencial socioambiental) tem importância fundamental para assegurar a vida humana livre e digna, visto que somente dentro de um meio no qual exista segurança ambiental pode se desenvolver a vida humana em toda a sua potencialidade. Além disso, só é possível realizar esse projeto (o que representa a realização da justiça ambiental) dentro de um modelo institucional favorável, qual seja, o Estado Socioambiental (Democrático e de Direito).

Estudou-se que o modelo teórico de Rawls tem o mérito de permitir a aplicação da concepção da justiça a questões diversas, ainda que o autor mesmo não tenha realizado isso a contento, como é o caso, neste artigo, da questão ambiental. Para acessar outros bens primários, que os sujeitos tanto desejam possuir, é necessário que os naturais — saúde, vigor e alegria — estejam assegurados. Além disso, o simples direito de um indivíduo a querer participar da esfera política pressupõe o acesso a esses bens naturais.

Desse modo, Rawls supõe a existência de certa escassez em qualquer sociedade; para o autor, sempre haverá uma parcela da sociedade que viverá em condições de escassez, podendo esta ser de recursos naturais ou de outros bens igualmente não disponíveis em abundância. Portanto, não é possível falar de justiça sem

levar em conta as condições de escassez específicas em cada sociedade e a obrigação das instituições em assegurar permanentemente a distribuição equitativa da liberdade para se ter acesso ao bem escasso. A natureza, dentro da teoria de Rawls, pode ser considerada um “bem social ambiental natural” que deve ser preservada por si mesma, e, para todos, indistintamente, em razão de seu próprio valor, ainda que o reconhecimento deste dependa da razão. Assim, as leis devem ser aplicadas, a fim de garantir os bens naturais ambientais a todos os interessados.

Por fim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio se agregou no rol de direitos fundamentais, pois se reconheceu sua importância para a vida de todos os sujeitos. No entanto, critica-se que a concepção fundamentada na posição rawlsiana seria demasiada antropocêntrica, porém, como visto, isso não elimina a tutela do meio ambiente, ao contrário, o meio ambiente é objeto de proteção e tutela jurídica justamente em virtude de que é condição da própria existência e da efetivação dos demais direitos humanos. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é pressuposto para a realização dos direitos humanos e não é denegrido pelo foco teórico ser no homem racional, mas recebe proteção justamente por a vida de toda a sociedade, presente e futura, estar intimamente ligada a ele.

REFERÊNCIAS

- Albuquerque, C. de. (2015). Justiça ambiental e John Rawls: aproximações possíveis. *Arquivo Jurídico*, 2(1), 159-174.

- Almeida, Â. (2009). *O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares* (dissertação de mestrado em Direito). Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, Brasil.
- Ayala, P. de A. (2010). Mínimo existencial ecológico e transconstitucionalismo na experiência jurídica brasileira: uma primeira leitura de jurisprudência comparada. *Revista de Direito Ambiental*, 59, 312-332.
- Baggio, R. C. (2008). *Justiça Ambiental entre redistribuição e reconhecimento: a necessária democratização da proteção da natureza* (tese de doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil.
- Barroso, L. R. e Mello, H. L. de. (2015). "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, 8, 33-95.
- Canotilho, J. J. G. (1998). *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos, 7. Fundação Mário Soares. Lisboa, Portugal: Editora Gradiva.
- Felipe, S. T. (2006). Por uma questão de justiça ambiental: perspectivas críticas à teoria de John Rawls. *Ethic@*, 5(3), 5-31.
- Fensterseifer, T. (2008). *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado Editora.
- Garcia, D. S. S. (2013). Mínimo existencial ecológico: a garantia constitucional a um patamar mínimo de qualidade ambiental para uma vida humana digna e saudável. *Jurídicas*, 10(1), 31-46.
- Leff, E. (2009). *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder* (Orth, L. M. E., trad.). Petrópolis, Brasil: Vozes.
- Leite, J. R. M. e Ayala, P. de A. (2014). *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática* (6ª ed.). São Paulo, Brasil: Editora Revista dos Tribunais.
- Lumertz, E. S. dos S. e Vieira, F. dos S. (2012). A justiça e o direito segundo John Rawls e a questão ambiental: uma abordagem possível. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, 72, 115-139.
- Martínez-Alier, J. (2007). *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. São Paulo, Brasil: Contexto.
- Miranda, J. P. R. de e Calça, K. G. (2014). A tutela jurídica da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais: uma questão de justiça equitativa entre gerações. *Revista Panorâmica On-Line*, 17, 40-64.
- Rammê, R. S. (2012). *As dimensões da justiça ambiental e suas implicações jurídicas: uma análise à luz das modernas teorias da justiça* (dissertação de mestrado em Direito). Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, Brasil.
- Rawls, J. (2000). *O liberalismo político*. São Paulo, Brasil: Editora Ática.
- Rawls, J. (2008). *Uma teoria da justiça* (3ª ed.). São Paulo, Brasil: Martins Fontes.
- Rigo, M. G. (2015). Meio ambiente igualitário: análise da relação entre a justiça equitativa de Rawls e o princípio da "não-regressão" de Michel Prieur. *Revista Eletrônica Direito e Política*, 10(1), 220-237.
- Sarlet, I. W. (2009). As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. Em I. W. Sarlet (Org.), *Dimensões da dignidade* (pp. 15-44). Porto Alegre, Brasil: Livraria do advogado.
- Sarlet, I. W. (2013). Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional:

- algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, 1(1), 29-44.
- Sarlet, I. W. e Fensterseifer, T. (2007). Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista Brasileira de Direito Animal*, 2(3), 69-94.
- Sarlet, I. W. e Fensterseifer, T. (2010). Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. Em I. W. Sarlet (Org.), *Estado socioambiental e direitos fundamentais* (pp. 11-38). Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado Editora.
- Sarlet, I. W. e Fensterseifer, T. (2014a). *Direito constitucional ambiental* (4ª ed.). São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais.
- Sarlet, I. W. e Fensterseifer, T. (2014b). *Princípios do direito ambiental*. São Paulo, Brasil: Saraiva.
- Silva, L. C. da. (2015). A ideia do mínimo existencial de acordo com a teoria rawlsiana. *Derecho y Cambio Social*, 42, 1-27.
- Weber, T. (2013). A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. *Kriterion*, 127, 197-210.

Reflexiones en torno a la relevancia temática de la evaluación de políticas públicas

Rafael Vergara Varela*

Recibido: 22 de mayo de 2017 • Aprobado: 09 de mayo de 2018

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a9>

RESUMEN

El documento analiza la temática de la evaluación de políticas públicas con base en los autores que han trabajado este campo transdisciplinar en las ciencias sociales. Por lo tanto, se busca dar cuenta de la evaluación de política pública como objeto relevante en investigación. El corpus del trabajo estudia las finalidades, los tipos y los niveles sobre la evaluación de políticas públicas. A través de un ejemplo se presenta su aplicación. Al final, la principal conclusión investigativa apunta a la utilización complementaria de los métodos cualitativos y cuantitativos en aras de un rigor científico en clave de diálogo de saberes. Ante todo, se debe tener en cuenta que este artículo es de carácter reflexivo.

Palabras clave: políticas públicas; evaluación; historia: tipos de evaluación.

* Economista, Universidad del Valle, Cali, Colombia; magíster en Políticas Públicas, Universidad del Valle; candidato a doctor en Administración, Universidad del Valle, profesor titular de Políticas Públicas y Gestión Pública, programa de Estudios Políticos y Resolución de Conflictos, Instituto de Educación y Pedagogía, Universidad del Valle. Miembro de la Red Académica Internacional de Evaluación de Políticas Públicas, Huelva, España. Correo electrónico: rafael.vergara@correounivalle.edu.co

Reflections on the thematic relevance of the evaluation of public policies

ABSTRACT

The paper analyses the issue of public policy evaluation based on the authors who have worked in this trans-disciplinary field in the social sciences. Therefore, it seeks to account for the evaluation of public policy as a relevant object in research. The corpus of the work studies the purposes, types and levels of public policy evaluation. Its application is presented through an example. In the end, the main research conclusion points to the complementary use of qualitative and quantitative methods for the sake of scientific rigor as a key to the dialogue of knowledge. Above all, it should be borne in mind that this article is reflective in nature.

Keywords: public policies; evaluation; history: types of evaluation.

Reflexões em torno da relevância temática da avaliação de políticas públicas

RESUMO

O documento analisa a temática da avaliação de políticas públicas com base nos autores que têm trabalhado este campo transdisciplinar nas ciências sociais. Portanto, busca-se abordar a avaliação de política pública como objeto relevante em pesquisa. O corpus do trabalho estuda as finalidades, os tipos e os níveis sobre a avaliação de políticas públicas. Apresenta-se sua aplicação através de um exemplo. Ao final, a principal conclusão investigativa aponta para a utilização complementar dos métodos qualitativos e quantitativos em vista de um rigor científico em termos de diálogo de saberes. Sobretudo, deve-se levar em consideração que este artigo é de caráter reflexivo.

Palavras-chave: políticas públicas; avaliação; história; tipos de avaliação.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo realiza un análisis reflexivo sobre la temática de la evaluación de políticas públicas con el objetivo principal de presentar al medio académico y al público en general cómo ha sido el desarrollo, la evolución y el estado de este objeto de estudio. Un segundo objetivo busca exponer pedagógicamente al lector de dónde proviene la relación entre la administración, *management* público y la política pública para precisar el origen de la evaluación de política. En un tercer objetivo se presentan los marcos cognitivos en cuanto al tema: su origen, qué es la evaluación de políticas públicas, tipos y clases de evaluación e historia. Un cuarto objetivo presenta un ejemplo aplicado. Por último, están las recomendaciones. Por ello, el documento tiene tres apartados: uno, marcos cognitivos; dos, investigación aplicada y tres, conclusiones. A continuación, se presenta al lector el contenido del trabajo para su comprensión y abordaje de los temas.

Desde hace treinta años aproximadamente, los discursos desde el medio académico e investigativo hispanoparlante han establecido, en líneas generales y de manera paradigmática, que las políticas públicas son planes, programas, proyectos o cursos de acción representados a través de decisiones tomadas por el Estado, cuyo propósito es instaurar unas reglas de juego operantes entre los actores que intervienen en las etapas de la política. Es decir, esto nos lleva a plantear que una política pública se realiza, o se ejecuta, cuando las "instituciones" asumen la ta-

rea de satisfacer las necesidades sociales para transformar un estado de cosas que se considera problemático (Dye, 1992; Aguilar, 1992; Vargas, 2001; Roth, 2002; Salazar, 2008; Dunn, 2015).

Sin embargo, cuando se analiza esta conceptualización del término política pública en los contextos angloparlantes, esta se refiere y se reduce exclusivamente a la palabra *política* como resultado de: i) el juego político, su deliberación, consensos y disensos (*Politics*); ii) la institucionalidad, sus reglas del juego (*leyes*) como su arquitectura institucional (*Polity*) y iii) las políticas públicas como tal son el resultado esperado (*Policy*) de la interacción o sumatoria entre i y ii; de lo cual se intuye que las políticas públicas en concreto son el resultado agregado de los dos primeros conceptos que se relacionan como estructura y como proceso, formando así una especie de engranaje circular que tiende a describir los procesos aplicados e institucionales en la administración pública (Fisher, 2003; Hajer, 2003).

Al respecto, hay que aclarar que la administración pública es un escenario que comulga constantemente con los desarrollos intelectuales de la teoría de la organización que, valga la pena decir, son diversos como plurales (Dimaggio y Powel, 2000; Torres y Mejía, 2006). Por lo tanto, los orígenes y la estructura epistemológica del *management* se remontan a hace un siglo tanto en Norteamérica como en Europa. De hecho, la estructura administrativa primigenia es, en esencia, bastante *pragmática* en función u objeto de su instrumentalización, dado que en

su ideario, en su conceptualización y en su estructura metodológica fue descrita y hecha por ingenieros en un esquema tecnocientífico de prácticas productivas para un fin específico dentro de una cadena productiva en una planta o taller, en un sistema industrial o en una organización empresarial; prueba de ello es el corpus argumentativo descrito a través de lo que se denominó el primer *management* seminal conocido como tratados de *administración científica* (Taylor, 1914; Haber, 1964).

Empero, hay que recordar que el modelo fayolista se concentró en la instrumentalización operacional en el ciclo del *management* dentro de los esquemas de planificación organizacional, los cuales se circunscriben a planear, decidir, ejecutar y evaluar; este es un postulado fundamental (Wren *et al.*, 1994; 2002). Así mismo, este modelo planificador de orden circular por etapas fue retomado por Harold Lasswell en la década de los cuarenta del siglo veinte para analizar el ciclo de la política pública en la administración pública — modelo propio, estructural y actual del *management* público— (Vergara y Rodríguez, 2016 b)

Por lo tanto, en esta versión analítica y pedagógica de la historia de las ideas de la política pública, se entiende que el modelo del ciclo y/o *policy cycle* se inscribe desde estas épocas y sigue aún hoy en día manteniendo vigencia como marco referencial institucional y también teórico para el análisis de las políticas públicas; así, *planear, decidir, ejecutar y evaluar* implican también la episteme *managerial* como también los tiempos de acción del

desarrollo de la política pública. Según Salcedo (2011), esto implica que cada una de las etapas del ciclo tiene una particular relevancia por su grado de significancia y explicación, pero especialmente se ha atribuido a la evaluación un don de importancia dado que a esta etapa se la ha configurado de carácter valorativo porque analiza los efectos reales de la acción gubernamental.

1. MARCO DE ANÁLISIS CONCEPTUAL: ¿QUÉ ES LA EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS?

La evaluación de políticas públicas como objeto de análisis y de teoría, se sustenta fundamentalmente sobre los postulados básicos del Estado de bienestar y en la modelización matemática del utilitarismo económico (Arboleda, 2007; Bañón, 2003) es decir, sus aportes teóricos comunes plantean una dimensión axiológica, una dimensión epistemológica y una dimensión relacionada con la concepción del Estado en orden del bienestar social. Por ello se debe tener presente que la investigación en el área de la evaluación de políticas públicas debe corresponder al rigor científico en *consonancia* con los métodos, sean estos cualitativos o cuantitativos para determinar los efectos del programa público en la sociedad (Howlett *et al.*, 1995; Roth, 2007; Bemelmans *et al.*, 2001).

Ahora, las políticas públicas como hecho de investigación implican a la realización de una serie de fases o procesos entre los cuales se encuentra la etapa de la evaluación. Desde el enfoque secuencial, es conocida como la quinta fase, y

dependiendo del autor que la estudie y la analice, será la última etapa del *policy cycle*, aunque como expone Pluye (2015) se pueden generar también (dentro de las etapas del ciclo), otros procesos evaluativos que pueden ser concomitantes y a la vez interdependientes, donde coinciden por ejemplo: una evaluación de diseño de alternativas en el contexto de la planificación. De igual manera este tipo de interdependencia es posible en otros contextos del *policy cycle* como: la evaluación, la implementación y la sostenibilidad de la política (Ridge y Dagenais, 2015).

Por lo tanto, como plantea Weiss (citado en Roth, 2015) la evaluación es la estimación sistemática de procesos o efectos comparados en un conjunto de estándares con el objeto de generar información para mejorar, continuar, o modificar una política o programa. Así mismo, dentro de los elementos que debe tener una política pública se encuentra un contenido o propósito específico, un programa de acción, una orientación normativa, un factor de coerción y una competencia social (Arboleda, 2007).

De otra parte, la descripción del proceso desde la teoría argumentativa tiene claro que en el resultado de la evaluación se confrontan diferentes intereses presentes de las múltiples realidades existentes en las interacciones sociales, esto es parte del proceso social destacado por Habermas (1981, p. 41 citado en Perret, 2015, pp. 59-63) como uno de los dos puntos de vista para analizar la práctica argumentativa. El procedimiento, que hace relación a las normas; y la producción de argumen-

tos que pueden ser de diferente alcance, incluso si son de naturaleza tanto fáctica como lógica y basados en testimonios o en autoridad.

De igual manera, del análisis integral a la solución de problemas públicos, puede decirse que la evaluación es también un proceso concomitante con la formulación, dado que en el momento de la formulación se evalúan alternativas de solución al problema en un contexto *ex ante* (Subirats, 1994). En esta etapa del análisis de los problemas públicos como su fórmula, la evaluación de posibilidades es pragmática y necesaria para todos los actores involucrados en la toma de decisiones en la administración pública y sus políticas públicas.

Por ello, en sí, la evaluación es un acto de valoración, además debe realizarse diariamente para identificar y calcular la acción pública (Meny y Thoening, 1992) con base en una recopilación de información relacionada con el objeto de estudio a fin de tomar una decisión sobre los programas. De igual forma, desde el enfoque cognitivo de las políticas públicas, es una discusión metódica sobre diferentes tesis, como también un proceso cooperativo para establecer juicios de valor (Ridge y Dagenais, 2015, p. 21; Perret, 2015, p. 64).

Desde el punto de vista metodológico, la evaluación debe ser para el analista una ambición de rigor que contemple lo siguiente: una contextualización descriptiva, una valoración clínica entre lo planeado y lo alcanzado y también un

análisis crítico para verificar las relaciones de causalidad entre la política y los efectos en concreto (Lucas, 1976; Meny y Thoenig, 1992). En el contexto actual, la evaluación de políticas públicas responde a una complementariedad metodológica entre lo cualitativo y lo cuantitativo que hace parte de ese objetivo de rigor científico en las ciencias sociales (Fisher, 1995; Vedung, 1997; Weiss, 1999).

El propósito de realizar una evaluación debe ser mucho más que medir cuantitativamente los efectos de la misma, la evaluación en estricto sentido debe ser endoformativa (Perret, 2015). Así, puede partir de objetivos, tomar correctivos, continuar, ampliar o institucionalizar un programa, escoger entre diferentes soluciones alternativas, decidir sobre la continuación de la financiación (Perret, 2015, p. 135); también puede tener como fin la mejora de los programas, de las condiciones de vida o del estado de los conocimientos sobre la intervención. De igual manera, la finalidad de la evaluación se puede clasificar en cuatro categorías de acuerdo a su orientación, las pseudoevaluaciones, orientadas hacia las relaciones públicas; las cuasievaluaciones, hacia las preguntas y métodos; la mejora e imputabilidad, hacia el mérito y el valor; y la promoción social, hacia las diferencias en la sociedad (Ridge y Dagenais, 2015, pp. 24-25).

En este orden de ideas, para el Ministerio de Política Territorial y Administraciones Públicas de España (MPTAP, 2010, p. 13) la evaluación es:

Un proceso sistémico de observación, medida, análisis e interpretación encaminado al conocimiento de una intervención pública, sea esta una norma, programa, plan o política pública, para alcanzar un juicio valorativo basado en evidencias, respecto de su diseño, puesta en práctica, efectos, resultados e impactos.

Esta agencia española de evaluación de políticas públicas entiende también que el tipo de análisis a realizar debe ser en el orden multidisciplinar para realizar un estudio crítico integral a la acción del Estado, por ello la investigación de los problemas debe responder a un contexto holístico entre la acción pública y la eficacia social.

Otro de los puntos que se debe tener en cuenta también, es que la evaluación de una política pública es bastante costosa (en términos de tiempo y dinero), dado que se requiere de todo un proceso metodológico y bien planificado para su abordaje, en el cual se incluye principalmente a académicos e investigadores con saberes expertos multidisciplinarios de un alto capital humano. Estos detalles son los aspectos más primordiales que, entre otras razones, la burocracia pública no tiene a disposición todo el tiempo. Es por esta razón que las administraciones públicas y los gobiernos no desarrollan este tipo de procesos internamente y prefieren tercerizar estos estudios a través de los *think tanks*, y los grupos de investigación en centros universitarios, los cuales disponen de su capital humano en una actitud investigativa-formativa para realizar este tipo de abordajes analíticos.

Respecto de esto, hay que agregar también que las funciones del evaluador de políticas públicas se orientan en cuanto a la comprensión y comunicación del objeto a estudiar en las diferentes etapas de la acción pública. Además de estas consideraciones se debe tener en cuenta, al momento del análisis, las tres dimensiones de la evaluación en relación a:

Primero: *¿para cuándo se evalúa?* Esto responde a los tipos de evaluación existentes los cuales se distribuyen en tres momentos a saber: *ex ante*, concomitante, *ex post*.

Segundo: *¿para quién se evalúa?* Hay dos respuestas; una de carácter endoformativa (aspectos internos) y otra de tipo recapitulativa, las cuales deberían ser complementarias.

Y, **tercero:** *¿qué se evalúa?* Su respuesta es la evaluación de insumos utilizados o la evaluación de medios (recursos). Por lo tanto, se busca evaluar recursos, habilidades, como también las personas que participan en el proceso de formulación e implementación de una política pública. Por su parte, la evaluación de procesos busca ver qué métodos o técnicas se utilizan para transformar los insumos económico-políticos en productos y resultados. Y la evaluación de resultados obtenidos que se encargará del análisis de los productos o efectos de la acción gubernamental. Entonces, para recapitular, en políticas públicas se evalúan: los medios, el proceso o la producción de *outputs* y *outcomes* (Subirats *et al.*, 2008; Roth, 2007; Furubo *et al.*, 2002).

Finalmente, este tipo de momentos de análisis de la evaluación o dimensiones de la evaluación se retomarán y se abordarán de manera sucinta e implícita en el apartado tres de este documento —correspondiente a tipos y clases de evaluación en las políticas públicas—.

1.1 Evolución y desarrollo histórico de la evaluación de políticas públicas

El contexto histórico sobre la temática evaluativa ha tenido sus propios desarrollos, como también sus resultados, los cuales han estado determinados y permeados bajo el influjo directo de otras disciplinas de las ciencias exactas, ingenieriles, sociales y humanas a través de enfoques de teorías generadas, obviamente, por las posturas epistemológicas tradicionales como: el positivismo, el pospositivismo, la teoría crítica, el constructivismo. A este escenario, se agrega también el soporte metodológico de las técnicas cuantitativas y cualitativas como aporte fundamental para el análisis (Bañón, 2003; Roth, 2007; Arboleda, 2008; Cuervo, 2008; Salazar, 2008). A juicio de diferentes autores se ha referenciado el desarrollo histórico que describiremos a continuación:

1. La evaluación nace en el contexto de la Ilustración del siglo XVIII bajo el desarrollo de la estadística y la aritmética política (Roth, 2007), y a partir de allí se generaron relaciones de causalidad y correlaciones con el ánimo de medir efectos y asociaciones. A partir del siglo XIX la metodología se centró en la investigación social para encontrar

los remedios a los problemas de la sociedad (Nagel, 2001).

2. En el siglo XX, la evaluación de políticas públicas hace su aparición en los Estados Unidos a partir de los años treinta, como parte de un proceso de investigación de programas públicos en educación e infraestructuras como base del motor de desarrollo social, siendo esto coincidente con la apertura de los modelos de bienestar de corte utilitarista económico (Bañón, 2003). A partir de la Segunda Guerra Mundial, la evaluación se convirtió en un campo de análisis que se propagó en el norte de Europa y en los países anglosajones (MPTAP, 2010). Posteriormente, en Estados Unidos, durante el periodo de la Guerra Fría, el objeto de estudio se centró en el seguimiento a los programas escolares para identificar qué modelo pedagógico era el más exitoso y eficaz para hacerle frente a los logros de su rival soviético.
3. La evaluación de políticas públicas durante la década de los años sesentas: durante este periodo el gran volumen de estudios se centró en las técnicas de la evaluación de impacto en la educación y en los estudios analíticos de la pobreza bajo el enfoque metodológico cuantitativo de la econometría, por intermedio de los denominados métodos experimentales en el contexto de la eficacia bajo muestras de beneficiarios y no beneficiarios (Bernal y Peña, 2011; Vergara, 2011). Igualmente, en esta década, se produce una activa legitimación de la medición evaluativa de la acción del Estado como enfoque metodológico predominante (Roth, 2007). Por ello, La evaluación cuantitativa se convirtió en la herramienta fundamental de la tecnocracia en la elaboración de política (Salazar, 2008). Además, en este contexto histórico se desarrollaron las técnicas de análisis costo-beneficio como una medida para tomar mejores decisiones en cuanto a recursos invertidos en armamentos bélicos. Por lo tanto, la evaluación experimental fue la herramienta para analizar y justificar las políticas, es decir, quienes defendían la política social encontraron en esta metodología la posibilidad de incrementar la inversión pública dados los resultados a través de los impactos en la sociedad (Stoneman y Diederer, 1994). Asimismo, quienes criticaban los métodos econométricos experimentales y sus resultados, encontraron argumentos para proponer la eliminación de esta técnica por su carácter poco explicativo y predictivo en los contextos reales de la sociedad (MPTAP, 2010).
4. La evaluación de políticas públicas en los años setentas: el modelo de la experimentación social entra en crisis y en cuestionamiento porque las políticas no están cumpliendo sus objetivos (Pressman y Wildavsky, 1973) aspectos como el desempleo, la pobreza y el fracaso escolar no se resuelven. Frente a este escenario irresoluto, empiezan a tomar fuerza los enfoques cualitativos de intervención como una herramienta

de análisis, es decir, los nuevos contextos de evaluación deben estudiar de manera integral en su entorno a todos los actores que han intervenido en el proceso político. A partir de esta era, el debate cualitativo y cuantitativo entra en plena confrontación (MPTAP, 2010). De otra parte, durante este decenio surgen también los programas pilotos para innovar en políticas públicas, es decir, aparecieron nuevas agendas en los gobiernos en temas como energía, recursos naturales y medio ambiente. Esto resintificó la valoración de los programas públicos por parte de la evaluación. Asimismo, el enfoque dominante respondía a una evaluación de carácter interno a la propia administración y a los gobiernos. Sin embargo, la evaluación en los Estados Unidos se convirtió en nuevo lenguaje atractivo para la academia, pequeñas empresas y las ONG (Roth, 2007).

5. La evaluación de políticas públicas en la década de los años ochenta: en los Estados Unidos, con la llegada de los republicanos a la presidencia (Reagan y Bush, posteriormente) se creó una agencia denominada *General Accounting Office* (GAO) para la evaluación de programas públicos, donde se estudiaban y analizaban las fallas en los resultados de las políticas como también las dificultades inherentes respecto a la implementación. Por ello, ante el incumplimiento entre los objetivos y las metas esperadas de ciertas acciones estatales, las administraciones públicas de la época replantearon su inversión en gasto público estatal como federal y empezaron a eliminar los programas ineficaces dado que las políticas no daban los resultados esperados y, por obvias razones, hubo también una disminución en los estudios de evaluación dada su poca credibilidad (Roth, 2007; MPTAP, 2010).
6. La evaluación de políticas públicas durante los años noventa: en esta década, en los países angloparlantes y en gran parte de Europa, asumen la tarea de la reingeniería institucional en la reinención del gobierno como parte de la cultura organizacional del *management* público, es decir, aspectos como la evaluación del desempeño y la evaluación de resultados hacen parte del repertorio de la reforma al Estado bajo los enfoques de la nueva gestión pública (Chubb y Moe, 1990; Saetren, 2005; Vergara, 2016). Es decir, se había promulgado "una cultura sin cultura", en el contexto de un nuevo contrato social y organizacional dentro de la órbita de la aldea global, imperante y reformadora (Gómez, 2011).
7. La evaluación de políticas públicas desde el año 2000 hasta la fecha: en términos metodológicos, la apuesta de la evaluación de políticas públicas tiende a configurar y complementar los estudios a través de la aplicación conjunta de los métodos cualitativos y cuantitativos como una forma integral de realizar el análisis dado la diversidad de actores, es decir, se busca estudiar de una manera transdisciplinar la complejidad del proceso

político en cada una de sus fases. (Fisher, Miller y Sídney, 2007; Salcedo, 2011).

1.2 Tipos y clases de evaluación en las políticas públicas

La evaluación es una herramienta esencial para el análisis de las políticas públicas. Por ello, la evaluación mejora el proceso de toma de decisiones a nivel general. Esto significa que la evaluación es, pues, una investigación aplicada que estima el valor de un esfuerzo, de una intervención o servicio (Arboleda, 2007). Entre otras definiciones se entiende que la evaluación es un proceso de análisis que determina el desarrollo o curso de acción de una política pública (Varela Barrios, 2009). Por lo tanto, su desarrollo es posterior a la ejecución de la política pública. Respecto a los tipos de evaluación puede decirse que hay tres; una evaluación *ex ante*, una evaluación concomitante y una evaluación *ex post*.

El contexto de una evaluación puede realizarse en cualquier etapa en el ciclo de la política pública, así como también en cualquier temporalidad. Pero lo más importante para iniciar un procedimiento evaluativo son los datos y la información existentes. En cuanto a niveles, los planes, los programas y los proyectos, por ser los medios operacionales de las políticas, son los niveles más privilegiados, y se pueden evaluar de manera *ex ante*, para conocer efectos y externalidades previsibles. Por ejemplo, un análisis prospectivo. De igual manera, la formulación de políticas públicas es un proceso del cual se evalúan alternativas de solución al problema en un

contexto *ex ante* (Sabatier y Weible, 2014). Asimismo, el proceso evaluativo puede ser también concomitante, es decir es una veeduría o interventoría del proceso. Por lo tanto, el proceso concomitante es una evaluación que va de la mano para controlar y fiscalizar el buen desarrollo del proceso ejecutado (*in situ*) frente a lo planeado (Birkland, 2014). De igual manera, es la interventoría a la implementación de un programa, como también puede ser el control a un proceso de ejecución de una política. Sin embargo, vale la pena resaltar que este tipo de evaluación de carácter concomitante o *in situ* es muy costosa, por eso poco se realiza.

Otra forma de evaluación es la *ex post*, la cual da cuenta de todo el proceso, o permite analizar de manera retrospectiva los efectos (Roth, 2015, pp. 127-138). Frente a estos escenarios, la literatura académica en el campo se ha puesto de acuerdo en que el contexto más relevante es la evaluación *ex post*. Empero, hay que aclarar también que sin información y datos no se podría realizar una evaluación *ex post*.

Al respecto, podría decirse que la evaluación *ex post* es la identificación sistemática de los efectos que una política pública, llámese programa, proyecto o acción, tienen sobre los individuos, los hogares, las instituciones y el medio ambiente. Por lo tanto, la evaluación *ex post* apoya decisiones sobre expansión, modificación o eliminación de proyectos, programas o políticas. Asimismo, compara la eficiencia de distintas opciones de una política pública (Vergara, 2016a).

Este tipo de evaluación *ex post* dentro de una actitud clínica, busca conocer las diferencias entre la formulación, los objetivos, la meta planeada, la meta lograda y la implementación, es decir si se analizan holísticamente las etapas del ciclo o se estudian por separado cada una de sus partes. Normalmente, los estudios de la evaluación *ex post* se focalizan entre la política planeada y los resultados —producto de los *outcomes* y *outputs* (Hill y Varone, 2016) —. Por ende, da más importancia a uno o más parámetros o categorías de análisis que se encuentran en similitud con el objetivo que persigue la política pública e, igualmente, presta atención a los efectos que la implementación de un plan, programa, o proyecto haya podido tener en otros parámetros como efecto de una externalidad (Roth, 2007).

Además que los tipos de abordajes *ex post* que se han estudiado y aplicado, tienden a los métodos cualitativos y cuantitativos. Vale la pena resaltar que hoy la tendencia en los estudios de la evaluación es la transdisciplinariedad de saberes expertos (Abelson *et al.*, 2003). La metodología en el campo (Arboleda, 2007) ha establecido la existencia de correlaciones entre las variables independientes (por ejemplo, el contenido de una acción pública) y las variables dependientes (por ejemplo, los efectos, con el tiempo, sobre la población o el territorio).

Ahora bien, dentro de una actitud normativa se ha buscado medir los resultados obtenidos a partir de valores seleccionados, para entrar en el debate político y normativo, asumiendo una posición crí-

tica en relación con la teoría de cambio social asociada con la política pública (Vargas, 2001; Just *et al.*, 2005). Lo relevante en la aplicación metodológica *ex post* es la contrastación entre objetivos y finalidades de una política pública dentro de la cual se desarrolla la misma. Una evaluación es un hecho sobre un dato con referencia a un valor (Meny y Thoening, 1992).

Por su parte, Roth (2015, p. 138) expone que los tipos de evaluación se pueden generar de acuerdo a dos finalidades: la primera, de carácter *formativa o endoformativa*, con el objeto de informar a los propios actores institucionales para que puedan modificar sus acciones y mejoren la política y, la segunda, recapitulativa que informa a actores externos para generar opinión en torno al programa o política. La evaluación es un compromiso con la realidad y con los actores de la misma.

Respecto a los modos de evaluación (Majone, 1999 en Roth, 2002; Arboleda, 2007) se encuentran: la evaluación de insumos utilizados que aborda aspectos como recursos, habilidades y personas. La evaluación de proceso en la que “se consideran los métodos empleados para transformar los insumos en productos y resultados”. Y la evaluación de resultado, “la cual se concentra en los productos y consecuencias de una actividad particular”. Asimismo, entre los niveles de evaluación se encuentran: la evaluación de medios, de resultados, de impacto, de satisfacción y de eficiencia, este último nivel se encuentra especificado en los análisis de la evaluación económica y social de proyectos.

En lo que respecta al nivel de evaluación de eficiencia se encuentran: la metodología del análisis costo-beneficio que vislumbra y explica si los recursos invertidos son mayores a los beneficios socialmente obtenidos; el análisis de costo-eficacia, donde se observan los efectos de las posibles intervenciones en relación a la consecución de los objetivos y metas de un programa público; el análisis costo-utilidad, cuya perspectiva utilitarista es la base para considerar la preferencia de las personas en un contexto de utilidad marginal decreciente; y el análisis de minimización de costos que considera los precios del mercado para escoger la solución menos costosa entre diferentes opciones con resultados diversos (Witter y Cunden, 2015, pp. 191-195).

Por su parte, en la evaluación de medios se analiza si los medios necesarios para la implementación de un proceso se han llevado a cabo, es decir se parece más una evaluación de tipo control. En la evaluación de resultados se analizan los objetivos de un programa frente a lo realizado, o también lo programado vs. lo ejecutado. También responde a la ejecución de acciones y a la ejecución de gastos. La evaluación de satisfacción es una evaluación de opinión ya que busca medir la satisfacción de los ciudadanos en torno a los efectos de una política (Kirkhart, 2000).

Y finalmente, la evaluación de impacto, experimental o cuasiexperimental que busca medir los efectos de un programa entre una población tratamiento y una población control (Gertler et al., 2016). Esta metodología se ha convertido en la

herramienta más utilizada por la tecnocracia, la cual está avalada por los organismos internacionales como ONU, FMI, BID, Banco Mundial, OCDE, etc. Además, los organismos de cooperación y financiación internacional como el Banco Mundial, definen a través de esta metodología si se puede financiar una política, un programa o un proyecto en las lógicas internas de lo que consideran estas organizaciones como desarrollo territorial e inclusión social. Por ejemplo, los objetivos del milenio y las obras de infraestructura en los territorios. Basta agregar que esta clase de evaluación es mucho más matemática que las anteriores (Khandker *et al.*, 2009).

Por medio de la evaluación de impacto se pueden establecer cuáles cambios está produciendo la política pública en los comportamientos de los individuos y de los grupos (Subirats *et al.*, 2008). Lo complejo de la evaluación de impacto es la verificación y demostración de la relación causa-efecto de la política (Lichfield, 2005; White, 2009). La metodología para realizar evaluaciones de impacto se determina con base en la medición de diferencias entre beneficiarios y no beneficiarios, con el fin de medir los impactos directos e indirectos del programa sobre los individuos y beneficiarios (ver figura 1).

2. EVIDENCIA EMPÍRICA EN LA TEMÁTICA-PRÁCTICA DE UN EJERCICIO EVALUATIVO

En el 2009 se dio inicio en Cali al *Plan de nivelación académica Talentos* (en adelante, Talentos) el cual se desarrolló a través de la Alcaldía de Cali y de la Universidad del

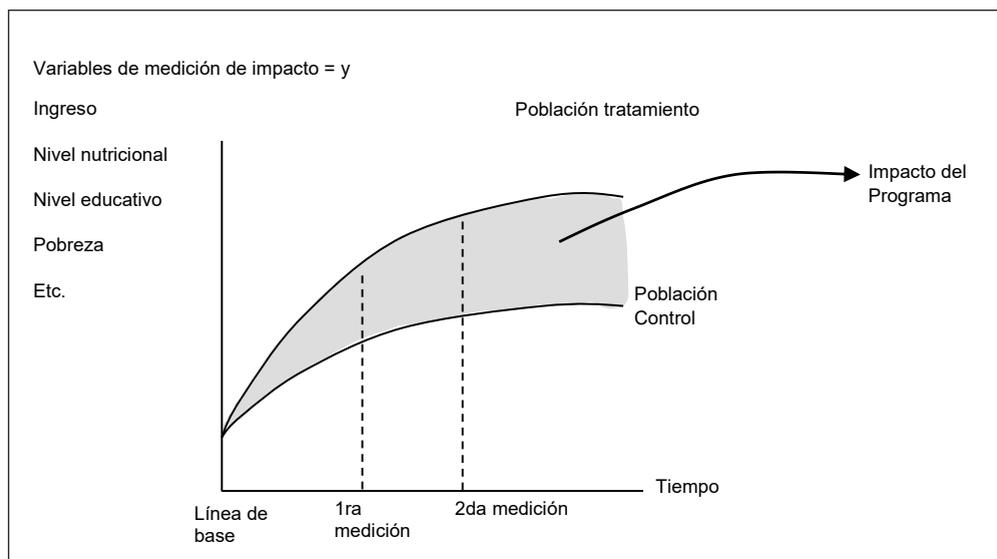


Figura 1. Evaluación de impacto

Fuente: Gertler *et al.* (2016).

Valle, con el fin de integrar a jóvenes de las comunas para mejorar las competencias académicas en el ingreso a la educación superior universitaria. El programa buscaba incrementar una formación y nivelación académica de calidad como también el capital humano, social y cultural de 1.500 jóvenes egresados de la educación media, menores de 25 años pertenecientes a los estratos uno y dos de la ciudad (Vergara y Rodríguez, 2014).

En la primera cohorte en 2009, las edades estuvieron entre los 16 y los 25 años. Pero se evidenció que durante las promociones del programa, el 90 % de los beneficiados se concentró en el rango de los 18 a 23 años. Asimismo, las mujeres representaron el 60 % de la población estudiantil. En relación a la estratificación, el 55 % de los beneficiarios al programa pertenecieron al estrato dos y el 45 % al uno. Vale la pena

decir que en las cohortes hubo una tendencia en la cual el 2 % de los estudiantes provenía de la zona rural.

Además, el 50 % del total de los estudiantes admitidos provino del sector oriental de las comunas 6, 7, 13, 14, 15, 16 y 21, es esta la población más excluida, sin oportunidades laborales y de formación académica, con necesidades insatisfechas y altos índices de violencia en sus barrios. Para la primera cohorte de Talentos, el porcentaje de beneficiarios de estas comunas fue del 63,10 %, en la segunda cohorte fue del 65,53 % y en la tercera cohorte fue del 59 %.

Ahora, sobre los resultados de la evaluación de impacto del programa público sobre el mejoramiento de las competencias de los estudiantes, se presenta lo siguiente:

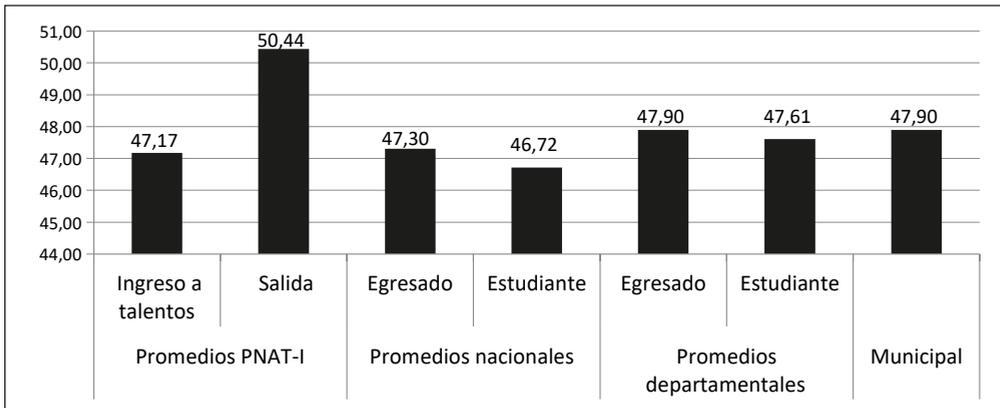


Figura 2. Talentos, primera cohorte-2009

Fuente: Extensión y educación continua, Universidad del Valle-2013. Elaboración del autor

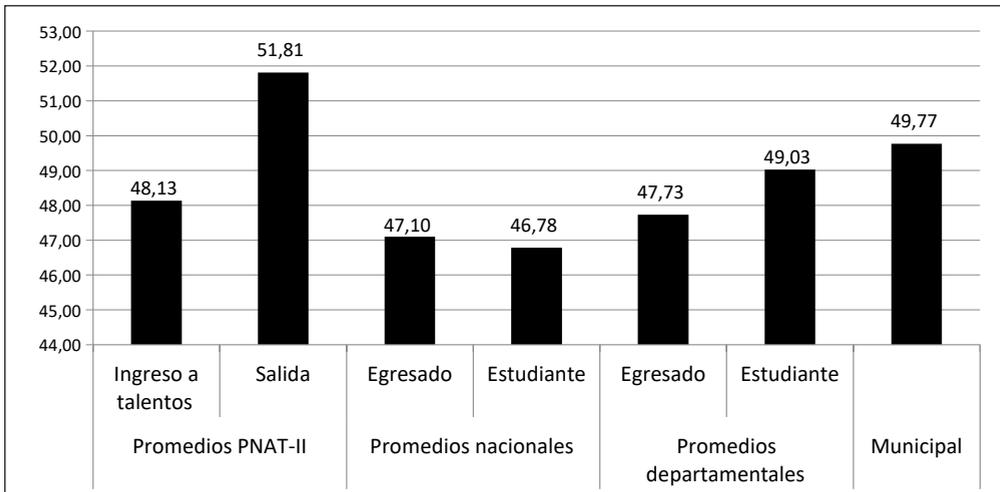


Figura 3. Talentos, segunda cohorte-2010

Fuente: Extensión y educación continua, Universidad del Valle-2013. Elaboración del autor.

Primero, la tendencia de los promedios municipal, departamental y nacional de las pruebas Saber 11 durante los años 2009, 2010 y 2011 fue de 47 %, mostrando que los estudiantes que ingresaron al programa representaron esa población (población control) (ver figuras: 2, 3 y 4).

Segundo, que la población que ingresó al plan Talentos fue considerada como una

población a intervenir, que en la literatura de la evaluación de las políticas públicas, se denomina como población tratamiento. Los estudiantes que no participaron del programa se conocen como población control.

Tercero, esta población tratamiento posterior a su formación en el plan Talentos realiza nuevamente la prueba Saber 11 y sus

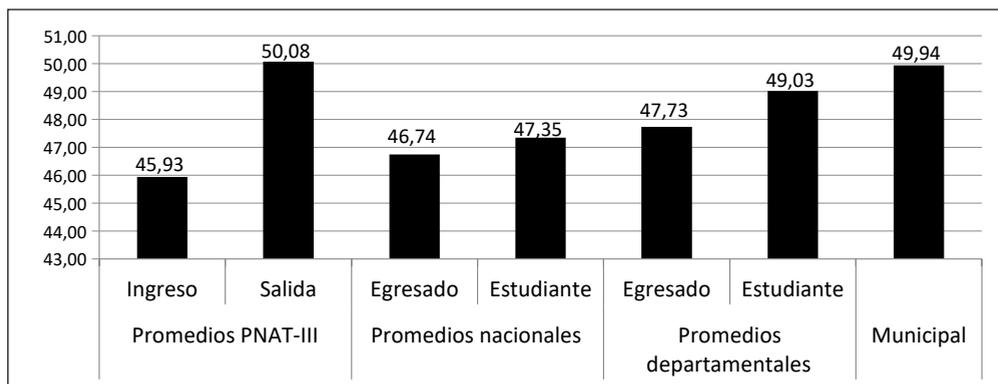


Figura 4. Talentos, tercera cohorte-2011

Fuente: Extensión y educación continua, Universidad del Valle-2013. Elaboración del autor.

resultados mejoran alrededor de 4 puntos porcentuales por encima del promedio (47 %), mejorando la media nacional en las cohortes. Así, se evidenció la efectividad del programa Talentos, dado que mejoró los puntajes de los beneficiarios, es decir se elevaron los niveles de formación académica si se considera el bajo capital humano con el que ingresaban (ver figura 5).

Finalmente, puede decirse que, para las tres cohortes, en promedio el 96 % de los estudiantes que participaron en el programa ingresaron a la educación superior. Esta experiencia académica sirvió,

además, como elemento de mimesis en el lineamiento de política educativa universitaria en el programa de Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos Calderón para la construcción de la política pública nacional de “Ser pilo paga”.

CONCLUSIONES

Frente a todo lo analizado y estudiado en la temática de la evaluación de políticas públicas, (el que este de último no significa que sea lo menos importante, sino más bien todo lo contrario). Se debe tener presente considerar que tanto los para-

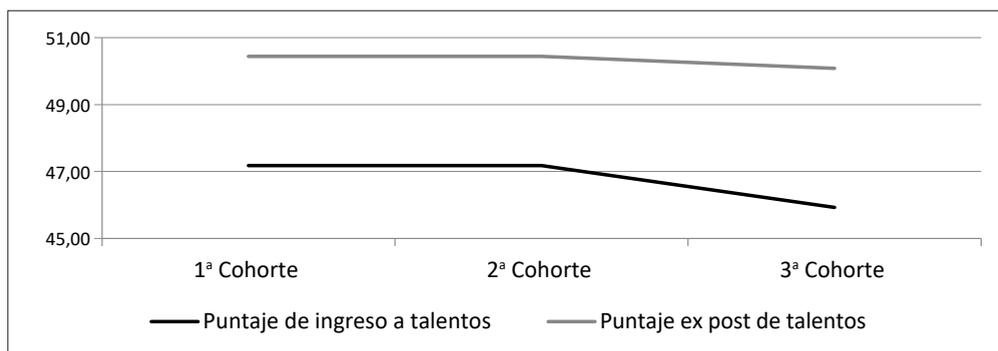


Figura 5. Impacto del plan Talentos (2009-2011)

Fuente: Extensión y educación continua, Universidad del Valle -2013. Elaboración del autor.

digmas como los métodos de abordaje son definidos por el evaluador o por el analista (Ridge y Dagenais, 2015). Por lo tanto, estos están compuestos por cuatro campos interrelacionados a saber: el epistemológico, que da cuenta de la distancia entre el evaluador y los datos; el ontológico, que expone la construcción de la realidad desde lo vivido; el metodológico, que plantea las técnicas para comprender la realidad y el teleológico, que responde a los fines e intereses de la evaluación y el evaluador.

De igual manera, se plantean tres tipos de analistas o expertos: uno, el directivo, en el que se destacan la especialización, la neutralidad y la distancia en cuanto al objeto de estudio. Dos, el centrado, que parte de los resultados y procesos para avanzar en la implementación y tres, el participativo, que tiene razones de orden pragmático, político y epistemológico (Ridge y Dagenais, 2015).

Como recomendación para un lector acucioso y futuro estudiante e investigador en estas temáticas del análisis de la política pública, hay que resaltar que una evaluación es muy costosa y bastante dispendiosa, requiere además de grandes equipos multidisciplinarios (entre consultores e investigadores) para su abordaje, por lo cual ninguna persona de manera particular puede realizar por sí sola una evaluación. Salvo que quiera estudiar un proceso superior a 20 años y del cual ya existan publicaciones entre libros y *reviews* sobre los lineamientos de la política a saber, ya sean planes, programas o proyectos, por lo cual no se estaría haciendo una eva-

luación *ex post* en estricto sentido sino no más bien un análisis documental sobre un proceso de política pública. Es más, para realizar o para describir un pequeño ejercicio aproximativo de la política o de sus lineamientos *ex post* se requiere información y datos previos como mínimo de unos diez años.

Ahora, dentro de este análisis contextual de la evaluación de la política, falta agregar desde la dinámica de la evaluación de impacto o, específicamente, de los métodos experimentales o cuasiexperimentales, que cuando existe un solo caso o cambio estimado o reportado de manera positiva por el efecto de un programa público en la sociedad, esto indica que ya el programa en sí mismo es considerado como eficaz dado un conjunto de lineamientos o estrategias exitosas con impacto positivo en el bienestar social. Con lo cual genera evidencia y claridad sobre la acción del Estado en sus programas públicos sobre el entorno social. A este tipo de resultados la literatura contemporánea en el tema de la evaluación de políticas públicas se lo está caracterizando o denominando como impacto de la política, entre ellos; planes, programas proyectos o lineamientos en la creación o generación de valor público (Moore, 1997; Kelly *et al.*, 2000; y Vergara y Rodríguez, 2016).

De otra parte, es posible evaluar toda política por lo menos en seis formas distintas, recurriendo a los medios, los resultados, la eficiencia, el impacto, las satisfacciones de los usuarios y, por último, a la evaluación participativa (Subirats

et al., 2008).

Finalmente, hay que decir que existen subtemas de evaluación metodológica cualitativa y cuantitativa que desbordan el objeto mismo de este documento (Fisher et al., 2007), pero que hoy en día tienen una gran relevancia y un lenguaje propio en lo cualitativo, como la utilización de grandes bancos de datos e información a través de *N-vivo*, *Atlas-ti* y *Ethnograph*. De igual forma, en lo cuantitativo¹ se encuentra cada vez más una mayor especificidad en el manejo de datos y metadatos que son analizados por intermedio de la microeconometría de evaluación de impacto, los métodos multivariantes, la estadística de las series de tiempo y de corte transversal avanzadas, todas estas herramientas como bases informativas cualitativas y cuantitativas son ya utilizadas por los organismos multilaterales como ONU, Banco Mundial, FMI, OCDE, BID, Ilpes-Cepal, OEA y las agencias o departamentos de planeación de los gobiernos democráticos de los Estados modernos. Con lo cual se evidencia a todas luces el contexto actual de la transdisciplinariedad (en clave de diálogo de saberes) en la formación del analista, el cual se hace cada vez más holístico, recurrente y necesario para el abordaje, el estudio y el análisis integral como evaluativo de las políticas públicas.

REFERENCIAS

Abelson, J., Forest, P. G., Eyles, J., Smith, P., Martin, E. y Gauvin, F. P. (2003). *Deliberations*

¹ En este aspecto, el profesor Roth también se encuentra de acuerdo. Ver en Roth (2007) *Una introducción a la evaluación de políticas públicas*.

about deliberative methods: issues in the design and evaluation of public participation processes. *Social Science and Medicine*, 57(2), 239-251.

Aguilar Villanueva, L. (1992). *El estudio de las políticas públicas. Colección antologías de política pública*. Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial.

Arboleda Vélez, G. (2007). *Evaluación de políticas públicas*. Cali: AC Editores.

Bañón I Martínez, R (Comp.). (2003). *La evaluación de la acción y de las políticas públicas*. Madrid: Díaz de Santos.

Bemelmans-Videc, M. L., Rist, R. C y Vedung, E. O. (Eds.). (2011). *Carrots, sticks, and sermons: Policy instruments and their evaluation* (Vol. 1). Oxfordshire: Routledge.

Bernal, R. y Peña, X. (2011). *Guía práctica para la evaluación de impacto*. Facultad de Economía. Bogotá: Universidad de los Andes.

Birkland, T. A. (2014). *An introduction to the policy process: Theories, concepts and models of public policy making*. Oxfordshire: Routledge.

Cuervo, J., Jolly, J., Roth, A., Salazar, C., Tournier, C. y Vélez, G. (2007). *Ensayos sobre políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Dimaggio, P. J. y Powell, W. W. (2000). *The iron cage revisited institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields*. *Economics Meets Sociology in Strategic Management*. Bingley: Emerald Group Publishing Limited.

Dye, T. R. (1992). *Understanding Public Policy*. Nueva Jersey: Prentice-Hall. Englewood Cliffs

Dunn, W. N. (2015). *Public policy analysis*. Oxfordshire: Routledge

Fischer, F. (1995). *Evaluating public policy*. Chicago: Nelson-Hall Publishers.

- Fisher, F. (2003). *Reframing public policy-discursive politics and deliberative practices*. Nueva York: Oxford University Press.
- Fisher, F., Miller, G. y Sidney, M. (2007). *Handbook of public policy analysis, theory, politics and methods*. Boca Ratón: CRS Press.
- Furubo, J. E., Rist, R. C. y Sandahl, R. (2002). *International atlas of evaluation*. Nueva York: Transaction Publishers.
- Gertler, P., Martínez, S., Premand, P., Rawlings, L. y Vermeersch, C. (2016). *Impact evaluation in practice*. Washington: The World Bank Publications.
- Gómez Cárdenas, C. W. (2011). *Reformas administrativas y burocracias públicas en el Valle del Cauca*. Cali: Artes Gráficas.
- Haber, S. (1964). *Efficiency and uplift: Scientific management in the progressive era 1890-1920*. Chicago: University of Chicago Press.
- Hajer, M. (2003). Policy without polity? Policy analysis and the institutional void. *Policy Sciences*, 36(2), 175-195.
- Hill, M. y Varone, F. (2016). *The public policy process*. Oxfordshire: Routledge.
- Just, R. E., Hueth, D. L. y Schmitz, A. (2005). *The welfare economics of public policy: a practical approach to project and policy evaluation*. Cheltenham Glos: Edward Elgar Publishing.
- Khandker, S. R., Koolwal, G. B. y Samad, H. A. (2009). *Handbook on impact evaluation: quantitative methods and practices*. Washington: World Bank Publications
- Kelly, G., Mulgan, G. y Muers, S. (2002). *Creating Public - Value an analytical framework for public service reform*. Londres: Strategy Unit, Cabinet Office.
- Kirkhart, K. E. (2000). Reconceptualizing evaluation use: An integrated theory of influence. *Nueva directions for evaluation*, 2000(88), 5-23.
- Lichfield, N. (2005). *Community Impact Evaluation: Principles and Practice*. Oxfordshire: Routledge.
- Lucas, R. E. (1976). *Econometric policy evaluation: a critique*. Rochester conference series on public policy. United States of America.
- Meny, I. y Thoenig, J. (1992). *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel.
- Moore, M. (1997). *Creating Public Value -Strategic Management in Government*. Harvard Kennedy School of Government. Boston: Harvard University Press.
- Ministerio de Política Territorial y Administración Pública. (MPTAP). (2010). *Agencia estatal de evaluación de las políticas públicas y la calidad de los servicios. Fundamentos de evaluación de políticas públicas. Catálogo General de Publicaciones Oficiales*. Madrid. Recuperado de [http://www.aeval.es/comun/pdf/evaluaciones/Fundamentos de evaluacion.pdf](http://www.aeval.es/comun/pdf/evaluaciones/Fundamentos_de_evaluacion.pdf)
- Nagel, S. S. (2001). *Handbook of public policy evaluation*. Thousand Oaks: Sage Publications.
- Perret, B. (2015). La construcción de un juicio. En V. Ridge y C. Dagenais (Eds.), *Enfoques y prácticas en la evaluación de programas* (pp. 53-68). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Ridge, V. y Dagenais, C. (2015). Introducción general a la evaluación de programas. En V. Ridge y C. Dagenais (Eds.), *Enfoques y prácticas en la evaluación de programas* (pp. 17-34). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Roth, A. N. (2007). Una introducción a la evaluación de políticas públicas. En A. Vargas, J.R. Quiñones, A.N. Roth, J.E. López y A. Lozano (Eds.), *Fundamentos de políticas públicas* (pp. 123-142). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Sabatier, P. y Weible, C. (2014). *Theories of the policy process*. Boulder: Westview Press.
- Saetren, H. (2005). Facts and myths about research on public policy implementation:

- Out-of-Fashion, allegedly dead, but still very much alive and relevant. *Policy Studies Journal*, 33(4), 559-582.
- Salcedo, R. (2011). *Evaluación de políticas públicas. Biblioteca básica de administración pública*. Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores.
- Salazar Vargas, C. (2008). *Políticas públicas y Think Tanks*. Bogotá: Edición Konrad Adenauer Stiftung.
- Stoneman, P. y Diederer, P. (1994). Technology diffusion and public policy. *The Economic Journal*, 104(425), 918-930.
- Subirats, J. (1994). *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- Subirats, J., Knoepfel, P., Larrue, C. y Varone, F. (2008). La evaluación de políticas públicas y de sus efectos. En J. Subirats, P. Knoepfel, C. Larrue y F. Varone (Eds.), *Análisis y gestión de políticas públicas* (pp. 211-238). Barcelona: Ariel.
- Taylor, F. W. (1914). *The principles of scientific management*. Nueva York: Harper.
- Torres V. S y Mejía V. A. (2006). *Una visión contemporánea del concepto de administración: revisión del contexto colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Vargas Velásquez, A. (2001). *Notas sobre el Estado y las políticas públicas*. Bogotá: Almudena Editores.
- Varela Barrios, E. (2009). *La educación superior pública y su impacto sobre el empleo y la equidad, una iniciativa de la Alcaldía de Yumbo (Valle) y la Universidad del Valle para la construcción de ciudadanía*. Cali: Programa Editorial de la Universidad del Valle.
- Vedung, E. (1997). *Public policy and program evaluation*. Nueva York: Transaction Publishers.
- Vergara Varela, R. (2011). Análisis de la política pública de los desayunos escolares en la ciudad de Cali -2010: una aproximación. (Proyecto de investigación elaborado, y posteriormente evaluado por pares académicos externos como requisito del año de prueba docente establecido por el concurso de méritos-2010) en el Programa Académico de Estudios Políticos y Resolución de Conflictos. Instituto de Educación y Pedagogía (IEP). Cali: Universidad del Valle.
- Vergara, R. y Rodríguez, M E. (2014). El plan de nivelación académica Talentos: una respuesta institucional de educación para la paz. *Revista Hallazgos*, 100 (22), 403-417.
- Vergara Varela, R. (2016a). El plan de ordenamiento territorial de Cali (POT): una aproximación. *Revista Apuntes del Cenes*, 35(62), 169-207.
- Vergara Varela, R. y Rodríguez Vásquez, M. E. (2016b). El derecho a la educación, al tablero: la política pública de los desayunos escolares en la ciudad de Cali. *Revista Derecho Publico*, 36 (31), 1-20.
- Weiss, C. H. (1999). The interface between evaluation and public policy. *Evaluation*, 5(4), 468-486.
- White, H. (2009). Theory-based impact evaluation: principles and practice. *Journal of development effectiveness*, 1(3), 271-284.
- Wren, D. A., Bedeian, A. G. y Breeze, J. D. (2002). The foundations of Henri Fayol's administrative theory. *Management Decision*, 40(9), 906-918.
- Wren, D. A. y Bedeian, A. G. (1994). *The evolution of management thought*. Nueva Jersey: John Wiley y Sons, Inc.
- Witter, S. y Cunden, N. (2015). Una introducción a la evaluación económica de programas. En V. Ridge y C. Dagenais (Eds.), *Enfoques y prácticas en la evaluación de programas* (pp. 189-198).

*El endeudamiento público excesivo como factor de ineficacia del derecho humano a un buen gobierno**

Gustavo González Galindo**

Recibido: 27 de febrero de 2018 • Aprobado: 07 de mayo de 2018

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a10>

RESUMEN

El ser humano siempre ha aspirado a tener mejores condiciones de vida, por lo que, a través de las diversas formas de organización política que se han creado para tal fin, se considera que el buen gobierno constituye un derecho humano consistente, entre diversas tareas, en la eficiente administración de los recursos públicos. En este sentido, la administración pública también se considera un derecho humano, dado que constituye una de las principales vías para la satisfacción de otros derechos humanos. Desafortunadamente, en la realidad mexicana se ha venido observando con mayor frecuencia un excesivo endeudamiento subnacional, que generalmente es producido por una ineficiente administración pública, lo que propicia una disminución presupuestaria de los recursos que serán destinados a la satisfacción de otros derechos humanos, lo que tiene como efecto colateral que a estos derechos no se les hayan desarrollado mecanismos de control ni medición. El objetivo de este trabajo consiste en subrayar los avances que han surgido en Ciudad de México en materia de eficacia de derechos humanos a través de un caso de disminución presupuestaria del metrobús que, seguramente con base en la metodología del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, servirá para elaborar indicadores que abonen al desarrollo de esta nueva etapa de los derechos humanos.

Palabras clave: derechos humanos; derecho a un buen gobierno; finanzas públicas; eficacia jurídica; indicadores.

¹ Este artículo es resultado de la investigación realizada dentro del programa de apoyo a la incorporación de nuevos profesores de tiempo completo, bajo el proyecto del mismo título, con financiamiento del programa para el desarrollo profesional docente de la Secretaría de Educación Pública, participó el autor como único responsable.

² Licenciado en Derecho, Universidad Veracruzana, Veracruz, México; doctor en Derecho Público, Universidad Veracruzana; profesor de asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana; investigador nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt. Líder del Cuerpo Académico Eficacia Jurídica y Derechos Humanos. Correo electrónico: gusgon3@live.com.mx. Orcid: 0000-0002-8189-1751.

Excessive public indebtedness as a factor of ineffectiveness of the human right to good governance

ABSTRACT

The human being has always aspired to have better living conditions, so that, through the various forms of political organization that have been created for this purpose, it is considered that good governance is a human right consistent, among various tasks, in the efficient administration of public resources. In this sense, public administration is also considered a human right, since it constitutes one of the main ways to satisfy other human rights. Unfortunately, in the Mexican reality an excessive subnational indebtedness has been observed with greater frequency, which is generally produced by an inefficient public administration, which propitiates a budgetary decrease of the resources that will be destined to the satisfaction of other human rights, having as collateral effect that these rights have not been developed mechanisms of control nor measurement. The aim of this work is to highlight the progress made in Mexico City in the area of human rights effectiveness through a case of a reduction in the budget for metrobuses which, probably based on the methodology of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, will be used to develop indicators that will contribute to the development of this new stage of human rights.

Keywords: human rights; right to good governance; public finances; legal effectiveness; indicators.

O endividamento público excessivo como fator de ineficácia do direito humano para um bom governo

RESUMO

O ser humano sempre desejou ter melhores condições de vida e, por isso, por meio das diversas formas de organização política que foram criadas para essa finalidade, considera-se que o bom governo constitui um direito humano consistente, entre várias tarefas, na eficiente administração dos recursos públicos. Nesse sentido, a administração pública também é considerada um direito humano, visto que constitui uma das principais vias para a satisfação de outros direitos humanos. Infelizmente, vem-se observando com maior frequência um excessivo endividamento subnacional na realidade mexicana, que geralmente é produzido por uma ineficiente administração pública, o que propicia uma diminuição orçamentária dos recursos que serão destinados à satisfação de outros direitos humanos, tendo como um efeito colateral o fato de que não tenham sido desenvolvidos mecanismos de controle nem medição para esses direitos. O objetivo desse trabalho consiste em destacar os avanços que surgiram na cidade do México em matéria de eficácia de direitos humanos mediante um caso de diminuição orçamentária do metrobus que, seguramente com base na metodologia do Alto Comissariado das Nações Unidas, servirá para elaborar indicadores que colaborem para o desenvolvimento dessa nova etapa dos direitos humanos.

Palavras-chave: direitos humanos; direito a um bom governo; finanças públicas; eficácia jurídica; indicadores.

INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemoriales, el ser humano se unió con otros semejantes para alcanzar objetivos comunes de supervivencia, como la caza, la alimentación, la protección entre sí y de otros semejantes ajenos al grupo social, etc., para lo cual fue necesario establecer reglas básicas de organización. Desde entonces se vislumbran los primeros indicios del derecho humano a una administración social, que posteriormente evolucionó y hoy se conoce como el derecho a un buen gobierno, que se apoya en gran medida en una buena administración pública, considerada como otro derecho humano.

Estos derechos humanos han sido reconocidos en múltiples documentos jurídicos de índole internacional que han permeado los ordenamientos constitutivos de la mayoría de los Estados que actualmente se consideran democráticos. No obstante lo anterior, el derecho humano a un buen gobierno, que incluye el derecho a una buena administración pública, ha sido poco explorado, en razón de que, históricamente, los gobiernos no rendían cuentas de sus actos y solo hasta las últimas décadas del siglo XX, una vez que se había conquistado la primera etapa de reconocimiento de derechos humanos, comenzó a cuestionarse el cumplimiento de tantos derechos previamente reconocidos, dando paso a la etapa de la medición de su eficacia.

Los organismos internacionales protectores de derechos humanos, encabezados por el Alto Comisionado de las Nacio-

nes Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), fueron los precursores en proponer metodologías para la medición del cumplimiento de derechos, sustentados básicamente en la creación de indicadores para cada derecho en particular, en virtud de que cada derecho humano tiene condiciones específicas de aplicación y efectividad, esto es, en el derecho al estudio es innegable que cada gobierno tiene condiciones particulares de población, clima, economía, legislación, recursos naturales, historia, etc., por lo que se requieren indicadores específicos para medir su grado de cumplimiento.

La función gubernamental tiene diversas actividades para alcanzar la finalidad estatal que consiste en el bien público temporal (Porrúa, 1990, p. 190). Entre las que se encuentran las de proveer de alimentación, salud, seguridad, educación, vivienda, transporte y, en general, propiciar todas aquellas condiciones que lleven a los integrantes de la sociedad a alcanzar las mejores condiciones de vida, para lo cual debe, en primer término, contar con finanzas públicas sanas que le permitan tener recursos para la implementación de aquellas condiciones.

En este sentido, el creciente endeudamiento de diversas entidades federativas en México es reflejo de que no cuentan con finanzas públicas sanas, lo que produce, como consecuencia inmediata, la disminución de recursos para el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC); por lo que habiendo identificado a Ciudad de México (CDMX) como la entidad federativa (EF)

más endeudada del país, que además es también la más poblada, se decidió tomar como punto de referencia la metodología propuesta por el ACNUDH, a fin de que dicha EF alcance los avances en materia de efectividad jurídica que sus ordenamientos locales han vislumbrado. A fin de materializar lo anterior, se ha observado la forma en que ha impactado el endeudamiento en los presupuestos de egresos de la CDMX, tomando como rubro específico el presupuesto asignado al metrobús, en virtud de que se trata de una de las necesidades más apremiantes por su gran población, aunado a que también ha sido de las más afectadas presupuestalmente.

Con base en lo anterior, se tiene la razonable seguridad de que la disminución presupuestaria ha impactado negativamente en el nivel del servicio a la población, dado que cada año aumenta la población y se tiene que satisfacer la movilidad con menos recursos, por lo que al utilizar la metodología del ACNUDH, con toda seguridad se llegarán a formular y a proponer los indicadores que midan la eficacia del buen gobierno, bajo el rubro específico del metrobús, a la vez que serán los primeros indicadores que se proponen para la medición de este derecho humano.

1. DERECHO HUMANO A UN BUEN GOBIERNO

Desde antes de la aparición del Estado, los seres humanos ya se agrupaban para sobrevivir, sin embargo, ante los prepotentes y arbitrarios actos de sus semejantes¹ surgió la necesidad de estudiar y

discutir la naturaleza, función, finalidad y alcance de sus derechos, toda vez que, al no existir normas jurídicas en los primeros colectivos humanos que regularan su conducta, prevalecía la ley de la naturaleza (entendida como la ley del más fuerte), que se caracterizaba por los abusos y opresiones que desde entonces se han dado entre los seres humanos².

No obstante los miles de años que tiene el hombre estudiando sus derechos, la tarea no ha sido fácil ni conclusiva, al grado que hoy en día no se ha llegado a un consenso sobre la denominación más adecuada para ellos y se han propuesto a lo largo de la historia, y de acuerdo a diversas ideologías, denominaciones como derechos humanos, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales y derechos fundamentales³, de donde se desprenden otras discusiones de no menor importancia, como las relativas al surgimiento, determinación, limitación y clasificación.

Discrepancias como las anteriores han propiciado que en la actualidad, a pesar de los avances en esta materia, prevalezcan problemas de interpretación, aplicación y cumplimiento de normas de derechos humanos, dado que, si bien es

por Óscar Correas en su libro *Introducción a la sociología jurídica*.

² Tal afirmación encuentra sustento en la frase *homo homini lupus*, popularizada en la obra *El Leviatán* de Thomas Hobbes, al afirmar que el hombre es el lobo del propio hombre.

³ Sirvan de ejemplo las principales denominaciones analizadas por Gregorio Peces-Barba (1999), en su libro *Curso de derechos fundamentales*.

¹ Esta característica humana deriva de las corrientes tanto optimistas como pesimistas aludidas

cierto que hoy en día un gran número de autoridades no tienen inconvenientes en reconocer largas listas de derechos humanos, también lo es que, paradójicamente, existen graves inconsistencias sobre su cumplimiento y eficacia, lo que conduce a una serie de conflictos como el que ha motivado la presente investigación, consistente en la ineficiente administración de las finanzas públicas que genera un endeudamiento gubernamental al no existir congruencia entre los ingresos y los gastos, lo que se refleja en la disminución presupuestaria para solventar diferentes derechos humanos, dando lugar a la insatisfacción del derecho humano a un buen gobierno (en adelante, DHBG).

Con el fin de conocer el DHBG, es necesario realizar un somero estudio de los derechos humanos, siendo pertinente y recomendable hacerlo a través del sistema diacrónico⁴, que abarca tanto los acontecimientos históricos, como las corrientes filosóficas surgidas a lo largo de la historia de la humanidad que se han conjugado para culminar en ordenamientos jurídicos, en razón que el ámbito histórico de los derechos se ha entendido como:

Una formalización de los materiales aportados por la historia, que explican el origen de los derechos en el tiempo, las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas que les originan como idea moderna de la dignidad humana, y los ámbitos y circunstan-

cias en que surge. (Peces-Barba, 1999, p. 106).

En este sentido, los hechos históricos sentaron las condiciones político-socio-económicas que favorecieron el surgimiento de pensadores, que a su vez propiciaron otros acontecimientos, y en la mayoría de los casos fueron plasmados en instrumentos preponderantemente jurídicos, que al haberse desarrollado paralelamente a los hechos, corrientes filosóficas y derecho, se formó una espiral hasta nuestros días que ha producido información útil para la construcción de la actual teoría de los derechos humanos.

Atendiendo al objetivo del presente trabajo, que no aspira ser un estudio monográfico de los derechos humanos, se citarán los acontecimientos más representativos que han servido de base para sustentar que la eficiente administración de un gobierno constituye un derecho humano. En este sentido, existe suficiente evidencia para afirmar que el origen y evolución de los derechos humanos han tenido un desarrollo similar en todos los pueblos de la tierra, comenzando desde el momento en que el hombre se hallaba en el estado de naturaleza, donde prevalecía la ley del más fuerte, dado que "todos los hombres se hallan naturalmente en aquel estado y en él permanecen hasta que, por su propio consentimiento, se hacen miembros de alguna sociedad política" (Locke, 2005, p. 9). Posteriormente, el ser humano decidió establecer una sociedad formal con la finalidad de salir del abuso de sus semejantes más fuertes, buscando tutelar

⁴ Esta manera de estudiar los derechos humanos fue propuesta por Gregorio Peces-Barba en su libro *Curso de derechos fundamentales*, con el fin de evitar reduccionismos.

su vida, familia y patrimonio, por lo que estableció algunas reglas de convivencia, cambiando el estado de naturaleza por el de derecho⁵, lo que posteriormente se afirmó al señalar que "el orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás. Sin embargo, este derecho no es un derecho natural: está fundado sobre convenciones" (Rousseau, 2006, p. 4).

Con base en lo anterior se ha afirmado que las primeras sociedades consideradas primitivas, porque no contaban con una forma de gobierno bien establecida, no reconocían derechos humanos, por lo que paulatinamente fueron evolucionando y desarrollando incipientes "sistemas absolutistas de gobierno de corte monárquico, imperial y en general, todas aquellas formas que implican la unificación del poder en una sola persona, con gran influencia teocrática" (González, 2013, p. 4). Lo anterior encuentra sustento en las culturas más antiguas de las que el hombre tiene datos registrados, como la egipcia, la babilónica, o incluso en otros hemisferios de la tierra como el pueblo chino, el japonés, los aztecas o los incas que, a su vez, continuaron organizándose para protegerse de los abusos y arbitrariedades de sus monarcas, llegando a limitarlos a través de algunos ordenamientos.

Con las mismas características, pero un poco más desarrollada, continuó la Edad

Media, en la que surgieron fenómenos que dieron paso a la formulación de documentos que establecían y garantizaban algunos derechos humanos, como los fueros españoles que eran otorgados por el rey a sus súbditos.

Como recompensa por haber impedido o repelido alguna invasión por parte de los moros, o por alguna otra razón similar. Estos privilegios, que se otorgaban en España, constituían verdaderos derechos garantizados, lo cual se debía a que una vez dado el fuero, el rey mismo que lo cedía, estaba obligado a respetarlo. (Herrera, 1993, p. 61)

Estas figuras fueron seguidas de un gran número de compilaciones legales existentes en toda la península, entre la que destacan la Ley de las Siete Partidas. Otros antecedentes europeos menos conocidos fueron "la *Magnus Lagaboter Landslov* de Noruega, escrita por el obispo Gunner hacia 1275, el *Acta Neminem Captivabimus* de 1430" (González, 2013, p. 59). Sin embargo, la Carta Magna inglesa de 1215 se distingue de los anteriores por la forma como se obligó al rey Juan I a firmarla, sirviendo de inspiración para que, concluida la Edad Media, en el siglo XVIII surgieran pensadores como Rousseau, Diderot, Voltaire, Montesquieu, entre otros, que desarrollaron doctrinas antropocentristas patrocinadoras del Estado de derecho no intervencionista (Estado gendarme), se acuñó la frase *laissez faire, laissez passer*, que favoreció la edificación de la corriente liberal individualista, se emitió la trascendental Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, todo

⁵ Tal cambio de concepción del estado de naturaleza al de derecho, se puede apreciar con mayor detalle en el libro *La ponderación de los derechos fundamentales* de Gustavo González Galindo.

en busca de una mejor forma de gobierno para beneficio del pueblo.

Alcanzado, aparentemente, el Estado ideal y la forma de gobierno que deseaban los gobernados, comenzaron a surgir abusos por el exceso de libertad entre ellos, dado que los empresarios más poderosos y terratenientes aniquilaron rápidamente a los más débiles, retrocediendo a una especie de ley de la naturaleza y llegando a la conclusión de que el "tratar igualmente a los desiguales fue el gravísimo error en que incurrió el liberal-individualismo como sistema radical de estructuración jurídica y social del Estado" (Burgoa, 2008, p. 26).

Como consecuencia de la gran desigualdad social ocasionada, surgió otro grupo de pensadores, encabezados por Marx y Engels, que plantearon la ideología socialista en su *Manifiesto comunista* de 1848, y que consistía, básicamente, en la eliminación de la propiedad privada y la desaparición de clases sociales —solo la obrera subsistiría— dando paso al nacimiento de la corriente colectivista que, a su vez, originó nuevas formas de Estados y gobiernos que se sustentaban en el pensamiento de que "en caso de oposición entre la esfera individual y el ámbito colectivo, es preciso sacrificar al individuo, que no es, para las ideas colectivistas, sino una parte del todo social cuya actividad debe realizarse en beneficio de la sociedad" (Burgoa, 2011, p. 26). Desafortunadamente, y de manera semejante al liberalismo, esta corriente reduccionista también cayó en consecuencias negativas, toda vez que al considerar al individuo como parte de una colectividad y

equiparársele como un producto efímero, de escasa o nula importancia, se llegó al extremo de que el Estado era el dueño de todo y ante tal empoderamiento, se retrocedió a un excesivo intervencionismo estatal que reprimió toda libertad individual antes conquistada.

En la época moderna del siglo XX, después de que diversos pueblos experimentaron las doctrinas indicadas, se configuró una tercera vertiente denominada del bien común, que buscó alcanzar un equilibrio entre las anteriores, considerando que deben coexistir tanto la esfera particular como la colectiva del ente social, atendiendo tanto a las pretensiones individuales como a las sociales, sin excluir a ninguna de ellas, sin embargo, para mantener el orden dentro de la sociedad y evitar que degenera en caos, se deben establecer "límites o prohibiciones al ejercicio absoluto de ésta para mantener el orden dentro de la sociedad y preservar los intereses de la misma o de un grupo social determinado" (Burgoa, 2008, p. 39). Como logro y consecuencia jurídica del bien común, se llegó a la etapa de la justicia social, que entraña "una situación que consiste en una síntesis armónica y de respetabilidad recíproca entre los intereses sociales y los intereses particulares del individuo" (Burgoa, 2008, p. 45). Sin la anterior se incurriría en cualquiera de las posturas extremistas referidas, que substancialmente son injustas al marginar los intereses individuales o de grupos mayoritarios de la sociedad.

Con esta ideología moderada, y después de las atrocidades de la Segunda Guerra

Mundial, los derechos humanos tuvieron un avance vertiginoso, reflejado en su desarrollo doctrinal en el que destacan diversas clasificaciones, como la generacional, en la que se aprecia que en cada generación se fueron ampliando derechos humanos, al grado de reconocer:

Intereses difusos, colectivos, transpersonales o supraindividuales. Esta terminología se emplea para designar a los sujetos a los que el derecho de la tercera generación está destinado a proteger, y aquí nos damos cuenta de que no se trata de un individuo (derechos humanos de la primera generación), tampoco se trata de una clase social (derechos humanos de la segunda generación), sino que aquí, en la "tercera generación", se trata de un grupo humano. (Herrera, 1993, p. 33).

En este sentido, es claro que dentro de los derechos que se fueron reconociendo en cada generación, deben ser tutelados por la administración pública, desplegándose una cascada que ha avanzado más rápido que las políticas gubernamentales, lo que ha ocasionado que, desafortunadamente, el DHBG no haya tenido un desarrollo semejante al de otros derechos humanos, lo que probablemente sea porque generalmente los detentadores del poder han manejado la información con mucho secreto, anulando las posibilidades de rendir cuentas sobre su actividad financiera, entendida como "la actividad que desarrolla el Estado con el objeto de procurarse los medios necesarios para los gastos públicos destinados a la satisfacción de las necesidades pú-

blicas y en general a la realización de sus propios fines" (Garza, 1992, p. 5). Lo que se advierte de las incipientes actividades financieras de los pueblos de antaño que se caracterizaban por la prepotencia y arbitrariedad en el manejo de los recursos públicos⁶.

Como consecuencia del avance doctrinal, la mayoría de las sociedades a nivel global han encontrado terreno fértil para implantar sistemas democráticos que, a la fecha, han demostrado ser la mejor forma de gobierno, al no sucumbir en extremismos, llegando a materializarse en documentos de índole internacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), ambas de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del año 2000, entre otros que han servido para la conformación de la mayoría de las constituciones políticas de los actuales Estados.

De este breve recorrido histórico resulta evidente que el ser humano siempre ha buscado un gobierno que le proporcione condiciones idóneas para que todos los miembros de la sociedad puedan desarrollarse con la mayor plenitud permisible, a fin de acercarse lo más posible a una vida digna.

⁶ Para mayor detalle de esas prácticas se recomienda ver las actividades financieras de las sociedades antiguas, en el libro *Derecho fiscal mexicano* de Gregorio Sánchez León.

2. ENDEUDAMIENTO SUBNACIONAL EN MÉXICO

A pesar de que el Estado tiene la responsabilidad de mantener finanzas públicas sanas que le permitan contar con recursos que se destinen a la satisfacción de diversos derechos humanos, desafortunadamente en poco más de dos décadas se ha observado en México un deterioro de las finanzas públicas a nivel subnacional, consistente en la tendencia creciente del endeudamiento en las entidades federativas que ha llegado a alcanzar niveles que podrían poner en riesgo la sustentabilidad financiera de los gobiernos locales para cumplir sus responsabilidades constitucionales y, en menor medida, también podrían repercutir en la viabilidad y estabilidad macroeconómica a nivel nacional, en caso de que no puedan solventar el servicio de sus deudas.

Esta tendencia ha quedado demostrada a través del incremento vertiginoso de la deuda de los gobiernos estatales, al determinar que "el promedio de la deuda de las entidades federativas respecto de sus Participaciones Federales creció de 64,5 % en 1994 a 84,0 % en 2015" (Centro de Estudios de las Finanzas Públicas (CEFP/007/2016), 2016, p. 2). Aunado a lo anterior y con datos más recientes y otros parámetros de medición:

El Registro Público Único a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) muestra que el saldo de las obligaciones financieras inscritas se ha incrementado en 448 mil 006,1 mdp en términos nominales en los últimos 15 años, al pasar de 116 mil

218,4 mdp al cierre de 2002 a 564 mil 224,5 mdp al segundo trimestre de 2017. (Centro de Estudios de las Finanzas Públicas (CEFP/024/2017), 2017, p. 3)

Lo anterior muestra que en términos reales, la tasa de variación del saldo de la deuda subnacional se colocó en 143,6 %, siendo la tasa media de crecimiento anual de 6,1 %, tal y como se muestra en la figura 1.

2.1 Entidad federativa más endeudada a nivel nacional

La densidad poblacional es uno de los factores que propician que una EF se endeude. Dentro de los Estados más poblados del país se encuentra la Ciudad de México (CDMX) con 8,9 millones de habitantes, solo después del Estado de México con 16,6 millones de habitantes. Sin embargo, otros factores que también inciden son la producción de la EF, los ingresos de los gobiernos estatales, la débil recaudación local, la indebida planeación en los presupuestos de egresos, entre otros.

A pesar de ser la CDMX la segunda EF más poblada del país, ocupa el primer lugar de endeudamiento, además porque cuenta con otro factor determinante que la catapultó a esa posición, y es el hecho de tener la economía local más grande del país, con \$74.500 mdp al tercer trimestre de 2017 (Centro de Estudios de las Finanzas Públicas (CEFP/035/2017), 2017, p. 4). Como se muestra a continuación en la figura 2:

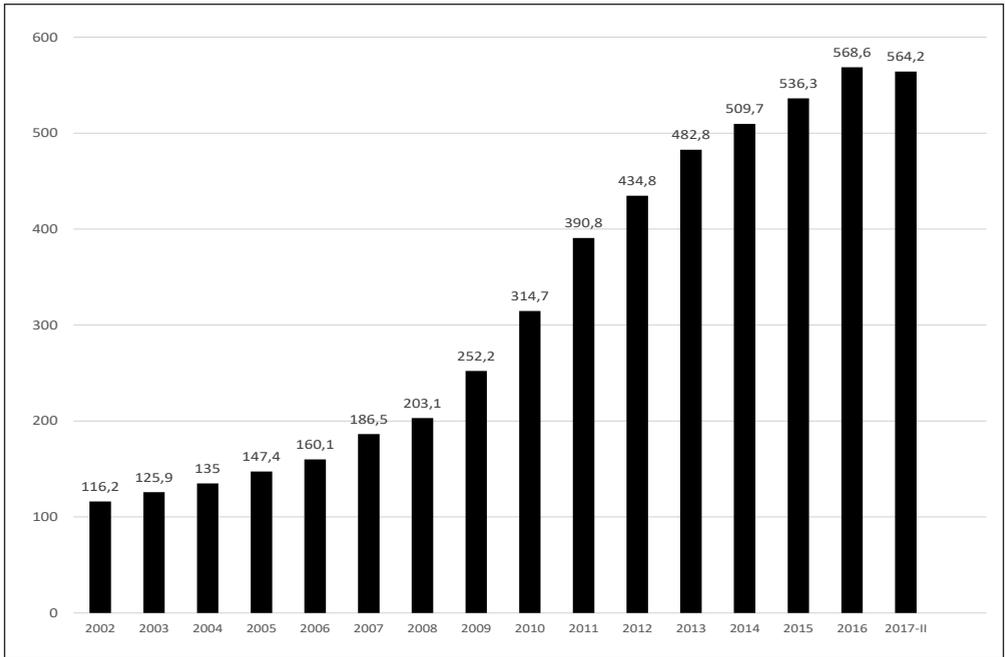


Figura 1. Saldo total de la deuda subnacional 2002-2017/junio
Fuente: Centro de Estudios de la Finanzas Públicas

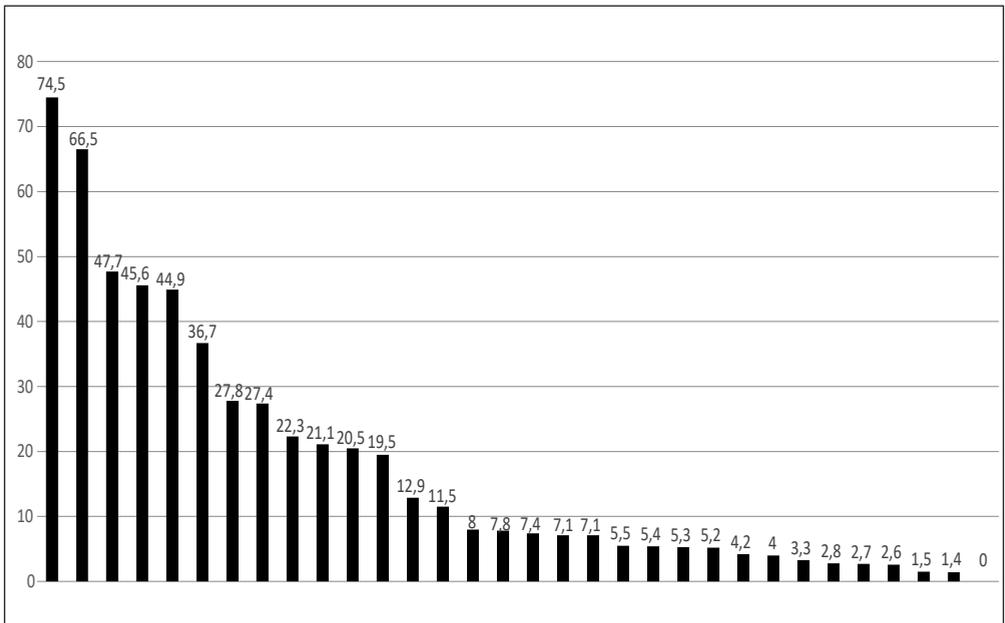


Figura 2. Saldo de la deuda subnacional por entidad federativa, al tercer trimestre de 2017
Fuente: Centro de Estudios de la Finanzas Públicas

Cabe señalar que la CDMX cuenta con legislación en esta materia, como la Ley de Presupuesto y Gasto Eficiente del Distrito Federal, que tiene como objeto "regular y normar las acciones en materia de programación, presupuestación, aprobación, ejercicio, contabilidad gubernamental, emisión de información financiera, control y evaluación de los ingresos y egresos públicos del Distrito Federal" (Ley de Presupuesto y Gasto Eficiente del Distrito Federal, 2009, p. 1). Otra normatividad más reciente es la Ley de Fiscalización Superior de la Ciudad de México, que tiene como objeto central "regular la fiscalización, organización y atribuciones de la Auditoría Superior de la Ciudad de México; y los actos y procedimientos que realice dentro del ámbito de su competencia dicha Entidad de Fiscalización Superior" (Ley de Fiscalización Superior de la Ciudad de México, 2014, p. 1). No obstante la existencia de estos ordenamientos, ninguno ha servido para frenar el constante y creciente endeudamiento de la CDMX, en razón de que el primero, aún y cuando debería ser más estricto en el tratamiento de los ingresos, no limita la adquisición de deuda pública, en tanto que el segundo no tiene como finalidad regular a priori tal actividad, sino solo auditar a posteriori el destino de los recursos.

En el mismo sentido, la reciente Constitución Política de la Ciudad de México (CPCDMX), ha sido innovadora al establecer una serie de mecanismos específicos para disponer de recursos que logren progresivamente la efectividad de los de-

rechos humanos, tal y como se observa en el numeral 5, apartado A⁷ y en el artículo 21 que regula lo relacionado con el funcionamiento de la Hacienda Pública, en la que se deberá planear el destino de los recursos de la CDMX para alcanzar la mayor efectividad de derechos humanos, lo que guarda relación con el numeral 60 que establece el derecho a la buena administración a través de un buen gobierno⁸.

A pesar de los anteriores ordenamientos, cabe destacar que el 27 de abril de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) la Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios (LDFEFM), a fin de controlar el endeudamiento de las finanzas públicas de los gobiernos estatales y municipales, lo que al parecer ha comenzado a conseguir buenos resultados en su breve vigencia, al observar un ligero decrecimiento del endeudamiento, dado que al "tercer trimestre de 2017, el saldo de la deuda sub-

⁷ Se refiere a una ciudad garantista y específicamente en su apartado A, enfatiza la progresividad de los derechos, entre los que destaca el punto 1, en el que las autoridades adoptarán medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas y las que sean necesarias hasta el máximo de recursos públicos de que dispongan, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en esta Constitución.

⁸ La CPCDMX es un documento que entrará en vigor el 17 de septiembre de 2018, establece una gran cantidad de derechos humanos, haciendo énfasis en el derecho a la buena administración a través de un gobierno abierto, integral, honesto, transparente, profesional, eficaz, eficiente y austero, que procure el interés público y combata la corrupción, llegando a cuidar los recursos para garantizar la efectividad de los derechos humanos.

nacional presenta una ligera reducción de 8 mil 499,5 mdp respecto al año anterior” (Centro de Estudios de las Finanzas Públicas (CEFP/035/2017), 2017, p. 3). La norma tiene por objeto el “establecer los criterios generales de responsabilidad hacendaria y financiera que regirán a las entidades federativas y los municipios, así como a sus respectivos entes públicos, para un manejo sostenible de sus finanzas públicas” (Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios, 2016, p. 1). A la par de promover el sano desarrollo de las finanzas públicas a través de la aplicación de los principios de responsabilidad hacendaria, el registro público único (en el que los entes públicos se deben inscribir y transparentar la totalidad de sus obligaciones), el sistema de alertas (que vincula los niveles de endeudamiento, fijando los techos de financiamiento netos anuales) y la contratación de deuda (garantizando que se contrate al

menor costo financiero y que el destino sea para inversión pública); se espera que continúe esta tendencia en beneficio de los ciudadanos.

2.2 Efectos del endeudamiento en la CDMX

De un somero análisis al creciente endeudamiento de la CDMX, se observan algunas repercusiones a los presupuestos de egresos de los últimos cuatro años de algunas dependencias y entidades, elegidas de conformidad con las necesidades ciudadanas más recurrentes y apremiantes, quedando en los términos que se muestran en la tabla 1.

Con base en la información recabada, en un primer nivel de análisis se advierte que la mayoría de las dependencias y entidades analizadas han tenido un incremento anual en sus presupuestos de egresos, sin embargo, la Secretaría

Tabla 1. Variaciones presupuestales de algunas dependencias de la CDMX

Dependencias	2014	2015	2016	2017
Secretaría de Salud	\$6.445.749.465	\$7.018.668.853	\$7.417.791.650	\$7.569.636.488
Secretaría de Seguridad Pública	\$13.729.804.038	\$14.390.693.151	\$15.290.972.039	\$16.399.958.444
Secretaría de Educación	\$487.040.606	\$659.721.636	\$823.130.399	\$876.308.950
Secretaría de Desarrollo Económico	\$225.445.131	\$239.016.899	\$311.887.754	\$303.496.757
Secretaría de Desarrollo Social	\$7.976.551.777	\$8.568.204.338	\$9.250.423.819	\$10.284.013.273
Secretaría de Cultura	\$509.774.750	\$577.630.176	\$613.141.814	\$703.726.737
Metrobús	\$986.523.700	\$1.394.734.640	\$1.742.709.335	\$348.248.724
Sistema de Transporte Colectivo Metro	\$12.900.265.083	\$15.062.686.910	\$15.849.703.179	\$16.473.051.402

de Desarrollo Económico y el metrobús tuvieron una disminución absoluta en sus presupuestos de 2017, consistente en un 2,69 % y 80,02 %, respectivamente, lo que seguramente, y con base en un argumento formal deductivo de disminución, ha repercutido negativamente en la realización de sus actividades, dado que cada año aumenta la población y, por ende, sus demandas, teniéndolas que solventar con menos recursos por pasajero. Aunado a lo anterior, en un análisis más detallado se observó con mayor preocupación que los incrementos anuales, en aquellas dependencias que los tuvieron, cada vez han sido en menor proporción, tal y como se muestra en la tabla 2.

De lo anterior resulta evidente concluir que, a pesar de existir un aparente crecimiento en términos absolutos de los presupuestos de la mayoría de las dependencias y entidades, por otro lado, se advierte la disminución en términos relativos anuales a tales presupuestos, es

decir, su crecimiento ha sido menor año tras año, teniendo la razonable seguridad, con base en el argumento arriba indicado, de que también ha afectado el desempeño de sus funciones. En este sentido, la tabla anterior muestra que las únicas entidades que tuvieron un incremento anual fueron la Secretaría de Seguridad Pública, la Secretaría de Desarrollo Social y la Secretaría de Cultura, al contrario de las cinco restantes en las que sus incrementos fueron disminuyendo.

3. METODOLOGÍAS PARA MEDIR LA EFICACIA DE DERECHOS HUMANOS

Después del largo camino de los derechos humanos para conseguir su reconocimiento, que se ha coronado con su incorporación en diversas cartas magnas y documentos internacionales, se ha llegado a un segundo plano consistente en la necesidad de evaluar su cumplimiento, por lo que desde hace aproximadamente cuatro décadas comenzaron a desarrollar-

Tabla 2. Disminución presupuestal en términos relativos

Dependencias	Incremento 2015	Incremento 2016	Incremento 2017
Secretaría de Salud	8,89 %	5,69 %	2,05 %
Secretaría de Seguridad Pública	4,81 %	6,26 %	7,25 %
Secretaría de Educación	35,46 %	24,77 %	6,46 %
Secretaría de Desarrollo Económico	6,02 %	30,49 %	-2,69 %
Secretaría de Desarrollo Social	7,42 %	7,96 %	11,17 %
Secretaría de Cultura	13,31 %	6,15 %	14,77 %
Metrobús	41,38 %	24,95 %	-80,02 %
Sistema de Transporte Colectivo Metro	16,76 %	5,22 %	3,93 %

se métodos de medición de fenómenos sociales, inicialmente con evaluaciones simples sobre líneas de pobreza y, posteriormente, se arribó a la medición del índice de desarrollo humano (IDH) del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) que se considera en la actualidad como el principal reto de los estudiosos de derechos humanos, bajo el entendido de que no sirve de mucho tener reconocidos una gran cantidad de derechos, si no se garantiza su cumplimiento. En este terreno se ha llegado a avanzar, incluso, hasta la medición de conceptos más abstractos como la libertad, la transparencia y la gobernanza, puesto que existe suficiente evidencia de que su deficiente aplicación impacta directa y negativamente en el desarrollo progresivo y eficaz de los derechos humanos que consiste en establecer condiciones que le permitan al ser humano desarrollarse digna e integralmente.

La ONU y la OEA han evolucionado en la implementación de metodologías que evalúen el cumplimiento efectivo de derechos humanos, proponiendo básicamente la formulación de indicadores muy específicos, a través de los que se recopila información, se interpreta y se obtienen resultados. Bajo este contexto, la información recabada sirve para realizar análisis de satisfacción de derechos humanos y llevar un seguimiento de los avances realizados, por lo que particularmente los indicadores ayudan a registrar información de manera eficiente y sirven para dar seguimiento y vigilar los resultados prometidos que, paralelamente, ayudan a los Estados a evaluar sus propios

avances a la hora de garantizar el disfrute de derechos humanos. Por otro lado, las metodologías gozan de una importancia particular pues debido a su especificidad, se ha reconocido que el uso de estadísticas generales no es suficiente para dar seguimientos concretos y claros sobre derechos.

3.1 Metodología del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

El desarrollo formal de una metodología basada en indicadores de derechos humanos, se originó a partir del requerimiento de organismos internacionales encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados en la materia, bajo la convicción de que el desarrollo de indicadores apoyaría para que las acciones gubernamentales fueran más sistemáticas y transparentes, además de permitir la medición de los progresos realizados en periodos de tiempo determinados.

La propuesta metodológica del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) consiste básicamente en plantear un marco teórico conceptual que defina y permita elaborar indicadores que promuevan la vigilancia de derechos Humanos, a efecto de que los indicadores que se seleccionen para cada garantía sean pertinentes de acuerdo al contenido normativo del mismo, esto es, los derechos que se elijan estudiar se deben relacionar previamente en la legislación aplicable para después identificar los atributos que los caracterizan y facilitar la elaboración de indicadores de manera clara, concreta y

tangible. Posteriormente, y con el objeto de reflejar la complejidad intrínseca de los derechos humanos, se debe contar con una estructura operativa para establecer indicadores que deben ser cuantitativos y cualitativos, donde en los primeros se incluyen los indicadores en sentido estricto como equivalente de "estadísticas", mientras que en la segunda figura toda información articulada de forma descriptiva o "categórica". De manera paralela, la metodología propone prever la medición del compromiso de las entidades responsables respecto a las normas de derechos humanos, los esfuerzos emprendidos para hacer realidad ese compromiso y los resultados de esos esfuerzos en el tiempo, lo que se traduce en una configuración de indicadores estructurales, de proceso y de resultados, respectivamente (ACNUDH, 2012).

3.2. Metodología de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos

Tomando como base la metodología propuesta por el ACNUDH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA, que tiene como función principal el promover la observancia y defensa de los derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, p. 18), emitió los *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, donde se plantea un método para la formulación de indicadores para evaluar la satisfacción de derechos humanos. Sin ánimo de ser repetitivo, esta metodología retoma substancialmente

las propuestas del ACNUDH, consistente en la formulación de indicadores de estructura, de proceso y de resultados, destacando que esta metodología está diseñada específicamente para DESC, los que deberán sustentarse en el principio de progresividad, entendiendo que por su naturaleza no pueden alcanzarse rápidamente y requieren de un proceso que lleva tiempo, por lo que descalifica la inacción y las medidas regresivas, salvo casos de extremos justiciables (CIDH, 2008).

De manera particular, la CIDH, a fin de mejorar la posibilidad de análisis y organizar de manera más ajustada la información obtenida durante el proceso basado en los indicadores referidos, sugiere que la información deberá responder a tres categorías, comenzando con la recepción del derecho que consiste en el sistema legal, el aparato institucional y las políticas públicas; continuando con las capacidades estatales, que deberán describir el aspecto técnico instrumental y de distribución de recursos y, finalmente, con el contexto financiero y el compromiso presupuestario, que alude a la disponibilidad efectiva de recursos del Estado para ejecutar el gasto público social y la manera de distribución (CIDH, 2008). Bajo este tenor, también sugiere que se responda a los temas transversales de igualdad y no discriminación, facilidades de acceso a la justicia, además del acceso a la información y la participación.

4. INDICADORES PARA EL DHBG EN LA CDMX

Los indicadores de derechos humanos tienen múltiples posibilidades de uso:

como instrumentos eficaces para formular políticas y vigilar procesos, determinar efectos no deseados de leyes y prácticas, identificar a los actores que influyen en la realización de los derechos y si cumplen sus obligaciones, anticipar posibles violaciones y adoptar medidas preventivas, etc. En todo caso "la finalidad de los indicadores es pues, y muy resumidamente, suministrar información relevante en relación con la eficacia de las normas que han de ver con los derechos humanos" (García, 2011, p. 191).

Bajo este orden de ideas, el objeto de esta investigación se ha concentrado en el análisis del DHBG, considerando también el derecho humano a una buena administración pública (DHBAP), pero como esta actividad es tan amplia, fue necesario delimitarla a la actividad financiera y, específicamente, a la presupuestaria, en razón de que, para que el gobierno pueda llevar a cabo las actividades que tiene encomendadas, entre los que debe satisfacer DESC, requiere como premisa básica contar con recursos suficientes, pues de lo contrario será muy difícil que lo haga con pocos recursos y buenas intenciones, o en el mejor de los casos, lo haría de manera muy deficiente, como suele suceder.

El endeudamiento es un problema que presupone una condición contraria a las finanzas públicas sanas y, por ende, una ineficaz administración pública, puesto que, al existir deuda es muy probable que se restrinjan y disminuyan los presupuestos asignados a determinadas funciones, como se advirtió en el análisis realizado

a los presupuestos de egresos del 2014 al 2017 de la CDMX, realizado anteriormente en el punto 2.2. en el que se observó que el metrobús fue la entidad más afectada, primero al tener disminuciones anuales constantes, así como la disminución del 80 % de su presupuesto inmediato anterior en 2017, por lo que a continuación se procede a desarrollar el marco teórico que permitirá proponer algunos indicadores.

4.1 Marco teórico y atributos de los derechos a una buena administración pública y de circulación

De conformidad con la metodología del ACNUDH, el marco teórico conceptual debe precisar y permitir elaborar indicadores que promuevan la vigilancia de derechos humanos, previa selección de cada derecho de acuerdo a su contenido normativo, lo que servirá para definir indicadores específicos que ayuden a evaluar en qué medida afecta el endeudamiento a la disminución presupuestaria y, en consecuencia, la satisfacción del derecho humano a la circulación por medio del metrobús.

A nivel internacional se ha generado un marco normativo que ha servido de base para que los Estados generen sus propias legislaciones tendientes a regular los DHBG y DHBAP, encabezando la lista la DUDH que en su artículo 22 establece:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la

satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, p. 6)

De lo anterior se advierte que, previo a que cada Estado establezca las condiciones que le faciliten satisfacer los DESC de su población, debe contar con los recursos económicos que se lo permitan, para lo cual es necesario, e incluso indispensable, que tenga una correcta organización y sana administración en sus finanzas públicas.

Siguiendo la disposición anterior, la OEA, que dentro de sus fines también contempla el promover y defender derechos humanos, en la CADH establece en su artículo 26:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, p. 14)

Este artículo logró incorporar dos aspectos importantes: por un lado la figura de la

efectividad de los derechos y por el otro, que los Estados cuenten con recursos, en razón de que sin estos es muy difícil que se puedan establecer las condiciones necesarias que permitan alcanzar progresivamente su efectividad, siendo estas aportaciones muy pertinentes, ya que de nada sirve que se encuentre reconocido este derecho en tan importantes documentos si no se establecen los elementos indispensables para su cumplimiento.

En México se encuentra establecido en el artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), lo más cercano al DHBG, al determinar medularmente que:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, (...) El Estado velará por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, p. 23)

De manera particular en la legislación aplicable a la CDMX, se encuentra el artículo 5º, apartado A, punto 1 de la CPCDMX, que dispone que "las autoridades adoptarán medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas y las que sean necesarias hasta el máximo de recursos públicos de que dispongan, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en esta Constitución" (Constitución Política de la Ciudad de México, 2017, p. 5). Señala, además, en

el punto 2 del mismo numeral, que:

El Instituto de Planeación Democrática y Prospectiva de la Ciudad de México establecerá un sistema de indicadores de estos derechos que permitan fijar metas en el presupuesto anual y evaluar la garantía de su cumplimiento progresivo, tomando como base los niveles esenciales y alcanzados de satisfacción conforme a lo previsto por la ley. (Constitución Política de la Ciudad de México, 2017, p. 6)

Al respecto, es de señalarse que este precepto contempla un gran avance al establecer esta obligación, pero desafortunadamente este ordenamiento entrará en vigor hasta el próximo 17 de septiembre de 2018, aunado a que a partir de esa fecha comenzarán los trabajos de elaboración de indicadores, por lo que no se tendrán estos por un largo periodo de tiempo. A mayor abundamiento este ordenamiento de manera puntual establece en su artículo 7.1. que:

Toda persona tiene derecho a una buena administración pública, de carácter receptivo, eficaz y eficiente, así como a recibir servicios públicos de conformidad con los principios de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, calidad y uso de las tecnologías de la información y la comunicación” (Constitución Política de la Ciudad de México, 2017, p. 8)

De manera particular, el derecho a la circulación, se encuentra de manera genérica en el artículo 13.1 de la DUDH, al

establecer que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, p. 4). En tanto que en el artículo 22.1 de la CADH, se dispone que “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, p. 12).

A nivel nacional, el derecho a la circulación se encuentra consagrado en el artículo 11, al disponer que “toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, p. 12). Particularmente en el artículo 13, apartado E, punto 1, de la CPCDMX, se advierte este derecho fundamental al disponer que “toda persona tiene derecho a la movilidad en condiciones de seguridad, accesibilidad, comodidad, eficiencia, calidad e igualdad”. Vale la pena subrayar que en el punto 2 del precepto anterior, se establece muy aplicable para el caso del metrobús, que:

Las autoridades adoptarán las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho, particularmente en el uso equitativo del espacio vial y la conformación de un sistema integrado de transporte público, impulsando el transporte de bajas emisiones contaminantes,

respetando en todo momento los derechos de los usuarios más vulnerables de la vía, el cual será adecuado a las necesidades sociales y ambientales de la ciudad. (Constitución Política de la Ciudad de México, 2017, p. 24).

Derivado de las anteriores disposiciones, en el tramo más cercano a la realización de este derecho, se encuentra la Ley de Movilidad del Distrito Federal, que en su numeral 6º dispone: "la Administración Pública proporcionará los medios necesarios para que las personas puedan elegir libremente la forma de trasladarse a fin de acceder a los bienes, servicios y oportunidades que ofrece la Ciudad" (Ley de Movilidad del Distrito Federal, 2014, p. 3). Además, existen otros artículos que establecen las atribuciones y obligaciones de las autoridades, de lo que se colige que todas las personas tienen la libertad de circular y trasladarse libremente por el territorio de un Estado, para lo cual este debe proporcionar los medios idóneos para ello, como lo son las vías, calles, carreteras, puentes, así como los medios de transporte que mayor beneficio proporcionen a la sociedad, siendo en la especie el metrobús.

4.2 Formulación de indicadores

Con base en la metodología del ACNUDH, y habiendo advertido que existen suficientes fuentes legislativas que sustentan los derechos que nos ocupan, que a su vez sirven de guía para proponer los indicadores que suministrarán la información para evaluar la eficacia de estos derechos; sin ser la intención de este artículo realizar

un estudio exhaustivo que establezca los indicadores que deberá desarrollar y aplicar el Instituto de Planeación Democrática y Prospectiva de la Ciudad de México, dado que existe información que solo conocen las autoridades y dependencias involucradas; en este sentido, el presente documento se limita a realizar un mero ejercicio y propuesta de los indicadores que podrán servir al instituto, considerando que el desarrollo de indicadores es novedoso en la actualidad, aunado a que resultaría demasiado vanidoso plantear los indicadores que dicha dependencia tomará en consideración. Bajo este orden de ideas, los indicadores no están validados, dado que son propuestas que en su momento se deberán aplicar, aunado a que la propia CPCDMX todavía no ha entrado en vigor, de donde resulta pertinente e innovadora la elaboración del presente trabajo.

4.2.1 Indicadores estructurales

- Tratados internacionales relativos a la satisfacción de DESC.
- Tratados internacionales en materia de movilidad ciudadana y transporte público.
- Tratados internacionales relativos a la progresividad efectividad de derechos humanos.
- Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho humano a una buena administración gubernamental.
- Fecha de entrada en vigor y cobertura del artículo 25 constitucional, relativo a la estabilidad de las finanzas públi-

cas y del sistema financiero.

- Legislación aplicable a la CDMX relativa al derecho a una buena administración pública.
- Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho humano a una administración pública.
- Legislación aplicable a la CDMX correspondiente al derecho a la libre circulación y transporte público.
- Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho humano a la circulación y transporte público.
- Legislación aplicable a la CDMX en la que se adopten medidas para la máxima efectividad de los derechos.
- Legislación reglamentaria del artículo 7.1. de la CPCDMX, relativa al derecho a una buena administración pública.
- Legislación reglamentaria del artículo 5º, apartado A, punto 2 de la CPCDMX, que dispone el establecimiento de un sistema de indicadores de derechos que permitan fijar metas en el presupuesto anual y evaluar la garantía de su cumplimiento progresivo.
- Fecha de entrada en vigor y cobertura del sistema de indicadores de derechos correspondientes a las metas en el presupuesto anual.
- Legislación reglamentaria del artículo 13, apartado E, punto 1, de la CPCDMX, correspondiente al derecho a la movilidad en condiciones de seguridad, accesibilidad, comodidad, eficiencia, calidad e igualdad.
- Medias adoptadas por las autoridades para garantizar el derecho a la movilidad, de conformidad con el artículo 13, apartado E, punto 2 de la CPCDMX.
- Medios proporcionados por el gobierno de la CDMX, para que las personas elijan libremente la forma de trasladarse a fin de acceder a los bienes, servicios y oportunidades que ofrece la ciudad, de conformidad con el numeral 6º de la Ley de Movilidad del Distrito Federal.

4.2.2 Indicadores de proceso

- Proporción de usuarios del metrobús en la CDMX.
- Ingreso per cápita mensual y anual, por sexo, edad y actividad.
- Gasto per cápita mensual y anual de transporte por zonas geográficas.
- Implementación de políticas o programas para la mayor cobertura del servicio de metrobús.
- Proporción de presupuesto asignado anualmente para el servicio de metrobús.
- Ampliación anual de las rutas de circulación.
- Existencia y alcance de acciones para usuarios menores de edad y en condiciones de discapacidad.
- Existencia y número de oficinas o medios de información y quejas de usuarios.
- Existencia de medidas de seguridad en los vehículos de metrobús.

- Número de demandas o quejas realizadas por usuarios del metrobús en materia de discriminación, tarifas y acceso.

4.2.3 *Indicadores de resultados*

- Proporción de la población que requiere usar el metrobús.
- Proporción de personas que no tienen acceso al metrobús.
- Proporción de personas que han dejado de usar el metrobús por falta de cobertura.
- Porcentaje de personas con alguna discapacidad que dejaron de usar el metrobús.
- Porcentaje de personas que dejaron de usar el metrobús por falta de cobertura.
- Porcentaje de personas que dejaron de usar el metrobús por no contar con recursos suficientes para su pago.
- Proporción de crecimiento anual de la población usuaria del metrobús en la CDMX.
- Proporción de crecimiento anual de las líneas del metrobús.
- Incremento del costo de pasaje del metrobús.
- Proporción de subsidio anual para el metrobús.

CONCLUSIONES

Resulta innegable que el buen gobierno y la buena administración son derechos hu-

manos que tienen una tradición inmemorial, que desde los tiempos más remotos el ser humano se unió con otros semejantes para alcanzar objetivos comunes de sobrevivencia, al grado que en la actualidad se encuentran consagrados en diversos ordenamientos tanto internacionales como nacionales, sin embargo, dentro de esta larga trayectoria los gobiernos no se acostumbraron a rendir cuentas sobre sus actos, incluyendo las finanzas públicas.

En tal virtud, los Estados no desarrollaron el DHBG, dedicándose a reconocer paulatinamente a lo largo del avance de la humanidad otros derechos humanos, lo que se ha identificado como una primera etapa de florecimiento de aquellos, pero fue hasta finales del siglo XX, que habiéndose reconocido un gran número de derechos humanos por la mayoría de los Estados, que se pasó a una segunda etapa, caracterizada por el hartazgo de que no se cumplieran los mismos, por lo que las sociedades comenzaron a cuestionar su eficacia.

Ante tales sucesos, diversos organismos internacionales protectores de derechos humanos, fueron los primeros que propusieron metodologías para la medición del cumplimiento de derechos, sustentados básicamente en la creación de indicadores.

El problema que motivó esta investigación es que los Estados tienen cada vez más deuda, lo que constituye, en principio, una evidente falta de responsabilidad gubernamental en el buen manejo de la administración financiera estatal, que tiene

como resultado unas finanzas no sanas, que no cumplen ni satisfacen el DHBG.

En este sentido, dentro de los indicadores propuestos por los organismos internacionales no se advierten indicadores para la medición del DHBG, que a pesar de que existieran, se deben desarrollar y adecuar a cada gobierno en particular, puesto que cada uno tiene condiciones específicas que varían por sus diversas sociedades, economías, leyes, etc.

En el presente trabajo se desarrollaron algunos indicadores para medir el servicio a la circulación, específicamente al transporte proporcionado por el metrobús en la CDMX, en atención a que es la EF más endeudada y la segunda más poblada del país, por lo que al observar que el transporte público es una de las necesidades más requeridas de la población, aunado a su disminución presupuestal, se tomó como objeto de estudio y se propusieron indicadores para observar si la deuda pública que disminuyó el presupuesto asignado a ese servicio, impactó en la cobertura y calidad del servicio.

Con base en lo anterior y en los análisis realizados en el trabajo, se observó que, a pesar de existir un aparente crecimiento en términos absolutos a los presupuestos de la mayoría de las dependencias y entidades de la CDMX, se advirtió una disminución en términos relativos anuales a tales presupuestos, es decir, su crecimiento fue menor año tras año, lo que seguramente ha afectado el desempeño de sus funciones y satisfacción de DESC, y particularmente en el derecho de cir-

culación a través del metrobús, que fue la entidad más afectada en los últimos cuatro años analizados.

Cabe señalar que, aunque en este trabajo solo se propusieron los indicadores que podrán utilizarse para evaluar el desempeño del DHBG, desde la función particular del metrobús, servirán de antecedente para la elaboración de otros trabajos de investigación, dado que la CPCDMX establece en su artículo 5º, apartado A, punto 2, que se deberán formular indicadores; por lo que estas propuestas ya se consideran un avance que seguramente servirán como modelo para otros Estados.

El objetivo propuesto se cumplió al observar que, al existir deuda, se impactó directamente en el presupuesto de la mayoría de las entidades, lo que seguramente también impactará negativamente en la satisfacción de derechos, por lo que en este sentido, la deuda pública excesiva es un factor de ineficacia del DHBG, al no contarse con recursos suficientes para satisfacer otros derechos humanos, sirviendo como caso de estudio el derecho a la circulación por medio del metrobús en la CDMX.

REFERENCIAS

- Burgoa, I. (2008). *Las garantías individuales*. Ciudad de México: Porrúa.
- Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. (2016). *Diagnóstico de la deuda pública de las entidades federativas* (CEFP/007/2016). Recuperado de <http://www.cefp.gob.mx/publicaciones/documento/2016/abril/cefp0072016.pdf>

- Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. (2017). *Obligaciones financieras de las entidades federativas de Ciudad de México, al segundo trimestre de 2017* (CEFP/024/2017). Recuperado de <http://www.cefp.gob.mx/publicaciones/documento/2017/cefp0242017.pdf>
- Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. (2017). *Obligaciones financieras de las entidades federativas de Ciudad de México, al tercer trimestre de 2017* (CEFP/035/2017). Recuperado de <http://www.cefp.gob.mx/publicaciones/documento/2017/cefp0352017.pdf>
- Constitución Política de la Ciudad de México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- García, J. (2011). ¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza? *Derechos y Libertades*, (24), 179-219. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/29403784.pdf>
- Garza, F. (1992). *Derecho financiero mexicano*. Ciudad de México: Porrúa.
- González, G. (2013). *La ponderación de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: Porrúa
- Herrera, M. (1993). *Manual de derechos humanos*. Ciudad de México: Pac.
- Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios. (2016). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LDFEFM_300118.pdf
- Ley de Fiscalización Superior de la Ciudad de Ciudad de México. (2014). Recuperado de <http://www.aldf.gob.mx/archivo-e4e-8175b286e0b531239707bf9626440.pdf>
- Ley de Movilidad del Distrito Federal. (2014). Recuperado de <http://www.aldf.gob.mx/archivo-0d18785faa7af50882d58a18661c6ad7.pdf>
- Ley de Presupuesto y Gasto Eficiente del Distrito Federal. (2009). Recuperado de <http://www.aldf.gob.mx/archivo-dca801f8c-b48ec67d1d652cb16ddc697.pdf>
- Locke, J. (2005). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Ciudad de México: Porrúa.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). Convención Americana sobre derechos humanos. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado.
- Porrúa, F. (1990). *Teoría del Estado*. Ciudad de México: Porrúa.
- Rousseau, J. (2006). *El contrato social*. Ciudad de México: Porrúa.

*Drug Trafficking and Youth Mortality in Brazil: An Expression of Human Rights' Violations**

Ana Paula Motta Costa**

Dani Rudinicki***

Julia Maia Goldani****

Recibido: 12 de enero de 2017 • Aprobado: 17 de marzo de 2018

<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a11>

ABSTRACT

This paper aims to analyze the intersectional problematic that surrounds the violations of adolescents' human rights that happen in Brazil nowadays. It focuses, more specifically, on the involvement of these youths with drug trafficking, and on the relations between their participation in crime and the rising mortality rates amidst young age groups. A large part of Brazil's children and teenagers grow up in contexts of social vulnerability, lack of opportunities, difficult access to economical assets, and personal devaluation. This situation often pushes young individuals into involvement with drug trafficking or armed robbery, since crime represents, in their context, a possibility for economic and social ascendance. In parallel, the criminal policy adopted by the Brazilian State, synthesized in the expression "war on drugs" and manifested in the promulgation of Law 11.343/06, focuses on repressive police actions, and favors imprisonment, while doing nothing to attack the social causes of the problem. The result is the mass incarceration of young and economically disfavored individuals as well as, not infrequently, their deaths during police approaches, characterizing a situation where these adolescents are both perpetrators and victims of violence.

Keywords: Drug trafficking; youth criminality; adolescents; human rights; criminal policy.

* This article is the result of research activities conducted by the signing professors in the area of Juvenile Justice and Human Rights, as a part of their activities in the Federal University of Rio Grande do Sul (UFRGS) and Centro Universitário Ritter dos Reis – Uniritter.

** Graduate in Law (PUC/RS) and Sociology (Unisinos), Master in Criminal Sciences (PUC/RS) and PhD in Law (PUC/RS). Professor in Criminal Law and Criminology at the Federal University of Rio Grande do Sul (UFRGS) and Centro Universitário Ritter dos Reis – Uniritter, teaching graduate and post-graduate courses in Criminology, Criminal Law, and Human Rights.

*** Graduate in Law (UFRGS) and Journalism (PUC/RS). Master in Law (Unisinos) and PhD in Sociology (UFRGS). Professor at Centro Universitário Ritter dos Reis – Uniritter, teaching graduate and post-graduate courses in Criminal Law and Sociology of Violence.

**** Graduate student in Juridical and Social Sciences (Law) at the Federal University of Rio Grande do Sul (UFRGS), and research assistant to Prof. Ana Paula Motta Costa.

Tráfico de estupefacientes y mortalidad juvenil en Brasil: una manifestación de violaciones de derechos humanos

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar la problemática intersectorial que atañe a las violaciones de los derechos humanos de los adolescentes que ocurren actualmente en Brasil. De modo específico, el estudio centra su atención en la participación de estos jóvenes en el tráfico de drogas, así como en las relaciones entre su participación en los crímenes y el aumento de las tasas de mortalidad en estos grupos etarios. Una gran parte de los niños y adolescentes de Brasil crece en contextos de vulnerabilidad social, falta de oportunidades, difícil acceso a bienes económicos y devaluación personal. Esta coyuntura suele llevar a los jóvenes a involucrarse en acciones de narcotráfico o robo a mano armada, ya que el crimen representa, en su contexto, una posibilidad de ascenso económico y social. De modo paralelo, la política penal adoptada por el Estado brasileño (sintetizada en la expresión "guerra contra las drogas" y manifestada en la promulgación de la Ley 11.34306) se centra en acciones policiales represivas y favorece el encarcelamiento, pero no se ocupa en atacar las causas sociales del problema. Lo anterior acarrea el encarcelamiento masivo —y, no en pocas ocasiones, la muerte— de personas jóvenes y desfavorecidas económicamente, con lo que se configura una situación en la que estos adolescentes son al mismo tiempo perpetradores y víctimas de la violencia.

Palabras clave: tráfico de estupefacientes; delincuencia juvenil; adolescentes; derechos humanos; política penal.

Tráfico de entorpecentes e mortalidade juvenil no Brasil: uma manifestação de violações de direito humanos

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a problemática intersectorial que diz respeito às violações dos direitos humanos dos adolescentes que ocorrem atualmente no Brasil. De modo específico, o estudo centra sua atenção na participação desses jovens no tráfico de drogas, bem como nas relações entre sua participação nos crimes e o aumento das taxas de mortalidade nesses grupos etários. Uma grande parte das crianças e adolescentes do Brasil cresce em contextos de vulnerabilidade social, falta de oportunidades, difícil acesso a bens econômicos e desvalorização pessoal. Essa conjuntura costuma levar os jovens a envolver-se ações de narcotráfico ou roubo à mão armada, já que o crime representa, em seu contexto, uma possibilidade de ascensão econômica e social. Paralelamente, a política penal adotada pelo Estado brasileiro (sintetizada na expressão "guerra contra as drogas" e manifestada na promulgação da Lei 11.34306) se centra em ações policiais repressivas e favorece o encarceramento, mas não se ocupa em atacar as causas sociais do problema. Isso acarreta o encarceramento massivo – e, não em poucas ocasiões, a morte – de pessoas jovens e economicamente desfavorecidas, e assim configura-se uma situação na qual esses adolescentes são, ao mesmo tempo, perpetradores e vítimas da violência.

Palavras-chave: tráfico de entorpecentes; delinquência juvenil; adolescentes; direitos humanos; política penal.

INTRODUCTION

Two very specific realities come together to form the context of violence in which a significant quota of Brazilian adolescents is contemporaneously inserted: drug trafficking, and death by violent causes. Among adolescents serving socio-educative measures (destined by the Brazilian legal system to underage individuals who have committed penal infractions), 27,5% are doing so because of drug related charges (Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2012). On the other hand, trafficking is one of the main factors related to youth mortality, in a context where the adolescents are both perpetrators and victims of the violence.

A rising tendency is observed regarding mortality rates, and young individuals seem to be more vulnerable to mortality by homicide, when compared to other age groups. The number of deaths per age begins to decrease only after the age of 20, where it becomes stable. Some of the data analyzed for this paper show that between 15 and 20 years of age, individuals have, at least, a threefold-enhanced chance of death caused by homicide than an adult does (Waiselfsz, 2016¹). The risk is greater for subjects who are of male gender, have Negro or mixed racial origins, and live in peripheral zones of large metropolitan areas.

The challenge with which this study charges itself is to approach the referred inter-

sectional context combining the methods of analyzing government-produced data and legislation, as well as bibliographical research, to answer a few prominent questions. How is it that a country such as Brazil, that has experienced a slow but significant process regarding amplification of state protection towards children and youths, has arrived in the 21st century with such grave violations of its adolescents' right to life? To what extent does the expansion of drug trafficking, and of the state's repressive criminal policies established in 2006 as a counter-measure, contribute to these violations? Why is death such a likely outcome for so many young Brazilians living in the periphery of large cities? And why has the State not been able to intervene, and assure their protection?

The answers to these inquiries are somewhat complicated. To begin with, it must be considered that deaths by fire weapons occur in contexts of easy access to guns. Such situations are common in the social and cultural reality of Brazilian urban peripheries, whose inhabitants are accustomed to the presence of guns in their daily routines. To die and to kill is a part of these individuals' universe, in which an indifference to life that goes unnoticed by the rest of society reigns, as do the majority of issues faced in these precarious urban areas. In this sense, poverty and exclusion from basic human rights also play an important role in the scenario.

Because of the complex nature of the issue, this qualitative study is essentially ex-

¹ Government study entitled "Map of Violence", published in 2016.s

ploratory. As mentioned, it is based on the techniques of bibliographical research, legislative analysis and interpretation of data presented in government reports.

Structured in four sections, this resulting paper aims in its first topic to contextualize the problematic by discussing the reality of urban violence that affects young individuals in Brazil. Next, it will present and analyze Brazil's anti-drug legislation, which dates from 2006 (Law 11.343/06). In the following section, special attention will be given to the available data regarding the growing adolescent mortality rate. The statistics discussed have been produced by official studies, and they are therefore recognized as representative of Brazilian reality. Finally, an attempt will be made to affirm and justify the possible relations between these ongoing parallel processes.

1. VIOLENCE AND VIOLATION OF RIGHTS

The beginning of the 21st century had been characterized by an unequal distribution of economic, social and cultural assets, as well as discrimination, disregard for differences, uncertainty and violation of rights. These phenomena are neither inevitabilities nor detours of the adopted economical model – although they are often presented as such, they are in fact an element of the ongoing economical process where the development is regulated by the market (Rubio, 2009).

Although Brazilian society has its own characteristics, it is integrated to the contemporary global tendency regarding

fragmentation of socio-cultural values and growing disregard for human rights. The economic and social model implemented in Brazil has produced human beings that are socially – and personally – overwhelmed, with difficult prospects of social mobility.

This contemporary social vulnerability has economic origins, but it is also characterized by lack of social belonging and perspectives, difficulty regarding access to information, and loss of self-esteem. The resulting situation of personal fragility influences the mental health of individuals and is therefore also related with the world of drug abuse and drug trafficking. Meanwhile, it is also responsible for establishing very restricted possibilities of social emancipation.

The described social hierarchy has, thus, a direct relation with the social model adopted, as well as with the shared belief in the project that justifies it and the conjecture it creates. As a result, the social subjects are valued according to their individual capacity to adhere to a homogeneous pattern, established historically and culturally (Gauer, 2005).

According to Jessé de Souza, the production and reproduction of marginalized social groups in Brazil are related to moral, cultural and political pre-conditions. Their situation of misery is not only economical, but also emotional, existential, and political, as it produces both individual and collective feelings of lack of social belonging, inferiority, and personal responsibility for life conditions (Souza, 2006).

The starting point of this process is a basic and trans-classist consensus that, by means of invisible networks, disqualifies individuals and groups in precarious situations by characterizing them as "sub-producers" and "sub-citizens" (Souza, 2006). The permanent marginalization of certain social groups is related to the formation of a hidden evaluative hierarchy, allowed by the socio-economic circumstances, and built on the imposition of certain "pre-reflexive" beliefs, concealed behind a mask of would-be neutrality (Souza, 2006).

The Brazilian legal system, however, seems to exist in parallel with this bleak social reality. Brazil's Federal Constitution of 1988 recognized a large set of social rights destined to the Brazilian population in its entirety. These rights correspond to the values established by the social-democratic state model, and are referenced by the constitutional text in various moments, such as in the chapters that discipline education, health, and social assistance, among others.

Discussing this theme, Ingo Sarlet argues that fundamental rights are those guaranteed by the national law and juridical system that bear sufficient relevancy and essentiality (Sarlet, 2008). Fundamental rights are, therefore, human rights that have been recognized, by means of written inclusion, in the scope of constitutional law.

Nevertheless, even 20 years after the promulgation of the Federal Constitution of 1988, the reality experienced by Brazil's citizens is one of violation of human

rights. This situation can be explained by the conditions of social vulnerability sustained by a significant part of the population, and by the fact that the system of public policies necessary to support the guarantees granted by the legal text has yet to be structured.

In this complex scenario, it is important to reflect on the role of the Law, as the legal system has proposed itself since 1988 to guarantee a different reality. Even though the different governments along the 20th and 21st century have implemented many social policies, these interventions have shared the characteristic of fractionizing social problems, viewing them as isolated facts. The consequence is that these policies have improved the population's life conditions in specific matters, such as access to decent alimentation, but have not been able to reduce the context of violence in which many children and adolescents are born and raised.

Equality is, thus, a difficult goal to be achieved, as the system is unequal both regarding material conditions and social belonging. Simultaneously, it is also hard to be different, in the sense of having personal subjectivity respected. Affirming differences is a daily challenge that individuals must face, as it is complicated to sustain personal specificities when confronted with the many prejudices that permeate society.

Joaquim Herrera Flores traces a counterpoint between the principles of equality and difference, concluding that the opposition to the idea of equality is not the

concept of difference, but of inequality. The unequal social, cultural and economic conditions result in an unequal capacity to act between individuals, which consequently generates issues of social devaluation regarding groups considered different from the accepted patterns (Herrera, 2010). In this sense, the problems dealt with by individuals situated in these groups refer to their real, material needs, and not to abstract normative recognition.

Those who escape the dominating homogeneity become, at one time, visible and invisible. Visible because they denounce their reality, and, by extension, the system itself: their non-belonging and their social exclusion create an aggressive, symbolic visibility. On the other hand, their situation of vulnerability and violation of rights remains invisible. The result is a perverse visibility, where only the expression of the problem is acknowledged by the general population, while the social reality responsible for it is kept hidden (Sales, 2007).

Synthetically, there is visibility regarding the results, but the problem remains invisible. Consequently, the answers have been explicit actions - such as quick and superficial solutions in criminal policies - and, at the same time, implicit ones - such as the social segregation of these individuals.

Thus, the fight for a place in society and for the recognition of individuality integrates the routine of a majority of people. Additionally, while "being different"

demands effort, "being equal", in the sense of being accepted as a person who deserves respect, is also incredibly difficult. Being recognized seems to be a necessity that evidences itself by means of confrontation with the impossibilities generated by contemporary human relations, created in a cultural context characterized by homogeneity, individualism and competitiveness. This is the issue faced both by individuals, and also by groups, characterizing a true battle for recognition, whose ambiance is set by diverse political and sociocultural contexts.

Using a metaphorical style, Homi Bhabha tells us that the desire to be recognized translates itself in a solicitation to be taken in to account. This is only possible in cultural interstices, in the boundaries between different worlds that indicate other possibilities of interaction, and in the recognition of identity not as something fixed, but in constant recreation (Bhabha, 2005). Recognizing others is, in this sense, a matter of guaranteeing the visibility of a different person's condition as a human individual, and therefore creating a possibility for personal identity. This ideal becomes concrete in the process of co-existing and interacting with differences in conditions of equality, and to a search for constant displacement and dialogue.

If the aggressive visibility results in questionable responses, the invisibilization of certain contexts and social realities makes identification with these persons, the basic condition for empathy and concern for their rights, impossible. The

adopted system makes the alternative of identifying with the "the other" intangible, because of the prestige conceded to individualism, and the separation created by differences of class, gender, race or age. "The other" becomes devoid of his or her humanity, because social prejudices create a veil that covers their condition as a person.

Therefore, the proposed civilizing ideals are in contradiction with the material conditions of society. The promised equality has shown itself to be merely formal: its material realization continues to be inexistent, while the concept of equality itself seems to be in blatant disaccord with the installed system of values. The duality between invisibility and visibility is related to this strong disaccord between the modern ideal of "liberty and equality" and the contemporary conditions of social interaction.

From the perspective of children and adolescent's rights, modernity had its beginning some 200 years after French revolution, when these rights were affirmed by means of the International Convention on the Rights of the Child, in 1989 (Méndez, 1996). The problem is that this affirmation founded itself on the mentioned modern notion that we are all equals, even though, as discussed, this equality is merely formal.

Amidst these contradictions, the "Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8069/90 – ECA" (Statute for Children and Adolescents Rights), celebrated its 26th anniversary in 2016. Not long before its

unanimous promulgation, the National Congress included articles 227 and 228 in the Federal Constitution, consolidating the adoption of the doctrinaire fundaments detailed in the International Convention on the Rights of the Child, ratified by Brazil in 1989. The "ECA" was meant to regulate the principles in the Federal Constitution, creating norms for the protection of children and adolescents' rights.

It must be said that this statute is a legislation of conceptual achievements, especially in what concerns the normative recognition of children and adolescents as subjects with rights. Also relevant is the conception of social equality contained in the legal text, which charges adults – society, state, and family – with the responsibility to guarantee to all these young subjects conditions of dignity that allow for the construction of their life projects.

Nevertheless, Brazilian data regarding children and adolescents' rights show that advances and setbacks have marked the time period between the promulgation of the statute and today. One remarkable achievement has been the reduction of child mortality: in 1990, 51,6 out of 1000 children born died before 1 year of age. In 2013, this cipher had been reduced to 12,9/1000 (UNICEF, OMS, World Bank, & UM, 2013). This reduction reflects an improvement on the quality of health and sanitation systems accessed by the poorer parts of the population.

Another advance has been the situation regarding childhood labor: in 1992, calculations estimated that 8.400 million

children and adolescents in Brazil were working; in 2013, IBGE (Brazilian Institute of Geography and Statistics) registered a decrease of 56%, with a total of 3.600 children and adolescents in laboring situations. Data also showed that there was an even greater reduction regarding children specifically, counterbalanced by a growth in adolescent employment, especially in rural areas.

This information is relevant because childhood labor is a topic that expresses the degree of material inequality in societies. According to data from OIT's 2015 Report, there are around 168 million children and adolescents around the world who work, and 70 million young individuals in indecent conditions of work. Indecent conditions of work reflect a low level of schooling; therefore, they are directly related to the time spent in school by the juvenile population. It is also important to register advances regarding the offer of places in elementary school, which now borders on universality. Unfortunately, the same level of success cannot be referred when it comes to rates of school permanence and access to high school education, factors that reflect on the social inequality pyramid.

However, in what concerns the involvement of young individuals with violence, there have been no significant advances. The application of social-educative measures, prescribed by "ECA" as responses to criminal acts committed by adolescents, is currently on a tendency of national rise. According to data from the Republican Presidency's Secretary of

Human Rights, the growth of the number of teenagers in closed-regime units is of about 1000 per year, with an estimation that, in 2012, there were 20.532 teenagers serving socio-educative measures in closed-regime units or in semi-liberty (Levantamento dos/as adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa – 2012; Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente²). This is not a direct indicator of growth in violence practiced by youths, but it confirms the existence of a culture of institutionalization that has been present in Brazilian public policies for children and teenagers since the beginning of the 20th century.

This historical tendency, described very accurately in the researches conducted by Irene Rizzini (Rizzini, 2011), is one that denounces abandonment by the state of its younger citizens, as well as of their right to live in society. Adolescence, together with infancy, is a phase of life that has been, and continues to be, poorly attended by Brazil's State policies. The inequality of opportunities, the lack of access to formal employment, the gaps between symbolic consumption and material consumption, the territorial segregation, the absence of public spaces destined for social and political participation, and the rises in informality are examples of the violence suffered by the generations currently going through their development phases in Brazil.

² Estimate of adolescents serving socio-educative measures – 2012; National Secretariat for Promotion of Children and Adolescent's Rights.

When researching about the reality of marginalized youths in Brazil, Simone de Assis reached some conclusions about the projects of life developed by these individuals: while teenagers in middle and upper classes have ambitious projects for their futures – sometimes even bordering on fantasy - teenagers in lower social strata tend to manifest aspirations restricted to their current life moment and to limit their expectations relatively to the social position they occupy since birth, revealing a high level of immediacy and of skepticism when thinking about the future (Assis, 1999).

Additionally, as a result of the State negligence to which the poorer social classes are subjected, young individuals in urban peripheries tend to accumulate a series of factors that serve as a base for the attribution of stereotypes and depreciations. Robert Castel comments (loose translation):

Above all, the "youths from the peripheries" [...] accumulate a series of social counter-performances: failures in school, absence of professional future; people with common attributes that generally install themselves in precarious situations or use certain illegal options, such as informal economy, tracing, sometimes, a path to delinquency. (Castel, 2008, p. 10)

Still discussing the situation of young individuals, the author mentions that a common evocation of these adolescents is one of them as symbols of social inutility, because they are considered inca-

pable of integrating themselves with the productive order, and also as symbols of dangerousness, because they are considered responsible for eventual rises in public insecurity (Castel, 2008).

In this stage, symbolic violence manifests itself. Pierre Bourdieu explains that, in the symbolic field, violence is expressed by means of distinct linguistic manifestations and cultural representations that society imposes to groups and individuals. It is a kind of violence that is invisible to its own victims, because it is exercised essentially by means of invisible, symbolic communication, and by the feelings it provokes (Bourdieu, 2003).

In the adolescents' case, the symbolic violence to which they are victims is directly related to the generalization of their identities and the patronization of their conducts. The stigmas imposed on teenagers from urban peripheries generate Manicheism, and consequently justify a lower credibility regarding adolescents from poorer social strata.

Two out of the infinite factors that compose the context of violence suffered by Brazil's youth are evidenced by this discussion: On one hand, the violence regarding the violation of fundamental rights; and on the other, the symbolic violence, permeated by social representations and depreciative stigmas associated to the condition of being a teenager, especially when associated to poverty. Facing these contexts, the declared constitutional goal of providing youths with subsidies for a dignified and autonomous

development is only possible when a certain conception of State is adopted: that of a strong, responsible State, which is, therefore, capable of mobilizing its forces to reverse these trajectories of violence.

2. THE WAR ON DRUGS AND THE ACCESS TO WEAPONS

To begin with, it must be said that the problematic involving drug trafficking is not limited to juvenile criminality. In other words, drug trafficking is not a crime exceptionally reserved for adolescents or for young adults: According to data publicized by Brazil's Ministry of Justice in 2016, regarding the year of 2015, 25,5% of 607.731 overage individuals serving prison sentences in that year were doing so because of drug related charges.

Incarceration on account of drug trafficking had increased since the edition of the most recent Brazilian anti-drug legislation in 2006 (Law 11.343/2006), which amplified the interpretation of what can be considered traffic. This legal text supposedly decriminalizes the use of drugs but, at the same time, it allows for the inclusion of people found in possession of drugs in any quantity to be charged for drug trafficking. As a direct consequence, there is a growing incarceration of individuals for drug trafficking offenses.

Official ciphers from INFOPEN (2016), Brazil's center for information on the penitentiary system, refer that, in the last decade, Brazil's prison population saw an increase of 100%. The problem is that, especially

in the case of young adults, they answer to their charges while imprisoned, and receive sentences of about seven years, to be served at least 2/5 in closed regime (2nd article of Law n. 8072/90). This long time in prison generates acculturation, and fortification of criminal identity (Baratta, 2011).

Even though it proposes a few changes, this legislation follows the same political orientation as the formers concerning drug trafficking. According to Cristiano Maronna, Brazil's Drug Law represents "more of the same", reflecting an option for the prohibitionist model and its associated criminal policy of "war on drugs", already present in previous Brazilian legislations. The author highlights: "the trumpeted softening of the legal treatment destined to charges of possession for personal use is acts as a curtain of smoke to counter-balance the gravening of the penalization regarding drug trafficking" (Maronna, 2006, p. 2).

The 33rd article of Brazil's Drug Law reads as following (in loose translation):

Art. 33. To import, export, remit, prepare, produce, fabricate, acquire, sell, expose for sales, offer, have in storage, transport, carry, keep, prescribe, minister, deliver for consumption or provide drugs, even without financial earnings, without authorization or in disagreement with legal or regulatory determinations.

The numerous verbs present in this article reflect the infinite variety of conducts that can be embedded into it, allowing for criminalization

of abstract actions and punitive arbitrariness. The result is that individuals integrating the high command of international traffic operations are often charged with the same crime as teenagers in urban peripheries that sell drugs as an economical alternative for fast earnings. The legislation fails to consider that these convicted adolescents are not the proprietors of the drugs apprehended, have no autonomy regarding the establishment of commerce networks, and do not obtain large profits from the sales they make.

Brazil's national drug policy follows a model inspired by the United Nations convention, which is marked by a strong punitivism (Boiteux, 2014). Humanitarian treatment is prescribed to addicts, while drug traffickers are subjected to high prison sentences. However, there is a failure in providing clear distinction between these two figures, leading to widespread punishment of small drug retailers, and making technical criminal defense difficult on account of the vagueness of legal stipulations. For example, the normative text does not define what is a drug, or what precise quantities and attitudes characterize of the crime of trafficking, in opposition to drug use (Boiteux, 2014).

From a social perspective, drug trafficking moves the economy in the peripheries of large cities; it is seen as an activity fed by a promising consumer market, and one that propitiates subjective gains. For those victimized daily by permanent forms of symbolic violence, working in drug trafficking offers an experience of power, acceptance

and visibility. Besides this, it also makes immediate consumption of economical assets possible, which allows individuals to boast an ascending social status. Additionally, in a phase of life where individuals search for identity – such as adolescence –, it provides a sentiment of belonging to a group (Athayde & Soares, 2005).

The urban peripheries are also victims to discriminatory police practices. Violence is used, and rights are neglected in one socio-cultural context to guarantee the wellbeing of another one, which includes the classes favored by the neoliberal State model (Wacquant, 2001). Since the beginning of the century, an amplification of State activities related to criminal prosecution has been observed. Meanwhile, measures regarding social protection do not grow in the same proportions. Loïc Wacquant contributes with the following reflection (loose translation):

The neoliberal criminal system presents the following paradox: it intends to remedy by means of "more state" in what concerns police and prisons and "less state" in what concerns economic and social contexts, which are the very cause of the generalized rise of objective and subjective insecurity in all the countries. (Wacquant, 2001, p. 7)

In the last decades, the number of people in prisons and, consequently, of those who depend on the prison industry, has gradually risen. Meanwhile, the number of individuals excluded from economic and social life has risen proportionally.

Drug criminalization policies materialize in the form of an option of urban war against the populations of urban peripheries, provoking an aggravation of the conditions of life in these communities, which is ignored. In this sense, Juarez Cirino dos Santos infers that a criminal policy that focuses its attentions on delinquent individuals, and uses strategies of removal, segregation, healing and education, even if it does so using instruments of a humanized criminal law system, "does not cease to constitute the most acerbated form of repressive violence [...] (Santos, 1984).

Drug trafficking has also become a form of employment for teenagers in the peripheries or large cities. The International Labor Organization (ILO) recognizes drug trafficking as one of the worst forms of child labor in the world (Convention n. 182, ILO). Childhood labor, as it was formerly stated, expresses the inequalities found in the fields of social rights and opportunities. Additionally, the expression "the worst forms of labor" refers to those forms of labor considered dangerous for the healthy development of those in an important and peculiar stage of life. Working in drug traffic is a very real possibility for those who grow up in context of poverty and naturalized violence. In these conjectures, there is not even a clear distinction on whether the content of a conduct is licit or illicit, considering the culture in which the subject was socialized (Becker, 2008).

According to the latest studies, among adolescents serving socio-educative measures, 38,7% are involved in robbery

and 27,5% in drug trafficking, while the percentages referring to other infractions are inexpressive (Levantamento dos/as adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa – 2012; Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente³).

While drug trafficking is not formally considered as a patrimonial crime, it is along with robbery, an infraction related to consumption: It propitiates immediate financial rewards, and therefore allows access to economical assets and social visibility. In parallel, drug trafficking and armed robbery are directly related to youth mortality. Teenagers become, thus, both authors and victims in the same context.

Even though drug trafficking is considered as a worrisome reality, this study has as its premise that what is truly considered grave is the social, cultural and emotional situation of Brazil's youth, which leads them to involvement in drug trafficking as an alternative to the lack of other future perspectives.

3. YOUTH MORTALITY BY VIOLENT CAUSES

The human rights for children and adolescents expressed in the International Convention on the Rights of the Child of 1989, have as their founding purpose the guarantee of dignified life conditions for children. They mean to distance the younger strata of the population from contexts

³ Estimate of adolescents serving socio-educative measures – 2012; National Secretariat for Promotion of Children and Adolescent's Rights

of poverty, violence, war, mistreatment and sexual abuse, among other violations. It is expected of the adult population, and of the national governments, that they be capable of integrally protecting this social group.

Brazil is not a country where children and teenagers are born and raised among the military conflicts traditionally named as "states of war", nor are there frequent natural disasters in the national territory that generate international mobilization in favor of children, or a condition of economic misery. However, in Brazil, youths are dying in rising percentages, a tendency that becomes clear once the "Maps of Violence" – Mapas da Violência, in Portuguese – are analyzed.

The "Map of Violence" is an inter-institutional study (UNESCO, Organization of Ibero- American States for Education, Science and Culture, Ministry of Justice, Institute Sangari, e FLACSO/CEBELA), organized in a historical series, and based on official data from a period that spans between 1980 and 2014. It has the Brazilian Ministry of Health as a main source, and traces comparisons between the number of victims of death by fire weapon, age group of these victims, units of the federation, and cities where the deaths happened, as well as the race, color, and sex of the victims. Analysis of this data shows that the people most vulnerable to death by fire weapon in contemporary Brazil are young, black, masculine individuals who live in populous municipalities.

According to data from the Map of Violence 2015, an important issue is the ascending tendency of youth mortality by causes related to violence: the rate of violent deaths for adolescents between 16 and 17 years of age in 1980 was of 9,7%, while in 2013 the same rate was of 46%. The same source states that in 2012, 3.627 young individuals in that age group were killed, followed by another 3.749 in 2013. This represents an average of 10,3 adolescents killed daily. Brazil is therefore ranked third country in the world in what concerns adolescent deaths by violent causes, with a rate of 54,9 adolescents killed out of every 100.000 in 2013, and still showing tendencies of growth.

Brazil is thus behind only Mexico and El Salvador, which have, respectively, rates of 95,5 and 55,8 deaths by violent causes out of every 100.000 youths, according to data collected in 2012. Brazil's rate is 275 times greater than those of countries like Austria, Japan, United Kingdom, and Belgium, which have rates of 0,2 homicides per 100.000 young individuals in the same age group (Waiselfsz, 2015⁴).

The Map of Violence for 2016 reports that between the years of 1980 and 2014, the number of people between 15 and 29 years of age victimized by homicides grew significantly more than the mortality of victims by fire weapon in other age groups: in 1980 there were 6.104 deaths by fire weapon, and in 2014, 42.291, showing a growth of 592,8%.

⁴ Government study entitled "Map of Violence", published in 2015.

Complementarily, the study affirms that, according to IBGE (Brazilian Institute of Geography and Statistics) the age group of between 15 and 29 years of age represents 26% of the total Brazilian population, while the mortality for this age group represents 58% of the total population mortality (Waiselfsz, 2016⁵). The teenagers and young adults who are killed tend to remain invisible to the eyes of national and international society, especially because their deaths are associated to their involvement with violence and drug trafficking.

The research coordinated by Jaqueline Sinhoretto, based on data from São Paulo's State Police's Ombudsman referring to the years of 2009 and 2011, reports that the victims of death due to police action in that state are predominately black (61%) and male (97%), also stating that 25% are from the age group comprehended between 15 and 19 years of age, 57% from the group of 15 to 24 years of age, and a total of 78% are younger than 29 years of age (Sinhoretto, 2014). Even if this research, carried out in the University of São Carlos, in São Paulo, cannot be extended as an indicator of national reality, since there is great inequality regarding forms of police action within Brazil, it is possible to affirm that besides the concentration of homicide victims in the group of young, urban, male Negros, the same profile is found on the data regarding homicides practiced by the police. Based on this finding, it can be said that these invisible deaths are also caused by the agents of the state them-

selves, being frequently justified by the media as a consequence of the victims' involvement with crime.

Statistic data alone is not enough to explain the conjecture. Reflections on the role of socio-judicial institutions when faced with these realities, provided by qualitative empirical studies, are equally important. Investigations developed by a UFRGS (Federal University of Rio Grande do Sul) research group on the topic⁶, the persistence of a punitivist mentality has been perceived amidst society and its institutions. The distance between these institutions and the adolescent's reality impacts their perception of the system's legitimacy to intervene. Otherwise, analysis of judicial decisions has evidenced the presence of arguments founded on the doctrine of irregular situation⁷, the scapegoating of the adolescents' families, and the subjectivity of socio-edu-

⁶ Research Group certified by CNPq (Brazil National Council for Research) - "A Efetividade dos Direitos Fundamentais dos Adolescentes Envolvidos em Situações de Violência" (EDAV).

⁷ The "Doctrine of Irregular Situation", or "Doutrina da Situação Irregular", in the original Portuguese, is the doctrine that oriented State treatment of children and adolescents in vulnerable social contexts in Latin America prior to the 1990's. This now obsolete doctrine based State intervention on the perceiving of a child or adolescents' situation as irregular regarding social parameters, allowing for young individuals to be removed from their families and communities and sent to institutions even if no crime had been committed. The justifications for this was the "superior interest of the minor", but, effectively, the practices endorsed by this doctrine resulted in an arbitrary and massive institutionalization of poor children and adolescents, while the social problems faced by these social groups remained ignored by public policies.

⁵ Government study entitled "Map of Violence", published in 2015.

cative execution, as well as reports of truculent approaches by institution officials and policemen (Costa & Eilberg, 2015).

Public policies that strengthen vulnerable teenagers' life projects, allowing them to develop their subjective potentialities are the most effective way to counteract adolescents' involvement with violence and crime. Nevertheless, the social and political proposition represented by the "ECA" is currently disputed in Brazilian society, as it has been since the promulgation of the statute in 1990. The unanimous decision for its approval only happened due to a very specific political context, and has not been confirmed by institutional and political actions taken in these last 26 years.

This contradiction becomes evident when we consider that, nowadays, a proposition for an amendment to the Federal Constitution that would lower the minimum age for criminal responsibility is being analyzed in the National Senate, having already been approved by Congress.

CONCLUSIONS

An intimate relation can be traced between youth involvement with drug trafficking, spread throughout the peripheries of metropolitan centers in Brazil, and youth mortality in the same urban agglomerations.

Besides analyzing drug trafficking as a specific crime or socio-economical phenomenon, it must also be considered that

the intervention of the Brazilian State in drug combat has had as a side effect the death of adolescents in alarming rates. The adopted model for drug combat also results in the mass incarceration of the younger and poorer portions of the population that live in urban peripheries and see drug traffic as a means to integrate market economy. However, these people, in their vast majority, have but a peripheral and subordinate participation in the drug trafficking network.

Faced with the evident growth in youth mortality caused by fire weapons, whether its authors are other adolescents involved in crime or policemen in action, it is possible to derive from the conjecture shown in this paper that the Brazilian State has been violating its juvenile population's human rights. This is a section of population that is frequently born and raised amidst violence, learns to naturalize death from a very young age, and has their life perspectives – or lack thereof – represented by drug traffic, prison, or death.

The alternative to this bleak context seems to be fully effectuating the rights of children and adolescents that were internationally recognized by the International Convention on the Rights of the Child, and adopted in Brazil's Federal Constitution. Thus, the country's social, ethical and political commitment must be structured based on the recognition of adolescents as subjects with rights, to whom the State needs to guarantee dignified life projects, in substitution of the tendency of death that has been observed.

REFERENCES

- Assis, S. (1999). *Traçando Caminhos em uma Sociedade Violenta: a vida de jovens infratores e seus irmãos não infratores*. Rio de Janeiro, Brazil: FIOCRUZ.
- Athayde, C., Bill, M. V. & Soares, L. E. (2005). *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro, Brazil: Objetiva.
- Baratta, A. (2011). *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro, Brazil: Freitas Bastos.
- Bhabha, H. K. (2005). *O Local da Cultura*. Belo Horizonte, Brazil: UFMG.
- Becker, H. (2008). *Outsiders: estudos da sociologia do desvio*. Rio de Janeiro, Brazil: Zahar.
- Boiteux, L. (2014). Drogas e Cárcere: Repressão às Drogas: aumento da população carcerária brasileira e alternativas. In S. S. Schecaira (Ed.), *Drogas uma Perspectiva* (pp. 83-103). São Paulo, Brazil: IBCCRIM.
- Bourdieu, P. (2003). *A dominação masculina (3ª ed.)*. Rio de Janeiro, Brazil: Bertrand Brasil.
- Castel, R. (2008). *A Discriminação Negativa – Cidadãos ou autóctones?* [Francisco Morás, translator]. Petrópolis, Brazil: Vozes.
- Costa, A. P. M., & Eilberg, D. D. (Ed). (2015). *Justiça Juvenil na Contemporaneidade (1ª ed.)*. Porto Alegre, Brasil: DM.
- Departamento Penitenciário Nacional - INFOPEN (2016). *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Retrieved from <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>.
- Gauer, R. M. C. (2005). Da Diferença Perigosa ao Perigo da Igualdade. Reflexões em torno do Paradoxo Moderno. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, 5(2).
- Herrera Flores, J. (2010). La Construcción De Las Garantías. Hasta Una Concepción Antipatriarcal De La Libertad Y La Igualdad. In F. Piovesan, D. Sarmento, & D. Ikawa (Eds.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Maronna, C. A. (octubre de 2006). Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço. *Boletim do IBCCrim* número 167. Retrieved from https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/197-167-Outubro-2006
- Méndez, E.G. (1996). *Infância e Cidadania na América Latina*. São Paulo, Brazil: Ed. HUCITEC.
- Organização Internacional do Trabalho – OIT (2015). *Relatório Medir o progresso na Luta contra o Trabalho Infantil*.
- Sales, M. A. (2007). (in) *Visibilidade Perversa. Adolescentes infratores como metáfora da violência*. São Paulo, Brazil: Cortez.
- Santos, J. C. (1984). *As Raízes do Crime*. Rio de Janeiro, Brazil: Forense.
- Sarlet, I. W. (2008). *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Brazil: Livraria do Advogado.
- Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente do Brasil (2012). *Levantamento dos/as adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa*. Brasília: Sinase.
- Sinhoretto, J., Silvestre, G., & Schlitter, M. C. (2014). *Desigualdade Racial e Segurança Pública no Estado de São Paulo. Letalidade Policial e Prisões em Flagrantes*. São Carlos, Brazil: UFSCar.
- Souza, J. (Org.). 2006. *A Invisibilidade da Desigualdade Brasileira*. Belo Horizonte, Brazil: UFMG.
- Rizzini, I. (2011). *O Século Perdido. Raízes Históricas das Políticas Públicas para a Infância no Brasil (3ª ed.)*. São Paulo, Brazil: Cortez.
- Rubio, D. S. (2009). Sobre la racionalidad económica eficiente y sacrificial, la barbarie mercantil y la exclusión de los seres humanos concretos. *Sistema Penal e Violência – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, 1(1), 101-113.

- UNICEF, OMS, Banco Mundial, & ONU (2013). *Tendências e Níveis em Mortalidade Infantil, Relatório*. New York: UNICEF.
- Waiselfsz, J. J. (2015). *Mapa da Violência. Juventude. Mortes matadas por Arma de Fogo no Brasil*. Brasília, Brasil: Secretaria Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional da Juventude y Secretaria da Igualdade Racial. Retrieved from <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf>.
- Waiselfsz, J. J. (2016). *Mapa da Violência. Homicídios por Armas de Fogo no Brasil*. Rio de Janeiro, Brazil: FLACSO/CEBELA. Retrieved from https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf.
- Wacquant, L. (2001). *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro, Brazil: Jorge Zahar Editor.

A eugenia na teoria da justiça: a tensão entre a liberdade individual e o aborto de fetos com microcefalia*

André Luiz Silveira de Lima Júnior**
Bianka Adamatti***

Recibido: 22 de junho de 2016 • Aprobado: 4 de novembro de 2017
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a12>

RESUMO

Uma das grandes preocupações recentes das mulheres gestantes foi a expectativa de saber se seu filho fora atingido pelo surto de microcefalia no Brasil e em boa parte do continente latino-americano desde o final de 2015. Diferentemente de outras más formações, como a anencefalia, ela não impede o nascimento com vida ou reduz a sua expectativa, mas pode causar necessidades especiais, as quais geram questionamentos sobre a interrupção da gravidez, caso em que pode ser considerada como uma forma de eugenia. Diante disso, no decorrer deste trabalho, é verificado se há eugenia e a qual o caso pertence; posteriormente, ocorre uma análise, sob a perspectiva da justiça política, de autores filiados ao neokantismo, em especial Jürgen Habermas e John Rawls. Para responder às indagações, utilizou-se o método dedutivo, através da pesquisa bibliográfica. Chegou-se à conclusão de que o fundamento da maximização das liberdades pode ser um impeditivo moral na conduta abortiva de fetos microcêfalos, desde que o fim eugênico seja mera e comprovadamente utilitarista.

Palavras-chave: Microcefalia; eugenia; aborto; justiça política; bioética.

* Este artigo é fruto do trabalho em conjunto dos autores no Núcleo de Direitos Humanos (NDH), da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), em que ambos foram pesquisadores associados durante o período de pós-graduação no nível de mestrado.

** Advogado formado pela Universidade Federal de Goiás, Goiânia, Brasil. Mestre em Direito Público pela Unisinos, São Leopoldo, Brasil. Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil. E-mail: andre.lima.junior@posgrad.ufsc.br

*** Bacharela em Direito pela Unisinos, São Leopoldo, Brasil. Mestra em Direito Público pela Unisinos, São Leopoldo, Brasil. E-mail: bianka.adamatti@hotmail.com.

Eugenics in the theory of justice: the tension between individual freedom and the abortion of fetuses with microcephaly

ABSTRACT

One of the greatest recent concerns of pregnant women has been the expectation of knowing if their child has been affected by the microcephaly outbreak in Brazil and much of Latin America since late 2015. Unlike other malformations, such as anencephaly, microcephaly does not prevent live birth or reduce life expectancy, but it can cause physical and mental disabilities, which raise concerns about termination of pregnancy, in which case it can be considered a form of eugenics. In view of the above, the text verifies whether there is eugenics and to which case it belongs; subsequently, there is an analysis, from the perspective of political justice, of authors subscribed to neokantism, especially Jürgen Habermas and John Rawls. In order to answer the inquiries, the deductive method was used, by means of bibliographic research. It was concluded that the foundation of maximization of freedoms can be a moral impediment in the abortive conduct of microcephalic fetuses, as long as the eugenic end is merely and verifiably utilitarian.

Keywords: Microcephaly; eugenics; abortion; political justice; bioethics.

La eugenesia en la teoría de la justicia: la tensión entre la libertad individual y el aborto de fetos con microcefalia

RESUMEN

Una de las grandes preocupaciones recientes de las mujeres gestantes ha sido la expectativa de saber si su hijo se ha afectado por el brote de microcefalia en Brasil y gran parte de Latino América desde finales del 2015. A diferencia de otras malas formaciones, como la anencefalia, la microcefalia no impide el nacimiento con vida o reduce su expectativa, pero puede causar discapacidades físicas y mentales, las que generan inquietudes acerca de la interrupción del embarazo, caso en que puede ser considerada como una forma de eugenesia. Ante lo anterior, en el texto, se verifica si hay eugenesia y a cuál el caso pertenece; posteriormente, ocurre un análisis, desde la perspectiva de la justicia política, de autores suscritos al neokantismo, en especial Jürgen Habermas y John Rawls. Para contestar las indagaciones, se utilizó el método deductivo, por medio de la investigación bibliográfica. Se concluyó que el fundamento de maximización de las libertades puede ser una impeditiva moral en la conducta abortiva de fetos microcefálicos, siempre y cuando el fin eugenésico sea mera y comprobadamente utilitarista.

Palabras clave: Microcefalia; eugenesia; aborto; justicia política; bioética.

INTRODUÇÃO

A partir de 2015, a preocupação sobre o surto de bebês com microcefalia tomou grandes proporções devido à ampla cobertura da mídia e ao alastramento de casos por todo o Brasil e alguns locais da América Latina. Inicialmente com o surto concentrado na região nordeste do país, a origem da doença ainda permanece dúbia, embora haja uma indicação de que o zika vírus seja o causador dessa má formação fetal.

O foco do estudo em questão, porém, não é atribuir a responsabilidade da microcefalia a nenhuma causa específica, mas sim discutir a possibilidade de a mulher informada de tal quadro abortar.

De antemão, faz-se necessário definir o que se entende por microcefalias. Como aponta o Ministério da Saúde do Brasil (2015), elas são:

definidas como alterações de estrutura ou função do corpo que estão presentes ao nascimento e são de origem pré-natal (1). Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) e literatura científica internacional, a microcefalia é uma anomalia em que o Perímetro Cefálico (PC) é menor que dois (2) ou mais desvios-padrão (DP) do que a referência para o sexo, a idade ou tempo de gestação (1-7). A medida do PC é um dado clínico fundamental no atendimento pediátrico, pois pode constituir-se na base do diagnóstico de um grande número de doenças neurológicas e para isso os médicos e outros profissionais de saúde

devem estar familiarizados com as doenças mais frequentes que produzem a microcefalia e devem conhecer os padrões de normalidade para o crescimento do crânio (3). (p. 12)

Especificamente no Brasil, criou-se um ambiente propício para um embate entre setores conservadores e progressistas da sociedade — de forma similar ao aborto de fetos anencefálicos. Isso porque a opinião pública passou a refletir sobre uma eventual ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no Supremo Tribunal Federal (STF) para se permitir o aborto de indivíduos com microcefalia comprovada, tendo em vista a negligência do Estado no controle do surto da doença e o público atingido, em sua maioria, ser composto de mulheres de baixa renda, em situação de vulnerabilidade.

Quando um embrião é acometido de microcefalia, a criança nasce com vida, porém “pode ser acompanhada de epilepsia, paralisia cerebral, retardo no desenvolvimento cognitivo, motor e fala, além de problemas de visão e audição” (Ministério da Saúde do Brasil, 2015, p. 19), diferentemente da anencefalia, cuja vida após o nascimento torna-se inviável, com a sobrevivência curta. Diante disso, o presente trabalho discute se o método de interrupção de gravidez em caso de fetos microcéfalos pode ser considerado como eugenia negativa.

Para o desenlace da questão, a pesquisa está distribuída em duas partes: a primeira tem como objetivo trabalhar com o

fenômeno da eugenia e suas faces, a fim de classificar a interrupção da gestação dos fetos microcéfalos em eugenia positiva ou negativa; na segunda, por sua vez, após a adequação do caso aos tipos apresentados, é analisada a questão da justiça, a partir de uma perspectiva política de matriz neokantiana, sobretudo com a obra *Uma Teoria da Justiça*, escrita por John Rawls (2008), apresentando, nessa parte, os aspectos gerais de seu pensamento, para verificar se, sob a ótica do autor, o aborto de fetos microcéfalos seria permissível no referido contexto.

No intuito de melhor responder à problemática da pesquisa, o método utilizado foi o dedutivo, realizado a partir de material bibliográfico. Como possível resposta, encontrou-se que, ainda que a liberdade seja fundamental para a consecução da justiça nos ditames *rawlsianos*, mediante o estabelecimento de um princípio a ser aceito por todos quando ignorantes de sua posição na sociedade, a mera instrumentalização de seu dispositivo para fins utilitários não merece prosperar; afinal, estaria tornando meio aquilo que deveria ser, na verdade, fim em si mesmo.

1. A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS COM MICROCEFALIA: EUGENIA POSITIVA OU NEGATIVA?

Desde o seu início genealógico, a eugenia buscou, mediante a crença nos estudos técnico-científicos, a "melhoria" da qualidade de vida da sociedade. Independentemente de assumir um discurso duvidoso sobre a real intenção daqueles

que o assumem, esse fenômeno ainda é considerado polêmico, sobretudo pela penumbra deixada pelo nazismo ao utilizar certa "racionalização" em seus experimentos em pessoas.

Já no século XXI, é bem verdade, o avanço da ciência e a difusão do conhecimento da manipulação genética levaram a novos desafios e paradigmas, os quais serão expostos no decorrer deste capítulo, a fim de indicar o atual estado da arte em torno da eugenia.

1.1 A eugenia de Francis Galton: do surgimento até o século atual

No ano de 1908, nascia a primeira organização para estudos sobre a eugenia. Fundada em Londres, seus estudiosos a defendiam como solução da propagação de doenças hereditárias e de seres humanos *incapazes*, portadores de deficiências física e/ou mental (Domingues, 1942). Francis Galton, considerado o grande mentor dessa ideia, a conceitua da seguinte forma: "*La eugenesia es la ciencia que trata de todas las influencias que mejoran las cualidades innatas de una raza; también trata de aquellas que la pueden desarrollar hasta alcanzar la máxima superioridad*" (Galton, 1988, p. 165).

Segundo os eugenistas, o objetivo dessa ciência é a busca do conhecimento para a melhoria física, mental e/ou social da constituição biológica das gerações futuras. Os pesquisadores se consideram como "os verdadeiros seguidores das ideias de Darwin, uma vez que interpretam o problema social da reprodução a partir

do problema biológico da competição de recursos” (Domingues, 1942, p. 29).

Há a afirmação da existência de uma má compreensão do instituto da eugenia, cujo objetivo principal seria, na verdade, aumentar o número daqueles com grande capacidade intelectual e física, o que diminuiria os “inferiores”, denominados *inaptos* (Domingues, 1942). Domingues (1942), eugenista brasileiro, afirma que:

O homem estudioso verificou, por observação e por meio de experiências, que as qualidades físicas, intelectuais e morais da espécie, têm um fundo hereditário indiscutível. Deste modo, quando se unirem duas pessoas sãs de corpo e de espírito, sua descendência terá as maiores probabilidades possíveis de ser constituída por indivíduos também de corpo e alma sadios. Pelo contrário, de um casal de tarados, ou fisicamente defeituosos, só se poderá esperar uma descendência nas mesmas condições. Daí a eugenia ensinar que convém promover aquelas uniões e evitar estas últimas. (p. 31)

Segundo Mota (2013), ocorre uma diferenciação entre a eugenia *positiva* e a *negativa*: a primeira defende a perspectiva de promover o progresso físico e moral no futuro, através da aplicação do melhoramento genético na população humana. A *negativa*, por sua vez, prega que, se a inferioridade é uma característica hereditária (assim como as melhores qualidades humanas) e não decorrente das condições ambientais, sociais e educacionais (Del Cont, 2008), a única forma de impedir a

degeneração da espécie humana seria por meio da utilização de métodos como esterilização, abortos seletivos, segregação e adoção de leis de imigrações restritivas.

Habermas, pensador alemão oriundo da corrente neokantiana e filiado à Teoria Crítica, defende a regulação das intervenções terapêuticas, isto é, aquelas voltadas a evitar doenças genéticas graves. Contudo, opõe-se à eugenia que propõe a melhoria do ser humano; a justificativa do filósofo alemão, conforme Feldhaus (2005), refere-se ao consentimento. A justificação dessa distinção é o critério normativo do consentimento presumido. Habermas defende que intervenções que visam eliminar ou evitar doenças com base genética poderiam ser aceitas ou ao menos ser presumidas que seriam acolhidas ou consentidas pela pessoa geneticamente manipulada, ao passo que as intervenções que adentram no terreno do aperfeiçoamento não poderiam contar com esse tipo de consentimento, portanto deveriam ser proibidas.

Na perspectiva habermasiana, as intervenções genéticas parecem estar sem limites, principalmente sob o aspecto da dignidade humana, pois não há o devido esclarecimento sobre as consequências desses procedimentos. Além disso, acredita-se que, por muitos procedimentos acarretarem efeitos irreversíveis, afetarão a liberdade, a autocompreensão, já que se trata de uma mudança estrutural no ser humano.

Cowan (1972) afirma que Galton, por sua vez, ao dar enfoque ao critério ne-

gativo da eugenia, acreditava que, caso não houvesse um controle da qualidade reprodutiva dos indivíduos na sociedade, em pouco tempo, o resultado seria o desenfreado nascimento de pessoas consideradas degeneradas, como vadios, alcoólatras, prostitutas, dementes e portadores de doenças generalizadas. Com isso, chega-se à conclusão de que a eugenia, para o seu mentor, pode acarretar na sociedade uma carga tanto benéfica, ao contribuir com o controle de doenças genéticas, quanto maléfica, ao criar um parâmetro de seres humanos que poderão ser segregados e eliminados por não se encaixarem nos padrões sociais pré-estabelecidos, como ocorreu na Alemanha Nazista.¹

Buchanan, Brock, Daniels e Wikler (2002) afirmam que, por meio da utilização da atividade científica, seria possível reduzir a incidência de enfermidades genéticas graves, o que melhoraria a qualidade de vida e longevidade das pessoas, como também aperfeiçoaria a memória e as capacidades intelectuais. Algumas clínicas especializadas — como a Fertility Institutes, em Los Angeles — oferecem a *Pre-implantation Genetic Diagnosis*, procedimento em que é possível selecionar o padrão estético dos futuros filhos, através da mesma técnica utilizada para evitar doenças congênitas graves em recém-nascidos.

¹ Habermas (2004) diz que a eugenia liberal é gênero que comporta duas espécies: (1) eugenia positiva (aperfeiçoamento) e (2) eugenia negativa (intervenções para evitar doenças genéticas graves).

São notórias as pesquisas na área nos Estados Unidos e em alguns países europeus, como é o caso da Itália, em que médicos anunciaram a cura de uma doença que tira a capacidade das crianças de andar e falar, por meio de uma técnica pioneira de terapia genética para corrigir erros no DNA. O procedimento retira células-tronco do paciente, e o vírus é usado para "infectar" as células a partir de fragmentos de DNA, os quais contêm as instruções corretas. Estas, por sua vez, são colocadas novamente no paciente, para corrigir as mutações prejudiciais.

O Brasil, como mostra o caso de Maria Clara, a primeira brasileira nascida através da seleção genética, também avança nos estudos desse campo. O seu nascimento, em fevereiro de 2013, foi realizado para salvar a vida da irmã mais velha, Maria Vitória, que sofria de *talassemia major*, doença genética que poderia levá-la à morte. A irmã mais nova foi gerada a partir de um embrião selecionado por meio de um tratamento de fertilização *in vitro*, com o intuito de ser totalmente compatível com a irmã mais velha. Maria Vitória recebeu o transplante de medula óssea a partir de células-tronco e hoje está curada.

No entanto, alguns pesquisadores acreditam que, com a seleção e melhoria da espécie humana, não haverá somente a redução da incidência de enfermidades genéticas graves, mas também serão alcançados níveis desconhecidos, como pessoas dotadas de inteligência sobre-humana. Essa aparente vantagem do avanço genético, na verdade, poderia

criar medidas desenfreadas de seleção de genes, pela busca da “perfeição” de um padrão ideal, o que acarretaria numa sociedade com seres humanos pré-pensados e aproximados de um estereótipo, de forma semelhante ao ocorrido no nazismo (Buchanan *et al.*, 2002).

A palavra *eugenia*² é, por isso, comumente associada ao nacional-socialismo, que, de fato, popularizou a expressão. O método implementado pelos médicos do governo era apoiado por uma legislação que, na letra fria, deixava claros seus objetivos e o público-alvo, como, por exemplo, a esterilização de deficientes hereditários e a castração de delinquentes habituais. O principal era impedir a reprodução de pessoas física e biologicamente inaptas, como demonstra o texto básico da legislação eugênica:

“Ley para impedir la transmisión de taras hereditarias” (promulgada el 14 de julio de 1933). Esa ley permite la esterilización en casos de: 1) imbecilidad congénita, 2) esquizofrenia, 2) manía depresiva, 4) epilepsia hereditaria, 5) corea de Huntington, 6) ceguera hereditaria, 7) sordera hereditaria, 8) deformaciones físicas graves hereditarias. El paciente, el médico o el director de la institución en que está confinado aquél pueden recurrir a un tribunal especial de esterilización, que tiene una composición muy semejante y cuya sentencia es ejecutoria. (Neumann, 1943, p. 137)

O fenômeno do holocausto, como se sabe, aniquilou milhões de pessoas com

fins de concretizar um plano de pureza racial, um dos pilares da ideologia estatal do período nazista. Milhares de sujeitos considerados *indignos*, como esquizofrênicos e deficientes físicos, responsáveis por “impedir” a supremacia racial ariana, idealizada pela perspectiva de uma sociedade perfeita, foram torturados, utilizados como cobaias em experimentos científicos e dizimados. Judeus e ciganos também participaram dos experimentos, enquanto os saudáveis desses grupos recebiam doses de vírus e bactérias, como malária e tifo, para verificar a reação do organismo. Gêmeos e anões eram os preferidos de muitos médicos, sendo especialmente selecionados para experimentos que envolviam a análise de DNA.

Diante de tais considerações, se, de um lado, a eugenia possibilita uma geração de nascidos que poderá crescer livre da ameaça de alguns tipos de enfermidades, de outro, a face negativa do fenômeno demonstra existir o risco de serem criadas novas formas de segregação ao tirar de cada um a própria existência, com qualidades e defeitos característicos do gênero humano. Ao longo da história, observam-se, em vários momentos, indivíduos que, de alguma forma, não se encaixam nos padrões de estereótipo definidos pelo grupo dominante, sendo segregados e perseguidos. O preconceito atravessou séculos, apenas assumindo novos ares, ganhando força no século XIX, com estudos *pseudocientíficos* sobre a escala de superioridade dos seres humanos, de acordo com seus traços fenotípicos.

² É importante destacar que a eugenia perpetrada pelo nazismo é tida como negativa.

1.2 A Intervenção genética ante a dignidade humana

Os avanços científicos colocam a humanidade diante de um novo panorama evolutivo, ante o acelerado desenvolvimento da indústria farmacêutica³ e dos progressos da medicina, principalmente no que tange à manipulação genética. Entretanto, esse fenômeno não pode ser dissociado da raiz ocidental dos direitos, em especial a dignidade da pessoa humana.

Ao selecionar, por intermédio de um controle social dos cruzamentos, determinados traços físicos (os que não possuem alguma deficiência física como a cegueira ou surdez, ou, ainda, com o modelo estético considerado inferior), comportamentais (os mais capazes, fortes e inteligentes), a eugenia, mesmo a positiva, propaga o abuso da discriminação, o que resulta em uma categorização de quem é apto ou não para a reprodução. Habermas chama o resultado disso de "efeito bola de neve", ou seja, com a aceitação prévia de uma eugenia negativa⁴ (desde os abortos seletivos até a terapia de células e substituição da linha germinal), corre-se o risco, pela habitualidade, de cair em uma eugenia positiva, voltada para o aperfeiçoamento, desconsiderando as dimensões morais da pessoa.

Barretto (2013. p. 334) afirma que, segundo o ponto de vista de Habermas, essas

intervenções (tecnização da natureza humana) atentam contra as condições de formação da identidade do ser afetado, pois provocam uma "alteração de auto-compreensão ética da espécie — uma auto-compreensão que não pode mais ser harmonizada com aquela auto-compreensão normativa, pertencente a pessoas que determinam sua própria vida e agem com responsabilidade".

Assim, a concepção habermasiana demonstra preocupação com a utilização das técnicas genéticas, pois a sua utilização viola os pressupostos essenciais das ações responsáveis surgidas em um contexto de igualdade de condições (Barretto, 2013). Em síntese, ocorre a desnaturalização da espécie humana pelo fenômeno da cientificação, a partir do momento em que a autonomia individual deixa de existir, já que o sujeito não se autolegisla. A humanidade recai nas mãos dos cientistas, através de uma heteronomia a partir do desenvolvimento tecnológico, que se encarrega na produção da vida humana sob padrões preferenciais pragmaticamente selecionados.

Negar o direito à existência dos indivíduos que, em tese, não teriam as "melhores" qualidades não parece ser apenas uma proposta questionável — afinal, os critérios estipulados parecem se vincular com ideologias —, mas também pode ser interpretado como uma tentativa radical de exterminar toda e qualquer forma de diferenças. Como consequência, isso acaba proliferando pessoas incapazes de conviver com o pluralismo biológico e, por conseguinte, social, e, assim, im-

³ Cite-se, a propósito, o surgimento de novos medicamentos como o Solanezumab, anticonvulsivo que pode evitar a evolução da doença de Alzheimer.

⁴ Para Habermas, a eugenia negativa (aperfeiçoamento) é uma heterodeterminação externa irreversível (atitude do artesão).

possibilita-se a evolução do "eu" e do "tu" diversificados.

Todas essas considerações caminham para uma constatação inevitável: a expressão *eugenia* pode ser considerada paradigmática. Se, por um lado, a humanidade evolui no tratamento das doenças genéticas, por outro, ocorrem indignações quanto à eugenia positiva, em que a heterodeterminação do indivíduo é irreversível (Habermas, 2001), por se tratar de aperfeiçoamento feito por artesão e, por consequência, gerar um ambiente de *instrumentalização* da espécie humana.

Com a utilização de técnicas genéticas de aperfeiçoamento, ocorre a *perda da consciência de autoridade da vida própria*, pois o sujeito é submetido às intenções irreversíveis fixadas por agentes exteriores que não ela (heterodeterminação externa); isso gera, por consequência, a impossibilidade do ser de se compreender como autor de sua própria vida (Habermas, 2004).

Analisando os precedentes judiciais brasileiros, é possível encontrar casos de pais que pleiteiam alvará judicial para a interrupção de gravidez, em uma visível tentativa de "escolher" quem pode nascer ou não, a depender dos traços físicos. Em um dos casos, julgado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, um casal entrou com o pedido de interrupção, por ter sido constatado que o feto era portador de hidrocefalia (Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul [TJ-MS], 2002). Ocorre que, em que pesem as consequências trazidas pela hidrocefalia (problemas de aprendizagem, entre os quais, memória

curta e concentração, alterações de personalidade), ela em nada impede a vida extrauterina, razão pela qual foi negada a interrupção da gravidez, sendo garantido ao feto o direito de nascer com vida.

Em outro caso, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o pedido de interrupção de gestação se deu pelo fato de o feto ser portador de artrogripose (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul [TJ-RS], 2013). Trata-se de uma deformidade física, uma doença congênita caracterizada por deformidade e rigidez nas articulações. Apesar das deformidades físicas, normalmente possui desenvolvimento mental normal. Foi negado o pedido, por não se tratar de aborto necessário.

Em ambos os casos, não se estava diante de um perigo considerável à saúde, que acarretasse perigo à vida da gestante, ou da impossibilidade vital após o nascimento. Pelo contrário, o máximo de afetação era em relação ao padrão normal de desenvolvimento, querendo os pais a liberdade de rejeitar o nascimento de seu filho em virtude de imperfeições. Isso acaba remetendo a uma forma de segregação, visto que, em ambos os casos, haveria aptidão para se ter uma vida, tendo em vista a possibilidade de intervenções cirúrgicas capazes de beneficiar o sujeito portador de deficiência.

De forma similar às situações supramencionadas é a interrupção de gravidez que envolve fetos com microcefalia, pois a vida, pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil, é um direito fundamental indisponível, o que indicaria

a interrupção fora dos casos permitidos constitucionalmente, aproximando-se de uma forma de eugenia negativa. Entretanto, no caso do surto de microcefalia registrado nos últimos anos, a responsabilidade do acometimento passa a ser do Estado, devido à omissão da proliferação da doença, tendo em vista a ausência de medidas efetivas para evitar seu avanço. O problema também está na relação da condição financeira dos atingidos com o avanço da epidemia, colocando pessoas em situação vulnerável em uma posição social ainda mais desvantajosa. A questão, portanto, gira em torno da obrigação de levar a gravidez adiante, sabendo das condições inóspitas de muitas famílias e da falta de assistência estatal no combate ao surto de microcefalia.

Em situações normais, ao buscar a interrupção da gestação por conta de deficiências, nega-se a dignidade humana, compreendida como a condição humana como valor único e incondicional que tem a existência de todo ser humano, independentemente de qualquer "qualidade acessória", como o estado de saúde física ou mental (Andorno, 2009). Sabe-se que o aborto de fetos microcéfalos é considerado uma forma de eugenia negativa, entretanto, na atual conjuntura brasileira, é complexo negar o direito de aborto nessa situação.

2. A EUGENIA NEGATIVA EM JOHN RAWLS

John Rawls, na estruturação de sua "Uma Teoria da Justiça", parte de uma tradição contratualista em que pessoas livres e racionais se reúnem em uma situação inicial

ideal — a *posição original* — para moldar um acordo social. Nela, todos estariam sob a égide do "véu da ignorância", segundo o qual cada componente estaria impossibilitado de reconhecer todas as circunstâncias pessoais, dos outros e da própria sociedade, de forma que a deliberação partisse somente dos *princípios da justiça*, fundadores da *justiça como equidade* (Rawls, 2008).

Após definido o ideal de justo, há a sua materialização em uma constituição e em uma legislatura para a promulgação de normas, desde a concepção inicial acordada. As instituições, posteriormente criadas, têm a função de realizar os fundamentos constitucionais estabelecidos. A posição original, então, é "o *status quo* inicial apropriado para garantir que acordos fundamentais nele alcançados sejam equitativos" (Rawls, 2008, p. 21). Para tanto, na situação primeva, pressupõe-se que as pessoas não possuam interesses egoísticos, devendo desconhecer da sua própria situação. Na escolha dos princípios, não pode haver quaisquer (des)favorecimentos, necessitando, ainda, de um consenso sobreposto, o qual deve se afastar de situações individuais pela aceitação geral, cuja justificativa pode ser aceita globalmente.

Os dois princípios da justiça como equidade escolhidos na situação inicial são: (1) o da maximização da liberdade igual e (2) o da diferença:

O que sustentarei é que as pessoas presentes na situação inicial escolheriam dois princípios bem diferentes: o primeiro requer igual-

dade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais, ao passo que o segundo afirma que as desigualdades de riqueza e autoridade só serão justas se resultarem em vantagens recompensadoras para todos e, em especial, para os membros menos favorecidos da sociedade. (Rawls, 2008, p. 18)

Os princípios, ao serem estabelecidos na posição original, serão, então, a estrutura basilar da formação da sociedade, distribuindo os direitos fundamentais. O autor não apresenta os dois princípios em uma disposição aleatória, mas sim graduada lexicalmente: o primeiro deve ser totalmente satisfeito (de forma irrestrita), ou seja, assegurar as liberdades individuais de todos, para que o princípio da diferença seja aplicado. A relativização do primeiro princípio não ocorre pelo fato de que nenhuma liberdade pode ser violada, justificada por maiores vantagens econômicas e sociais. O único tipo de limitação que pode caber é quando duas liberdades fundamentais entram em choque, já que nenhuma delas é absoluta (Rawls, 2008).

As liberdades fundamentais, é importante ressaltar, são as seguintes: a liberdade política, como o direito ao voto e ao cargo público; a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de pensamento; o direito à propriedade privada; a liberdade individual, como proteção contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação que compreendem a integridade da pessoa (Rawls, 2008).

Rawls (2008) demonstra, com isso, que se deve, pois, garantir um *status* libertário

igual, situação na qual um indivíduo não seja mais "livre" do que outro. Todavia, deve-se mencionar que essa situação não é meramente declaratória, ou seja, formal, mas tem um sentido prático, posto que as pessoas possuem desigualdades inerentes entre si na própria substancialidade. Assim, o ser representa a concretização do dever ser, o que permite a vinculação do plano ideal com o real.

No princípio da diferença, ocorre a procura de efetivar a justiça distributiva, em que os que se encontram em posição mais favorecida ou privilegiada só podem ascender sob a hipótese de que isso traga favorecimento a todos, incluindo os menos favorecidos. Em suas palavras, "embora a distribuição de riqueza e renda não precise ser igual, deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, os cargos de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos" (Rawls, 2008, p. 74).

Toda essa configuração moral acaba refletindo no entendimento rawlsiano sobre a eugenia. O autor Rawls acredita que ela é um problema social, uma vez que certas manipulações genéticas, embora possam ser permitidas, não podem atingir os princípios da justiça e devem ser feitas a partir de uma concepção positiva. Assim, para Rawls (2008):

Devemos observar, porém, que em geral não é benéfico para os menos afortunados propor políticas que reduzam os talentos dos outros. Pelo contrário, ao se aceitar o princípio da diferença, os talentos superiores passam a ser considerados bens sociais

a serem usados para o bem comum. Mas também é do interesse de cada um ter maiores dotes naturais. Isso permite que cada qual possa perseguir seu plano de vida preferido. Na posição original, então, as partes querem garantir para os descendentes a melhor dotação genética (presupondo-se que a deles próprios esteja determinada). A busca de políticas razoáveis nesse aspecto é algo que as gerações anteriores devem às posteriores, sendo essa uma questão que surge entre as gerações. Assim, com o tempo, a sociedade deve tomar atitudes para ao menos preservar o nível geral das capacidades naturais a fim de impedir a proliferação de defeitos graves. Essas medidas devem ser orientadas por princípios com os quais as partes estariam dispostas a concordar para o bem de seus sucessores. (p. 129)

Segundo a análise da *Teoria da Justiça*, todas as desvantagens não merecidas, o que inclui traços genéticos menos desejáveis, como deficiências mental e física, não necessitam de uma solução para estabelecer uma situação equitativa. Pelo contrário, a igualdade de oportunidades afirma que é injusto estruturar as instituições sociais de tal forma que o acesso das pessoas aos bens se baseiem nos seus dotes naturais. Nessa mesma linha, a igualdade de oportunidades não requer a ocorrência de intervenção para prevenir todos os casos em que os indivíduos tiverem doenças genéticas.

Para o pensamento seguido pelo autor, as desigualdades naturais, como é o caso do feto cometido pela microcefalia, não se-

riam problemáticas, pois "na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para o benefício de todos" (Rawls, 2008, p. 102). O princípio de oportunidades equitativas deve garantir que o sistema de cooperação seja um sistema de justiça procedimental pura, que não leva em consideração as circunstâncias nem as posições relativas mutáveis das pessoas. A distribuição dos itens produzidos será conduzida através de um sistema público de normas, que definirá as exigências e dependerá das reivindicações dos indivíduos.

O princípio de diferença tenta estabelecer fundamentos objetivos para as comparações interpessoais de duas maneiras. Em primeiro lugar, se pudermos identificar o indivíduo representativo menos favorecido, daí em diante só há a necessidade de juízos ordinais de bem-estar. Sabemos a partir de qual posição se deve julgar o sistema social. Não importa o quanto esse indivíduo representativo é menos desfavorecido em relação aos outros. As outras dificuldades de aferição cardinal não se apresentam, pois não há necessidade de quaisquer comparações interpessoais (Rawls, 2008, pp.109-110).

Sob o ponto de vista de Rawls, cidadãos portadores de deficiência serão tão *sujeitos* quanto outros considerados "normais", garantidamente pelo sistema cooperativo, através do princípio da diferença, em que os detentores de posições mais privilegiadas deverão colaborar com os menos favorecidos, a fim de estabelecer uma equidade social.

O autor destaca o princípio do paternalismo, utilizado no caso de crianças, deficientes mentais, ou qualquer pessoa que não tenha condições de promover racionalmente seus interesses. Os seus termos, então reconhecidos pelas partes na posição original, possuem o intuito de proteger os contratantes contra fraquezas e enfermidades de sua razão e vontade na sociedade. Diante disso, terceiros recebem o direito, ou até mesmo a exigência, de agir em nome alheio para fazer o que nós mesmos faríamos em uma situação racional.

As decisões devem ser orientadas pela manifestação dos interesses individuais, desde que "racional". Quando se age em nome de algum desconhecido, da mesma forma, é necessário agir por ele como agiria de forma própria, tentando consolidar o "melhor" (Rawls, 2008). Esses princípios são considerados proteção da própria irracionalidade do ser humano e não devem ser interpretados como autorizações a agressões contra esse indivíduo.

Duas outras estipulações se fazem necessárias: a intervenção paternalista deve justificar-se pela evidente deficiência ou ausência da razão e da vontade, e deve orientar-se pelos princípios de justiça e pelo que se sabe dos objetivos e das preferências mais permanentes do indivíduo; ou pela teoria dos bens primários. Essas limitações impostas à aplicação e orientação de medidas paternalistas derivam das suposições da posição original. As partes querem garantir a própria integridade pessoal, bem como suas crenças

e seus objetivos últimos, quaisquer que sejam (Rawls, 2008, p. 310).

O autor expressa, através do princípio paternalista, que mesmo o indivíduo sem racionalidade deve ser tutelado por aquele dotado de racionalidade plena. Nesse sentido, pode-se observar que Rawls é claro ao afirmar que não serão permitidas agressões à sua integridade física; assim, a interrupção da gestação de fetos microcéfalos seria algo inadmissível para a teoria do autor.

Ao enumerar um elenco (não taxativo) de liberdades básicas, a liberdade individual, vista como valor "supremo", norteia o alcance do bem-estar da sociedade; portanto, a intervenção genética, sob forma de eugenia negativa, como podem ser considerados alguns casos de interrupção da gravidez por conta de feto microcéfalo, não poderia, em um primeiro momento, ser aceita, por ferir a integridade da pessoa. Nessa situação, trata-se da liberdade individual do feto que será impedido de nascer. Entretanto, há uma pergunta: e a escolha da mulher não estaria resguardada sob os mesmos fundamentos?

A resposta deve perpassar os elementos reais constitutivos da sociedade. No caso do Brasil, a Constituição Federal, dotada de força normativa, tem o direito à vida como fundamental, e o Código Civil tutela os direitos do nascituro desde a sua concepção (art. 2º). A interrupção da gravidez estaria ferindo, na própria tradição conceitual de vida, os princípios de justiça e as normas estabelecidas no pacto inicial, embora nada trave eventuais

mudanças de cunho constitucional em sentido diverso, desde que possibilite a participação de todos no procedimento deliberativo de modo a consubstanciar o consenso sobreposto, afastado de eventuais doutrinas abrangentes não razoáveis ou por escusas de cunho pessoal das maiorias transitórias, como pode ser o caso da religião.

Ao longo de seus estudos, portanto, Rawls deixa “pistas” a respeito do que considera inadmissível para a sociedade bem ordenada, e percebe-se que todos os argumentos unidos se tornam uma voz uníssona, a fim de comprovar que a Teoria da Justiça do autor é incompatível com a instrumentalidade utilitarista da eugenia negativa, ou qualquer outro tipo de situação que viole a dignidade humana. Em contrapartida, busca resguardar o máximo possível de atuação da liberdade da mulher e de todos os demais cidadãos.

CONCLUSÕES

O trabalho procurou inicialmente fazer um panorama geral do significado de eugenia, desde seu surgimento, através de Francis Galton, até a contemporaneidade. Verificou-se que o termo carrega uma *sombra* por conta do ápice de sua popularidade ter se dado na ocasião dos estudos nazistas, embora seja possível visualizar situações em que a sua utilização ocasione, de alguma forma, melhorias significativas na saúde humana.

Após a exposição das categorias que envolvem a eugenia e a análise de casos, chegou-se à conclusão de que a interrup-

ção da gestação de fetos anencéfalos se enquadra, em certas situações, na eugenia negativa, por somente visar à maximização do bem-estar social, ainda que em detrimento de alguns poucos indivíduos, podendo citar, como atitude análoga, o aborto seletivo.

Como pano de fundo da problemática escolhida, a Teoria da Justiça de John Rawls foi exposta para dar os fundamentos necessários para a discussão sobre o posicionamento social acerca de certos tópicos e, como visto, a sua formação se inicia a partir de um contrato no qual os membros, vestidos com o “véu da ignorância” para se restringir apenas aos princípios de justiça — da maximização da liberdade individual e o da diferença —, possam estabelecer os pilares constitucionais e, por conseguinte, assegurar a não ocorrência da eugenia negativa, vista aqui como uma forma de instrumentalização desarrazoada. Caso se considere apenas o bem-estar coletivo como, por exemplo, o estabelecimento de “padrões superiores”, a interrupção da gravidez por conta da microcefalia estaria vedada, de início, sobretudo pelas escolhas feitas, no Brasil, pelos contratantes iniciais.

Todavia, nada veda a liberdade da mulher em escolher sobre o seu próprio corpo, desde que as suas escolhas se adaptem à ordem normativa, o que, por conseguinte, significa estabelecer uma simetria com argumentos capazes de se fazer racionais dentro da égide do consenso sobreposto. Para complementar, portanto, é relevante notar o pensamento de Habermas no sentido de afirmar que não apoia técnicas de

aperfeiçoamento humano, isto é, é contra todos os tipos de eugenia.

Assim, avanços genéticos são importantes, contanto que, além de favorecerem a sociedade, entrem em consonância com os princípios da justiça e evitem qualquer medida invasiva de doutrinas abrangentes não razoáveis no *locus* técnico-científico e da razão pública, o que, invariavelmente, pode — e é bem provável que vá — levar a uma restrição da liberdade ao invés de sua expansão.

REFERÊNCIAS

- Andorno, R. (2009). Liberdade e Dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? Em J. M. Costa e L. L. Möller (eds.), *Bioética e Responsabilidade* (pp. 73-93). Rio de Janeiro, Brasil: Forense.
- Barretto, V. P. (2013). *O fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas*. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado.
- Buchanan, A., Brock, D., Daniels, N. e Wikler, D. (2002). *Genética y justicia*. Madri, Espanha: Cambridge University Press.
- Cowan, R. S. (1972). Francis Galton's statistical ideas: the influence of eugenics. *Isis*, 63(4), 509-528.
- Del Cont, V. (2008). Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Scientiae Studia*, 6(2), 201-218.
- Domingues, O. (1942). *Eugenia*. São Paulo, Brasil: Companhia Editora Nacional.
- Feldhaus, C. (2005). O futuro da natureza humana de Jürgen Habermas: um comentário. *Ethic@*, 4(3), 309-319.
- Galton, F. (1988). *Herencia y eugenesia*. Madri, Espanha: Alianza Editorial.
- Habermas, J. (2001). *A Constelação pós-nacional: Ensaios políticos*. São Paulo, Brasil: Littera Mundi.
- Habermas, J. (2004). *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo, Brasil: Martins Fontes.
- Ministério da Saúde do Brasil. (2015). *Protocolo de vigilância e resposta à ocorrência de microcefalia relacionada à infecção pelo vírus Zika*. Recuperado de <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2015/dezembro/09/Microcefalia--Protocolo-de-vigil-ncia-e-resposta--vers--o-1--09dez2015-8h.pdf>
- Mota, A. (2013). Quem Tem Medo da Eugenia?: Permanências Discursivas de uma Prática Inacabada. Em Monteiro Y. e Carneiro M. (eds.), *As doenças e os medos sociais* (pp. 219-250). São Paulo: Editora da Universidade Federal de São Paulo.
- Neumann, F. (1943). *Behemoth: pensamiento y acción en el Nacional Socialismo*. Cidade do México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2008). *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.
- Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Quarta Turma Cível. (25 de fevereiro de 2002) Sentença AC: 466 MS 2002.000466-0 [MP. João Maria Lós]
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Segunda Câmara Criminal. (24 de outubro de 2013) Sentença ACR: 70056632276 RS [MP. Marco Aurélio de Oliveira Canosa]

RECOMENDACIONES PARA LOS AUTORES

Quienes envíen artículos con destino a publicación en cualquiera de las revistas de la Universidad de Medellín deben acompañar el artículo con la constancia de que es inédito, de su autoría y que no ha sido propuesto para publicación en ningún otro medio, simultáneamente. Además, ceden sus derechos patrimoniales a la Institución y la autorizan a divulgar tales artículos por cualquier medio, impreso o electrónico, incluida la Internet.

Las personas interesadas en presentar un artículo para publicación en la revista *Opinión Jurídica* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín deberán enviar el artículo en medio magnético, al correo de la revista opinionjuridica@udem.edu.co, o por medio del sistema *Open Journal System* (OJS) que se encuentra en el siguiente enlace <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/index>.

La revista publica artículos de investigación, originales e inéditos, que no estén sometidos a otro medio de publicación simultáneamente, relacionados con las especialidades del derecho y disciplinas conexas:

- Derecho administrativo,
- Derecho ambiental,
- Derecho civil,
- Derecho comercial,
- Derecho constitucional y derechos humanos,
- Derecho de familia,
- Derecho internacional público y privado,
- Derecho internacional humanitario,
- Derecho laboral y de la seguridad social,
- Derecho penal y criminología,
- Derecho procesal,
- Derecho tributario, económico e interpretación económica del derecho,

- Derecho y políticas públicas,
- Clínica jurídica y enseñanza del derecho,
- Filosofía y teoría general del derecho,
- Historia del derecho e instituciones jurídicas

Los artículos deben presentarse teniendo en cuenta los siguientes requisitos de forma:

1. Formato Word, tamaño carta, margen de 3 en los 4 lados, Arial 12, interlineado de espacio y medio, espaciado anterior y posterior de 0 puntos, un espacio entre cada párrafo, sin sangría a la izquierda el inicio de cada párrafo y la extensión total del archivo debe ser de máximo 32 páginas.
2. El título no debe superar los dos renglones preferiblemente, ser llamativo al lector e ilustrar de manera clara lo que en el artículo se desarrollará. No son atractivos los títulos que lleven las palabras "aproximación", "acercamiento", "preliminar", y similares; tampoco los que se refieran a un lugar geográfico específico. Lo que se recomienda en estos casos es hacer la delimitación en la introducción.
3. El título debe llevar un llamado (pie de página con un asterisco) para especificar si el artículo proviene de un proyecto de investigación que se encuentra en curso o finalizado, título del proyecto, institución que lo financió, calidad en la cual participó el autor en dicho proyecto. En caso de no provenir de un proyecto de investigación se debe especificar que deriva de la actividad académica o investigativa, según sea el caso, del autor en el área específica de su actuación, con la finalidad de mostrar la trayectoria del autor en relación con el tema que aborda en el escrito.
4. Después del título se escribe(n) el(los) autor(es) sin estar precedido de "por". Debe haber un llamado (nota el pie con dos asteriscos para el primer autor, tres asteriscos para el segundo autor, y así sucesivamente) en el cual se debe especificar su formación, desde el pregrado hasta el último título de posgrado obtenido o que adelanta, institución a la cual pertenece, área de actuación, correo electrónico de contacto (preferiblemente el institucional, o este y uno personal si lo quiere el autor) y número de identificación Orcid. No se recomiendan más de cuatro autores.

5. El resumen es un solo párrafo de 15 líneas máximo, en donde debe quedar: el objetivo principal del artículo, la metodología utilizada y la principal conclusión hallada. No lleva citas.
6. Palabras clave. Hacen referencia a las temáticas que se abordan por el escrito que serán indexadas en los motores de búsqueda de las plataformas virtuales en las cuales la revista se encuentra indexada. Tenga en cuenta que las palabras clave pueden ser varias palabras al mismo tiempo; por ejemplo, "justicia transicional" es una sola palabra clave. Las palabras clave deben estar separadas por punto y coma.
7. La introducción no debe superar las 3 páginas. En ella debe hacerse presentación del contexto (algo así como planteamiento del problema), quedar claro el propósito del artículo (algo así como el objetivo general del escrito), la metodología empleada y los pasos que realizó para encontrar lo que el texto presenta y la estructura del artículo. Ninguna de estas partes lleva subtítulo; debe ser una redacción seguida y en ese orden. En caso de que la metodología sea conocida, no es necesaria la explicación de la misma; bastará con enunciarla.
8. En la parte inferior de las tablas y figuras debe señalarse la fuente. Si son elaboración propia debe decirse: "Fuente: elaboración propia".
9. Numerar los subtítulos. La introducción y la lista de referencias no llevan nomenclador.
10. Debe haber un acápite de conclusiones en donde se observe la respuesta a la pregunta y que el objetivo del escrito se alcanzó, al ser cotejado con lo dicho en la introducción del artículo.
11. La bibliografía no lleva viñetas ni clasificación. Debe ser una sola lista seguida en orden alfabético y cronológico.
12. Verificar que todo lo que está en la lista de referencias se encuentre citado en el texto y viceversa, incluyendo los pies de página. No debe faltar ni sobrar ninguna fuente en el cuerpo del escrito ni en las referencias cuando se haga el cotejo. Las normas que se siguen para las citas y para la lista de referencias son las APA.

Procedimiento de selección de artículos publicados. El editor revisará el artículo con el programa Turnitin para verificar su originalidad, y verificará el cumplimiento de

los requisitos de forma expresados, una vez el artículo los cumpla lo remitirá al Comité Editorial para el nombramiento de los pares evaluadores. El sistema de revisión de los artículos que se sigue en la revista es el conocido como "doble ciego". El editor es el encargado de enviar el artículo a los pares elegidos por el Comité Editorial, analizar los conceptos de estos y exponerlos ante al Comité Editorial recomendando la decisión. El Comité Editorial tiene en cuenta los conceptos de los pares y del editor para decidir: la publicación del artículo, regresarlo al autor para modificaciones o rechazo definitivo. La decisión que se tome será comunicada por el editor de la revista al autor del artículo en el menor tiempo posible, al correo electrónico reportado por el autor en el artículo enviado.

RECOMMENDATIONS TO THE AUTHORS

Those who send articles for publication in any of Universidad de Medellín's Journals should accompany the article with the proof that it is unpublished, of its authorship and that it has not been proposed for publication in any other mean, simultaneously. In addition, they assign their economic rights to the University and authorize it to disclose such articles by any means, whether electronic or printed, including the Internet.

Those interested in submitting an article for publication in the journal *Opinión Jurídica* of Universidad de Medellín Law School should send the article in magnetic format to mail opinionjuridica@udem.edu.co, or by means of the Open Journal System (OJS) which can be found in the following link <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/index>.

The Journal publish research articles, original and unpublished, that aren't submitted to other publication mean at the same time, related to law fields and related discipline:

- Administrative law,
- Environmental law,
- Civil law,
- Commercial law,
- Constitutional and Human Rights law,
- Family law,
- Public and Private International law,
- Humanitarian international law,
- Labor and social security law,
- Criminal law and criminology,
- Litigation law,
- Tax, economic law and economic interpretation of the law,
- Law and public policies,
- Legal advising office and teaching of law
- Philosophy and general theory of law, or
- Law's history and legal institutions,

The articles must be submitted taking in count the following form requirement:

1. Word format, letter size, margin 3 on the 4 sides, Arial 12, one and a half spacing, front and back spacing of 0 points, one space between each paragraph, without indentation on the left the beginning of each paragraph and the total file length must be a maximum of 32 pages..
2. The title should preferably not exceed the two lines, be appealing to the reader and clearly illustrate what will be developed in the article. Titles bearing the words "approximation", "preliminary", and the like are not attractive, neither are those referring to a specific geographical location. What is recommended in these cases is to make the delimitation in the introduction.
3. The title must be marked with an asterisk (footnote) to specify whether the article is from an ongoing or completed research project, the title of the project, the institution that funded it, quality in which the author participated in the project. In case of not coming from a research project, it should be specified what derives from the author's academic or research activity, as the case may be, in the specific area of work, in order to show the author's trajectory in relation to the subject matter addressed in the paper.
4. After the title, the author (s) are written without being preceded by "by". There must be a call (footnote with two asterisks for the first author, three asterisks for the second author, and so on) in which its formation must be specified, from the undergraduate to the last graduate degree obtained or advanced, institution to which it belongs, area of action, contact e-mail (preferably the institution, or this one and a personal one if the author wants it). No more than four authors are recommended.
5. The abstract is a single paragraph of 15 lines maximum, where it should read: the topic of the article, how it is addressed and the main finding. Does not take references.
6. Key words. They refer to the topics dealt with the writing that will be indexed in the search engines of the virtual platforms in which the magazine is indexed. Keep in mind that keywords can be several words at the same time; for example, "transitional justice" is a single keyword. Keywords must be separated by semicolons.

7. The introduction should not exceed 3 pages. It should include a presentation of the context (something as well as problem statement), the purpose of the article (something as well as the general objective of the text), the methodology used and the steps taken to find out what the text presents and the structure of the article. None of these parts is subtitled; it should be followed and in that order. If the methodology is known, it is not necessary to explain it; simply state it.
8. At the bottom of the tables or graphs the source should be noted. If they are own elaboration it should be said: "Source: own elaboration".
9. Subtitle nomenclature. The introduction and the list of references do not carry nomenclature.
10. There must be a section of conclusions in which the answer to question is observed and the objective of the writing was reached, when compared with what was said in the introduction of the article.
11. The bibliography does not carry vignettes or classification. Must be a single list followed in alphabetical and chronological order.
12. Verify that everything in the list of references is cited in the text and vice versa, including footnotes. No source in the body of the writing or in the references should be missing or left over when the comparison is made. The rules for citations and the reference list are APA.

Procedure for selecting published articles. The editor will review the manuscript with the Turnitin program to determine its originality, and once the article complies with them will submit it to the Editorial Committee for appointment as peer evaluator. The review system of the articles that is followed in the journal is known as "double-blind". The editor is in charge of sending the article to the couple chosen by the Editorial Committee, analyzing the concept of this one and presenting it before the Editorial Committee recommending the decision. The Editorial Committee takes into account the concept of the pair and the editor to decide: the publication of the article, return it to the author for modifications or final rejection. The decision will be communicated by the editor of the journal to the author of the article in the shortest possible time, to the e-mail reported by the author in the submitted article.



Opinión Jurídica, vol. 17, núm. 34
se terminó de imprimir en 2018 en Xpress Estudio Gráfico y Digital.

Para su elaboración se utilizó papel Bond Bahía 70 g
en páginas interiores y Propalcote 250 BD en carátula.
La fuente usada es Novarese BK BT a 10,7 puntos.