

# REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 11, n. 1, jan./jun. 2016. ISSN 1809-7278 (Impressa)  
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

Do Direito Fraterno Humanista: diálogos e vetores  
*Paulo Ferreira da Cunha*

Vulnerabilidad Jurídica e Institucional de los Migrantes  
Indocumentados en Tránsito por México  
*Alfredo Islas Rodríguez, María Del Rosario Molina González, María de  
Jesús Camargo Pacheco*

Ideas Generales para la Construcción de una Respuesta Jurídica  
Compleja, Autónoma y Transversal a los  
Procesos Salud-Enfermedad-Atención  
*Elian Pregno*

El Derecho a Gozar de un Ambiente Sano:  
relaciones entre la salud y el ambiente  
*Gonzalo F. Iglesias Rossini*

La Enseñanza de los Derechos Humanos: valores y principios  
éticos en la formación docente  
*Jaime Hernández Ortiz*

Reconocimiento de los Derechos de la Población LGBTI en el Marco de  
los Postulados Constitucionales en Colombia  
*Omar Huertas Díaz*

A Semântica da Responsabilidade Social para Entender o que não é  
*Irene Portela*



FACULDADES  
SANTO AGOSTINHO



# REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 11, número 1, jan./jun. 2016

ISSN 1809-7278 (Impressa)

ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

---

REVISTA BRASILEIRA  
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 11, n. 1 – Semestral – Montes Claros, MG – jan./jun. 2016

---



FACULDADES  
SANTO AGOSTINHO

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação semestral da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA, editada por Elton Dias Xavier.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

**FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO – FADISA (FACULDADES SANTO AGOSTINHO)**

**Diretor Administrativo-Financeiro:** Eustáquio Eleutério do Couto Júnior

**Diretora Acadêmica:** Prof.<sup>a</sup> Silvana Maria de Carvalho Mendes

**Diretor de Marketing e Novos Negócios:** Alexandre Moreira

**Diretor de Unidade:** Prof. Wanderklayson Aparecido Medeiros de Oliveira

**REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)**

**Editor:** Prof. Dr. Elton Dias Xavier - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, MG, Brasil

**Editor-Associado:** Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, MG, Brasil

**Membros do Conselho Editorial**

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

**Organização, padronização e revisão linguística:** Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

**Diagramação/Editoração gráfica/Capa:** Maria Rodrigues Mendes

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:  
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

**Endereço:** (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

**E-mail:** <eltondx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação semestral/Published 2 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

---

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo Agostinho. - Vol. 11, n. 1 (2016) – . – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2016 –  
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

---

Ficha catalográfica: Edmar dos Reis de Deus – CRB6-2486

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b> .....	7
------------------------	---

### ABERTURA

Do Direito Fraterno Humanista: diálogos e vetores <i>Paulo Ferreira da Cunha</i> .....	13
---	----

### ARTIGOS

Vulnerabilidad Jurídica e Institucional de los Migrantes Indocumentados en Tránsito por México <i>Alfredo Islas Rodríguez, María Del Rosario Molina González, María de Jesús Camargo Pacheco</i> .....	39
--	----

Ideas Generales para la Construcción de una Respuesta Jurídica Compleja, Autónoma y Transversal a los Procesos Salud-Enfermedad-Atención <i>Elian Pregno</i> .....	59
--	----

El Derecho a Gozar de un Ambiente Sano: relaciones entre la salud y el ambiente <i>Gonzalo F. Iglesias Rossini</i> .....	83
--	----

La Enseñanza de los Derechos Humanos: valores y principios éticos en la formación docente <i>Jaime Hernández Ortiz</i> .....	101
--	-----

Reconocimiento de los Derechos de la Población LGBTI en el Marco de los Postulados Constitucionales en Colombia <i>Omar Huertas Díaz</i> .....	119
--	-----

## **ECOS ACADÊMICOS**

A Semântica da Responsabilidade Social para Entender o que não é  
*Irene Portela* ..... 135

**NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO** ..... 153

## EDITORIAL

O ano de 2016 parece promissor. Ao iniciar os trabalhos do volume 11, número 1, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** consolida uma década de existência. E abre a segunda década com ares de vitória. Por motivos matemáticos, o volume 10, do ano de 2015, encerrou a primeira década. Uma lembrança deve ser retomada: a gestação, as primeiras ideias, os primeiros passos da Revista se deram ainda em 2005, vindo a lume o primeiro número em 2006. Passada a primeira década, portanto, há voos prontos e decolagens autorizadas. A busca, portanto, é por novos ares, outros países, outras paragens. É a internacionalização deste veículo que parece irreversível.

O presente volume 11, número 1, é uma dádiva para um primeiro semestre de muitas novas conquistas. Países como México e Uruguai entram no rol dos que têm escritores, professores e pesquisadores que fornecem bom material para este veículo científico.

Como nas versões mais atuais, há uma divisão da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** em três seções. A primeira é a denominada “Abertura”. Na seção intermediária, vários “Artigos” científicos mostram seus autores, e a inserção dos textos, na Revista, obedece à ordem alfabética dos nomes dos seus autores. Para encerrar, a seção “Ecos Acadêmicos” apresenta texto científico mais condizente com a linha europeia de pesquisa científica. Até mesmo porque a denominação “brasileira” desta publicação científica já vem sendo muito pronunciada como “brasileña” pela imensa quantidade de colaboradores que são da Língua Espanhola.

Como texto de **Abertura**, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** conta com a colaboração do multipublicado Paulo Ferreira da Cunha, expoente do Direito europeu. No seu texto, denominado “Do Direito Fraternal Humanista: diálogos e vetores”, o autor coloca sua experiência de escritor e Professor com trânsito em diversos países europeus e americanos, e dialoga com o leitor sobre transversais temas acerca do Direito Fraternal. Trata-se de um futuro capítulo de mais um da sua quase centena de livros escritos e publicados. Da leitura do texto, pode-se ver a posição do autor quando diz, por exemplo, que os orientadores de mestrado e doutorado se prezavam pela qualidade dos alunos e dos temas que seriam desenvolvidos, somente aceitando a orientação se a pesquisa proposta tivesse afinidade com a sua linha de pesquisa. Mas, modernamente, agem “sob a pressão de avaliações que fazem depender a nota dos docentes do volume de orientações assumidas, ainda que só formalmente... Mais uma das banalizações, funcionalizações e domínio do ‘reino da quantidade’ que vai tornando Universidades em hipermercados.”. E, alerta aos novos integrantes das academias – mestres e doutores – ao dizer que “Qualquer

obscuro acadêmico ou prático pode agora ser adornado com os mais excelsos adjetivos. Isso empobrece todos. E dá ao conjunto uma sensação de feira, e feira de vaidades. O Direito costumava ser mais circunspeto. Sombrio, talvez, mas ainda que sisudo, exalava mais confiança e seriedade.”. Não chega a ser uma reclamação. É só uma outra questão tratada, o “*suum cuique tribuere*” (atribuir a cada um o que é seu) do qual bem trata Hans Kelsen. Para resumir, para o autor, “Os juristas têm grandes responsabilidades. [...] o Jurista deve ter compromisso com a busca da Verdade e da Justiça, com as vozes dos injustiçados que clamam no deserto e na floresta de aço e betão. Deve ser cavaleiro andante da Justiça.”. Desta forma, o texto merece o destaque porque eleva a si próprio, servindo de âncora e farol para quem tem liame para com o estudo do Direito, variando do estudante de primeiro período ao portador da maior quantidade de pós-doutorados.

A seção **Artigos** tem início com o texto de autoria de três professores mexicanos. A universalização da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** está continuada. Participam os autores Alfredo Islas Rodríguez, María del Rosario Molina González e María de Jesús Camargo Pacheco, do corpo docente mais qualificado (são Professores Doutores em Direito) da Universidad de Sonora. Eles escrevem sobre “Vulnerabilidad Jurídica e Institucional de los Migrantes Indocumentados en Tránsito por México”. O texto mostra os caminhos que a Imigração (polícia, Ministério das Relações Exteriores e outros órgãos) tem trilhado para contornar um fato que se mostra geográfica e facilmente entendido: a vizinhança com os Estados Unidos faz com que muitas pessoas, de diversas partes do mundo, tentem entrar ilegalmente tanto no México quanto nos Estados Unidos. O desdobramento das ações variam desde o combate à violência (pela presença de pessoas em situação ilegal, normalmente portanto algum dinheiro e com destino aos Estados Unidos, o que faz com que haja formação de grupos de desrespeitadores da lei) a que estão expostos os imigrantes ilegais, até uma política de respeito aos Direitos Humanos destas pessoas, normalmente expulsas das suas origens por razões políticas, econômicas, de guerra ou do junção de todos esses fatores. Tema mais do que atual, motivo de debates acirrados nas campanhas políticas presidenciais norte-americanas.

O Prof. Dr. Elian Pregno, Doutor da Universidad de Buenos Aires, apresenta o texto científico denominado “Ideas Generales para la Construcción de una Respuesta Jurídica Compleja, Autónoma y Transversal a los Procesos Salud-Enfermedad-Atención”, que, de “geral”, há nada, uma vez que a análise é profunda e resultado de vários e sérios estudos. O doutrinador, autor de livros e capítulos de livros, além de palestrante (inclusive, na Faculdade de Direito Santo Agostinho por duas vezes, sendo também autor de um capítulo de um livro que tivemos o privilégio de organizar), coloca sua experiência no estudo do Direito da Saúde como proposta capaz para demonstrar que este deve ser classificado como um ramo do Direito e, não, apenas um segmento de estudos de tópicos como Direitos Humanos, Direito da Dignidade Humana, Direito Previdenciário ou outros.



O artigo científico demonstra grande estudo, faz citações de vários autores e ainda indica a continuidade dos estudos em fontes confiáveis. Muitas vezes aplaudido, o autor colabora para a elevação da qualidade internacional da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. E o faz com qualidade.

Um novo enfoque sobre o tema do Direito à Saúde vem da lavra do Professor Doutor (na Universidad de la República, de Montevideo, no Uruguai) Gonzalo F. Iglesias Rossini. Demonstrando que todos devem contribuir para que igualmente os mesmos “todos” tenham um direito a um ambiente são, fala também da posição dos autores que veem o meio ambiente são, trazendo saúde e qualidade de vida aos homens, ou os homens cuidando da saúde do meio ambiente. Pode-se dizer que é um artigo científico que fala do Direito Ambiental, sem dúvidas, mas também se preocupa com a própria situação humana, tão dependente do meio ambiente e, ao mesmo tempo e paradoxalmente, a causadora de um mau funcionamento ambiental que traz reflexo a todos. O texto traz conceitos uruguaios e, sempre que a legislação local é insuficiente, inexistente ou contém diferenças, mostra o Direito comparado como demonstração de como poderia ser, em substituição à situação que é dada. O artigo científico prova que o direito à saúde corresponde a viver em um ambiente saudável. E explica as diferenças quase imperceptíveis entre direito ao bom nível de vida (ter patrimônio, altos salários, bons rendimentos) em contraste com o direito à qualidade de vida (ambiente sem poluição sonora, vida sem cansaço mental produzido pelas pressões do emprego, despreocupações com possíveis mudanças nas regras legais ou da condução política que possam alterar a futura empregabilidade ou a vida econômica dos empreendimentos).

O mundo é pequeno para a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. Um texto de cunho científico, próprio para comprovar a alta qualidade da Revista, vem da Colômbia. O Professor Doutor, PhD, Omar Huertas Díaz, escreve com o título “Reconocimiento de los Derechos de la Población LGBTI en el Marco de los Postulados Constitucionales en Colombia”. No artigo, o autor descreve suas pesquisas científicas acerca dos Direitos Humanos próprios e direcionados para a população de lésbicas, gays e transexuais, bissexuais. E busca a fundamentação, além dos Direitos Humanos e da Dignidade da Pessoa Humana, na força da Constituição colombiana. Faz muitas referências às decisões da Suprema Corte Colombiana, o mais alto escalão do Poder Judiciário nacional, para fundamentar seus estudos. Traz jurisprudência e doutrina sobre o tema. Trata-se, portanto, de um estudo que transpassa continentes e se torna mundial, embora analisado sob o prisma na nação colombiana. Não se trata de algo restrito, mas amplo. Sobretudo, próprio para engrandecer em conhecimentos jurídicos dos leitores.

O México, país-continente, cede à **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** mais um cientista. Trata-se do Professor Doutor em Ciencias Sociales, Jaime Hernández Ortiz,

com atuação no Departamento de Direito da Universidad de Guadalajara. O assunto junta dois caminhos almeçados por uma Revista de conteúdo jurídico. Sob o título “La Enseñanza de los Derechos Humanos: valores y principios éticos en la formación docente”, o autor utiliza da sua condição de Cientista Social que atua em um Curso de Direito e demonstra técnicas e estudos de várias partes do mundo quanto à didática utilizada para o ensino da disciplina Direitos Humanos. Tal como no Brasil, deve haver ênfase no ensino quanto aos Direitos Humanos não somente nos Cursos de Direito, mas em todo ambiente universitário. É disciplina de cunho obrigatório. Enquanto no Brasil a ordem legal que determina a existência da disciplina Direitos Humanos vem do Ministério da Educação, no México houve uma alteração na própria Constituição, o que garante, com maior firmeza, que haverá a continuidade de tal disciplina mesmo em havendo mudança de governo. Por ser obrigação de todo curso de graduação tratar do tema dos Direitos Humanos em sua estrutura curricular, o artigo científico se reveste da maior importância. Para todos.

A seção **Ecos Acadêmicos** está preenchida pela lavra cativante da Professora Doutora e PhD Irene Portela. Da sua linha de pesquisa, passando pela experiência em sala de aulas e como Coordenadora de Curso de Direito em Portugal, a autora expõe a fina expressão, carregada de citações e fundamentações em tão variados autores que parece ter feito todas as leituras disponíveis sobre uma enorme diversidade de temas. Tudo isto, para resultar no profundo e cristão texto cujo título é “A Semântica da Responsabilidade Social para Entender o que não é”. O tema da Responsabilidade Social é pouco explorado – ou de exploração inexistente – entre os pesquisadores brasileiros. Motivo a mais para que esses “ecos acadêmicos” ressoem de forma muito positiva e credora dos maiores resultados. Positivos. Quando se tem o Direito Fraternal e as questões da Solidariedade e da Responsabilidade Social juntos, somente pode resultar em textos científicos cujo alcance é internacional. Exatamente o que ocorre com este número da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, que tem o primeiro e o último textos de autoria de Professores portugueses de excelentes nomes e, por acréscimo, juntando temas que se completam. Uma feliz coincidência.

Com esta universalização da cultura científica, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** inicia o primeiro semestre do seu décimo primeiro ano de vida com a maior qualidade. São autores da Argentina, Colômbia, Portugal, México e Uruguai que fazem deste volume 11, número 1 da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, um boníssimo motivo para boas leituras.

Professor Doutor Elton Dias Xavier  
*Editor*

A B E R T U R A



# Do Direito Fraterno Humanista: diálogos e vetores<sup>1</sup>

PAULO FERREIRA DA CUNHA

**Resumo.** Se é certo que os tempos atuais evidenciam uma grande dimensão de anomia social, que fazem a muitos descreer do próprio sentido do Mundo. Verdade é também que, havendo mais sinceridade (até para se dizerem blasfêmias de todo o tipo) e havendo caído algumas máscaras, se está numa melhor posição para, com coragem, repensar as velhas certezas particulares (dogmáticas). E o próprio Direito, aparentemente tão igual a si próprio durante séculos, parece rejuvenescer e mudar de idade. Sobretudo a partir do momento em que os Direitos Humanos começaram a ganhar terreno. Mais que eles, mas fundando-se neles, esboça-se no horizonte a promessa de um Direito Fraterno Humanista.

---

<sup>1</sup> Por questões de *suum cuique*: este artigo (que virá a ser recolhido em livro de nossa exclusiva autoria sobre o *Direito Fraterno*) retoma, em pano de fundo, mas completamente funde, reorganiza, reescreve, revolve, adita, repensa..., um texto que nos foi pedido pelo Prof. Dr. Juan Pablo Pampillo Baliño, como um Ensaio de Ego-História pessoal, para uma obra coletiva. Tal texto, por seu turno, já se baseava em partes de um texto sobre o Contrato Constitucional (que viria a dar origem a um livro homónimo da *Quid Juris*), e um paratexto introdutório do nosso *Avessos do Direito*, editado pela Juruá. Estou muito grato a todos os editores. Agradeço ainda, de novo, as sugestões para tópicos a figurar naquele primeiro estudo a vários colegas e amigos: Sérgio Aquino, Ricardo Aronne, Everaldo Brizola, Ricardo Antônio Lucas Camargo, Amélia Pereira da Costa, Amadeu Gonçalves, Jorge Marques, José Preto, Jorge Rosmaninho, e minha Irmã Maria da Conceição Ferreira da Cunha.

\* Doutor em Direito das Universidades Paris II (1992) e Coimbra (1995). Licenciado e Mestre pela Faculdade de Direito de Coimbra. Agregado (livre-docente) pela Universidade do Minho (2000). Pós-Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Professor Catedrático de Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (desde 2001) e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar (desde 2002).

Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); da Universidade Católica de Santos; da Universidade de Paris XIII; da Universidade de Direito de Kiev; da Academia Nacional das Ciências da Ucrânia, inter alia.

Professor associado da Universidade Laurentienne / Laurentian Universidade, Canadá, e Professor Honorário da Universidade Mackenzie, entre outras.

Autor de mais de 90 livros, publicados em diversas Línguas (em Português, publicado em Portugal e no Brasil) e de mais de 500 artigos científicos.

## **1 DIREITO FRATERO HUMANISTA: HOJE E AMANHÃ**

O Direito Fratero Humanista é, para já (e já é muito e sempre em crescendo), um movimento e sobretudo uma interpretação e aglutinação de vários movimentos e tendências contemporâneas. Desde as correntes que alargam os horizontes do Direito em várias formas de pós-disciplinaridade (Direito & Literatura, Direito & Arte, Direito & Tecnologia e tantas mais), aos movimentos que o tornam menos frio e cortante *como o aço das espadas* – diria um Pascoaes –, como as iniciativas de mediação, conciliação, arbitragem, etc..

Se olharmos o que há de novo no Direito, veremos que para o Direito Fratero Humanista se pode carrear tudo o que é alargamento de horizontes, quer no plano epistemológico, quer no plano da invenção e do aprofundamento de um “coração inteligente” que era a prece do Rei Salomão a Deus... E o Rei Salomão é o príncipe dos Juízes e Julgadores...

Mas além de ser uma confluência de tendências de vária índole de humanização, humanitarismo, imaginação, etc., esta corrente aspira a, com este ou outro nome (importa pouco), passar a constituir, naturalmente, e pelo andar normal das coisas, o terceiro grande paradigma da juridicidade, depois do direito objetivo clássico e do direito subjetivo moderno. Nesse sentido, pelo menos, é evidentemente “pós-moderno”. Mas é mais que isso. E é um vetor de futuro.

À sua luz, toda a reflexão sobre o Direito ganha uma outra dimensão.

## 2 DIÁLOGO COM OS GIGANTES

O grande ensaísta Cruz Malpique (de formação jurídica, mas tendo cursado Ciências Histórico-Filosóficas e havendo-se dedicado muito também às Letras em geral), que terá escrito por volta de uma centena de obras, e a quem encontrávamos invariavelmente em bibliotecas quando já aposentado da docência, costumava dizer que só a aranha tira o fio de si própria. É essa uma imagem que gostamos de repetir, num tempo em que falsamente alguns são apresentados (ou mesmo se apresentam – *stupete gentes!*) como grandes gênios, o cúmulo da originalidade, veros desbravadores. É aquilo a que passámos a chamar o “complexo de Bandeirante”. A esses, tem que se mostrar que as mais das vezes o que estão fazendo é pôr “ovos de Colombo”.

Há hoje em dia um excesso de superlativos no mercado das celebridades jurídicas, coisa a que não estávamos habituados nos nossos primeiros tempos de academia, quer como aluno, quer como professor. Qualquer obscuro académico ou prático pode agora ser adornado com os mais excelsos adjetivos. Isso empobrece todos. E dá ao conjunto uma sensação de feira, e feira de vaidades. O Direito costumava ser mais circunspeto. Sombrio, talvez, mas ainda que sisudo, exalava mais confiança e seriedade.

De facto, se analisarmos o nosso labor com distanciamento e frieza, somos em geral pouco criativos, no Direito. Ao contrário de ciências práticas que se desdobram e aplicam em tecnologias, desde as Engenharias às Medicinas, o Direito não quer descobrir “pólvoras”, não tem que fazê-lo. Apenas pacientemente deveríamos tentar encontrar parâmetros que, em cada época, em cada lugar e em cada momento, permitam que no dia a dia “haja mais Justiça neste mundo” (LOMBARDI-VALLAURI, 1981).

A nossa arte é de artesãos, que paciente, laboriosamente, afincadamente, procuram os detalhes que garantirão o ganho da nossa (boa) causa, ou o amontoar de erudição que nos permitirá entrar para a congregação dos (sábios) doutores. Os que, mais recentemente, não sacrificam aos deuses antigos, não têm muitas vezes sido reconhecidos, não pelo reconhecimento formal da obtenção jurídica dos graus e títulos (que essa parece estar até recentemente muito liberal, pelo menos de alguns para alguns... porém outros não...), mas pelo reconhecimento dito “sentimental”. E esse é o que mais parece importar na complexa “tribo dos juristas”.

A verdade é que muito dificilmente se admite um autor puramente independente de gerações e gerações de doutrina, de jurisprudência, de legislação (pelo menos). Os autores têm de se nutrir de fios alheios para fazer o seu texto, que é sempre uma teia. O Direito

Fraterno Humanista também não nasceu adulto e armado como Atena da cabeça de Zeus. Tem precursores, tem raízes, tem solidariedades, tem História.

Só presunçosos solipsistas ou muito raros génios inspirados (e estes, mesmo assim, em áreas muito específicas do saber, talvez mais artísticas, místicas ou contemplativas...e mesmo assim...) podem viver sem a grande conversa com os autores que os precederam. E quando a não façam explicitamente, muitas vezes o farão implicitamente.

Antes de mais é necessário um esforço filosófico. Para tentar entender a juridicidade. E fazê-lo com profundidade interdisciplinar ou já mesmo pós-disciplinar: atendendo a todas as dimensões internas como a várias conexões contextuais do Direito. Portanto, desde a rosa dos ventos que tem como eixos a História e a Filosofia do Direito, a Sociologia e o comparatismo jurídicos, e no plano do Direito Positivo começando pelo mais fundante, ao nível interno, o Direito Constitucional, e depois alcançando a dimensão internacional. Trata-se, conseqüentemente, não tanto de assimilar montanhas de saber pontual, mas verdadeiramente *pensar o Direito*. Na sua tese, Michel Bastit (1990), logo nas primeiras páginas, chama a atenção para o excesso que é a pressuposição que ancora o brocardo *ignorantia legis non excusat*. Marcelo Caetano já se dera conta, e dissera-o, que seria impossível conhecer todo o Direito. E Goethe, bem antes de ambos, teria dito que se tivéssemos que conhecer todas as leis não restaria tempo para as violar. Portanto, o empreendimento do Direito Fraterno Humanista tem de começar por ser compreensivo, e, em certa medida, animado pela vontade de desvendamento. É necessário, antes de construir, conhecer o Direito que está aí: *Desvendar o Direito*.

São Bernardo dizia que somos anões aos ombros de gigantes. Num tempo em que alguns colocam coturnos e até andas, para se fazerem por tal passar, é preciso ter orgulho de celebrar os clássicos e os mestres. É sempre com enorme orgulho que pessoalmente recordamos os nossos orientadores de Mestrado e Doutorado de Coimbra (Rogério Ehrhardt Soares) e de Paris (François Vallançon). Somos ainda do tempo em que os orientadores eram escolhidos de forma pessoal, e pela *simpatia* real e empática (ousou dizer), e não por outras razões, nem sempre muito nobres... Do mesmo modo que só se aceitavam orientandos depois de conhecimento pessoal e provas dadas, e não sob a pressão de avaliações que fazem depender a nota dos docentes do volume de orientações assumidas, ainda que só formalmente... Mais uma das banalizações, funcionalizações e domínio do “reino da quantidade” que vai tornando Universidades em hipermercados.



### 3 (RE)PENSAR E DESVENDAR O DIREITO

A razão jurídica convencional, ou a convenção sobre a razão jurídica (que é apenas a de alguns juristas, conformando-se outros com ela, e outros ainda a ignorando, pelo menos conscientemente) privilegia o pensamento dogmático, sistemático, legalista e normativista, tendo o *presente* e o *imperativo* como lemas, e o comando como vetor e pedra de toque.

Pelo contrário, a perspectiva que sempre defendemos é diametralmente oposta a esta, e cremos que ela é a predominante no movimento do Direito Fraterno: heterodoxa e adogmática, problemática e tópica (e por isso retórica e dialética também), respeitadora da lei (que não seja clamorosamente injusta: essa, como diz São Tomás de Aquino, *non est lex*), mas indo mais além que ela (contra o mero e pedestre *dura lex sed lex*), e em grande medida dando ouvidos à capacidade teórico-prática da doutrina e da jurisprudência. Sem se fascinar com os prodígios do feiticeiro (ou mágico) de Oz que pode estar por detrás de ambas.

Essa razão ou racionalidade dominante (com todo um lastro também de irracionalidade essencial inerente, mas em geral não apercebida) é uma razão que, assim, não é conversada nem *conversável* [como a típica razão, *rectius*, o lídimo espírito lusófono, para recordar Silva (1994)] mas exposta, unilateralmente. Como num “ditado” (e *diktat*). *O que é, é*. E é porque *tem de ser...* Haverá algo de mais antifilosófico, de mais dogmático, em “pensamento”? E sempre, de novo – o que é o mais deprimente para os amigos da liberdade, e os juristas devem sê-lo – assoma à consciência, meia volta, volta e meia, a observação de Rousseau: “*de vils esclaves sourient d’un air moqueur à ce mot de liberté*”.

É estranho, mas verdadeiro, que as vítimas da Liberdade mais escandalosamente oprimidas, não tendo provado desse fruto exótico da Vida, não apenas não lhe sentem aparentemente a falta, como chegam a caluniá-la. Por isso é que amam tanto os seus grilhões... E por isso é que seus algozes tantos as querem sempre na caverna, sem educação. A educação é um perigo imenso para todo o tipo de opressores.

Afinal, a falta de educação e de uma formação de qualidade e séria está na base de muitos problemas, inclusivamente na própria doutrina... Mais importante do que as leis é a educação (*paideia telion ton nomon*), e é precisamente a falta de educação a vários níveis que prejudica a qualidade de todos os “produtos” jurídicos. O que é prodigioso, mas terá de reconhecer-se, pelo menos em algumas situações. Há quem comece a pensar que, se por um lado haverá desbragamento de libertinagens (abuso dos direitos e

desertificação de valores – e desde logo por *white collar crime* financeiro, corrupção e outros) e proliferação de miragens quanto à titularidade e alcance dos direitos (por via de um mediatismo desenfreado e sem critério, ou com critério antivalores), por outro lado também os legados mais elementares da Civilização Clássica (greco-romana), da Revolução Cristã, do Renascimento e do Humanismo e da Revolução Francesa e, ulteriormente, do Estado Constitucional (de direito, democrático e social), são postos hoje em causa, olvidados mesmo, com soberana sobrançeria, como se nunca tivessem existido. Caluniados de todas as formas, e agigantando-se os erros que, necessariamente, todos os empreendimentos de pessoas acabam por cometer. Alguns muito graves, é certo, mas que não ensombram os grandes ideais, que são de Valores. E mais além deles.

Esse é também um dos pesados preços a pagar pelo desprezo das sociedades hodiernas pela Educação e pela História e as suas lições: mesmo pela História não assim tão antiga. O Direito Fraternal é futuro que se quer bem enraizado no passado.

#### 4 O SOCIAL E POLÍTICO DO DIREITO

Há ainda juristas para quem o Direito, para merecer tal nome (e dignidade) teria que ser puro, forense, prático, ou depurado e sistemático (leia-se: dogmático, abstrato e decisionista no fundo). O Direito Público, a Filosofia do Direito e outras áreas jurídicas humanísticas são, por eles, confundidos com política ou especulação diletante. Sempre foi contra esta perspectiva do Direito (afinal como um serventário fiel e subordinado de qualquer *statu quo*) que nos insurgimos. E outros como nós, pelo mundo fora. Afinal solidários dessa perspectiva Humanista e Fraternal.

Conta Michel Villey que em 1894 o reitor da Universidade de Paris, Liard, explanava a conceção fria e “geométrica” *hoc sensu* em que se refugiam tanto os que lavam as mãos do sangue dos justos como Pilatos (Mateus, Capítulo XXVII, versículo 24), como os que, sabendo o que está por detrás e ao que serve o legalismo, nas nossas sociedades, mistificam o Direito invocando a sacralidade do rigor, ciência, técnica, “dogmática” (pomposamente), e atacando como impuros e – oh, anátema! – até “políticos” os demais: “Le droit c’est la loi écrite; partant, la tâche des facultés de droit est d’apprendre à interpréter la loi, et il résulte que leur méthode est déductive: les articles du code sont autant de théorèmes dont il s’agit de démontrer la liaison et de montrer les conséquences: le juriste est un géomètre.”.

Será um geómetra, mas um geómetra dogmático, não ensinando essa geometria de abertura de espírito que propugnava, por exemplo, um Alain (Émile Chartier). Não esqueça-

mos Morton J. Horwitz (2009, p. 288, n. 3): “A principal condição social necessária ao florescimento do formalismo jurídico em uma sociedade é que os grupos de poder dessa sociedade tenham grande interesse em disfarçar e abolir a inevitável função política e distributiva do direito.”.

Um jurista *agelasta* (lembramos, para esta expressão, Rabelais, Kundera e Rorty) pensará que tem que cumprir ordens e aplicar o que as ordens escritas dizem, e fazer com que os outros cumpram ordens. Em relação à contextualização econômica, por exemplo, este jurista, que não quer nada com interdisciplinaridade (nem saberá o que é a pós-disciplinaridade), fechará os olhos e fará o que lhe disserem os economistas e financeiros mais ou menos nas na esfera do poder. Acreditará piamente no dogma ultraliberal “there is no alternative”. Mas, ao contrário deste jurista, haveria que ler os Economistas que fazem a diferença. A começar pelos “Prêmios Nobel” Gunnar Myrdal e Daniel Kahneman, e os que anunciam ou desenvolvem já uma Economia nova, não como castigo e até praga (prisão de aonde se sairia: *nunca haveria alternativa*), mas, pelo contrário, uma Economia da Felicidade, solidária, naturalmente, do direito constitucional global à Felicidade, um dos elementos fundantes de um novo paradigma jurídico, o Direito Humanista e Fraterno. Já Bertrand Russell se apercebera de como é um perigo não saber finanças e outras coisas... (RUSSELL, 1957, p. 69 ss).

Os juristas têm grandes responsabilidades. Um jurista deve ser, não um “burocrata da coação” ou um ideólogo disfarçado de cientista, mais ou menos subtil, mais ou menos dogmático, criando nuvens de fumo com as suas construções insípidas e abstrusas e raciocínios especiosos, mistificando como sendo Direito e Justiça as soluções ditadas pelos interesses a que, direta ou indiretamente, serve. Pelo contrário, o Jurista deve ter compromisso com a busca da Verdade e da Justiça, com as vozes dos injustiçados que clamam no deserto e na floresta de aço e betão. Deve ser cavaleiro andante da Justiça. E como tal não pode ter uma prática, nem sequer uma prática teórica, velha, poeirenta e ensimesmada, numa hoje claramente ridícula e antiquada conceção de Direito como, afinal, nada mais nada menos que “aquilo que os juristas fazem”. Leia-se: juristas seriam apenas as gentes do foro – que não são todos os juristas, e mesmo assim, entendidas com preconceito sobre quem sejam e como atuem os práticos forenses. Recordando, assim, a definição, já apodada de cínica, de Jacob Viener para a Economia. Não, o Direito não é apenas a prática (sem teoria, sem pensamento, sem enquadramento, sem contexto, nem sempre justa, nem sempre sequer legal, nem sempre ética, nem sempre informada) de um pretense e idealizado “jurista comum”, naturalmente pressuposto como razoável e ponderado (num certo sentido), porque resignado. O Direito é mais, é melhor. É *constante e perpétua vontade* de atingir o justo. Tudo o resto são tiques e preconceitos. Em

alguns casos, o seguir um modelo na mira estulta da fama. E como é vã a fama, e mil vezes vã a fama de um jurista, trabalhando no seio de um *episteme* que (quase parece que de caso pensado) oculta – ou pelo menos torna muito discretos – até os nomes dos autores das suas grandes, de muitas das suas maiores teorias, para que pareçam óbvias e “naturais”, e por isso o seu discurso legitimador (como anda esquecido Baptista Machado!) seja retoricamente mais eficaz. Canseiras tormentosas, pois. Vigílias vãs... Mas a vaidade a tanto obriga (e como está esquecido Matias Aires!).

Não se pode pretender ser grande jurista e esquecer a principal função do Direito, sofismá-la em minudências: o jurista tem de “atribuir a cada um o que é seu” (*suum cuique tribuere*), mas numa “constante e perpétua” (*constans et perpetua*) sede de Justiça, e não como mero polícia ou guarda-noturno protegendo os que muito têm dos que não possuem nada. Não se trata, portando do *seu* que a roda da *fortuna* (nada justa) ou mesmo o esbulho e o crime [leia-se Addison (1987, p. 30-36)] vieram colocar nas mãos deste ou daquele. Mas o que é *de cada um* antes de mais pelo mérito (e o mérito social, a aportação social do seu labor e engenho), e ainda, no limite, o que é *de cada um* pelo simples facto de se ser Pessoa (e todos têm direito a um mínimo para uma existência digna).

Há quem queira um Direito dogmático teoricista ao máximo (charadístico: e como sofrem os estudantes com essas *adivinhas!*), embora coberto pelo álibi e guarda-chuva da experiência da burocracia e do foro. Se a prática fosse essa teoria, a Administração e os Tribunais seriam ainda mais imobilistas do que se critica. Mas para os seus defensores seria esse o pseudodireito “puro” (embora, não gostando normalmente de Kelsen, em geral sem o terem lido, não usem normalmente esta expressão). Ora, sabemos que Direito “puro” nunca existirá, é uma contradição nos próprios termos. E por isso sempre será uma vã miragem o solipsismo jurídico de torre de marfim. Mas compreende-se porque esses teóricos, que por vezes se desdobram em prática (e vivem uma dupla existência), não aguentam o vasto mundo dos saberes não jurídicos, melhor, do que não seja a hiperespecialidade que cultivam. Isso os deixa sem pé. E isso atenta contra com o enorme complexo de superioridade que têm, não apenas relativamente aos *oficiais de outros ofícios* (eles são dos que dizem, por exemplo, que “Letras são tretas”, que os artistas são marginais, os psicólogos “malucos”, etc.), como face aos colegas de outros ramos jurídicos. A esses consideram cultivarem saberes sempre inferiores aos seu. E face aos juristas humanistas e pós-disciplinares – felizmente, pelo Mundo fora, cada vez mais e melhores –, nem sequer lhes reconhecerão a qualidade de juristas, tratando-os com desprezo, que tributam aos puros diletantes (na melhor das hipóteses).

Este Direito ultrapassado, enclausurado, que ainda pensa na Hermenêutica como regras de mera “interpretação e aplicação da lei”, que ignora sobranceiramente os princípios constitucionais e a Constituição principiológica (para além do mais importante ainda, que é a Constituição material / *matrial* ou matricial), só para dar um par de exemplos, acha-se com legitimidade para julgar a vida (e como julga as inovações, condenando-as severamente do alto do seu dogmatismo!), mas na verdade encontra-se fora do nosso tempo e alheio a ela. Este Direito, por muito que, contra os cultores das Ciências Sociais, da Filosofia, das Artes e da Pós-disciplinaridade, se reivindique do real e *do que se passa*, não passa de um jogo de salão, de uma charada, no seio da casta ou a classe dos juristas (*il ceto dei giuristi*), desprezando no fundo o Povo (esse que incomodamente vota e em quem reside, em última instância, o poder de fazer o Contrato Constitucional) e, como dissemos, tudo o que, nos saberes, ultrapasse a porta do seu salão. Pobre saber esse, parca técnica essa, triste dogmática, e desgraçado de quem caísse nas malhas de uma tal Justiça levada ao cúmulo das suas consequências lógicas. Justiça de classe, e de limitação epistemológica, além de justiça fora do tempo, arcaica. Esse mundo a preto e branco, felizmente, nunca foi o de todos os juristas. Sempre houve juristas cultos (e não apenas de uma cultura de flor na botoeira), sempre houve juristas socialmente empenhados e atentos ao clamor dos que sofrem e clamam por Justiça. E se esse mundo nunca foi, mesmo entre os juristas, completamente uniforme, hoje pode dizer-se que globalmente está a morrer, sendo algumas investidas e bravatas um mero canto do cisne.

A ideia de que o jurista deve ser alheio aos gritos e às misérias de uma sociedade injusta, e cada vez mais trituradora das pessoas tem muito curso em alguns meios. Como diz o Papa Francisco (2013, p. 218),

[...] seria uma paz falsa a que servisse como desculpa para justificar uma organização social que silencie ou tranquilize os mais pobres, de modo que aqueles que gozam dos maiores benefícios possam manter o seu estilo de vida sem sobressaltos, enquanto os outros sobrevivem como podem. As reivindicações sociais, que têm a ver com a distribuição dos rendimentos, a inclusão social dos pobres e os direitos humanos não podem ser sufocados com o pretexto de construir um consenso de gabinete ou uma paz efémera para uma minoria feliz. A dignidade da pessoa humana e o bem comum estão acima da tranquilidade de alguns que não querem renunciar aos seus privilégios.

E no mesmo documento dissera antes:

Enquanto não forem radicalmente solucionados os problemas dos pobres, renunciando à autonomia absoluta dos mercados e da especulação financeira-

ra e atacando as causas estruturais da desigualdade social [...], não se resolverão os problemas do mundo nem, definitivamente, problema algum. A desigualdade é a raiz dos males sociais (PAPA FRANCISCO, 2013, p. 202).

Há também, inclusivamente em meio jurídico, quem pense que mesmo a ação pela solidariedade social deve incumbir não tanto ao Estado (ou nada a ele, no limite). Mais ou menos como álibi, muitos endossam essa responsabilidade para uma vaga obrigação (sem sanção) da sociedade, desobrigando o Estado. Ora, de novo o Papa Francisco contraria essa demissão, indicando quem é o sujeito passivo do contrato:

O cuidado e a promoção do bem comum da sociedade compete ao Estado [...] Este, com base nos princípios de subsidiariedade e solidariedade, e com um grande esforço de diálogo político e criação de consensos, desempenha um papel fundamental – que não pode ser delegado – na busca do desenvolvimento integral de todos (PAPA FRANCISCO, 2013, p. 240).

Há portanto que pensar o Estado como promotor do bem comum. Mas para isso é necessário desmitificá-lo (desde logo, “desconstruindo” a Teoria Geral do Estado), porquanto à sua volta pairam também muitos mitos, e, de mãos dadas com o Direito (um certo Direito), pode ser um poderoso instrumento não de libertação e bem estar, mas de opressão.

Com mais ou menos rendilhados, há, de um lado, os juristas positivistas, cuja pedra de toque é o refúgio nos formalismos para se furtarem às preocupações com a Justiça social (ainda que alguns jusnaturalistas positivistas se preocupem muito com justiça abstratas e pareçam ser e queiram até ser antipositivistas pelo seu discurso idealista) e os juristas comprometidos com a integralidade da Justiça, o que implica uma compreensão ideológica, hermenêutica, problemática, enfim, moderna (ou talvez ainda melhor: contemporânea), do seu papel. Pelo contrário, o positivismo é a filosofia inata dos juristas, e é preciso contrariar esse peso do “senso comum” de classe.

Por muita teoria e retórica que se use, o grande teste ao positivista é a sua metodologia efetiva, prática, a forma como encara ou não o contexto do Direito, designadamente político. Quem pretende não ser político é político e positivista. Como afirma um grande cultor de um ramo maldito para os positivistas, o Direito & Literatura, Peter Goodrich,

[...] o positivismo jurídico pode ser descrito como a filosofia inata, ou de senso comum, da profissão jurídica. Nesse sentido, é uma filosofia dogmática, que procura legitimar um conhecimento profissional na base da autorrepresentação da profissão. Cumpre assinalar, a esse respeito, que o positivismo jurídico procura isolar o direito de seus contextos políticos e

administrativos. Estuda o direito como atividade à parte dos outros fenômenos sociais e como um discurso incomparavelmente livre de quaisquer características subjetivas ou intertextuais que possam ameaçar o valor supremo do “domínio da lei” (GOODRICH, 1996, p. 597).

Mas o mundo está a mudar, e mudou já muito. São de Humanismo e de Fraternidade, com hermenêutica, tópica e interdisciplinaridade a suportar teoricamente tais novos rasgos político-jurídicos (todo o Direito é político...) os novos ventos do Direito. Claro que vivemos ataques ao jurídico-politicamente (constitucionalmente) já alcançado. Mas no plano histórico e do progresso civilizacional qualquer recuo será alvo de severa condenação, e virá a ser retomado mais tarde o fio perdido, na espiral do Tempo. Alguns redutos de direitos de outros tempos estão a recuar, porquanto a constitucionalização “invade” todo o mundo do jurídico. O caráter principiológico do Direito, a começar pelo Direito Constitucional, implica aquilo a que Bonavides (2004, p. 18-19) chama “uma hegemonia vinculante, de ordem constitucional, sobre todos os institutos de Direito Privado, os quais acabam reduzidos a mera província do direito público de primeiro grau que é o Direito Constitucional”. E não é só o Direito Privado, é todo o Direito, que tem de respeitar a Constituição. Como é óbvio, e por definição. As Constituições hodiernas são irradiantes no conjunto da ordem jurídica, não sendo apenas meras “constituições políticas”, vinculando todos, entidades públicas e privadas, e todos os cidadãos de cada Estado.

Ora tal ganha corpo e dimensão com o legítimo e necessário processo de constitucionalização de *todo* o Direito (a que alguns, com mil subterfúgios, ainda que alguns deles formalmente inteligentes, tentam fugir, designadamente com a reivindicação de exceções ou especificidades ontológicas ou metodológicas para os seus próprios ramos de Direito). Por isso, não mais há um escuso recanto ou caverna recôndita a salvo da luz dos valores político-jurídicos superiores que pulsam nas hodiernas constituições.

O Direito foi, sem dúvida, no passado, oscilante balança entre o desejo mais ou menos idealista de encontrar Justiça (apesar do contexto geral a ela desfavorável) e a crua realidade de ser instrumento objetivo de injustiça (aparelho ideológico e fundamento da força pública, muitas vezes ao serviço de interesses privados). Com a constitucionalização do Direito, ele não mais pode viver essa esquizofrenia senão como um resíduo do passado. O seu *telos* é a Justiça, e compreendida em todas as suas dimensões, incluindo a social. Nada mais. Nada menos. E por isso é que os inimigos da Justiça (que, insistimos, também é *social*, e hoje mais que nunca o tem de ser) não gostam das constituições cidadãs, que são um contrato pelo progresso, a liberdade e a justiça para todos os cidadãos, e não apenas para alguns. Não gostarem delas é um direito seu, claro, mas os defensores das Constituições em vigor têm, ao contrário deles, a Lei do seu lado (lei de



que aqueles tanto dizem gostar, em abstrato): a lei vigente e mesmo a lei natural, ou, em linguagem atual, os Direitos do Homem.

Quem se preocupa com os valores no Direito, num plano ético problematizador (não dogmático, e muito menos inquisitorial) tem à sua frente um longo e árduo caminho. Quem dos valores apenas tem uma visão oratória, empolada, oca afinal, demagógica e cristalizada em dogmas ao serviço de verdades-feitas não precisa (nem quer) sair do lugar. Aí está e aí permanecerá, ainda que tudo em volta mude.

## 5 DEFESA DO BOM SENSO JURÍDICO

Há, evidentemente, perigos; não só esperanças. Em vez de um Direito pensado, sentido e vivido, e libertador, um Direito instrumental, feito por burocratas da coação, para servos que se querem obedientes. Ou então uma festa caótica, como que uma mascarada de maus alunos que houvessem decidido fazer um carnaval, imitando, a seu modo histriônico, as poses e os tiques dos velhos mestres agelastas, num mundo jurídico às avessas. Com isto de modo algum se coloca qualquer reticência à positiva inovação, mas mesmo Warat criticava já a pose pretensamente *crítica* sem substância. E Warat era, como é sabido, um iconoclasta.

Esse Direito todo mandado e obedecido [sem diálogo, sem pessoas, sem sentimentos, sem, muito menos, afetos – e neste ponto lembremos os trabalhos de Bittar (2008), desde logo] é Direito que, na sua definição clássica, deriva sempre do Leviathã estadual, que lhe empresta a força, de que possui monopólio (de Leviatã falamos no nosso livro *Anti-Leviathã*). E essa força será, afinal, o traço mais marcante do Direito: a sua coação, que outros suavizam em coercibilidade [como Machado (1985)], sem, todavia, afastarem por completo o espectro do horizonte da definição, já de si ardil metodológico positivista.

O juspositivismo, designadamente o legalista, tem, todavia, um momento em que é excelente e imbatível: quando, com a mais apolínea das clarezas, a justiça tem a lei e todos os regulamentos do seu lado, de forma tal a que se possa invocar o (apesar de tudo) erróneo brocardo *in claris...*, calando qualquer réplica: afora este caso, é uma perspectiva estiolante e frequentemente legitimadora dos piores abusos. Mas não há dúvida de que a tirania se combate com argumentos e legitimidades da Ética e das ruas. Mas, no plano institucional, se não quiser fazer figura de puro arbítrio (como um Calígula), deverá curvar-se à sua própria legalidade: *patere legem quam fecisti*. Infelizmente, começam a proliferar, nas nossas macrodemocracias, pelo menos bolsas de tirania localizada, em que é cada dia mais necessário a pura e simples invocação da legalidade, da constitucionalidade e da



convencionalidade. As nossas sociedades não baniram microtirantias ou microditaduras, que mais resistem até pela ilusão geral de democracia plena dada pela superestrutura institucional dos hodiernos Estados de Direito. E nesse caso é triunfo do jurista e do cidadão amigo do Direito invocar, como se fora um aplicado positivista legalista, o simples e resplandecente texto da norma. Ser-se legalista acaba por ser, em situações-limite, o aderir-se e invocar-se o grau zero do Direito. Há muitos outros graus, mas esse saber-se em que lei se vive é o primeiro passo. Trata-se assim de um legalismo como base, e de alguma forma representando uma resistência. André Ramos Tavares chama certamente a atenção para o “respeito às normas, pela superação do chamado ‘governo dos Homens’ figurando como *paramount law* a Constituição”. E sublinha de seguida: “No Estado Constitucional de Direito, o desrespeito às normas por parte dos agentes públicos, das autoridades, dos mandatários do povo, deve contar com a pronta e imediata resposta, de maneira a repor a situação ao regime previsto pelo Direito” (TAVARES, 2009, p. 16). Se pensarmos que até entidades públicas, mundo afora, violam as leis mais simples, não podemos deixar de lutar, antes de mais, pela legalidade. O resto vem depois...

Oxalá se pudesse ter uma situação político-jurídica, social, económica, cultural – e antes de mais educativa – que permitisse um pluralismo jurídico mais exigente. Mas, como disse Villey (1995), o Direito Natural não é recomendável para todos... Muito menos (dizemos nós agora) para o subjetivismo e o frenesim ativista, que pode assumir formas demasiadamente ideológicas. É necessário [na nossa opinião sem perder suplementos de alma e de esperança (cf. QUARESMA; OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2009 - com dois textos meus, aliás; BARROSO; BARCELLOS, 2003; FRANCISCO, 2012)] algum *self restraint*, e mesmo bom senso, desde logo, como apontaram Ferreira Filho (2010, p. 101-118) e Ramos (2010).

Contudo, sabemos que nem nesse terreno as coisas são tranquilas, porquanto há em muitos casos uma exegese pedestre que se recusa a ler o que está escrito, nuns casos (lendo o que está na sua cabeça e no seu preconceito), ou que então alinha por uma hermenêutica antiquada cheia de pressupostos, subentendidos e mitologias de outros tempos e outros patamares filosóficos, como foi soberbamente denunciado por um Streck (2006).

A desconstrução dos modelos mentais e interpretivo-aplicativos dos juizes e dos atores jurídicos em geral é higiene vital para se compreender, vendo diretamente e não simplesmente *per speculum*, a nossa realidade e a nossa mentalidade jurídicas. Nesse contexto, todo o juízo de “naturalidade” [isso também Barthes (1978) ensinou] é um ardil. É preciso desconfiar do “natural saber” dos juristas.

Já um Louis Althusser admitira a existência de filosofias espontâneas, e Braz Teixeira considerara o positivismo como a filosofia espontânea dos juristas (e a tal, parece, todos nos tínhamos já resignado). Mas (até por ecos que vêm de outras áreas em vias de revisão, como a Economia), talvez possamos ter esperança que algumas das nossas certezas familiares (e desagradáveis) se possam esboroar. Quem sabe se a atitude dos juristas, puxando logo da lei como quem saca da pistola, não possa ser, apenas, um dos pecados da civilização, e não inscrita no nosso código genético de juristas!

Mas ainda pesa, com a insustentável leveza desse manto diáfano de naturalidade, ainda pesa plenamente sobre todos nós a ideologia positivista, exegética, logicista, e institucionalista (*hoc sensu*, à la Hauriou e sua posteridade intelectual e política). E de que maneira pesa! Sentem-lhe o peso, antes de mais, os estudantes de Direito em muitas latitudes, em que contudo saibam explicar como vieram para a Faculdade em demanda de Justiça e lá penam e eventualmente de lá saem com outra coisa às costas, nas cabeças e nos corações.

## 6 NOVOS VENTOS

Em contrapartida, nos antípodas desta visão, que engendra todo um certo tipo de juristas (empobrecidos) e uma dada forma de sociedade (não olvidemos o carácter conformador do pensamento e da ordem em geral que o pensar e o agir jurídicos determinam – como afirmam, por exemplo, Pierre Legendre e L. A. Warat), o pensamento tópico, problemático, tentativo, perspetivista, pluralista, interdisciplinar e mesmo pós-disciplinar (DÍAZ; COELHO; MAYOS, 2014, e MAYOS, 2012) abre janelas de Direito para um outro Direito, animado por uma razão que se não fascine, como Narciso, consigo própria, ficando cristalizada na autocontemplação. E esta clausura e ensimesmamento muitas vezes tem a forma de uma pretensa assepsia. O jurista estaria acima ou pelo menos ao lado das questões políticas, dos dramas sociais, da guerra de todos contra todos em que se tornou a nossa sociedade. Mas não. O jurista e a doutrina jurídica têm um contexto, e o Direito é tanto mais político e ideológico quanto mais se pretende neutro (Orlando de Carvalho).

Um Direito aberto a realidades que a razão meramente desperta (em simples vigília) normalmente rejeita, tapando os ouvidos (seu único sentido desperto, já que está vendada e não toca, não cheira, não saboreia) ao que considera serem cantos de sereia: até ao imaginário, ao inconsciente, ao instintivo, e, naturalmente, ao simbólico, mítico, ritual, utópico e ao princípio esperança (BLOCH, 1959). Direito com lema: *...humani nil a me alienum puto*. E a nossa já pós-disciplinaridade não pode, por definição, ser apenas multi –ou trans–, mas real dialética e cânone (na sua metáfora musical). Aliás, como nos sugeri a leitura de Moran

(2002), hoje sob tal capa pode esconder-se, sobretudo nas Humanidades e nas Ciências Sociais, a perversa política de diminuir disciplinas e poupar no número de docentes. E as possibilidades são muitas para os juristas que sempre foram construtores de pontes – ou seja, pontífices: mesmo, por exemplo, fazendo dialogar a arte e a lógica, como faz Maria Francisca Carneiro. Recordamos os sucessivos colóquios pioneiros em Paris II, organizados por François Vallançon e Stamatios Tzitzis sobre Estética e Direito. Mais tarde, Carmela Grüne propôs a própria legitimação do Direito pela Arte. E Marcílio Toscano Franca Filho, Rodolfo Pamplona Filho e Geilson Salomão Leite coordenam recentemente um *Anti Manual de Arte e Direito*, que aliás tivemos a honra de prefaciar.

Direito altruísta, humanista, fraterno, paradigma jurídico da razão sensível (com Michelle Carducci, Eligio Resta, Carlos Ayres de Britto e já tantos outros), e os próprios Direitos Humanos, são categorias ou protocategorias que ameaçam as certezas particulares da *pequena quinta do direito* (ou pequena fábrica, como observaria Jean Robelin), em que tudo – que tudo!? – estaria previsto, como no proverbialmente rebarbativo *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*. Recordamos também a questão de Francisco Puy, tão certo e sutil ao diagnosticar esse paradoxo do nosso tempo, dos que amam os Direitos Humanos e abominam o Direito Natural, e vice-versa. E como isso para nós faz sentido como compreensão histórica e ideológica de grupos e capelinhas, mas não pode fazer sentido no grande nível das coisas altas. Porque, como dizia Teilhard de Chardin, “o que se eleva conflui”. Ora Direito Natural e Direitos Humanos confluem. Apesar de, realmente, um e outros andarem muito confundidos e manipulados, *pro domo* ou por pura ignorância. Há quem defenda o primeiro rotineiramente sem grande diferença, senão na “retórica” ou *mise-em-scènes*, do positivismo normativista, e quem esgrima dos segundos para todas as causas, especialmente as mais improváveis.

E contudo, os Direitos Humanos foram e continuam a ser o grande motor da regeneração do Direito. Apesar de todas as suas (talvez inevitáveis) deformações e incompreensões.

Antes mesmo que se manifestassem as novas correntes, de algum modo “pós-modernas”, e que concorrem para o germinar cada vez mais rápido deste novo paradigma em Direito (após o paradigma do Direito objetivo e o paradigma, ainda vigente, mas com plúrimas brechas no seu edifício, do Direito subjetivo), o que mais tinha perturbado a serena paz tumular dos juristas fora a emergência, tanto na teoria como na prática e no discurso mediático, dos Direitos Humanos. O Mundo, mesmo os seus ditadores, converter-se-iam hipocritamente a eles. Mas mesmo essa hipocrisia haveria de contribuir para o *suave milagre* teórico: a conversão dos renitentes da doutrina. Hoje, só minorias muito minoritárias e intelectuais estão contra os Direitos Humanos.

Eles tudo subverteram no plano metodológico, não mais permitindo que as velhas teorizações se sustentassem. E depois deles não mais parariam as novidades, todas demolidoras do velho templo (para alguns, habitado por fantasmas, como a própria Constituição, para alguns povoada só de sombras: hoje ela resplandece, porém, porque outra é a sua narrativa, como diria Germano Schwartz). Mas tudo mudaram principalmente na percepção do Direito. Não tanto pelo que ele efetivamente ainda é, mas pelo que potencialmente em si encerra, e vai sendo, começando a ser... Não mais um Direito potencialmente titularista apenas, dividindo seguramente, como diria Silva (1990, p. 23-24), os choros e os risos por sebes proprietaristas bem separadas, mas um Direito até em que, no limite, pode haver uma *opção pelos pobres* (cf. CANOTILHO, 2010) por parte dos seus protagonistas mais ativos, os juristas. O que são as Defensorias Públicas se não a consubstanciação institucional dessa opção? E os movimentos de defesa dos consumidores, e dos reformados, aposentados, pensionistas? E os de defesa das Mulheres, das crianças? E os movimentos que lutam por que haja dignidade e direitos, até na reclusão do cárcere, e mesmo na solidão do hospício? E tantos mais...

A função dos Direitos Humanos no contexto do Direito é avassaladora, e não só resgata o prestígio da juridicidade no mundo profano à especificidade jurídica (que nunca viu o Direito com muito bons olhos), como se alarga para além do normativo especificamente legal, para o terreno da moralidade social e da política em geral. São os Direitos Humanos um grande bilhete de identidade do Direito, mas também um excelente passaporte. E passam eles a ser captados, muitas vezes com brilho e propriedade, mesmo por não juristas, que muito enriquecem esta área do saber. Antropólogos, sociólogos, semiólogos, filósofos puros (políticos, eticistas, etc.) e teólogos (especialmente os que cuidam de teologia moral, e de filosofia social ou doutrina social) muito contribuem para melhor compreendermos toda a dimensão dos Direitos Humanos no novo Contrato Social que firmamos hoje.

Uma das contribuições que nos ajudará a captar melhor essa mesma dimensão é a do teólogo e especialista em doutrina social da Igreja Católica, Reitor da Universidade Pontifícia de Salamanca, Ángel Galindo García, que assim sintetiza:

La instancia ética inherente en los Derechos Humanos está ejerciendo una crítica utópica de las condiciones sociales en las que se intentan vivir los valores de la persona humana. Así, ejercen una crítica sobre las estructuras sociales (económicas, políticas, culturales) que tienden en ocasiones [...] a convertir las libertades ciudadanas en instrumento de dominio o de opresión de los más debiles (GALINDO GARCÍA, 2013, p. 31).

E continua:

Asimismo esta instancia ética de los Derechos Humanos impide que la ley positiva se desvíe hacia posiciones contrarias a la dignidad y a la realización del hombre en cuanto aporta la clave de interpretación de sus aplicaciones y urge la toma de conciencia progresiva de la violación de la dignidad de la persona (GALINDO GARCÍA, 2013, p. 31).

Por outro lado, as Constituições não mais se encontram desarmadas. Elas têm a dar-lhes força e efetividade órgãos jurisdicionais, Tribunais Constitucionais e Supremos Tribunais. Isso faz toda a diferença: “The theory of the law of the state plays theoretical and practical orientations, methods, and themes in different keys, when faced (or not) with a constitutional court and court practice.” (JACOBSON; SCHLINK, 2002, p. 3).

É possível resolver conflitos jurídicos com ductilidade, com inteligência prática, e pelo verdadeiro diálogo. A concórdia também é um valor. A sensação de alta plenitude quando se resolve um problema a contento de todos é disso a prova.

Quando se procura resolver mesmo um problema, sem ser *a torto e a direito*, antes com afincos, inteligência, sensibilidade às realidades e suscetibilidades em presença, maleabilidade, subtileza, e vontade que triunfe a Justiça é possível encontrar soluções. Mas, evidentemente, não é só o julgador que tem de fazer um gesto ao mesmo tempo independente e empático. Os interessados, as partes, devem também dar passos no mesmo sentido. Vimos logo no início: começa a ganhar terreno a Mediação, a Arbitragem, a Concertação... Alguns dirão: Justiça de anjos. Meios anjos, que entre anjos não deve haver litígios, pelo menos depois da queda de Lúcifer. Mas também de Homens, verdadeiros Homens e Mulheres. Há situações em que, se todos cooperassem não pelo interesse, não pela ganância, mas procurando boas soluções, elas chegariam. Há casos reais...

E não deixa de ser paradoxal, e entrar pelo olhos dentro (salvo se estivermos tolhidos pelo interesse, a mira da benesse, o temor reverencial ou o dogmatismo psitacista), que muitos dos que pregam a expurgação filosófica, científico-social e interdisciplinar do Direito, e até do Direito pensado no seu ser e no seu agir, darão certamente largas à ideologia e à verbosidade empolada (totalmente não científica nem jurídica) quando lhes toque pronunciarem-se sobre temas que lhes são caros ou que considerem pedras-de-toque, e/ou glosados pelos autores (que têm por *auctoritates*) da sua devoção. *Dois pesos e duas medidas* (Provérbios, Capítulo XX, versículo 10), pois. Já o sabíamos: “Orthodoxy is my doxy – heterodoxy is another man’s doxy”, como afirmou com toda a propriedade

William Warburton. Nem todos cumprem o contrato social, claro. Alguns acham que são apenas credores da sociedade. E estão entre diversos tipos humanos e classes sociais, por curioso que pareça. Sobretudo nota-se que há hoje, muito vivos e ferozes, alguns ativíssimos ávidos sedentos de poder, dinheiro, luzes da ribalta e coisas afins. Esses nada respeitam, nenhum limite (desde logo moral, ou sequer “físico”, dir-se-ia) conhecem. Servem de forma untuosa e subserviente, se tal for escada para o topo, e uma vez este alcançado (“não sirvas a quem serviu nem peças a quem pediu” – diz um ditado popular) espezinham e troçam desapiedadamente dos demais, sem a mais leve réstia de consciência, e muito menos remorso. São os novos bárbaros, decerto em alguns aspetos até piores que os antigos, implacáveis exterminadores de uma civilização “cristã e humanista”, essa velha civilização que (independentemente do nome e com todos os seus defeitos, e certamente alguma hipocrisia) ainda cultuava alguns valores e algumas virtudes. Contudo, não se trata apenas de um fenómeno geracional: é decerto uma questão do tempo. Dir-se-ia mesmo que muitos dos mais velhos estão hoje a ponto de olvidar a sua educação, os seus princípios, e quererem imitar os mais novos (a febre de parecer mais novo é tão ridícula... e tornar-se velho é só questão de tempo e longevidade), embora muito menos bem sucedidos. Seria necessária uma renovação ética – não hipócrita e revanchista, mas olhando de frente e sem preconceitos e avatares. A falta de cumprimento na sociedade civil das obrigações micro –e macro– sociais deixa alguns desalentados, e são indutoras do laxismo. Um clima instalado de agitação e propaganda, na comunicação social e na própria escola, cria um caldo de cultura propício à eclosão infeciosa grave do totalitarismo ou, no mínimo, a um apertado cerco ao pluralismo de opinião. Uma degeneração cancerígena é possível, com a colonização mental das massas acrílicas, que apoiarão, em demasiados casos, pseudossalvadores, na verdade medíocres pouco mais que iletrados, sempre voluntariosos, erguidos em geral mediaticamente e ao serviço dos grandes interesses (sempre opacos aos olhos de um povo narcotizado e desesperado), ou pura e simplesmente um fanático louco, que a breve trecho, como a História tem dado abundantes exemplos, poderá mesmo mostrar os seus instintos criminosos. Oxalá não, mas há na Europa, e até na América, sinais de alarme. Na *Internet* já se avisa que se não começou pelas câmaras de gás. Em suma, o novo paradigma jurídico que se sente despontar, para desespero dos passadistas, é de fraternidade e humanismo. Valores que já estão nas constituições cidadãs. Os novos ventos que da nova prática jurídica se levantam sopram precisamente em consonância com um estudo do Direito crítico, interdisciplinar e pensado (apesar de aqui e ali haver exageros e mistificações, o que é inevitável em tempos de novidade). E são solidários do programa jurídico-político das Constituições que não pretendem apenas regular a dança das cadeiras parlamentares e ministeriais, mas contribuir para se criar efetivamente mais Justiça neste Mundo. O que não deveria espantar ninguém, porque essa é a função específica do Direito.

## 7 FILOSOFIA CONSTITUCIONAL

Aos Direitos Humanos, que nos tempos iniciais da sua universalização tão boas almas e tão rigorosos juristas chocaram (mas viu-se depois que em alguma medida era sobretudo uma questão de estranhamento, de falta de hábito metodológico e diferente linguagem... salvo raras exceções), suceder-se-iam grandes novidades, sobretudo a partir do Direito Público, e muito particularmente a partir do Direito Constitucional. Como este tem o condão de se renovar a cada revolução, pôde mais facilmente captar e transmitir os ventos de mudança. E as Constituições que se foram elaborando a partir dos anos 70 e 80 do século XX seriam faróis para grandes esperanças. Como, desde logo, as Constituições portuguesa, espanhola e brasileira. Onde se procura uma equilibrada e harmoniosa síntese entre os valores da Liberdade e da Igualdade, na aspiração maior à Fraternidade, pela Solidariedade e pela Justiça.

As Constituições deixaram de ser, como dissera Eça de Queirós no seu certo texto sobre a proibição das Conferências do Casino, meramente úteis para buscar um argumento ou poisar o charuto. O controlo da constitucionalidade, que tanto deve ao execrado (por outras razões) Hans Kelsen viria a dar real corpo à rigidez constitucional, que se desenvolveu em cláusulas pétreas ou limites materiais de revisão, onde se procurou colocar o cerne justamente irrevisível das leis fundamentais. E esta blindagem constitucional proporcionou também que as magnas cartas se reassumissem, ou passassem a consequentemente assumir, como verdadeiros vértices da pirâmide normativa, com a consequência necessária da constitucionalização de todo o demais direito a partir dessa *Grundnorm* revelada.

Neste arquipélago de juridicidades, o Direito Constitucional passou a desempenhar um protagonismo tal que passou a perigar o próprio conceito autónomo de Direito Natural, na medida em que os princípios e os próprios valores outrora jusnaturais não apenas se positivaram em Declarações de Direitos e Constituições, como a sua tutela se tornaria efetiva: o que impressionaria mesmo Michel Villey. A defesa dos Direitos, ao nível nacional e internacional, em certos casos, passou a ser sindicável juridicamente, desfazendo a crítica mordaz e sobranceira dos que negavam até juridicidade aos Direitos Humanos porque alegadamente provados dessa realidade ou tangibilidade jurisdictional. O controle de convencionalidade é um enorme passo em frente, de par com a compreensão, cada vez mais evidente, de que o Direito Internacional (Público) não é uma ameaça a uma pretensa soberania mais ou menos pura, que seria garantida pelo Direito interno: o Direito Internacional já é Direito interno. O juiz comum pode, em geral, e deve, as mais das vezes, aplicar não apenas a Constituição, como o Direito Internacional. E não perde com isso ou por isso dignidade ou “status”.



E o neoconstitucionalismo viria não apenas a revolucionar a hermenêutica constitucional, e, por via dela, toda a hermenêutica jurídica, como ainda a colocar desafios às próprias correntes ontogenéticas do Direito, como os clássicos jusnaturalismo e juspositivismo. Porém, se o movimento neoconstitucionalista e as inovações e em geral a generosidade do ativismo judicial (especialmente no Brasil) foram uma esperança, o desenrolar das coisas, a maré baixa dos tempos, revelou a sorte inerente a todos os empreendimentos humanos: um reverso da medalha, que pode redundar em subjetivismo excessivo, e portanto em falta de segurança jurídica, assim como em protagonismo contrário à própria lei, ou num perigoso fio da navalha. São, na verdade, equilíbrios complexos, a reclamar uma revisitação das teorias da separação dos poderes (desde Locke e Montesquieu). Mas a nossa profissão de fé vai, indefectivelmente, para a crença na importância de, como dizia o autor do *Espírito das Leis*, o poder travar o poder. Sem separação e interdependência (agora mais complexas e com novos desafios) de poderes, tudo estará perdido no plano da Liberdade política. Em grande medida os “freios e contrapesos” agora são também internacionais e globais.

## 8 CONCLUSÃO

O Direito Fraternal colabora também na importante e benemérita tarefa de não tornar o Direito aborrecido, de procurar que tenha alguma qualidade não só técnica, não só ética, como até estética. E de percorrer irrecusáveis pontes com a Cultura. Para que deitar fora esses tesouros, que não apenas adornam a exposição, como muito frequentemente a iluminam? Contudo, não se trata apenas de estilo, erudição, ou didática. Acreditamos na unidade dos saberes e na dimensão mítica, ritual, simbólica do Direito. Ela é muito clara no Direito Penal, mas bem vistas as coisas não o é no Direito Constitucional, e em tantos outros?

Direito é Literatura – recordemos, por todos, Peter Goodrich e Richard Weisberg e mais próximo de nós um Schwartz (2006) (que aliás faz a específica ligação entre Constituição e Literatura).

Este novo paradigma tem diálogos a empreender. E reptos a lançar. Deve questionar não apenas as grandes categorias dogmáticas do construtivismo jurídico, mas também as banalidades, mas também tiranias do cotidiano da pressa, da burocracia, de um direito “primitivo” de nu poder revestido de camadas de eficientismo e *langue de bois*, das tecnologias e das novas tecnologias, do virtual, das redes sociais, etc. E, na radicalidade da diferença com o banal do dia-a-dia, o estudo do mito no direito (que também é dimensão e *démarche* sua solidária) faz recuar ao perene, ao radical (das raízes) e também ao



simbólico e ao misterioso, a utopia sempre aponta novas possibilidades e caminhos. E mais ainda que a utopia, como se sabe, o princípio esperança, ou utopismo.

E o Direito não vive hoje apenas em novos ambientes: ele próprio é um novo arquipélago, porque a metáfora da continentalidade se lhe não adapta já cabalmente, nem ao seu pluralismo intrínseco e hoje mais e mais óbvio – quiçá “ululante” até, à Nelson Rodrigues. O que, como é óbvio, não significa que o Direito deixou de ser o que sempre foi, herdeiro legítimo da primeira função dos indo-europeus (cf. DUMÉZIL, 1992), a que alguns chamam, não sem anacronismo, mas algum sentido simbólico, “soberana”. Com todas as responsabilidades ordenadoras, míticas e rituais, dadoras de sentido, que tal acarreta. O Direito não é um mero *saber fazer* mecânico. Mas entre as suas artes (que arte é) está um *savoir-faire*, naturalmente.

Direito insular, Direito até periférico nos nossos dias, em que as posições de centralidade de prestígio, poder e influência, que com o Direito e os juristas estiveram durante séculos, passaram para outras alçadas, de oficiais de ofícios muito diferentes. Alguns dos quais temos dificuldade em entender como sobrevivem mandando, sem saber... Sem sequer saber não só legitimar, mas apenas e prosaicamente, falar, exprimir...

Os juristas, mesmo progressivos, são incuráveis no seu epistemo-centrismo. Mas, aqui o jurista se confessa, tem alguma coisa de que orgulhar-se, todos. Antes de mais, trabalham, não possuem uma ciência de *bluff* ou de substituição (como sugerira Jean-Marc Trigeaud), e têm a cabeça relativamente bem arrumada, apta a novos desafios lógicos ao menos. Isso apesar de ser empobrecedor é contudo muito mais que o que outros podem realmente oferecer concorrendo no mesmo terreno do conselho e da decisão sobre Pessoas.

É urgente contribuir para o alargamento do espectro de problemáticas em que o Direito está em jogo, na esperança de que um novo (e benéfico, e generoso) paradigma se imponha, no respeito pelas e na continuidade das boas tradições, e a sede de futuro que anima os melhores do novo século. Trata-se de, depois do estafado discurso da “crise” do Direito, e das “superações” do positivismo e do jusnaturalismo, passar a um novo momento matinal, em que de novo tudo parece possível (como diria Serge Fauchereau para o processo de criação artística, do qual o dogmatismo sempre procurou apartar a arte jurídica).

Desconstruir não para meramente reconstruir, mas para semear e cuidar, tal será a palavra de ordem do jurista que pensa, e, como tal, “diz não” ao próprio fim dos próprios

juristas enquanto produtores autônomos de sentidos e revalidadores, porque reinventores do sentido do Mundo, enfim, novos servos da gleba.

Glosando Clarisse Lispector, podemos nos permitir afirmar que sempre soubemos de coisas que nem mesmo nós soubemos que sabíamos... O que temos ensinado e escrito tem sido uma tentativa de o tornar consciente, e público. São afinal ideias muito simples, que recuam aos momentos matinais do *ius redigere in artem* romanos, acrescidos da experiência e da crítica posteriormente adquiridas como patrimônio de civilização e progresso.

### REFERÊNCIAS

ADDISON, Joseph. A vision of justice. In: WILLIAMS, Sir W. E. (selected). **A book of english essays**. Londres: Penguin, 1987.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de (col.). Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pos-modernidade, teoria crítica e pos-positivismo). In: **Interesse Público**, n.º 19, 2003.

BARTHES, Roland. **Mitologias**. Tradução de José Augusto Seabra. Lisboa: Edições 70, 1978. Traduzido do original: **Mythologies**. Paris: Seuil, 1957.

BASTIT, Michel. **Naissance de la loi moderne**. Paris: PUF, 1990.

BITTAR, Eduardo C. B. Razão e afeto, justiça e direitos humanos: dois paralelos cruzados para mudança paradigmática: reflexões frankfurtianas e a revolução pelo afeto. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Coord.). **Educação e metodologia para os direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BLOCH, Ernst. **Das prinzip hoffnung**. Frankfurt: Suhrkamp, 1959.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 2.ª tiragem.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito dos pobres no ativismo Judiciário. in: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DÍAZ, Yanko Moyano; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MAYOS, Gonçal (ed.). **Postdisciplinarietà y desarrollo humano: entre pensamiento y política**. Barcelona: Red, 2014.

DUMÉZIL, Georges. *Mythes et dieux des indo-européens*. Paris: Flammarion, 1992. Textos reunidos e apresentados por Hervé Coutau-Bégarie.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. In: **Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 2, n.º 1, p. 101-118, 2010.

FRANCISCO, José Carlos (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALINDO GARCÍA, Ángel. La fe y la ética en la cultura actual. In: **Humanística e Teologia**, Porto, Universidade Católica Portuguesa, v. 34, fasc. 1, 2013.

GOODRICH, Peter. Positivismo jurídico. In: OUTHWAITE, William et al (ed.). **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar / Lisboa: Dinalivro, 1996. Editoria brasileira de Renato Lessa e Wanderley Guilherme dos Santos.

HORWITZ, J. Morton. The transformation of american law, Reed, 1992, p. 266, *apud* POSNER, Richard A. *Overcoming law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, Tradução de Evandro Ferreira e Silva. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 288, n. 3.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. **Weimar**: a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California, 2002.

LOMBARDI-VALLAURI, Luigi. **Corso di filosofia del diritto**. Padova: Cedam, 1978. Nova ed., 1981.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Reimp. Coimbra: Almedina, 1985.

MAYOS, Gonçal. **Macrofilosofía de la modernidad**. Rota: dLibro, 2012.

MORAN, Joe. **Interdisciplinarity**. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2002.

PAPA FRANCISCO [Jorge Mario Bergoglio]. **Exortação apostólica evangelii gaudium**: a alegria do evangelho do Papa Francisco. São Paulo: Paulinas, 2013.

QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RUSSELL, Bertrand. **O elogio do lazer**. Tradução de Luiz Ribeiro de Sena. São Paulo: Nacional, 1957. Título original: *Praise of idleness*.

SCHWARTZ, Germano André Doerdelein. **A constituição, a literatura e o direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Agostinho da. Justiça. In: **Diário de Alcestes**. nova ed. Lisboa: Ulmeiro, 1990.

SILVA, Agostinho da. **Vida conversável**. Org. e pref. de Henryk Siewierski. Lisboa: Assírio & Alvim, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança**: Lei 12.016/2009. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.

VILLEY, Michel. **Réflexions sur la philosophie et le droit**: les carnets. Paris: PUF, 1995.

Submissão em: maio de 2016  
Pareceres favoráveis em: junho de 2016

A R T I G O S



# Vulnerabilidad Jurídica e Institucional de los Migrantes Indocumentados en Tránsito por México

ALFREDO ISLAS RODRÍGUEZ\*

MARÍA DEL ROSARIO MOLINA GONZÁLEZ\*\*

MARÍA DE JESÚS CAMARGO PACHECO\*\*\*

## VULNERABILITY OF LEGAL AND INSTITUTIONAL UNDOCUMENTED MIGRANTS IN TRANSIT IN MEXICO

**Resumen:** La vulnerabilidad en la que se encuentran expuestas las personas migrantes en tránsito por el territorio mexicano, con el objeto de llegar a los Estados Unidos de Norte América; vulnerabilidad que arroja a los migrantes a la clandestinidad y los expone a los riesgos de la delincuencia organizada, ha hecho de la migración irregular un negocio de fuertes ingresos económicos. Una vez analizada la migración irregular en tránsito por el territorio nacional, se hace un estudio del debido proceso, que como derecho fundamental les corresponde por mandato constitucional a los migrantes irregulares en tránsito por México y que contiene un principio jurídico procesal para el migrante que consiste en las obligaciones que tienen los órganos del Estado de cumplir un conjunto de requisitos antes de realizar los actos que puedan afectar la esfera jurídica de las personas migrantes.

**Palabras clave:** Migración, tránsito migratorio, vulnerabilidad, verificación migratoria y debido proceso.

**Abstract:** The vulnerability that immigrants in transit through Mexico are exposed to when they try to reach the United States of America; vulnerability that throws migrants into hiding and exposes them to the risks of organized crime, which has made a strong business out of irregular migration. After analyzing irregular migration in transit through the country, the study of the due process is

---

\* Doctor en Derecho, Profesor e Investigador del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur, Presidente de la Academia de Derecho.

\*\* Doctora en Derecho, Profesora e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur, Líder del Cuerpo Académico Dogmática Jurídica y Proceso Educativo. Tendencias Actuales (UNISON-CA-165)

\*\*\* Profesora e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur, Secretaria de la Academia de Derecho e Integrante del Cuerpo Académico Dogmática Jurídica y Proceso Educativo. Tendencias Actuales (UNISON-CA-165)

made, as a legitimate right, that under the Constitution, belongs to irregular migrants in transit through Mexico and which contains a procedural legal principle for the migrant consisting of obligations of state bodies to fulfill a set of requirements before performing actions that could affect the legal rights of migrants.

**Keywords:** Migration, immigration transit, vulnerability, migration control and due process.



## **1 INTRODUCCIÓN**

Entre todos los problemas que caracterizan el tránsito migratorio en México, elegimos la reflexión sobre los aspectos jurídicos que tienen que ver con las acciones sociales que se intentan normalizar desde las perspectivas de un sector en condición de vulnerabilidad que exige además de su reconocimiento jurídico, las garantías de que el sistema de administración e impartición de justicia que se ha mantenido alienado en ámbitos extra-jurisdiccionales, pueda ser capaz de proporcionar a las personas migrantes no solo un procedimiento legal, sino además la posibilidad real de que este procedimiento les permita el acceso a la justicia. Este análisis conceptual, normativo y factual del tránsito migratorio pone especial atención en las dificultades que han venido sorteando las personas migrantes indocumentadas o irregulares, para acceder al derecho fundamental del debido proceso.

La aceptación de las bondades de la migración respecto a los beneficios de las remesas para los países de origen, que políticamente han propiciado un mínimo reconocimiento de los riesgos de las muertes de migrantes y sus costumbres culturales de necesidad de traslado de cadáveres, no se acerca tan siquiera al apremiante reclamo humanitario de servicios asistenciales de trato digno en las estaciones migratorias y mucho menos al respeto y protección de sus derechos fundamentales en los procedimientos administrativos (deportación) y judiciales (procuración e impartición de justicia) en los que se ven involucrados los migrantes en tránsito por México.

## **2 GLOBALIZACIÓN Y MIGRACIÓN**

Es importante analizar los fenómenos económicos, sociales, políticos y culturales relacionados con la globalización, en el sentido de que muchos de ellos, por no decir todos,

condicionan y propician los fenómenos de la migración masiva, así como las consecuencias que tienen para algunos sectores de la sociedad, en este caso en el de los migrantes en tanto que las violaciones a sus derechos representan retos normativos y procedimentales a la justicia, pues cuestionan directamente la eficacia del sistema de garantías establecidas para la protección de esos derechos. La globalización ha penetrado profundamente en la convivencia de los seres humanos y casi han desaparecido las fronteras, las distancias se han acotado y cualquier acontecimiento que ocurre en un punto del planeta parece que afecta a los demás lugares. Esta nueva realidad consiste, específicamente, en el hecho de que las economías mundiales se entrelazan y complementan y se vuelven interdependientes.

La globalización es un fenómeno que se identifica con nuevas características de la sociedad, relacionadas con la interconexión en la toma de decisiones, principalmente en algunos aspectos importantes de la vida. Pero, a la vez, es una continuidad de procesos históricos de interrelación entre empresas, asociaciones, gobiernos de países y personas. La configuración del comercio mundial, que cada vez es más compleja, principalmente, en el desarrollo de los medios de comunicación, la formación de empresas transnacionales productivas y de servicio, las asociaciones internacionales, las instituciones multilaterales como la ONU, la OCDE, el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y otras organizaciones regionales, internacionales o bilaterales componen el intrincado mundo de la globalización. Stiglitz (2002) sostiene que las principales instituciones de la globalización sirven de aval para que las economías tengan acceso al mercado global,

Las tres instituciones principales que gobiernan la globalización son el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), El FMI y el BM, que son instituciones protagonistas dominantes de la economía mundial y los países que buscan su ayuda aspiran a obtener su sello de aprobación para lograr un mejor acceso a los mercados internacionales de capitales. Los miembros de estas instituciones financieras, suelen estar vinculados con la comunidad financiera.

En 1992 el Consenso de Washington, además de la privatización de las bancas nacionalizadas y las empresas paraestatales, determina un corte brusco a los créditos públicos y al pago forzoso de los servicios sociales prestados por los gobiernos.

El “Consenso”, de acuerdo al mismo Williamson se resume a las siguientes diez propuestas: disciplina fiscal; redistribución del gasto público; reforma impositiva; liberación de intereses; tasas de cambio competitivas; liberación del comercio externo e interno; liberación de los fijos de fondos; privatizaciones; desregulaciones y derechos de propiedad garantizadas (VERGARA, 2005, 142).

Además, el Consenso de Washington implicó la formación de programas globales que se orientan hacia la desregularización de las economías de los países débiles mediante la imposición de estrategias de uso de recursos donde los países ricos (G5) moldearon el criterio de “estado pequeño estado fuerte”, para justificar el ahorcamiento presupuestario basado en retiro de deudas, nichos fiscales a las transnacionales y cobro de servicios asistenciales a los usuarios.

La definición de estrategias globales fuera del alcance de los ciudadanos directamente afectados y de los gobiernos de los países pobres, ha dado lugar al despojo de la capacidad de toma de decisiones de la ciudadanía mediante el retiro de la política acerca de los problemas de la existencia. Esta figura antidemocrática de la globalización ha provocado que las inconformidades queden distanciadas de los poderes legítimos y, por lo tanto, sin posibilidad de ser resueltas por los poderes nacionales y locales.

La globalización económica ha provocado que el estado haya perdido su significado económico trastocando el papel que éste desempeñaba en la promoción y desarrollo de la economía nacional, además ha disminuido el margen de maniobra del estado, cuyos principales instrumentos económicos no fueron diseñados para actuar en la lógica de una economía globalizada. Una grave consecuencia de la globalización es sin duda la afectación a la soberanía tradicional de los estados, que se han visto de improviso ante lo que se denomina soberanía compartida como una nueva forma de relaciones internacionales.

La globalización es un fenómeno que ha permitido, a partir del desarrollo tecnológico de comunicaciones en las señales satelitales y el internet, las inversiones de capital, la compraventa de divisas, la transmisión electrónica de datos y de informaciones a través de las ondas de radio que traspasan diariamente las fronteras, yendo de un lugar a otro sin necesidad de ocupar algún documento que les permita el tránsito libre.

Sin embargo, no pasa lo mismo con los seres humanos, ya que a ellos sí les afecta directamente el fenómeno de la globalización, porque a pesar de que tienen la oportunidad de movilizarse de su lugar de residencia hasta los lugares fronterizos, es ahí donde las autoridades y el Estado fortalecen cada día los controles, mediante el endurecimiento de las leyes migratorias que son un reflejo del racismo y de la xenofobia, Carbonell (2004), anota cómo estas condiciones de avance de la globalización no se manifiestan automáticamente en avances en el progreso de las personas, sino al contrario, éstas últimas padecen restricciones de movilidad y algunos tipos de discriminación.

No sucede lo mismo, sin embargo, con las personas, que no han visto en la globalización una oportunidad para poder mudar su lugar de residencia. O mejor dicho, que sí han tenido esa oportunidad en virtud de los avances en los transportes, pero frente a las posibilidades de movilidad que ofrecen las nuevas tecnologías, los Estados han contestado fortaleciendo sus controles fronterizos, endureciendo sus leyes migratorias y permitiendo retrógradas manifestaciones de xenofobia y racismo dentro de sus territorios (CARBONELL, 2004, p. 93).

El proceso de globalización favoreció el incremento de los flujos migratorios a nivel internacional, donde, tal como lo señala Ramos Quintana (2006), el movimiento de capitales, bienes y servicios frente a las necesidades de más ganancia, implica, a su vez, el desplazamiento de las ideas y de las personas hacia donde se encuentra el poder económico “La realidad de los desplazamientos de capital señala como regla inexorable que tras los mismos se inician los desplazamientos de personas; las corrientes migratorias se dirigen hacia allí donde hay crecimiento económico.” (RAMOS QUINTANA, 2006, p. 13).

La globalización no sólo ha profundizado la migración documentada que es aquella que a pesar de tener satisfechas sus necesidades, decide migrar en búsqueda de aumento en sus ingresos, sino que ha incrementado la migración indocumentada, principalmente, en los países cuyo nivel de desarrollo ha impactado negativamente en el empleo y en consecuencia en la imposibilidad de proporcionar a sus habitantes ocupación y la satisfacción de las necesidades básicas de educación, habitación, salud y vivienda. En este mismo contexto la globalización ha generado el desarrollo de nuevas tecnologías que desplazan al hombre de los puestos de trabajo incentivando aún más este proceso migratorio.

En la medida en que la globalización ha creado los problemas económicos de la pobreza extrema, la marginación y la exclusión social de algunos sectores, junto a los deterioros ambientales y las agrupaciones de las minorías políticas; autores como Shujman (2003) sostienen que, mediante la exacerbación de estos procesos y la emergencia de estas contradicciones, el mundo global adopta la expresión de las manifestaciones de la violencia en términos de rebeldía, protesta social, y movimientos sociales.

La desolación y la miseria social desembocaron a finales de ese siglo en enfrentamientos, revoluciones sociales, guerras de liberación nacional y conflictos bélicos inter imperialistas, que fueron zanjados formalmente con los acuerdos políticos jurídicos que establecieron límites que permitieran contener la irracional situación social y algunas asimetrías planetarias (SUJMAN, 2003, p. 20).

Los flujos migratorios se convierten en una de las principales fases de la globalización, ya que en ella se habla del libre tránsito de mercancías de los países industrializados hacia todas las naciones, también conlleva la instalación de muros y las más sofisticadas tecnologías para el control y vigilancia de las fronteras para evitar los flujos migratorios que se originan en los países en desarrollo, que son comunidades con una situación económica y social deficiente, y sin posibilidades de soluciones inmediatas para atender las más urgentes necesidades de su población, por lo cual se convierten en países expulsores de migrantes hacia los países industrializados, pero las medidas en contra de la migración provocan el aumento de gente desesperada que se atreven a cruzar las fronteras sin importarles los muros, los riesgos y peligros que tengan que afrontar, y son este tipo de circunstancias las que han generado el tráfico de personas en el mundo.

### **3 CRISIS GLOBALES, ECONÓMICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES: SU IMPACTO EN LA MIGRACIÓN**

Las crisis económicas globales que se agravaron con el endeudamiento privado y público principalmente ante las instituciones multilaterales de crédito, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, pero también de la banca privada norteamericana y europea, profundizaron desde 1980, las contradicciones sociales y políticas que en la llamada década perdida para Latinoamérica, alimentó las guerras civiles en El Salvador y Nicaragua y algunas rebeldías fragmentadas en otros países. Rionda Ramírez (2007) argumenta que esta crisis se debe a que las instituciones multinacionales impusieron renegociaciones unilaterales de sobreendeudamiento

Para América Latina, la base de las imposiciones del primer mundo al mundo en desarrollo han sido los términos en que se han pactado no sólo los créditos concedidos por los organismos financieros internacionales multilaterales, como los de los propios gobiernos de las naciones acreedoras, sino también la unilateralidad de las renegociaciones de sobreendeudamiento causado por los propios acreedores (RIONDA RAMÍREZ, 2007, p. 61).

Un resultado de estas renegociaciones unilaterales fue la aceptación de las deudas de los países latinoamericanos en dólares, Machado Hernández (2006) sostiene que “Una de las consecuencias más negativas de la apreciación del dólar fue el aumento brusco y automático de la deuda nominada en dólares de los países latinoamericanos. Esta consecuencia es conocida como crisis de la deuda de América Latina.” (MACHADO HERNÁNDEZ, 2007, p. 6).

La crisis económica latinoamericana comienza en el zócalo en diciembre de 1982 cuando México celebra el anuncio de suspensión del pago de la deuda externa por el saliente presidente José López Portillo, quien además decretó la nacionalización de la banca privada en el país. Como advierte Vergara (2005) en los tres meses siguientes 12 países latinoamericanos repitieron estas medidas, dando comienzo a la llamada *década perdida*

Además cuando se celebró el baile del zócalo en septiembre de 1982, México era el único país oficialmente declarado en moratoria, no obstante, antes de que finalice ese año, también suspendieron sus pagos Brasil, Argentina y Chile y, poco después, seis países más. Para el mes de marzo de 1983, cuando se efectuó la reunión del BID en Panamá 12 países de América Latina ya habían suspendido los pagos de su deuda externa (VERGARA, 2005, p. 28).

Ante la obligación de pagar excesivamente a las instituciones financieras, los gobiernos de los países pobres no tuvieron los suficientes recursos para apoyar los programas sociales y de desarrollo económico local. Los sectores rurales y los marginados de las ciudades, pensaban que la toma de decisiones de los gobiernos debería encaminarse primero a satisfacer las necesidades de la población y después a sus compromisos de deuda. Kandel (2002) señala que han sido las razones económicas las más frecuentes para emigrar “Otros patrones resaltados en este estudio son los cambios en el tiempo y las razones por las cuales las personas de las zonas rurales han emigrado. Hay aumentos graduales en cada época, con aumentos particularmente fuertes en los últimos 5 años y aún más, de los hombres a nivel internacional.” (KANDEL, 2002, p. 7). Así se reconfiguraron los viejos movimientos reivindicativos de la restitución de las tierras y de la justicia en el campo como los sandinistas, los de Farabundo Martí o de Zapata.

Así los sectores más castigados con este panorama comenzaron a alimentar sus rencores y sus rebeldías. Los países centroamericanos principalmente de Nicaragua y El Salvador dieron forma a movimientos civiles con ejércitos constituidos. Estas guerras que fueron después tomando tintes ideológicos y políticos, duraron más de una década con saldos de más de un millón de muertos, cientos de poblaciones y familias destruidas y la multiplicación de inconformidades de los ciudadanos. Castles (2003) hace una diferenciación entre las peticiones de asilo en Estados Unidos de los expulsados por las guerras civiles centroamericanas y los balseiros cubanos en la recepción norteamericana sobre ellos,

Cuando menos una generación de niños nacidos y crecidos durante el conflicto alimentaron el rencor hacia el sistema y la violencia y han dado forma a las bandas juveniles desde 1990 a la fecha. Estados Unidos experimentó también crecientes flujos de solicitantes de asilo que llegaban sin documentos, atravesando fronteras terrestres o por

barco. Además, con frecuencia se encontraban en el lado incorrecto de la Guerra Fría, como víctimas de los mismos regímenes militares que Estados Unidos estaba apoyando. Estados Unidos favoreció a quienes apoyaban a los contras que combatían al gobierno sandinista de izquierda en Nicaragua, pero les volvió la espalda a los solicitantes de asilo de Guatemala y El Salvador (CASTLES, 2003, p. 11).

Gran parte de la población centroamericana que emprendió el éxodo centroamericano fue por el miedo a la guerra, el temor a la crueldad contra los insurgentes. Castillo (1997) menciona que

La modificación sensible ocurrió cuando los países comenzaron a escenificar procesos de violenta confrontación política y enfrentamientos armados en sus territorios. Muchos de los desplazamientos estuvieron directamente relacionados con los escenarios de combate y de prácticas represivas producto de cruentas estrategias contrainsurgentes (CASTILLO, 1997, p. 188).

#### **4 SURGIMIENTO DE LAS MIGRACIONES MASIVAS. MIGRACIONES MASIVAS Y POLÍTICAS RESTRICTIVAS DE MOVILIDAD**

En la medida en que las crisis económicas, políticas y sociales expulsan a la población de las regiones de mayor impacto, los países receptores implementan leyes de excepción contra la migración, dejando a los migrantes en las mayores condiciones de vulnerabilidad y desprotección. Estas restricciones priorizan el estatus migratorio por encima de la protección de las personas migrantes.

Por una parte el efecto de las crisis económicas generó cambios en el patrón de crecimiento demográfico debido a la emergencia masiva de la migración interna en los países latinoamericanos y simultáneamente la emigración a los estados de la Unión Americana. El primer resultado visible es la modificación de la relación entre crecimiento demográfico y crecimiento económico. Méndez Cota (2006, p. 4) especifica que fue en la década de los noventa cuando coincidieron las cifras de las crisis y las de las migraciones latinoamericanas,

Finalmente, se aprecia una incapacidad del sistema económico para generar el volumen de empleo que demanda la propia dinámica demográfica. Como resultado, durante la década de los noventa se experimentó un acelerado crecimiento del movimiento de migrantes hacia Estados Unidos, que incluso determinó que algunos autores lo definieran como el período de los collective migrants (MÉNDEZ COTA, 2006, p. 4).

Al profundizarse las contradicciones de las crisis económicas y al presentarse distintos cuadros de vulnerabilidad en grupos sociales pertenecientes a sectores socioeconómicos minoritarios, se ocasionó una avalancha de migración rural y de barrios marginados de las ciudades y se volvió un problema endémico para los países desarrollados. Acosta Becker y otros (2009, p. 6), caracterizan a las economías globales como aquellas que son susceptibles de ser afectadas por los desequilibrios de otras “Una crisis se vuelve global cuando hay elementos de contagio y el arrastre de la economía mayor en efecto impacta sobre todas las demás muy adversamente.”.

Shujman (2003, p. 19), en cambio se refiere a las y los riesgos de la implementación del modelo del mundo globalizado:

La apertura indiscriminada de los mercados financieros y de las importaciones sin la contrapartida, durante el período de transición, de una política de defensa de la industria local, de créditos preferenciales para capacitación y equipamiento u otras medidas de promoción de las medianas y pequeñas empresas de capital nacional, produjo que éstas desaparecieran en gran número, ya en esta etapa de implementación del modelo.

Las economías nacionales de los países no resistieron el impacto de las políticas financieras, los cambios en las tasas de interés y los vaivenes del mercado terminaron por derrumbar las empresas nativas latinoamericanas y con ello se siguió la entrada masiva de capitales extranjeros y la especulación.

El mismo Shujman (2003) advierte que son las condiciones crediticias impuestas por las economías fuertes de la globalización y las especulaciones monetarias y de capitales subsecuentes los principales detonadores de los desequilibrios,

Las altas tasas de interés alentaron la actividad financiera y desalentaron la actividad productiva. La desigual utilidad que generaban una y otra determinaron que los flujos de capitales externos e internos, se orientaran a la especulación en detrimento de la producción. Los propios productores se capitalizaron en la especulación y se descapitalizaron en sus empresas (SUJMAN, 2003, p. 26).

La migración, tanto la documentada como la indocumentada se encuentra vinculada al movimiento de los capitales, así, los movimientos migratorios presentan como un factor importante una tendencia hacia el desplazamiento en masa, es decir, en grandes contingentes de población que se trasladan de los países pobres o en desarrollo, hacia los países que presentan mayor crecimiento económico. Sin embargo, estos países se han



negado a incorporar este movimiento de personas en el proceso de liberalización de fronteras, lo cual refleja la contradicción de una globalización económica que por una parte reduce o elimina las barreras fronterizas para permitir el libre paso del mercado, del capital, y por otra parte, niega el paso a la gente.

Actualmente la mayoría de las migraciones tienen como supuesto la existencia de redes sociales que posibilitan el desplazamiento de infinidad de personas, a partir de establecer una cadena de contactos que se inicia desde la comunidad de origen, pasan por todo el tránsito migratorio hasta llegar al lugar de destino, donde, esta red tiene ya, si no asegurado, visto el espacio laboral donde los migrantes podrán insertarse, atravesando, por supuesto, por la obtención de los documentos “legales” que les permitan la colocación en determinados centros de trabajo, o espacios laborales informales.

Esto permite concebir a la migración como un problema de transnacionalización, ya que el tejido de vínculos al que se incorporan los migrantes desde su origen hasta su destino, se extiende sin fragmentación alguna, sobrepasando las fronteras en las mismas condiciones en que lo experimentan las empresas globales, sin embargo, contrario a la visibilidad de los vínculos de estas empresas, los migrantes tienen que mantener ocultas estas relaciones y su movilidad humana por ser indocumentada.

Los grandes movimientos migratorios también pueden deberse a desastres naturales como las sequías, los huracanes, ciclones, pérdidas de cosechas, o por catástrofes sociales, como son las guerras, las revoluciones internas, las persecuciones ideológicas o religiosas, razones por las que los migrantes buscan mejores condiciones de vida para ellos y sus familias, son estos motivos principalmente por los que miles de seres humanos aun exponiendo su vida, rebasan las fronteras de sus países para construir un sueño en un lugar distinto del suyo, lugar que les es completamente ajeno y desconocido pero que por las circunstancias se encuentran obligados a establecerse y permanecer en él.

En el caso de México, el desplazamiento de miles de centroamericanos estuvo condicionado por una parte a la crisis económica y política de Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua a finales de los años setenta y también a que durante los años ochenta, con el auge de la agricultura chiapaneca, especialmente en la zona del Soconusco, el flujo migratorio se intensificó en respuesta a la demanda de mano de obra del lado mexicano (EMIF-GUAMEX: 2006, p. 18). Pero, un poco antes de finalizar la guerra en El Salvador, miles de ciudadanos centroamericanos salieron de sus países ante el agravamiento de la violencia en la región.

Kandel (2002) indica el origen de la migración masiva y advierte que “Esta migración continúa y no se detuvo en la post-guerra” precisando que el destino hacia Norteamérica empieza a ser notorio hasta la guerra civil, “Sin embargo, no fue sino hasta principios de los años ochenta, con el inicio de la guerra civil, que empezó una emigración masiva de salvadoreños principalmente hacia aquel país, alcanzando más o menos 50,000 migrantes anualmente.” (KANDEL, 2002, p. 1).

En el año de 1998 el huracán Mitch arrasó la República de Honduras, lo que generó un nuevo flujo migratorio hacia el norte, algunos pocos, recibieron visas humanitarias por parte de los Estados Unidos, pero la mayoría tuvo que optar por convertirse en migrantes indocumentados que suponía atravesar el territorio, cruce que realizaban por lo general en el tren conocido como “la bestia” amarrándose a los vagones. López Recinos (2003) mide en cuanto a las personas deportadas el crecimiento de los migrantes centroamericanos después de las catástrofes ambientales. “El éxodo de los hondureños a Estados Unidos posiblemente se agudizó a partir de 1999 a raíz de la devastación provocada por el huracán Mitch en 1998, desde entonces, ha crecido el número de personas indocumentadas en tránsito que son detenidas y deportadas como lo demuestran las cifras anteriores.” (LÓPEZ RECINOS, 2003, p. 4).

Por otra parte la globalización ha profundizado la migración no documentada principalmente en los países cuyo nivel de desarrollo ha impactado negativamente en el empleo y en consecuencia en la imposibilidad de proporcionar a sus habitantes la satisfacción de las necesidades básicas de educación, habitación, salud y vivienda. En este sentido Pacheco (1993) comienza a denominar este tipo de movilidad poblacional como migraciones forzadas,

Como se sabe, las “migraciones económicas” en muchísimos casos no se originan en opciones de mejoramiento, sino en presiones de supervivencia material y de empleo que tienen también un carácter forzado. Sin olvidar esto, haremos referencia con este concepto, en especial, a la dramática huida de individuos, familias y en algunos casos comunidades enteras en busca de seguridad (PACHECO, 1993, p. 116).

Antes de analizar las políticas de regulación migratoria implementada en México, es importante considerar cómo éstas afectan el marco político de las relaciones internacionales entre países. Mármora (2002) sugiere que a los gobiernos de cada Estado les corresponde definir y aplicar las políticas migratorias, las que serán determinadas por la percepción que tengan sobre ella. Los poderes estatales al emitir leyes migratorias están estableciendo una política interna, se preocupan de los aspectos que son impactados por la migración en

tránsito por su territorio, anteponiendo materialmente hablando, la soberanía y la seguridad de su población a la de los migrantes. Por el contrario, la política exterior percibe a la migración como una herramienta, o como producto final de las relaciones bilaterales y multilaterales de la nación. En este sentido puede entenderse el hecho de que cada gobierno perciba de manera distinta un mismo fenómeno migratorio.

En consecuencia, las entradas y las salidas de los diferentes Estados pueden ser selectivas, prohibitivas y permisivas. Sin embargo, en los Estados Unidos de Norteamérica y los países centroamericanos, la población es libre de salir de su país de origen cuando así lo desee. Si se es extranjero y se encuentra en México, éste debe avisar su salida, y de ser necesario, solicitar un permiso si se planea regresar al país en los días próximos. Los patrones migratorios se conforman según los criterios de direccionalidad, temporalidad, selectividad, voluntariedad, y composición de las migraciones. En la posición de direccionalidad, deben distinguirse las políticas de emigración aplicadas a la población que va de su país de origen a otro, las políticas de migración dirigidas a la atracción y ubicación de la población extranjera en el país de destino. El criterio de temporalidad distingue al migrante que desea establecerse permanentemente en el lugar de destino y de quién pretende permanecer por un tiempo en el territorio. Marconi (2008, p. 2) elabora un estudio detallado sobre el cambio del concepto de la migración para reconocer la migración de tránsito

supuestamente, para las autoridades del así dicho “país de tránsito”, los extranjeros que cruzan su territorio con la intención de dirigirse a otro país pueden ser clasificados como turistas, estudiantes, visitantes, inmigrantes (regulares o irregulares), pero efectivamente nunca como transmigrantes, pues esa condición o no existe, o implica que el migrante demuestre tener todos los papeles y permisos necesarios para ingresar al país elegido como su destino final, cosa que raramente pasa en el caso de los migrantes (mientras que es normal para turistas o viajeros internacionales).

La voluntariedad del patrón migratorio se refiere a las migraciones forzadas y voluntarias, las primeras son en las que existe presión directa del Estado dando origen a los refugiados, mientras que las segundas, se refieren a la decisión propia que tiene el individuo sobre migrar al país de destino elegido. Es indudable que las relaciones internacionales se ven afectadas por el fenómeno migratorio, los conflictos surgidos se solucionan o aminoran según la congruencia o incongruencia de las políticas migratorias de cada Estado, fácil es entender que si un país promueve la entrada y otro la salida, ambas naciones pueden encontrar objetivos compatibles que faciliten sus negociaciones bilaterales.

Los estados como entes soberanos elaboran sus políticas de acceso o de entrada de extranjeros, pero éstas son las que pueden afectar las relaciones bilaterales entre los Estados, así pues el fenómeno migratorio es complejo y no puede ser frenado, deberá haber un entendimiento entre naciones para intentar una movilidad humana ordenada. Las políticas de acceso a un país afectarán directamente a las decisiones individuales de cada migrante y sus condiciones de tránsito, en tanto que, de las políticas que desarrollen los países por los que estos tienen que pasar en su camino hacia Estados Unidos, en este caso México, dependerán en mucho los riesgos que enfrentan los migrantes indocumentados.

Por su parte Roberto Toscano señala, que los Estados con poco margen para controlar sus economías como efecto del proceso globalizador, intentan afirmar sus propias soberanías basándose en una concepción de ésta, tradicionalmente territorial, demostrando una patética crueldad en el control de las fronteras.

Por lo que respecta a los Estados vemos cómo la pérdida de control, típica de la globalización, sobre los resortes fundamentales que una vez permitían controlar la economía y sociedad lleva a la exasperación, frecuentemente grotesca, de la afirmación de la soberanía entendida en su dimensión más tradicionalmente territorial. “Incapaces ya de controlar los flujos del capital, la localización de las empresas, los tipos de cambio de la moneda, los Estados demuestran una patética crueldad compensatoria en el control de las fronteras, en la vigilancia de la entrada de los diversos, en la tentativa de excluirlos.” (TOSCANO, 2002, p. 59).

Esta crueldad que se refleja en la instalación de muros y el uso de las más sofisticadas tecnologías para el control y vigilancia de las fronteras en un intento inútil por evitar los flujos migratorios que se originan en los países en desarrollo, los que sin posibilidades de soluciones inmediatas para atender las más urgentes necesidades de su población, se convierten en países expulsores de migrantes hacia los países industrializados.

El flujo migratorio tiene impacto en los ámbitos económico, político, étnico, demográfico y cultural en los territorios por los que se transita. La dimensión política está estrechamente ligada —como ya se señaló— a la formulación de políticas sobre este flujo, las cuales se han orientado más que a proteger los derechos de los migrantes a “la protección” de las fronteras y la seguridad nacional, en este sentido señala Sutcliffe (1996) que cada reforma legal referida a la migración en los países desarrollados, implica, una versión ligeramente modificada de un modelo restrictivo anterior, como es el caso de la Unión Europea, donde

Europa experimenta actualmente un aumento de la presión de la inmigración ilegal precisamente por haber intentado suprimir la legal. Al mismo tiempo, sin embargo, hasta hace poco tiempo no se han dedicado muchos recursos para imponer las leyes restrictivas, algo que en la última parte de la década de los noventa empezó a cambiar (SUTCLIFFE, 1996, p. 72).

Sin embargo a la pregunta de por qué tantas personas arriesgan sus vidas y las de sus familias para cruzar la frontera de manera indocumentada, dejando atrás padres, hijos, hermanos, amigos, para internarse en un país extraño, donde lo único seguro es la incertidumbre de transitar en el acoso, producto de su situación migratoria; la respuesta tiene que ver, por una parte con la certeza de saber que, a diferencia de su país, ahí encontrarán no sólo un empleo, sino un lugar que les proporcionará desde su perspectiva y a pesar de su status, mejores condiciones de vida. Toscano (2002), considera que atribuir las migraciones en un mundo global sólo a las desigualdades socioeconómicas plantearía un problema más fácil de enfrentar, señalando a continuación que la decisión de hombres, mujeres y niños de elegir el desplazamiento clandestino, no se explica sólo con la economía ni con los diversos niveles de bienestar social. Para este autor la decisión de migrar tiene que ver con lo que él llama la “no habitabilidad” de tantos lugares, en donde no se respetan los derechos humanos de los ciudadanos.

Para explicar por qué los hombres, mujeres y niños se ponen en marcha por los peligrosos caminos de la emigración clandestina, porqué afrontan la incógnita de un futuro en tierras lejanas y desconocidas, no basta la economía, y tampoco es suficiente recurrir a los diferentes niveles de bienestar. Con frecuencia, la “no habitabilidad” de demasiadas zonas del mundo, tiene que ver más con la política que con la economía. Por un lado, tiene que ver con los conflictos internos (denominados étnicos), por otro, con el modo con el que ciertos gobiernos, ciertos regímenes, tratan a sus propios ciudadanos. En síntesis, tiene que ver con la falta de respeto de los derechos humanos (TOSCANO, 2002, p. 24).

Además de los factores “negativos” que propician la migración (crisis económicas, pobreza, presión demográfica, corrupción, inestabilidad política, violación de derechos humanos, falta de recursos naturales, guerras, violencia, fanatismos), se encuentran también los factores de atracción que podemos ubicar como la otra cara de la moneda. Para Fanjul (2010), “una combinación de factores de expulsión y atracción encabezados por la brecha salarial y demográfica que existe entre los países de origen y los de acogida, constituye un motor imparable de movilidad, que incluso las medidas más extremas han sido incapaces de frenar hasta este momento.”. Entre los factores de atracción, señala este autor, se encuentra la posibilidad de los migrantes de tener ingresos, en los países desarrollados, tres veces más que en su país de origen, además de que la tasa negativa de natalidad de

los países ricos, implica a la larga, la necesidad de recurrir a la mano de obra extranjera migrante.

El tráfico de migrantes indocumentados siempre ha sido un buen negocio y siempre habrá gente dispuesta a llevarlo a cabo, las políticas migratorias restrictivas tienden a fomentar la emergencia y el fortalecimiento de las mafias y a incrementar los costos y los riesgos de la migración, esa ha sido la opción política de los Estados Unidos de Norteamérica.

## **5 LOS RIESGOS DEL TRÁNSITO MIGRATORIO**

Existen problemas conceptuales, jurídicos e institucionales para comprender los fenómenos migratorios y poder responder de manera pública a gran cantidad de retos, que la migración arroja sobre las instituciones. Si bien es cierto, no se ha podido elaborar una teoría suficiente, que reconozca la naturaleza y condiciones específicas de ciudadanía, a las poblaciones que se encuentran en movilidad en varios países y regiones del mundo; sin embargo, en las ciencias sociales se han generado definiciones en torno a la persona migrante, a la ciudadanía migrante, a la temporalidad del tránsito, de los derechos de no lesión y los derechos de prestación que pueden tener como expectativas estos grupos en movimiento.

Estas definiciones permean ya las discusiones que en la teoría jurídica han estado sirviendo de base para la creación de normas positivas en el plano internacional que sirvan de vínculos a las normas de los países implicados en el tema del tránsito. En la medida en que estos conceptos sean consensados con apego a la filosofía y a las perspectivas científicas de las ciencias sociales y las culturas occidentales, de ellos podrán desprenderse instrumentos jurídicos más eficaces para la protección de las poblaciones en movilidad.

La ciudadanía en la teoría política de Rubio y Toscano (2000) se define como: “el reconocimiento por parte del estado a los individuos que lo integran del derecho al disfrute de las libertades fundamentales, en especial de los derechos civiles y políticos.”. Pues bien, este concepto actualmente se encuentra en plena transformación y redefinición; ello, principalmente, producto de una serie de transformaciones que se dieron básicamente durante la década de los noventa y se consolidaron en el presente milenio, entre ellos destacan: la creciente presencia de emigrantes provenientes de África, América Latina y Europa Oriental, en la mayoría de los países de Europa Occidental y Norteamérica y el incremento de la xenofobia y la discriminación.

Esta postura nacionalista que se resiste a reconocer la movilidad humana ha generado un complejo de políticas restrictivas para impedir la expansión de la migración y la legalización

de la presencia de los emigrantes ya establecidos para poder garantizarles ciertos derechos sociales, civiles y políticos en relación con su comunidad anfitriona. Estos elementos nos invitan a reflexionar acerca del devenir teórico de la ciudadanía en las últimas décadas y su articulación con los derechos humanos, en un escenario signado por la migración internacional y la globalización Gómez Rodríguez (2004), advierte que el camino al reconocimiento de los derechos mínimos es la vía a la transformación del concepto de ciudadanía en la era global,

La globalización no sólo ha traído el movimiento de capital libre de cualquier frontera estatal, sino que también ha producido unos flujos de individuos a los que se le tienen que reconocer unos derechos mínimos. De esta forma, no se puede identificar, naturalmente, ciudadanía con nacionalidad, ya que en este caso apenas sería posible el mantenimiento de dichos derechos.

Es importante destacar aquí que entre más restrictivas son las políticas orientadas a la protección de las fronteras y la “protección de la seguridad nacional” más se incrementa la condición de vulnerabilidad de los migrantes, porque al no poder acceder legalmente a un territorio se ven forzados a elegir los caminos de la clandestinidad exponiéndose de esta manera a los múltiples riesgos propios de esa condición.

## 6 CONCLUSIONES

**Primera.** Los nuevos escenarios de la migración mundial, hacen que el tema objeto del presente trabajo siga siendo pertinente y de vital importancia para la sociedad mundial. En todas las regiones del mundo se vive este fenómeno con mayor o menor intensidad, como países expulsores, de tránsito o de recepción de personas migrantes. Esta situación exige una regulación del fenómeno migratorio con apego a los derechos humanos, mediante el cabal cumplimiento de derechos establecidos en las declaraciones y acuerdos de la comunidad internacional, que se delimitan en los compromisos contraídos internacionalmente sobre la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, particularmente el compromiso de crear y aplicar una normatividad que permita el acceso a la justicia, tanto de los migrantes regulares como irregulares. Esta normatividad debe tener como el ejercicio efectivo del derecho al debido proceso en los procedimientos de verificación migratoria, establecidos en cada país de conformidad con su soberanía.

**Segunda.** La globalización no sólo ha incrementado la migración documentada sino que ha generado la masificación de la migración indocumentada, principalmente, de los países cuyo nivel de desarrollo ha impactado negativamente en el empleo y como consecuencia en la imposibilidad de proporcionar a sus habitantes el acceso a la educación, habitación,



salud y vivienda entre otros factores de la calidad de vida. En este mismo contexto la globalización ha generado el desarrollo de nuevas tecnologías que desplazan al hombre de los puestos de trabajo incentivando aún más este proceso migratorio.

**Tercera.** En la medida en que las crisis económicas, políticas y sociales expulsan a un mayor número de hombres, mujeres, niños, niñas y adolescentes de las regiones de mayor impacto, los países receptores y ahora también los de tránsito, implementan políticas migratorias, que implican además, la promulgación de leyes de excepción contra la migración, orientadas principalmente a la protección de las fronteras y la “protección de la seguridad nacional”. Entre más restrictivas son las políticas migratorias, más se incrementa la condición de vulnerabilidad de los migrantes indocumentados, porque al no poder acceder legalmente a un territorio se ven forzados a elegir los caminos de la clandestinidad exponiéndose de esta manera a los múltiples riesgos propios de su condición de irregularidad.

**Cuarta.** Los riesgos a los que están expuestos los migrantes indocumentados en tránsito por México, principalmente los que ingresan por la frontera sur, son los asociados al desconocimiento de las condiciones del camino, la defraudación de los coyotes y polleros; los abusos y violaciones sexuales y de derechos humanos, tanto por estos, así como por particulares y bandas de delincuentes nacionales y extranjeros; la detención, el abuso, la extorsión y deportación por autoridades migratorias, los maltratos, el hacinamiento y el racionamiento en las estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración. Cuando este tipo de delitos se lleva a cabo contra una minoría, como son los migrantes indocumentados se habla de una violencia extrema que profundiza sus condiciones de vulnerabilidad y exclusión social, delitos que en su mayoría no son denunciados debido a su condición irregular de migrante en tránsito.

**Quinta.** Por las mismas condiciones de vulnerabilidad que caracterizan el tránsito migratorio, los migrantes indocumentados se constituyen en una minoría que reclama procedimientos especiales de acceso para la protección y garantía de sus derechos fundamentales. El reconocimiento jurídico como minoría de este sector es reciente, iniciándose con la búsqueda de la doble nacionalidad y del derecho al voto para los migrantes establecidos en territorio americano, con la creación de programas de inversión de remesas en las comunidades de origen y apoyos para la repatriación de cadáveres de los migrantes fallecidos en Estados Unidos, o en el territorio nacional mexicano; así como ayudas para alimentos y gestión para conseguir recursos propios para el regreso a sus lugares de origen.



## FUENTES CONSULTADAS

CARBONELL, M. **Constitucionalismo y democracia**: ensayos críticos. México: Porrúa, 2004.

CASTILLO, Manuel Ángel. **Tendencias y determinantes de la migración internacional en centroamérica**. COLEF, p. 187-209, 1997.

CASTLES, Stephen. Política internacional de las migraciones forzadas. Traducción de Luis Rodolfo Morán. **Migración y Desarrollo**. Zacatecas, Mexico, n. 1, 2003.

FANJUL JUÁREZ, G. Migraciones internacionales, las consecuencias de gobernar el siglo XXI con políticas del siglo XIX. (2010). Disponible en: <[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/cooperación+y+desarrollo/ari56-2010](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/cooperación+y+desarrollo/ari56-2010)>. Acceso em 9 mayo 2012.

GÓMEZ RODRÍGUEZ, S. Nacionalismo y ciudadanía en la era de la globalización. **Revista de Ciencias Sociales Aposta**, n. 5, p. 1-28, Febrero de 2004.

MACHADO HERNÁNDEZ, T. Deuda externa y pobreza: frenos al cumplimiento de las metas del milenio. (30 de Marzo de 2007). Disponible en: <<http://www.eumed.net/eve/resum/07-marzo/mh1b.htm>>. Acceso en: 12 Mayo 2012.

MÁRMORA, L. Gobernabilidad migratoria e integración: caminos y encrucijadas. En: MARTÍNEZ PIZARRO J.; STANG ALVA, F. **Lógica y paradoja**: libre comercio, migración limitada. Memorias del Taller sobre migración internacional y procesos de integración y cooperación regional, Santiago de Chile, Ed. CEPAL, v. 45, p. 61-104), 2002

KANDEL, S. Migraciones, medio ambiente y pobreza rural en El Salvador. Disponible en: <[http://www.prisma.org.sv/fileadmin/usuarios/documentos/publicaciones/publicaciones/doc\\_trabajo/migracion.pdf](http://www.prisma.org.sv/fileadmin/usuarios/documentos/publicaciones/publicaciones/doc_trabajo/migracion.pdf)>. Acceso en: 12 Mayo 2012.

LÓPEZ RECINOS, V. La violación de los derechos humanos de los migrantes hondureños, en Migración y Desarrollo, Primer Coloquio Internacional de Migración y Desarrollo, Perspectivas de la Migración Internacional. PRIMER COLOQUIO INTERNACIONAL MIGRACIÓN Y DESARROLLO: TRNSNACIONALISMO Y

NUEVAS PERSPECTIVAS DE INVESTIGACIÓN. Zacatecas: Red Internacional de Migración y Desarrollo, 2003.

PACHECO, G. Migraciones forzadas en Centroamérica: evolución psicosocial. **Revista Nueva Sociedad**, n. 127, p. 114-125, 1993.

RAMOS QUINTANA, M. Inmigración económica ¿un lugar para el derecho al trabajo?, **Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**, n. 60, 2006.

RIONDA RAMÍREZ, J. I. La globalización financiera ante el contexto del desarrollo posmodernista. **Revista del Centro de Investigación**, n. 27, p. 57-65, Enero-Julio de 2007.

STIGLITZ, J. **El malestar de la globalización**. Madrid: Taurus, 2002.

SUJMAN, M. **Economía, legislación y sociedad: legalidad y seguridad jurídicas**. Buenos Aires: UNR Universidad Nacional de Rosario, 2003.

SUTCLIFFE, Bob. **Nacido en otra parte. Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad**. Bilbao (Espanha), Ed. Instituto Hegoa, v. 83, 1996

TOSCANO, Roberto. Mundo global, identidad de grupo. Diversidad y convivencia entre ética y política. **Claves de Razón Práctica**, Madrid, núm. 114, p. 22-31, Julio–Agosto, 2002.

VERGARA, A. América Latina entre luces y sombras (2005). Disponible en: <<http://futurodelmundo.files.wordpress.com/2009/01/america-latina-entre-sombras-y-luces.pdf>>. Acceso en: 12 de Mayo de 2012.

Submissão em: maio de 2016  
Pareceres favoráveis em: junho de 2016

# **Ideas Generales para la Construcción de una Respuesta Jurídica Compleja, Autónoma y Transversal a los Procesos Salud-Enfermedad- -Atención**

ELIAN PREGNO\*

---

\* Doctor de la Universidad de Buenos Aires (Área: Filosofía del Derecho). Magíster y Especialista de la Universidad de Buenos Aires en Elaboración de Normas Jurídicas. Abogado (UBA). Investigador y Profesor de la Facultad de Derecho de la UBA

## **I Proemio**

1. En este trabajo pretendemos dar cuenta, de la manera más sistemática que nos resulta posible, de los lineamientos basales y exigencias metodológicas que supone el planteo fundacional de postular una rama jurídica.
2. A su tiempo, cabe anticipar el plan de este escrito. Ante todo, nobleza obliga explicitar nuestra procedencia teórica (II), pues no se trata sólo de informar las claves con las que construimos el objeto jurídico (II.1) y las coordenadas para dar con una idea de salud (II.2), sino de exhibir definiciones de relevancia que condicionan la cabal comprensión de unas pocas y provisionarias conclusiones. A renglón seguido, figura una parte general (III) orientada a brindar nociones básicas para un mapeo de la topografía del “mundo jurídico” (III.1) y la inserción en él de la rama que consideramos idónea para receptor la problemática de la salud y producir las respuestas jurídicas que, en su caso, correspondan: el Derecho de la Salud<sup>1</sup> (III.2). Seguidamente, se intercalan conversables hallazgos (IV), con la íntima convicción de que no son sino conclusiones en permanente proceso de revisión.

---

<sup>1</sup> Al respecto, conviene ver especialmente: CIURO CALDANI (2005 e 2009) Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2009, págs. 61-75; PREGNO (2009a; 2009b, 2011a e 2011b).

## II Introito aclaratorio y procedencia teórica

### 1 Sobre la noción de Derecho

3. Antes que nada, advertimos que propiciamos una construcción compleja<sup>2</sup> del objeto jurídico, y es así que entendemos a “lo jurídico” como un saber práctico encaminado a enlazar facticidades y normatividades (PREGNO, 2011b).

Como puede advertirse, participamos de una noción que, sin dejar de reconocer la positividad del Derecho –en tanto lo entendemos como fenómeno “puesto por el hombre”–, no se agota en el paradigma planteado por el positivismo normativista, desde que habilitamos los hechos y ensanchamos el concepto de norma en la medida que registramos, junto a las fuentes formales de Derecho, la influencia de las valoraciones, siempre en términos de constructo<sup>3</sup> y descartando de plano una concepción natural de las consideraciones de valor. Esto último no significa superponer, con ánimo de confusión, las ya diferenciadas órbitas de “lo moral” y “lo jurídico”, sino transparentar la tarea interpretativa, fuertemente signada por la argumentación y condicionada por una serie de elementos normativos meta-formales para generar y aplicar el derecho.

Así, la recepción de la facticidad, según lo estimamos, da cuenta de una tensión brutal para el discurso jurídico: “hechos-normas”. Esta polémica ha quedado sepultada siempre bajo la presunta mayor relevancia de los conflictos “valores – normas”, plasmados en los enfrentamientos entre iusnaturalistas y positivistas. Hoy, tenemos la convicción de que las deudas de los operadores jurídicos son más bien con la historia y no tanto con el “deber ser” (PREGNO, 2011a).

---

<sup>2</sup> “Complejidad significa aquí, la emergencia de procesos, hechos u objetos multidimensionales, multirreferenciales, interactivos (retroactivos y recursivos) y con componentes de aleatoriedad, azar e indeterminación, que conforman en su aprehensión grados irreductibles de incertidumbre. Por lo tanto un fenómeno complejo exige de parte del sujeto una estrategia de pensamiento, a la vez reflexiva, no reductiva, polifónica y no totalitaria/totalizante. Un contexto inédito y enorme requiere un pensamiento creativo, radical y polifónico. Un pensamiento exorbitante (capaz de pensar fuera de la órbita de los lugares comunes). (...)

La complejidad, es a primera vista un tejido de constituyentes heterogéneos inseparablemente unidos, que presentan la paradójica relación de lo uno y lo múltiple. La complejidad es efectivamente el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así es que, la complejidad se presenta con los rasgos perturbadores de la perplejidad, es decir de lo enredado, lo inextricable, el desorden, la ambigüedad y la incertidumbre. Hoy la complejidad es nuestro contexto”. Cfr. <http://www.complejidad.org/penscompl.htm> (Visualizado el 24/04/2005).

<sup>3</sup> Sobre la idea de “constructo”, puede verse, por ejemplo, Guibourg, 2004. Sobre constructivismo, conviene ver, por ejemplo, Nino, 1989.

4. En una comprensión más amplia no dudamos en afirmar que el Derecho se erige en un instrumento de violencia simbólica, siempre entre sujetos autointeresados aunque con finalidades no siempre exteriorizables, para la resolución pacífica de controversias a partir de la organización sistemática y monopólica de la coacción (PREGNO, en prensa).

5. Para finalizar este breve acápite, reparemos un momento en la densidad del postulado: “Derecho de la Salud”.

De la nomenclatura emergen dos núcleos teóricos duros que ameritan ser elucidados en aras de precisar los alcances del trabajo; nos referimos a los términos: “derecho” y “salud”, portadores de una ostensible potencialidad al momento de trazar los límites de la derivación subsiguiente de ideas.

En otras palabras, demarcar sendas nociones con precisión deviene una tarea imprescindible para la consecución de un objetivo general encaminado a articular los despliegues de las ramas jurídicas desde el punto de vista principal de una nueva rama, es decir el Derecho de la Salud (que, anticipémonos, no tiene otra finalidad que la de realizar el derecho a la atención de la salud).

6. Consecuentemente, se advierte que figura entre los puntos de partida de la investigación el reconocimiento de la partición del Derecho en “ramas”.

7. A dicha definición de corte axiomático se agrega un elemento más, el cual operó como elemento motivacional de los estudios de doctorado<sup>4</sup>: la insuficiencia de las ramas tradicionales del Derecho para atender la cuestión “salud”.

A ese respecto, para justificar la innovación en el “mundo jurídico” (esto es: fundamentar la necesidad de incluir una nueva “rama” del Derecho) debía extremarse el rigorismo lógico al momento de ir “de la parte al todo”, salvaguardando a las conclusiones de la “falacia de composición” y evitando predicar de aquéllas las características propias de éste. Vale decir, la dinámica de trabajo contempló prudentemente que: el argumento de que la “salud” desborda a las ramas tradicionales no significa concluir, sin más, la incontinencia por parte del Derecho para con ella.

---

<sup>4</sup> El autor, como becario del CONICET y bajo la dirección del Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, elaboró y defendió exitosamente su tesis doctoral: “Teoría General del Derecho de la Salud”, acto que le permitió acceder al título académico máximo que otorga la Universidad de Buenos Aires. El tribunal estuvo integrado por los Dres. Martín Böhmer, Alicia Mariana Perugini Zanetti y Ricardo David Rabinovich-Berkman.

8. Así es que tienen sentido las indagaciones en torno a la noción “derecho”, toda vez que: de ese inventario de perspectivas de “lo jurídico” dependerá la recepción de la “salud” en el “Derecho”.

En tal sentido, no resultan indiferentes los condicionamientos que la noción de Derecho ejerce para determinar los alcances de la noción salud; vgr.: no cabe duda que la filosofía jurídica de tradición iusnaturalista presenta coordenadas de trabajo diversas a las que orientan los constructos que exhibe la extracción positivista o las reflexiones de las distintas expresiones de la crítica.

Mas no se trata sólo de una especulación intelectual, sino que guarda profundas implicancias con la dimensión práctica del Derecho, pues: si ese iusfilósofo es –pongamos por caso– un juez, a no dudarlo que la medida del derecho a la atención de la salud será considerablemente diversa. Por ejemplo: si se trata de concluir sobre el derecho a rechazar un tratamiento que resulta indispensable para mantener la vida o sobre la interrupción voluntaria de un embarazo en curso, habrá distintas resoluciones, conforme sean las cosmovisiones del mundo, materializadas en visiones disímiles de “lo jurídico”. Concretamente, la premisa es que: un iusnaturalista no opera con el mismo concepto de “salud” que un positivista o un crítico.

De algún modo, los desarrollos teóricos vinculados a la noción de “derecho” se erigen en facilitadores de las conclusiones vertidas en cuanto a la noción de “salud”, en la medida que subsidian la concatenación de ideas que sostiene el andamiaje conceptual explicativo del funcionamiento conjetural de la idea de salud en el interior de cada una de las corrientes iusfilosóficas.

## **2 Sobre la noción de Salud**

9. En orden a la cuestión planteada en primer término, indudablemente resulta obligada la remisión al agente natural en la materia, esto es la Organización Mundial de la Salud<sup>5</sup>, que en 1948 sustituyó el concepto de salud apoyado en la ausencia de enfermedad sosteniendo

---

<sup>5</sup> “La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948”. Con más las “reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente...”. Cfr.: [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf) (Visualizado el 09/10/2007).

que se trata de “el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Vale la pena detenerse en el resabio objetivista existente en la expresión transcrita, que recoge el primer principio vertido en el Acta Constitutiva del ente –en su versión originaria de 1946–, desde que postula una suerte de estándar único y “superviviente” a cualquier contingencia de tiempo y lugar. Es decir, encabezar la declaración con el artículo “el” supone erigirla en axioma exento de vicisitudes espacio-temporales.

Esta primera consideración respecto de la noción reconduce la discusión, a nuestro juicio, hacia irresolubles posiciones sostenidas otrora por nominalistas y esencialistas en las disputas sobre los universales y las palabras de clase. Luego, la adjudicación de significado a las palabras queda fuera de las posibilidades de los mortales, en la medida que los conceptos “son” independientemente del consenso de la comunidad parlante. Probablemente, no pueda sostenerse en nuestros días que, en rigor de verdad, la extensión de los conceptos pueda determinarse *ab initio* y con prescindencia del enclavamiento cultural de los sujetos; máxime, con vocablos que reenvían palmariamente a cosmovisiones y particulares “modo de ser” de las personas y los pueblos.

Tal vez el entusiasmo que inicialmente reportó el hallazgo se tradujo en una sobrestimación del descubrimiento lindante con posiciones reñidas con la conciencia lingüística del momento. Aún así, se animó a postular que la salud era “el” completo estado de bienestar bio-psico-social.

10. Desandando el camino seguido por el ente y sus filiales, permite pensar que la definición, al poco tiempo, dejó alguna desazón porque, claro, se trataba de “el mundo y sus alrededores”. De manera que, treinta años después, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de la Organización Panamericana de la Salud<sup>6</sup>, reunida en Alma-Ata, Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, del 6 al 12 de septiembre de 1978, sustituyó el artículo “el” por el artículo indeterminado “un” y dijo que, en realidad, es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad.”.

Entendemos que el esmero por delimitar es palmario y necesario pero no suficiente. La extensión del concepto sigue siendo excesivamente amplia, si bien más permeable debido a que habilita que el “estado de completo bienestar” sea uno de los posibles.

---

<sup>6</sup> “[...] organismo internacional de salud pública con 100 años de experiencia dedicados a mejorar la salud y las condiciones de vida de los pueblos de las Américas. Goza de reconocimiento internacional como parte del Sistema de las Naciones Unidas, y actúa como Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud”. Cfr.: [http://www.paho.org/Spanish/PAHO/about\\_paho.htm](http://www.paho.org/Spanish/PAHO/about_paho.htm) (Visualizado el 09/10/2007).



Se atribuye a Winston Churchill haber dicho que “la salud es un estado transitorio entre dos épocas de enfermedad y que, además, no presagia nada bueno.” (BOTIRDETH TOSÍA, 1998, p. 180). En la misma línea, viene a cuento traer a colación que, al respecto, se ha dicho que esta noción de salud introduce un diferendo entre quienes están enfermos y quienes aún no han sido suficientemente estudiados.

11. Pero el afán por definir de la Organización Mundial de la Salud llegó a su punto máximo en la primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Ottawa, Canadá, el 21 de noviembre de 1986, cuando elaboró la Carta de Ottawa<sup>7</sup>. Expresamente remarca que “la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario”, y así desliza una serie afirmaciones que desinsacula a la salud de la órbita de los procesos clásicos de salud-enfermedad-atención coligándola a esferas exorbitantes como los orbitales ampliados descriptos en la última versión de la declaración, actualizada en Bangkok en el año 2005. Así, se postulan “prerequisitos para la salud”, lo que traducido significa garantizar para todas las personas “la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad”. En la misma línea, al pronunciarse sobre “la reorientación de los servicios sanitarios”, “especifica” que: “La responsabilidad de la promoción de la salud por parte de los servicios sanitarios la comparten los individuos, los grupos comunitarios, los profesionales de la salud, las instituciones y servicios sanitarios y los gobiernos. Todos deben trabajar conjuntamente por la consecución de un sistema de protección de la salud.”.

Obsérvese el anteúltimo acápite del documento de referencia, que aparece encabezado por el subtítulo: “el compromiso a favor de la promoción de la salud.”. Es posible advertir en dicho segmento una comprensión idealista (en el sentido de no-materialista) de la existencia. Vale decir, el motor de la historia no es la materia sino la idea. Tal parecer es opinable, como todo, por lo que no podemos más que destacar que conlleva el peligro de sumir en formas totalitarias; de igual modo, pueden también las concepciones materialistas traducirse en respuestas afines. Cuantiosas y lamentables evidencias históricas nos relevan de ahondar en lo afirmado.

De cualquier modo, importa detenerse en el “compromiso” que asumen los “participantes”; a saber:

---

<sup>7</sup> Las reuniones subsiguientes fueron en Adelaida (Australia), en 1988; Sundsvall (Suecia), en 1991; Yakarta (situada en la isla de Java, Indonesia), en 1997; México, D.F., en 2000; Bangkok (Tailandia), en 2005; Washington, D.C (EUA), en 2006; Ginebra (Suiza), en 2007; Helsinki (Finlandia), en 2013.

- “a intervenir en el terreno de la política de la salud pública y a abogar en favor de un compromiso político claro en lo que concierne a la salud y la equidad en todos los sectores;
- a oponerse a las presiones que se ejerzan para favorecer los productos dañinos, los medios y condiciones de vida malsanos, la mala nutrición y la destrucción de los recursos naturales. Asimismo se comprometen a centrar su atención en cuestiones de salud pública tales como la contaminación, los riesgos profesionales, la vivienda y la población de regiones no habitadas;
- a eliminar las diferencias entre las distintas sociedades y en el interior de las mismas, y a tomar medidas contra las desigualdades, en términos de salud, que resultan de las normas y prácticas de esas sociedades;
- a reconocer que los individuos constituyen la principal fuente de salud; a apoyarlos y capacitarlos a todos los niveles para que ellos, sus familias y amigos se mantengan en buen estado de salud; y del mismo modo se comprometen a aceptar que la comunidad es el portavoz fundamental en materia de salud, condiciones de vida y bienestar en general;
- a reorientar los servicios sanitarios y sus recursos en términos de la promoción de la salud; a compartir el poder con otros sectores, con otras disciplinas y, lo que es aún más importante, con el pueblo mismo;
- a reconocer que la salud y su mantenimiento constituyen el mejor desafío e inversión social y a tratar el asunto ecológico global de nuestras formas de vida.

La conferencia insta a todas las personas interesadas a formar una fuerte alianza en favor de la salud”.

12. No podemos ocultar que nos agrada la ampliación, desde que la conexión es con el bienestar y la calidad de vida; más todavía, no nos representamos quién y con qué sustento puede oponerse, en el estado actual de la conciencia jurídica de nuestro tiempo, a la realización personal, reconociendo al propio individuo como hacedor por excelencia de su propio destino.

Ahora bien, tampoco podemos ocultar que, en relaciones directamente proporcionales, nos preocupa de sobremanera la “volatilidad” de la noción, si vale el recurso pictórico. Puede decirse que la noción alcanzó niveles de saturación diluyentes y, no contentos con la licuación, acabó por evaporarse.

La analogía pretende dar cuenta de un proceso de abstracción cargado de ideología: dinamitar el concepto condujo a naufragar en declamaciones eximentes de responsabilidades. Por ejemplo, al invitar a “irrumper en el futuro”, “manda” a: “El cuidado del prójimo, así como el planteamiento holístico y ecológico de la vida, son esenciales en el desarrollo de estrategias para la promoción de la salud. De ahí que los responsables de la puesta en práctica y evaluación de las actividades de promoción de la salud deban tener presente el principio de la igualdad de los sexos en cada una de las fases de planificación.” (¿?). Francamente, nos parece discursivamente loable, pero queda el sabor amargo (o el sinsabor, en el mejor de los casos) del reenvío al infinito. En buen romance, somos de los que creen que imputar responsabilidades colectivas es equivalente liberar a todos de sus responsabilidades; al menos, en un sentido pragmático de la existencia.

Esto no significa que no resulte interesante trabajar con una noción de salud, y con una noción ampliada incluso, pero sí resulta imprescindible trazar algún tipo de límite conceptual, sin otra intencionalidad que la de tornarla operativa.

### **III El Derecho de la Salud en la topografía del “mundo jurídico”**

#### **1 Las ramas del “mundo jurídico”**

13. La alegórica y pictórica figura de presentar al “mundo jurídico” como el frondoso follaje de un ejemplar único en su especie (aunque con una línea parental bien definida: el lenguaje normativo), recorre e inunda kilómetros de tinta y toneladas de papel en los que se plasma el pensamiento de un incalculable número de teóricos del derecho.

Los trabajos de doctrina, en su exposición clásica, comienzan por referir a este recurso para exhibir las ideas liminares a los que, tanto desde posiciones legas como especializadas, incursionan en el arte de operar con normas jurídicas. Así, empiezan por alcanzar una noción de derecho, ora en la faz objetiva, ora en la faz subjetiva; y, de inmediato, se adentran en taxonomías de generalizada aceptación. Quizá la más universal de todas sea la que traza la bisectriz que deslinda entre: (A) Derecho Público y (B) Derecho Privado<sup>8</sup>. Luego, convidan con una serie de bifurcaciones que operan en el interior de los

---

<sup>8</sup> La respuesta histórica del “mundo jurídico” a la interdisciplina intrasistemática fue la de transformar la primera división bipartita del Derecho en un complejo tripartito, resultando que, junto al Derecho Público y al Derecho Privado, exista una categoría *sui generis* que albergase a las ramas eclécticas. Según algunas opiniones, dicha categoría incluye al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, al Derecho Agrario, al Derecho Minero y, fundamentalmente, al Derecho Procesal.

compartimentos nacidos de la distinción originaria, que, a su vez, habilitarán nuevas segmentaciones generando, casi, un sinnúmero de clasificaciones y subclasificaciones como respuestas que son producto de la cultura.

14. De esa forma, del (A) Derecho Público fluyen: en primer lugar, y partiendo de la idea que la convivencia humana se expresa en la constitución de una comunidad política, las relaciones entre gobernantes y gobernados suponen una “tematización” y “problematización” de la facticidad en una disciplina específica del mundo jurídico el (A.1) Derecho Político, cuyas nociones fundamentales son recogidas por el (A.2) Derecho Constitucional; y de la necesidad de regular la actuación del Estado frente a las personas físicas (principalmente, en materia de prestación de servicios públicos) aparece el (A.3) Derecho Administrativo; por otro lado, a medida que el concierto de naciones tomó forma, se hizo imperioso resolver ese entramado interrelacional trasfronterizo, y pronto se requirió sistematizar científicamente (A.4) el Derecho Internacional Público, preexistente ya con autonomía material. Consecuentemente, la aparición del estado moderno trae aparejada la asunción de funciones exclusivas por parte de éste, cuyas reglamentaciones habilitaron un estudio sistemático del (A.5) Derecho Penal, del (A.6) Derecho Tributario, del (A.7) Derecho Aduanero, entre otros.

15. Mientras que del (B) Derecho Privado despuntan dos grandes vertientes: el (B.1) Derecho Civil, con sus despliegues patrimoniales y extrapatrimoniales, y el (B.2) Derecho Comercial. Así, de cada una florecen retoños que, en el estado actual del arte y por la entidad de sus propios objetos de estudio, son disciplinas relativamente autónomas: (B.1.a) Derechos Civil – Parte General; el (B.1.b) Derecho Obligacional; los (B.1.c) Derechos Reales; el (B.1.d) Derecho de Familia; el (B.1.e) Derecho de las Sucesiones. Además, se constituyó, por las relaciones entre particulares de distintos Estados, el (B.3) Derecho Internacional Privado.

16. Este proceso de la búsqueda de la especialidad, responde al paradigma epistemológico de la modernidad: la minuciosa descomposición del todo y el escrupuloso análisis de todas y cada una de sus partes (la coronación del proceso es la fisión nuclear). Empero, los caminos laberínticos del conocimiento conducen a la integración de los saberes; más no tanto por concepciones gnoseológicas animistas o por justificativos alineados en inexorables predestinaciones, sino más bien por la necesidad de reconocer en el centro de la labor científica al hombre, tan misterioso como único. El mismo individuo, y en las más de las veces al mismo tiempo, participa, voluntaria o involuntariamente, en situaciones que, de una forma u otra, caen en la órbita del Derecho y, en consecuencia, en alguna de sus ramas y subramas. Desde luego que no se trata de considerar sólo los acontecimientos

particulares de las historias individuales de las personas, sino de recuperar también los despliegues de la otredad interactuante, en la totalidad de lo real, con relevancia jurídica.

17. Lo dicho se vuelve palmario en el saber jurídico a poco de reparar en una serie de fenómenos que han desdibujado las demarcaciones, socavando el modelo compartimento-estancista; a saber: a) La “civilización” del Derecho Comercial y “comercialización” del Derecho Civil, los límites se vuelven cada vez más difusos entre las categorías privatistas fundantes; b) La franca retirada de la noción de Orden Público en pos de la contractualización del Derecho de Familia y, paradójicamente, el debilitamiento del dogma de la autonomía de la voluntad frente a la contratación masiva con cláusulas predispuestas y la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. En este caso, las relaciones se vuelven más complejas, aún cuando se trata de la prestación de servicios públicos, pues se “publiciza” la contratación privada; y c) La irrupción de los Derechos Humanos en la totalidad del ordenamiento jurídico, inaugurando un verdadero proceso de “constitucionalización pantónoma”. Si bien enraízan en las sucesivas generaciones de derechos que abonan el Derecho Constitucional moderno, reforzado con el Derecho Internacional Público, ejerce una suerte de fuerza centrífuga hacia el sistema normativo en su conjunto.

## **2 La emersión de la rama Derecho de la Salud como constructo realizador del derecho a la atención de la salud**

18. Cuando el Derecho debe afrontar los problemas de una nueva era histórica, signada por revoluciones como las de las comunicaciones, la información, la biotecnología, etc., es imperioso dotar a la materialidad y al saber jurídico de herramientas valiosas.

En el campo de la biomedicina en particular, ya se han ensayado intentos mediante el discurso bioético, de profunda implicancias con lo que se ha dado en llamar Bioderecho. En el primer caso, el motor es la reflexión filosófica sobre la moralidad del desarrollo de las ciencias de la vida; en el segundo, la *lei motiv* de su existir es la regulación jurídica de la atención de la salud.

19. En los procesos salud-enfermedad-atención, según lo estimamos, se suelen emplear indistintamente las voces “Bioderecho”, “Derecho Sanitario” y “Derecho Médico”.

Somos de la idea que no sólo es factible distinguir entre ellos sino también postularlos como etapas sucesivas, mas el pasaje de una a otra no es en términos de ruptura sino de continuidad. En tal sentido, creemos que es posible identificar, por lo menos, cuatro etapas con la consecuente respuesta jurídica. Veamos.

## **2.1 Derecho Sanitario**

20. Puede caracterizarse sucintamente como aquella en la que el Estado se limitaba a ejercer un mero control de policía en materia sanitaria, comprometiéndose a velar por la salubridad, la seguridad y la moralidad con amplias facultades de contralor en sintonía con la doctrina clásica del poder de policía. De ahí que la preocupación estuviera puesta en el agua, los alimentos, los desagües y cloacas, la vacunación obligatoria, la reglamentación de la disposición de los cadáveres, el control de enfermedades infectocontagiosas, etc.

21. En nuestro país, puede decirse que la problemática de la salud ingresa en la agenda pública promediando la segunda mitad del siglo XIX; entre otros, por ejemplo, se destaca el Dr. Guillermo Rawson, que ocupó el Ministerio del Interior durante la presidencia de Mitre y fue uno de los líderes de los “médicos higienistas”, cuando en 1876 presenta su “Estadística vial de la Ciudad de Buenos Aires” en el Congreso Médico Internacional de Filadelfia (BATTOLLA; BORTZ, 2007).

## **2.2 Derecho Médico**

22. La ubicación del médico como la figura central del proceso salud-enfermedad-atención no tardaría en llegar. Si bien el rol protagónico y disciplinador de los galenos es de larga data en la cultura occidental, el derrotero en nuestro país se vuelve palmario a poco de andar los anales de legislación: verbigracia, la Ley 11.359 sobre lepra del año 1926; la Ley 12.331 sobre enfermedades venéreas de 1936; etc.

Para fortalecer esta visualización del médico como custodio de la sanidad pública por directa manda estadual, se suma la ausencia de percepción ciudadana de la salud como derecho.

El punto culmen del proceso, a nuestro juicio, se logra con la sanción de la Ley 17.132 sobre ejercicio profesional de la medicina, donde no caben dudas que la salud es un tema estrictamente médico.

## **2.3 Bioderecho**

23. Habiendo dejado en claro que el Derecho Médico subsume y supera al Derecho Sanitario, lo propio cabe decir del Bioderecho respecto de aquellos dos, desde que: el Derecho Sanitario hace mella en la intervención estatal en la atención de la salud y el Derecho Médico es confinado a la regulación de la praxis médica.

En esa inteligencia, las señas particulares de esta etapa suponen que: a) el Estado es emplazado a cumplir un rol activo en la atención de la salud de la población mediante la prevención, la protección y el reestablecimiento de la misma; b) la salud no es ausencia de enfermedad y la desbiologización conceptual viene acompañada de su reconocimiento como derecho de la población; c) el fin del discurso médico hegemónico y la horizontalización de la relación médico-paciente, el empoderamiento de los individuos y el reconocimiento del enfermo en la existencia, la organización de la sociedad civil y la diferenciación de colectivos nucleados en torno a dolencias.

De resultas, puede concluirse que el Bioderecho fue para el “mundo jurídico” lo que la Bioética fue para la ética aplicada. En la Argentina, a causa de una de las noches más largas de nuestra joven historia (comenzada el 24 de marzo de 1976), este proceso se difirió hasta los primeros años de la década del ochenta con la recuperación de la democracia.

## **2.4 Derecho de la Salud**

24. Con este panorama, ha llegado el momento de *aggiornar* una nueva respuesta desde el saber jurídico, una más integradora y abarcativa que la del Bioderecho: la del Derecho de la Salud. En esta instancia corresponde un nuevo proceso de síntesis a nivel de la propia disciplina jurídica.

El Derecho de la Salud, en tanto constructo emergente, viene a orientar la búsqueda de respuestas a los dilemas y conflictos que el avance de la biomedicina/biotecnología plantea. En resumidas cuentas: el Bioderecho fue la respuesta a la biomedicina; el Derecho de la Salud es una nueva perspectiva, articulada y sistemática, que considera a todo el Derecho desde la problemática de la salud. De tal modo que el espectro se amplía notabilísimamente, al punto tal de considerarla una nueva rama del mundo jurídico.

25. La particularidad de esta nueva rama radica, más que en la especialidad de su objeto, en la justificación de su autonomía (tanto “material”, a partir de despliegues fácticos y normativos propios, como “formal”, en orden a la sistematización del conocimiento que postulamos) a partir del carácter transversal que porta respecto de las demás ramas del mundo jurídico: el Derecho de la Salud atraviesa transversalmente a todos los despliegues del saber jurídico.

Para decirlo gráficamente, el Derecho de la Salud no se descuelga del tronco madre, sino que constituye un verdadero puente en el interior del “mundo jurídico”, desde que es

preciso realizarla articulando la totalidad de las ramas, las tradicionales y las no tradicionales. Guardando coherencia con lo dicho respecto de la “constitucionalización pantónoma”, parece razonable que así lo sea. En el Derecho de la Salud confluyen, en todas sus manifestaciones, el Derecho Público, el Derecho Privado y las ramas eclécticas.

26. La aparición de la disciplina reviste importancia no sólo desde especulaciones epistemológicas, sino también como cabal muestra del paso acompasado de los hombres y mujeres contemporáneos en la construcción de ciudadanía; avance que el saber jurídico debe necesariamente acompañar.

El “empoderamiento” y la democratización de la información, tienen honda repercusión en el campo de los derechos humanos y en las modernas formas de participación política en la sociedad del conocimiento, lo cual impacta directamente en la vida institucional y organizacional del globalizado y posmoderno Estado de Derecho<sup>9</sup>.

#### **IV Conjugación de las ideas vertidas: facticidades y normatividades del Derecho de la Salud**

27. Ha quedado claro ya que no escatimamos en mostrar sino un profundo escepticismo en torno a la noción de salud.

Para evidenciarlo, proponemos al amigo lector el siguiente ejercicio: esta noche, en lo posible entrada ya la madrugada de mañana, acuda a la guardia del efector de salud que le quede más a la mano y dígame al profesional de la salud que lo atienda que se “*siente triste*”. A no dudar que, si se trata de un trabajador bien aprendido, le derivarán al servicio de psicopatología (y puede darse por más que satisfecho si allí termina el episodio).

Este juego mental, no tiene otra finalidad que la de dejar planteada la siguiente y provisoria conclusión: aunque la literatura especializada y la academia están pavimentadas por un concepto ampliado de salud, lo cierto es que “todos” (pacientes, prestadores, financiadores, autoridades del sistema de salud) operan con un concepto restringido de salud.

Ojalá resulte una hilacha de este trabajo la motivación a que científicos sociales releven la noción de salud entre usuarios y gestores del sistema; y hacemos votos para que, en la medida de lo posible, des-en-criptemos las incumbencias y competencias de cada actor del proceso

---

<sup>9</sup> Al respecto, conviene ver especialmente: Bockenforde, 2000; Carbonell, 2003; Ferrajoli, 1999; Fioravanti, 2004; Laporta, 2007; Peña Freire, 1997; Pérez Luño, 1994; Pregno, 2011b; entre otros.



salud-enfermedad-atención, de otro modo quedarán sin respuesta interrogantes listados en el orden de: ¿Cómo captar los estándares de atención mínimos exigibles a los integrantes del equipo de salud? ¿Cómo merituar la práctica médica, paramédica y profesionales auxiliares, especialmente una vez judicializado el caso? ¿Cómo se asignan recursos en materia sanitaria? ¿Cuáles son las obligaciones a las que se somete el sector privado que actúa en el área de la salud? ¿Cómo se racionaliza el riesgo en el complejo sanitario?

28. Si la incertidumbre se apodera del contenido del derecho a la atención de la salud, no tenemos manera de saber cuáles son sus límites y alcances; y ello genera (o puede generar) las siguientes reacciones:

a) si, entre otras áreas del complejo vital, la salud supone: cuidado del ambiente, consumo de agua potable, equidad en la distribución de la renta, condiciones de vida igualitarias, acceso a la educación, vivienda garantizada, salvaguarda del derecho a vivir, caminos pavimentados, etc., podría perfectamente abrogarse la totalidad de los derechos por considerarlos implícitos en una *extra-large* noción de salud;

b) mas, como lo que antecede constituye un desatino, se provoca un desborde en la actividad jurisdiccional, se exagera el rol de los jueces y son ellos quienes deben decir qué implica salud. Y esto no sería tan gravoso si se tratase sólo de garantizar accesos (o sea: si la cuestión se agotase en la asignación de recursos económicos –dicho sea de paso, el magistrado encargado de denegar pretensiones en materia sanitaria, parece que todavía no ha nacido), el tema es que cada vez que el legislador hace uso de la voz salud, la noción se presenta como incontenible y por ello su sentido se vuelve inescrutable; y no es un mero pasatiempo intelectual el de desentrañar su significado, pues es un problema muy severo para el estado de derecho cuando se castigan conductas por violar el derecho a la atención de la “salud”. En atención a ello, deberíamos prorrogar la incorporación del término en el Código Penal; al menos hasta que alguien nos diga qué cabe entender por él;

c) a su tiempo, el vértigo que ocasiona una noción inmensa conspira contra la “publicización” de la idea de salud<sup>10</sup>; no obstante, se impone el recorte para asegurar su uso, empero afloran de manera inevitable consideraciones economicistas. Vale decir: si el paciente no

---

<sup>10</sup> Máxime si en el medio nos topamos con un reenvío a la autoreferencialidad que supone conjugar la idea de bienestar; sin rodeos: “bienestar” significa estar-bien; luego, hay tantas formas de estar bien como individuos dispuestos a plantearse el interrogante. Ciertamente, no menor inquietante resulta la inclusión del concepto de “completitud”; en efecto, la transversalidad del Derecho de la Salud, en tanto nueva rama jurídica, no denuncia más que la problematicidad de la existencia y la pantonomía del complejo vital en su máxima expresión (en última instancia, está en juego la vida y la plenitud de la vida de las personas), pero, a nuestro modo de ver, las dificultades se incrementan si ni siquiera podemos sistematizar la “facilidad” con la que uno enferma y sana en un mismo día.

puede pagar por lo que quiera que sea “salud”, la forma de simetrizar con él es entendiéndola como ausencia de enfermedad, pues es la forma más económica de concebirla; por el contrario, si el paciente puede pagar, se genera una especie de medicina “à la carte”, donde se le despliega un menú de opciones por las que paga cual *delivery*<sup>11</sup>.

29. Según nuestro parecer, la actual noción de salud es una auténtica desmesura conceptual y, por ende, pasaporte seguro a debates de alto contenido ideológico. Y entiéndasenos bien: no queremos capitular deslizando temor a las ideas (¡bienvenidas sean todas ellas!) sino horror a las declamaciones que acaban por despistar a la ciudadanía. En otras palabras: vale declamar, pero también hay que hacer. La noción de salud hoy aparece teñida de inflación y la imposibilidad de traducirse en los hechos la vacía de contenido. Ergo, la consecuencia es repudiable en tanto y en cuanto repercute en el cumplimiento y convierte a los teóricos en amplificadores de discursos alienantes.

Así y todo, según estimamos, es posible pensar la noción de salud conservando de algún modo la amplitud semántica que ha experimentado en el último tiempo. Desde luego, para evitar apriorismos, se requiere –como sugeríamos– cierta instancia de validación que permita contrastar las categorías empleadas.

30. Coligado con lo que antecede, corresponde decir que amén de las abundantes caracterizaciones que se han hecho del “modelo médico hegemónico”<sup>12</sup>, el foco de tensión con el que el paciente debe medirse hoy no es el desequilibrio de saberes (y, consecuentemente, de fuerzas y poder) propio del encuentro con el médico sino la economía.

Por su parte, también el médico debe ingeniárselas, en el día a día, con un modelo que lo tiene como “cara visible”, en tanto último eslabón de una perversa concatenación lúdica de ofertas y demandas donde no sabemos a ciencia cierta quién oferta, quién demanda, quién juega, quién gana, quién pierde. Perder de vista las condiciones en las que se hace medicina en la Argentina: pauperización del hospital y del trabajador del ámbito de la salud pública, por un lado, y la desjerarquización a la que se los sume en el ámbito privado, por el otro, puede conducir a tener una composición de lugar que no se condiga con lo que ocurre.

---

<sup>11</sup> Incluidos los “pacientes sanos”; prueba de ello es que, por ejemplo: los medicamentos destinados a fortalecer la memoria se difunden especialmente entre los estudiantes universitarios (?) o aquellos que se emplean como vigorizante sexual son ampliamente consumidos entre los más jóvenes, que hacen de un proceso natural como el período de refracción una “frustración invalidante”.

<sup>12</sup> Puede verse: Menéndez, 1985a, e 1985b, entre otros.

Ejemplifiquemos. ¿Cómo no ser víctima del *burn-out* si el Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre la Asociación de Médicos de la Actividad Privada (AMAP) y la Asociación de Clínicas, Sanatorios y Hospitales Privados de la República Argentina (ADECRA) establece como “valor hora médica básica” para los profesionales la suma de \$ 62,30?<sup>13</sup>

Por lo demás, digamos que los trabajadores se hallarán más motivados a prestar sus servicios recién a partir del 1° de diciembre del corriente, fecha en la que pasarán a cobrar \$68,53; y, el incentivo será total cuando el 01-02-2015 alcancen el equivalente a \$70,59, ahí sí... Francamente, es una afrenta y bien vale preguntarse: ¿quién cuida a los que cuidan? Sobre el particular, no nos cansaremos de señalar como de consulta imprescindible el documento elaborado por el Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Cardiología: “Resultados de la Encuesta de Accesibilidad Universal y Remuneración de la Consulta del Médico Especialista. Las Dificultades del Encuentro Médico”, publicado y disponible en la entidad. De dicho estudio, realizado durante el año 2010, surge que: de los 1.054 cardiólogos encuestados, el 66% afirma que el valor adecuado de la consulta sería entre \$50 y \$60; asimismo, considera que deben adicionarse entre \$20 y \$40 para cubrir los gastos (alquiler, el pago de una secretaria, etc.), cuando la consulta se realiza en el consultorio particular del profesional.

No intentamos soslayar, ni siquiera minimizar, la asimetría de la relación médico-paciente, sólo que no estamos dispuestos a admitir que, después de haber bregado para “des-entendiosar” a los médicos ahora les exijamos que se comporten como tales o, por lo menos, como sus vicarios terrestres, dispuestos a subsistir vistiendo piel de camello y alimentándose de frutos y miel silvestre.

31. De esa relación médico-paciente autoritaria, verticalista, hegemónica, sólo quedan vestigios<sup>14</sup>; sencillamente, porque en la sociedad del conocimiento, entre otras cosas, ya no queda espacio para el experto, pero, además, porque ese encuentro entre el médico y el paciente ya no aparece informado por “un médico” y “un paciente”. Por el contrario, el

<sup>13</sup> Para ser exactos, el 21 de enero de 2011 la Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, mediante la Disposición N° 60, homologó el Convenio 619/11, cuyos valores fueron actualizados en el Acta Acuerdo suscripta entre las partes el 30/09/2014, recaída en el marco del Expte. N° 1.617.058/14 (Nota del Autor: ¡no hay burocracia que resista si sobre el final del noveno mes del año se resolvieron actuaciones cuya numeración correlativa es: 1.617.058!). Como para tener una idea aproximada de lo que ello significa en términos de economía doméstica, digamos que un médico alcanzado por este convenio debe afectar una hora mensual de su trabajo -como mínimo- para poder visitar a su peluquero con una frecuencia bimestral.

<sup>14</sup> A esta altura, por obvio que sea, es preciso denunciar los rótulos: ni “el médico” ni “el paciente” existen fuera de la observación (interesada) de prácticas sociales concretas de individuos circunstanciados.

binomio se presenta desguazado: a) por un lado, un médico que se reporta como cara visible de un grupo empresario o sindical que hoy –y sólo por hoy– “juega” en el mercado de la salud y mañana puede “mover sus fichas” a otras latitudes más rentables (verbigracia: la soja o desarrollos inmobiliarios) o de un Estado que se ha desentendido –sea por la causa que sea– de las finalidades que, incluso, justifican su existencia misma; y, b) por otro, un paciente que ya no viene solo a la consulta sino que integra un (poderoso) colectivo capaz de lograr que la atención de la salud se module “a demanda”. El rótulo de “el paciente” suele ser la denominación común de un grupo tan heterogéneo como falaz, pues también se escabullen “consumidores”, anticipándose a quienes todavía no han logrado posicionarse como ciudadanos.

32. A ello se suma que cada vez son más las empresas de medicina prepaga en manos de “no-médicos” que precarizan las condiciones laborales de sus prestadores. En su lugar, despuntan inversores que ponen en funcionamiento perversos sistemas de auditoría que descansan en la cotización pragmática de prácticas aisladas y no en la ponderación de riesgos y beneficios en términos de proceso; empero, no cabe duda que es el temple que imprime el capitalismo financiero. Traducido en un ejemplo: no importa que una tomografía oportunamente indicada despeje un diagnóstico oncológico; el *quid* de la discordia es que: por más facultativo en medicina que sea, si no es un especialista en oncología no tiene por qué ordenar una tomografía, aunque se salve una vida y, al mismo tiempo, ¡se ahorren costos!

Luego, se tiñe de sospecha el obrar profesional y, lo peor del caso, se daña irreversiblemente al paciente. Cuando la racionalidad financiera suplanta la discrecionalidad científica que garantiza la idoneidad profesional, entonces, la suerte está echada porque lo que se arriesga es, ni más ni menos, el elemento población.

33. Al respecto, vaya nuestro modesto aporte al Derecho de Daños, rama incuestionablemente exaltada en nuestros días por vivir atravesados por las “expectativas” (entendidas como categorías de análisis sociológico que nos lanzan hacia el porvenir, en la medida que revelan las imágenes que tenemos de nuestro propio futuro), y que en su cruce con el Derecho de la Salud desterrar la idea de que la medicina es una “ciencia exacta” (¡como si alguna lo fuera!); por el contrario, si bien con innegables condicionantes biológicos, supone una práctica social donde dos o más personas, atravesadas y enclavadas culturalmente, interactúan valiéndose del lenguaje para exteriorizar necesidades y saberes.

Dicho esto, huelga decir que el obrar de “un médico” varía, por ejemplo, conforme a su instancia formativa<sup>15</sup>, a su especialidad y a su función.

Asimismo, en esta oportunidad nos limitamos a listar dos ítems que, a nuestro juicio, introducen modificaciones en los roles tradicionales que desempeñaban médicos y pacientes en la caracterización tradicional de la relación:

a) por un lado, es preciso registrar que la moderna aparatología empleada para facilitar los diagnósticos, se traduce en un retraining del papel del médico y un consecuente ascenso competencial de los técnicos del arte de curar. El furor de la imagenología y las sofisticadas técnicas de mapeo global y específico del cuerpo humano, no sólo encarecen la atención de la salud y abonan una suerte de “medicina a la defensiva”<sup>16</sup>, sino que es mucho más sutil el impacto: bienvenida sea la tecnología para diagnosticar, ¡pero mejor recibida es la idoneidad para leer los resultados de esos estudios! No basta con ordenar análisis de lo más variopintos, sino que el juicio de relevancia sobre cuándo pedirlos y, más todavía, cómo enlazar los datos relevantes para una correcta anamnesis es una asignatura imprescindible y sobre la que no podemos menos que llamar la atención;

b) por otro lado, y concatenado con la idea de hacer de los escaneos con rayos “x” y los sistemas informáticos los oráculos del tercer milenio, se genera una suerte de “medicina de *delivery*” o “a la carta”. Pero lo que queremos decir no se vincula con cursos de acción orientados a favorecer la autonomía, el bienestar, la des-institucionalización del paciente<sup>17</sup>, sino de una especie de “medicina auto-administrada” (e, incluso, “a distancia”) donde el profesional ejerce a demanda. Como clara manifestación de que la relación médico-paciente no escapa al fenómeno del poder, el paciente “ahora” habla. Y no sólo habla, sino que pide. Y no sólo pide, sino que exige. Esta “apropiación de la palabra” se consume en lo que hemos denominado “medicina a la carta”, donde, en el mejor de los casos, el médico lista las opciones y el paciente escoge. Hacemos reserva de que puede no ser del todo auspicioso desplazar al médico en su función de consejero. El consejo

<sup>15</sup> No es lo mismo un concurrente, un residente, un especialista.

<sup>16</sup> Nomenclatura utilizada con frecuencia para referir a estándares de sobre-atención, signados por la realización de estudios diagnóstica y terapéuticamente inconducentes pero que contentan al paciente (“el doctor me hizo todo”) y generan una sensación de inmunidad del médico frente a reclamos legales ulteriores (por cierto, la convicción no se condice con lo que puede eventualmente acontecer: el requerimiento en justicia por daños y perjuicios).

<sup>17</sup> En esa línea, vale destacar lo positivo que han sido los desarrollos que condujeron a: la diálisis peritoneal ambulatoria continua, los sencillos kits de tiras reactivas para medir la glucosa en sangre para insulino-dependientes, los nebulizadores domésticos y los envases de presión portátiles para abrir los conductos de aire en las personas que padecen enfermedades respiratorias y problemas de asma, entre otros ejemplos.

médico es necesario, en tanto incumbencia profesional (¡que es preciso los galenos asuman!) y en tanto derecho a la información y a la seguridad del paciente, ostensiblemente desorientado al ver como la atención de la salud se erige en un bien transable más.

34. Finalmente, y recapitulando la idea central que ha regido los numerales que integran este último acápite, el carácter estelar de la economía en su confronte con los derechos humanos. Sin lugar a dudas, en la salud se exaltan los desafíos que el mercado plantea a la democracia, desde que la utilidad agrieta la justicia.

La pregunta: *¿cuánto valen los derechos?*, resulta por demás de incómoda; especialmente para los sectores que se dicen progresistas, que suelen sustraerse al interrogante, lo cual es doblemente irresponsable, en tanto no sólo que no presentan un atisbo de resolución al problema sino que lo invisibilizan: es falso que la atención de la salud sea gratuita (sin ir más lejos, quedó suficientemente con las tensiones que implica la remuneración del factor humano en salud). Vale decir: que las personas no paguen para atender su salud, no significa que no haya costos. Esto hay que decirlo sin miramientos.

Ahora bien, sin ahondar más de la cuenta, creemos que no es sostenible en el tiempo un sistema de salud que observe simultáneamente las siguientes tres premisas: a) todas las prácticas-procedimientos-actos-intervenciones, sean diagnósticas, terapéuticas y/o preventivas, que el imperativo tecnológico habilita para atender la salud de la población; b) para todas las personas; y, c) en condiciones de gratuidad. Mantener conjuntamente las tres coordenadas es a riesgo de la existencia misma del sistema; estamos tan convencidos de ello, como que resulta políticamente incorrecto decirlo.

35. Así, al momento de posicionarnos ante el complejo de lo vital, fácilmente se advierte que los recursos son escasos, *per definitionem*, y las necesidades son múltiples (cada vez más). Luego, con la misma facilidad con la que se vislumbra la inadecuación numérica de los bienes existentes y disponibles para satisfacer demandas en materia sanitaria, creemos que aflora el impostergable descanso en la utilidad como criterio orientador del juicio de adjudicación de los recursos.

En cierta medida y no sin sobresaltos, tomamos distancia de posiciones ético-normativas de corte deontológico, en tanto resultan relevantes para merituar el obrar profesional, pero no para pensar el funcionamiento de la salud pública, sencillamente porque, por caso, no hay tantas ambulancias como personas existen, porque no hay tantos hospitales como ciudades acusa la geografía, porque no hay tantos médicos como personas puedan necesitarlo.

En consecuencia, si en el planteo no se introduce algún criterio de utilidad, no podemos dar respuestas a los problemas; pero, la tensión entre utilidad y justicia, incuestionablemente fortalecida en nuestro tiempo, exige resolver de algún modo<sup>18</sup>, en tanto la política denuncia prácticas sociales con tracción axiológica.

Conscientes de lo espinoso de la cuestión, arriesgamos que: no todo lo que resulta útil puede estimarse justo, pero es posible que un criterio para adjetivar como justo sea la observancia, en algún grado, de ciertos níveles de utilidad. Vale decir, no necesariamente la utilidad reclama a la justicia, pero sí ésta a aquélla. Entre las condiciones de la justicia, presumiblemente, figura la realización de la utilidad<sup>19</sup>.

## V Colofón

36. Líneas arriba declarábamos nuestro apartamiento del positivismo normativista, que entiende a la normatividad como mero acto volitivo desencajado de los hechos sociales, y nuestra conjetura de que la noción de salud aparece teñida de inflación, que la imposibilita de traducirse en los hechos por vaciamiento conceptual. Ergo, se trata de un ámbito más que propicio para manipular los enlaces entre facticidades y normatividades.

Además de la apuntada inflación normativa (y, quizá, por esa misma razón), se detectan también problemas para la ubicación sistémica de las normas, con los consecuentes solapamientos que implican indeterminación jerárquica.

En efecto, ello se patentiza si reparamos en la nebulosidad que rodea la competencia para regular la materia sanitaria<sup>20</sup>, toda vez que se trata de una facultad no delegada por las provincias en el Gobierno Federal<sup>21</sup>.

Así, el desubique sistémico y la indefinición estructural del encargado de estatuir las fuentes formales, trastornan la constitución y el funcionamiento del ordenamiento normativo en materia de salud.

37. De igual modo, fruto de la multivocidad de la voz “salud”, se dislocan los niveles de permeabilidad del sistema normativo al cambio social y los límites se vuelven especialmente

---

<sup>18</sup> De antemano, nos conforma pensar que en la emergencia cabe privilegiar la utilidad. No nos resulta reprochable que frente a la urgencia de las catástrofes se empleen criterios utilitarios; de hecho, es el criterio que unánimemente recepta la emergentología moderna en el método *triage*.

<sup>19</sup> Para un estudio profundizado del tema, puede verse: Pregno, 2009b.

<sup>20</sup> Al respecto, conviene ver especialmente: Pregno, 2008, p. 151 y ss; Pregno, 2013.

<sup>21</sup> Cfr. art. 121 de la Constitución Nacional.



difusos. Exacerbar la “elasticidad” puede significar “ampliación de derechos”, pero también puede dejarlos sin garantía, afectando la necesaria concatenación argumental en lo que a contenidos de las normas respecta. Luego, el desbalance trasunta en la imposibilidad de satisfacer imperativos de coherencia por parte del conjunto del ordenamiento.

38. Signos de tamaña desarticulación, pueden ser, en nuestros días, las vacilaciones de una jurisprudencia errática y ostensiblemente temerosa ante la comparecencia de justiciables-pacientes, el comportamiento desbocado del mercado capitalista post-financiero que no logra compatibilizar con las demandas del estado de derecho y cierto desgajamiento del tejido social reconstruido en colectivos organizados en el denominado tercer sector que se aseguran el derecho a la atención de la salud a partir de la enfermedad; idea enrevesada, ésta, si la hay, que grita por una concienzuda y urgente revisión.

#### REFERENCIAS

BATTOLLA, Julián; BORTZ, Jaime Elías. Los orígenes de la salud escolar en Buenos Aires. En: **Rev. Hosp. Ital.** Buenos Aires, v. 27, n.º 2, diciembre 2007.

BOCKENFORDE, Ernst. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia.** Madrid: Trotta, 2000.

BOTIRDETH TOSÍA, Julio Alberto. Citas sobre la salud y los médicos. **Revista Médica Hondureña**, v. 66, n.º 4, 1998.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Filosofía trialista del derecho de la salud. En: **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, n.º 28, p. 19/32, 2005.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. El derecho de la salud ante una nueva era histórica. En: **Investigación y docencia**, Ed. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, n.º 42, p. 61-75, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** Madrid: Trotta, 1999.



FIORAVANTI, Maurizio. **El estado moderno en Europa: instituciones y derecho.** Madrid: Trotta, 2004.

GUIBOURG, Ricardo A. **La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas.** Buenos Aires: Colihue, 2004.

LAPORTA, Francisco. **El imperio de la ley: una visión actual.** Madrid: Trotta, 2007.

MENÉNDEZ, Eduardo. Modelo médico hegemónico, crisis socioeconómica y estrategias de acción del sector salud. En: **Cuadernos Médicos Sociales**, Rosario, n.º 33, p. 3-34, 1985a.

MENÉNDEZ, Eduardo. Saber médico y saber popular: el MMH y su función ideológica en el proceso de alcoholización. En: **Estudios Sociológicos**, n.º 8, p. 263-296, 1985b.

NINO, Carlos. **El constructivismo ético.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el estado constitucional de derecho.** Madrid: Trotta, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** Madrid: Tecnos, 1994.

PREGNO, Elian. De la noción de persona al proceso de personalización: una propuesta de modelización integradora desde la filosofía del derecho privado positivo argentino. En prensa.

PREGNO, Elian. El derecho a la atención de la salud en la provincia de Formosa. En: CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana; ALDAO, Martín (Coordinadores). **Tratado de derecho a la salud.** Tomo III, Capítulo LXXII. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013. p. 2.109-2.115.

PREGNO, Elian. El derecho de la salud como exigencia del estado de derecho: los (derechos de los) pacientes y (las obligaciones de) las prepagas en los procesos salud-enfermedad-atención. En: **Antecedentes Parlamentarios: Ley 26.682 - Régimen jurídico de la medicina prepaga**, Buenos Aires, La Ley, n.º 5, p. 181-198, Junio, 2011a.

PREGNO, Elian. El derecho de la salud como nueva rama del mundo jurídico: una respuesta jurídica justa. En: **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, n.º 32, p. 95-110, 2009b.

PREGNO, Elian. Justicia, utilidad y salud en el estado de derecho. En: XAVIER, Elton Dias; VELOSO, Waldir de Pinho; XAVIER, Wendell Lessa Vilela. **Direito e desenvolvimento no marco do Estado democrático**. Montes Claros: INMENSA, 2011b. p. 75-92.

PREGNO, Elian. Nombrar a los que nacen muertos como política de derechos humanos. En: SLAVIN, Pablo E. (compilador). **VIII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas**. Mar del Plata: Tucumán, 2008.

PREGNO, Elian. Proliferación de normas en derecho de la salud: entre fenómenos inflacionarios y promesas fraudulentas. En: **Investigación y docencia**, Ed. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, n.º 42, p. 95-110, 2009a.

Submissão em: fevereiro de 2016  
Pareceres favoráveis em: junho de 2016

# **El Derecho a Gozar de un Ambiente Sano: relaciones entre la salud y el ambiente**

GONZALO F. IGLESIAS ROSSINI\*

## **THE RIGHT TO LIVE IN A HEALTHY ENVIRONMENT: relations between health and environment**

**Resumen:** El presente trabajo aborda el tema del derecho a la salud, así como el derecho a vivir en un ambiente sano. En dicho sentido, se exponen las principales normas nacionales e internacionales que recogen los mismos, así como el vínculo que los une. Sobre este último punto, se intentará explicar cómo la calidad de vida aparece como común denominador entre ambos derechos.

**Palabras clave:** derecho ambiental; salud; calidad de vida; daño ambiental; educación ambiental

**Abstract:** This paper addresses the right to health and the right to live in a healthy environment. In that sense, it is addressed the main national and international regulations as well as the bond between them. On this last point, we will try to explain how the quality of life appears as a common denominator between both rights.

**Keywords:** environmental law; health; quality of life; environmental damage; environmental education

---

\* Doutor en Derecho y CC. SS, Facultad de Derecho. Universidad de la República. Uruguay.

## **1 INTRODUCCIÓN**

Hasta hace no mucho tiempo, el hombre no era consciente sobre el deterioro que causaba sobre el ambiente. Mucho menos se iría a imaginar que sus acciones irían a repercutir en la salud de la población. Sin embargo, hoy en día ya nadie discute que los efectos negativos sobre el ambiente generan en muchos casos efectos a su vez perjudiciales sobre la salud de la población, así como sobre los demás seres vivos.

En este sentido, cada vez más se altera el ambiente en el que vivimos, generando efectos que en el mejor de los casos podemos predecir cómo afectan la población. Sin embargo, en la mayoría de los casos no podemos predecir –con los avances científicos actuales– las posibles consecuencias que generan sobre nuestra salud.

En el presente estudio abordaremos la relación que existe entre el derecho a la salud y el derecho a gozar de un ambiente sano.

## **2 DERECHO A LA SALUD**

Si bien hoy en día nadie duda que el derecho de la salud es un derecho de incidencia colectiva, en sus orígenes se entendía que el mismo constituía un derecho personal a no recibir daños a la propia salud. Así, de un concepto de salud típico de la primera generación de derechos humanos, subjetivo, individual, se pasó a un derecho colectivo (derechos sociales). Es conveniente resaltar que cuando la salud como bien colectivo sufre amenazas o daños se compromete a su vez la salud del individuo (CAFFERATTA, 2011, p. 646).

Tanto la Organización Mundial de la Salud, como la Organización Panamericana de la Salud, consideran que la salud es “un estado completo de bien estar físico, mental y social”; por lo que dicho concepto va mucho más allá de “no estar enfermo” o no “enfermarse” (párrafo 2.º de la Constitución de la OMS).

Numerosos textos internacionales se expiden en igual sentido. Por ejemplo, el derecho a la salud aparece recogido por el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

En lo que respecta a nuestra Constitución, la misma establece en su art. 44 que:

El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

### **3 DERECHO A GOZAR DE UN AMBIENTE SANO**

El ambiente tiene múltiples definiciones. A nivel doctrinario se lo suele definir como “la interacción del conjunto de elementos naturales, artificiales y culturales que propician el desenvolvimiento equilibrado de la vida en todas sus formas” (ROSATTI, 2008, p. 8).

Se ha señalado que las primeras normas ambientales fueron una prolongación de normas que protegían la salud pública, las que posteriormente se fueron desgajando de éstas (CAFFERATTA, 2011, p. 643).<sup>1</sup>

Diversos autores sostienen que el objetivo de las normas ambientales es la prevención de las consecuencias graves sobre la salud.

Numerosos textos internacionales destacan el derecho a vivir en un ambiente sano. A vía de ejemplo podríamos citar el ya mencionado Pacto Internacional de Derechos Económicos,

---

<sup>1</sup> En este sentido, podríamos señalar que el art. 218 del Código Penal si bien en sus orígenes intentó proteger únicamente la salud pública, hoy en día podríamos por lo menos cuestionarnos si no estamos ante una norma que protege también el ambiente. El art. 218 establece que: “El que envenenare o adulterare, en forma peligrosa para la salud, las aguas o substancias destinadas a la alimentación pública, con o sin lesión efectiva de tales bienes será castigado con doce meses de prisión a dieciséis años de penitenciaría”.

Sociales y Culturales, el cual establece que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental [...]”;. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de dicho derecho, figurarán las necesarias para: “[...] El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.”.

Nótese que dicho Pacto ya reconoce expresamente que a los efectos de gozar del derecho a la salud deberán entonces mejorarse las condiciones sobre el medio ambiente.

Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) establece en su art. 11 que: “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”.

A nivel nacional el derecho a gozar de un ambiente sano aparece recogido implícitamente por el art. 47 de la Constitución estableciendo que: “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores [...]”.

Siguiendo dicha línea, la ley n.º 17.283 establece ya expresamente que: “Los habitantes de la República tienen el derecho a ser protegidos en el goce de un ambiente sano y equilibrado”.

#### **4 VÍNCULOS ENTRE LA SALUD Y EL AMBIENTE**

El vínculo entre el derecho a la salud y el derecho a vivir en un ambiente sano es tan íntimo que cuando se intenta proteger al ambiente se califica al mismo, utilizando los adjetivos de “sano” y “equilibrado”<sup>2</sup> tal como se puede observar en las normas anteriormente citadas.

Sin embargo, algunos autores discuten si el derecho a gozar de un ambiente sano protege al ambiente en sí mismo, o en cambio, lo que se protege es la salud humana en función del

---

<sup>2</sup> Dichas referencias también se pueden apreciar en el art. 41 párr. 1.º de la Constitución Nacional Argentina: Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generara prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

ambiente; las normas de calidad no serían normas de calidad ambiental, sino normas de calidad de vida humana.

Quienes se inclinan por la primera teoría resaltan ciertas exigencias que resultan “exógenas” a la salud del hombre (tales como preservar la biodiversidad); quienes se inclinan por la segunda teoría ponen énfasis en el hombre como centro de la preocupación (ROSATTI, 2008, p. 11).

En nuestro derecho no existe una norma jurídica que explique qué debe entenderse por ambiente “sano”. En cambio, en Argentina, por ejemplo, la Constitución de la provincia de Tierra del Fuego (art. 25) declara que:

**Todo habitante tiene derecho a gozar de un ambiente sano. Este derecho comprende el de vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, la conservación de los recursos naturales y culturales y los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos, y la preservación de la flora y fauna** (el subrayado nos pertenece).<sup>3</sup>

Sin perjuicio de ello, a nivel nacional la Ley n.º 16.466, establece en su segundo artículo qué se considera como “impacto ambiental negativo o nocivo”. En este sentido, se lo define como toda alteración de las propiedades físicas, químicas o biológicas del medio ambiente causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas que directa o indirectamente perjudiquen o dañen –entro otros aspectos– la salud, seguridad o calidad de vida de la población.

Este artículo demuestra claramente que existe una relación entre la salud y el ambiente, ya que si se daña el ambiente afectando la salud, seguridad o calidad de vida de la población se está generando un “impacto ambiental negativo o nocivo”.

Por otro lado, es importante señalar que el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental y Autorizaciones Ambientales (aprobado por el Decreto n.º 349/005) exige que previo a la realización de ciertas actividades, construcciones u obras que se detallan en el propio Reglamento, se requerirá solicitar previamente una Autorización Ambiental Previa. En este sentido, se tendrá que presentar en ciertas hipótesis un Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, donde se deberá evaluar la afectación que dichas actividades,

---

<sup>3</sup> De manera similar, la Constitución de la provincia de Río Negro recoge dichas ideas: “Todos los habitantes tienen derecho a gozar de un medio ambiente sano, libre de factores nocivos para la salud y el deber de preservarlo y defenderlo.” (art. 84).

construcciones u obras tengan sobre –entre otros aspectos– la salud (art. 12 del reglamento).<sup>4</sup>

Asimismo, tanto el derecho a la salud como el derecho a gozar de un ambiente sano han sido catalogados como derechos humanos, sociales y como derechos de incidencia colectiva. En este sentido, Cafferatta sostiene que: “En la mayoría de los casos se protege al medio ambiente y la salud, no ya como derechos subjetivos individuales, de cada persona, exclusivos propios, diferenciados, o fragmentarios, sino como bienes colectivos y hasta difusos o, públicos, generales o supraindividuales.” (CAFFERATTA, 2011, p. 651).

Por otro lado, ambos derechos son “duales”. Tanto el derecho a la salud como el derecho a gozar de un ambiente sano están asociados a un deber. Por lo tanto, no existe un derecho a la salud o a gozar de un ambiente sano, sino que existe un “derecho–deber”.

Esta mención la podemos encontrar tanto para el derecho a la salud como para el derecho de gozar un ambiente sano. Por ejemplo, si bien vemos que se alude a un derecho a la salud en el primer inciso del art. 44 de la Constitución Nacional, el segundo inciso aclara que: “todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud [...]”.

De igual manera, el art. 47 de la Constitución establece que: “[...] Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente”.

Es indudable que el derecho a la salud y el derecho a gozar de un ambiente sano tienen estrechos vínculos entre sí. En este sentido, se ha señalado que el derecho a gozar de un ambiente sano tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, en el entendido de que el derecho a la vida no conlleva sólo el derecho a vivir, sino además supone ciertas condiciones que favorezcan o posibiliten una vida sana y prolongada (LÓPEZ ROCCA, 2003, p. 71–90).

Debemos resaltar que la ley n.º 17.283 contiene algunas referencias al vínculo que une la salud con el ambiente. Por ejemplo, el art. 17 de dicha ley, al regular la prohibición de liberar o emitir a la atmósfera, directa o indirectamente, sustancias, materiales o energía,

---

<sup>4</sup> Muchas legislaciones del derecho comparado han establecido lineamientos similares. Por ejemplo, el art. 11 de la Ley 25.675 de la República Argentina establece que: “Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución”.



por encima de los límites máximos o en contravención de las condiciones que establezca el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA), se establece que: “[...] **dicho Ministerio tendrá en cuenta los niveles o situaciones que puedan poner en peligro la salud humana, animal o vegetal, deteriorar el ambiente o provocar riesgos, daños molestias graves a seres vivos o bienes.**” (el subrayado nos pertenece).

Por otro lado, en materia de bioseguridad, el art. 23 establece que el MVOTMA:

Cuando así corresponda, coordinará con otras entidades públicas y privadas las medidas a adoptar respecto de otros riesgos derivados de tales actividades, pero relacionados con la salud humana, la seguridad industrial y laboral, las buenas prácticas de laboratorio y la utilización farmacéutica y alimenticia.

Indudablemente los daños que se generan sobre el ambiente afectan la salud de la población. Así, un vertedero deficientemente controlado puede transmitir también a los cursos de agua subterráneos, virus o bacterias sanitariamente nefastos. En la misma línea, residuos orgánicos acumulados insuficientemente tratados son un foco indubitado de perturbaciones para la salud (MARTÍN MATEO, 2003, p. 128).

Lo mismo a la inversa. La salud pública debería comprender también al ambiente. Así, se ha sostenido que: “[...] el alcance dado al bien jurídico al tratar el concepto de salud pública debe ampliarse hasta llegar a proteger al ambiente en un sentido total, ya que de vulnerarse éste se afecta [...] la salud pública y la vida, tanto humana como en sus demás manifestaciones.” (Kattan, A. E. y otro c. Gobierno Nacional – Poder Ejecutivo).

Se ha sostenido que el hacinamiento de la población y el alojamiento inadecuado son factores que contribuyen al aumento de la incidencia de enfermedades de las vías respiratorias, de la tuberculosis, de la meningitis así como de otras enfermedades (ONU, 1994, p. 20).

Es indudable que diversos problemas ambientales traen consigo riesgo o daños a la salud. Así, el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático ha indicado que aumentaría la morbilidad y mortalidad en los mayores como consecuencia del cambio climático, a raíz de las olas de calor. Asimismo, se ha señalado que aumentarían las enfermedades respiratorias, riesgo de contraer dengue y malaria, casos de personas ahogadas y lastimadas, hambre y la malnutrición por disminución de los rendimientos de los cultivos y producción de alimentos de algunas regiones, entre otras consecuencias (PIGRETTI, 2007, p. 101).

En resumen, los efectos del calentamiento global, productos del cambio climático incidirán sobre los elementos básicos de la vida humana: acceso o suministro de agua, producción de alimentos, salud y ambiente (BESALÚ PARKINSON, 2011, p. 641–655).

Esta retroalimentación que hemos señalado se observan tal como hemos indicado tanto en leyes ambientales, como leyes típicamente propias del derecho a la salud. Ya vimos que en diversas normas típicamente ambientales se hacen referencia a la salud. En este sentido, también muchas normas típicamente del derecho de la salud se refieren al ambiente. Por ejemplo, la ley n.º 18.256 (ley de regulación del tabaco) establece en su primer artículo que:

**Todas las personas tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, al mejoramiento en todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente, así como a la prevención, tratamiento y rehabilitación de enfermedades, de conformidad con lo dispuesto en diversos convenios, pactos, declaraciones, protocolos, y convenciones internacionales ratificados por ley** (el subrayado nos pertenece).

Asimismo, el segundo artículo establece que: “La presente ley es de orden público y su objeto es proteger a los habitantes del país de las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco.”.

Vale la pena citar una opinión de la jurisprudencia argentina que destaca justamente que:

**[...] el hombre, con su actividad constante en pos del progreso, es el causante del desequilibrio natural, con la consecuente degradación o contaminación de la atmósfera, el suelo y el agua. Cuando este fenómeno sobrepasa los límites de impureza aceptados científicamente, resulta nocivo para la vida humana, animal y vegetal, inclusive para los minerales. El derecho del medio ambiente no se ocupa sólo del ambiente natural, la condición física del suelo, el aire y el agua. También comprende el ambiente humano, la salud, situaciones sociales y otras condiciones logradas por el hombre que afectan su hábitat en la Tierra** (el subrayado nos pertenece) (“Dimov, Daniel y otros c. Municipalidad de Godoy”, CAFFERATTA, 2012, p. 56–57).

## **5 EL RESULTADO ENTRE LA CONEXIÓN ENTRE SALUD Y AMBIENTE: LA CALIDAD DE VIDA**

Entendemos que la calidad de vida es el común denominador entre la salud y el ambiente. La calidad de vida es salud, y la preservación de la misma debe lograrse mediante la tutela del ambiente. Si no se protege el ambiente, la calidad de vida de la población se verá afectada.

Si bien se ha sostenido que desde tiempos remotos los filósofos se han preocupado por el bienestar del hombre, el término calidad de vida (“quality of life”) es relativamente reciente. En efecto el término “calidad de vida” aparece recién en la década del 60 y 70, consolidándose a fines de los 80 principalmente en Estados Unidos y Europa (LORENZETTI, 2009, p. 59).

Nuestro país no contiene una norma expresa que busque proteger la calidad de vida, como sí se establece en Argentina mediante el inciso “b” del art. 2 de la Ley n.º 25.675, el cual establece como objetivo “promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria”.

Tal como es afirmado por la doctrina, si bien la calidad de vida excede lo estrictamente ambiental, es también cierto que el ambiente funciona como condición necesaria de la calidad de vida. Es por ello que se establece una obligación primordial del Estado en este aspecto (LORENZETTI, 2009, p. 61).

En la propia Conferencia de Estocolmo (1972) se estableció que: “El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida digna y gozar de bienestar.”.

La calidad de vida ha sido definida como el derecho humano a gozar de un ambiente sano y equilibrado (CAFFERATTA, 2012, p. 56).

La doctrina entiende que la calidad de vida es una de las finalidades que concierne a la salud (CAFFERATTA, 2011, p. 643). En este sentido, se ha señalado que:

El nudo de la vida es evidente: vivir (biológicamente) aparea el derecho a vivir con dignidad y en las condiciones que, por ser persona, exige todo ser humano, tanto de los demás semejantes, como del Estado. Por ende para vivir con dignidad la calidad de vida se debe integrar con la salud (Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003; La Ley, 2003–C, p. 157.).

Del mismo modo, se ha sostenido que alcanzar y mantener la calidad de vida humana es el objetivo fundamental de la normativa ambiental (CAFFERATTA, 2012, p. 57). Así, se ha sostenido que:

Todas las sensaciones, placenteras o no, del ser humano están vinculadas con su entorno a tal punto que podemos afirmar que el bienestar es la respuesta del organismo al estado del medio. Esta noción implica una

flexibilización en el concepto puramente fisiológico de salud, ya que el aspecto cualitativo de las actividades que desarrollan las personas dentro de su ámbito más íntimo, como es su hogar, impacta en su calidad de vida, cuya inalterabilidad consiste en un derecho amparado por medio de las normas que regulan la convivencia y le garantizan un espacio propio sin perturbación exterior (“Club Atlético River Plate, (CARP) y otros”, CAFFERATTA, 2012, p. 60).

La doctrina distingue entre el “nivel de vida” y “calidad de vida”. El primero es un concepto estrictamente económico y no incluye las dimensiones ambientales y psicosociales.

Por contraposición, la calidad de vida alude a un estado de bienestar social. Por ejemplo, una persona con un alto nivel económico, que reside en una sociedad contaminada por ruido y smog y que además padece estrés por las exigencias laborales, tiene un nivel de vida alto pero una baja calidad de vida (RINESSI, 2009, p. 107–108).

En consecuencia, no se podría alterar la calidad de vida de la población, en aras del éxito de una determinada actividad económica o industrial (“Kattan, A. E. y otro c. Gobierno Nacional – Poder Ejecutivo”, CAFFERATTA, 2012, p. 58).

La jurisprudencia ha reconocido el concepto de calidad de vida, entendido que por ejemplo, la provisión regular de agua potable reviste en la calidad de vida y salud de la población (“Fonseca, Ricardo y otros c. D.I.P.A.S”, CAFFERATTA, 2012, p. 60). Así, un destacado fallo en la jurisprudencia argentina ha sostenido que:

Solicita se los condene a que garanticen a dichas comunidades una real y efectiva calidad de vida digna, que les permita el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico – social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros, y que tales derechos sean satisfechos de manera continua y permanente, con la mutua intervención por parte del Estado Nacional y la Provincia del Chaco” (“Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, CAFFERATTA, 2012, p. 57).

Por otro lado, se ha sostenido que: “[...] toda actividad susceptible de empobrecer la calidad de vida de cualquier persona o de la comunidad, debe ser, en primer lugar, prevenida o disuadida. Y si ya hubiera comenzado a generar daño, es preciso hacerla cesar, sin perjuicio de la reparación integral del agravio irrogado.” (“Defensoría del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. GCBA”. CAFFERATTA, 2012, p. 60).

## **6 DESARROLLO vs. AMBIENTE: EL DESARROLLO SOSTENIBLE O SUSTENTABLE. SU VÍNCULO CON LA CALIDAD DE VIDA**

El desarrollo sustentable es conceptualizado por la Comisión Brundtland, en informe de la 42.<sup>a</sup> Asamblea General de la ONU de 1987 como aquel que posibilita a satisfacer las necesidades actuales, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Posteriormente dicho concepto sería afirmado especialmente por la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro de 1992 (LÓPEZ ROCCA, 2003, p. 74).

La Declaración de Río estableció en su primer principio que: “Los seres humanos constituyen el centro de la preocupación relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.”.

Los científicos han afirmado que el ser humano ha llegado a los límites del desarrollo poniendo en riesgo la naturaleza (LORENZETTI, 2009, p. 3).

Uno de los problemas más importantes que debe afrontar la especie humana es la saturación de su propio hábitat, ya que cuando hay sobrepoblación de individuos en un área, se producen dos fenómenos simultáneos cuyos efectos se potencian entre sí. Por un lado, se produce el sobreconsumo de los recursos, ya que cada área dispone de una cantidad limitada de bienes a los que recurren los seres vivos para nutrirse.

Por otro lado, un sistema degradado produce cada vez menos y menos recursos, y sustenta cada vez menos y menos individuos. Cuando se inicia este espiral, podemos decir que el sistema se ha vuelto insostenible (BIBILONI, 2005, p. 10–11).

En este sentido, comienza a aparecer la idea de que el desarrollo económico no configura un fin en sí mismo, sino que debe posibilitar prioritariamente la atenuación de la disparidad de las condiciones de vida. Las necesidades reales del hombre deben expresarse no sólo en términos cuantitativos, sino también cualitativos, lo que requiere una especial atención a valores y bienes inmateriales (LÓPEZ ROCCA, 2003, p. 74).

Por lo tanto, debe tenderse a un desarrollo sostenible. No es viable desde el punto de vista ambiental el consumo desmedido ni la pobreza, que tantos males genera. En este sentido, es necesario la promoción de un modelo viable de asentamientos humano, en el cual las áreas de acción incluidas son: 1) suministro de viviendas adecuadas para todos; 2) mejoramiento de la administración de los asentamientos humanos; 3) promoción de la

planificación y la ordenación sostenible del uso de la tierra; 4) promoción de la integración de la infraestructura ambiental: agua, saneamiento, drenaje y manejo de desechos sólidos; 5) promoción de sistemas sostenibles de energía y transporte en los asentamientos humanos; 6) promoción de la planificación y gestión de los asentamientos humanos en las regiones propensas a los desastres; 7) promoción de actividades sostenibles en la industria de la construcción, 8) promoción del desarrollo de los recursos humanos y el aumento de la capacidad para el adelanto de los asentamientos humanos (ONU, 1994, p. 15).

En este sentido, la doctrina ha destacado que el objetivo al que debe tender este tipo de desarrollo (sostenible) es el de justamente preocuparse por la calidad de vida de la población (RINESSI, 2008, p. 107).

Para resumir esta idea, convendría recordar que la Declaración de Río en su octavo principio estableció que: “Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas.”.

## **7 PRINCIPIOS COMPARTIDOS POR EL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SALUDO**

Conviene tener presente que varios principios juegan un rol compartido tanto en el derecho a la salud, como en el derecho ambiental. Por ejemplo el principio de prevención juega un rol muy importante tanto en lo que tiene que ver con la salud como con la tutela ambiental; en la primera fomentando conductas que favorezcan el buen estado sanitario, y en la segunda manteniendo las condiciones globales que hicieron posible el surgimiento de la vida en el Planeta Tierra hasta llegar a la obtención de un medio hábil para el sostenimiento de nuestra especie y su perpetuación (MARTÍN MATEO, 2003, p. 119–120).

Por otro lado, el principio precautorio, tan asentado en el Derecho Ambiental, ha sido incluso recogido por el Derecho a la Salud. Sin perjuicio de ello, cierto sector doctrinario afirma que este último principio sería aplicable en el Derecho a la Salud en los casos en que se produzca un daño a la salud humana, aunque sólo en los casos en los cuales se produzca un daño al ambiente (SOZZO; BERROS, 2012, p. 599).

## **8 DAÑOS A LA SALUD Y EL AMBIENTE**

A lo largo de los años se fue ampliando el espectro de derechos jurídicamente protegidos. Es en este sentido es donde surge justamente el daño a la salud como bien jurídico protegido,

siendo en consecuencia un daño patrimonial indemnizable (LORENZETTI, 2012, p. 614–615). Así, si un acto lesiona la vida o la salud de una persona, existe una afectación a un derecho subjetivo individual que daría lugar a un proceso bilateral.<sup>5</sup>

Por otro lado, si el acto afecta un bien colectivo (como lo es el ambiente) no habría un derecho subjetivo, ya que es indivisible y de uso común. La legitimación en este caso se amplía, concediéndose al afectado, al organismo público o a una organización no gubernamental (LORENZETTI, 2012, p. 619).

En este sentido, la doctrina distingue los daños causados al ambiente en sí mismo, de aquellos que afectan la salud o bienes de las personas. El daño ambiental sería propiamente aquel que daña el ambiente (daño ecológico puro), por lo que debería distinguírsele del daño a la salud como daño ambiental indirecto (SOZZO; BERROS, 2012, p. 599).

En este sentido, referente a la responsabilidad civil, la doctrina distingue al daño civil provocado por causas ambientales del daño ambiental propiamente dicho. Siguiendo dicho lineamiento, Moreno Trujillo (citado por Díaz Fernández) sostiene que el medio ambiente:

[...] es un bien jurídico con dos titularidades diferentes y compartidas. Por un lado aquella de tipo individual, en cuanto atañe a la esfera personal de un individuo en concreto, y por otro, la titularidad colectiva que como interés legítimo, asume el M.A., en la que no cabe individualización ni del daño ni de sus consecuencias (DÍAZ FERNÁNDEZ, 2006, p. 731).

En el primero (daño por causas ambientales), el daño afecta directamente la persona y/o sus bienes<sup>6</sup> daño afecta al medio ambiente, siendo imposible identificar a un interesado en particular, sino a un colectivo de personas.

Así, en un caso de plumbemia, un sujeto podría accionar por el daño causado a su integridad física a efectos de obtener una reparación individual, y acumulativamente accionar como integrante de una colectividad a efectos de buscar una reparación del daño ambiental (por el daño ambiental propiamente dicho) (DÍAZ FERNÁNDEZ, 2006, p. 731).

Al ser el daño ambiental un daño colectivo, debemos señalar las particularidades que refieren a la legitimación que dispone el art. 42 del Código General del Proceso (CGP), el

---

<sup>5</sup> Lo mismo sucedería si se afecta la vida o la salud de cien mil habitantes de una ciudad. Estaríamos en presencia de la lesión de bienes individuales sobre los cuales se conceden derechos subjetivos.

<sup>6</sup> Se lo suele llamar “indirecto” dado que presupone la preexistencia de un daño directo sobre algún elemento del ambiente (SIGNORINO BARBAT, 2011, p. 226).

cual dispone que en las cuestiones relativas al medio ambiente: “[..] estará legitimado indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del Tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.”.

Por su parte, el art. 6 de la ley 16.112 amplía la legitimación del art. 42 al MVOTMA.

Por otro lado, el art. 220 del CGP<sup>7</sup> establece que: “La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 42) tendrá eficacia general, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso.”.

## 9 CONCLUSIONES

Conforme hemos podido comprobar en el presente estudio, los diversos instrumentos internacionales que regulan el tema reconocen expresamente que a los efectos de gozar del derecho a la salud deberá entonces mejorarse las condiciones sobre el medio ambiente.

En dicho sentido, el derecho ambiental supone la existencia del derecho a la vida y a la salud. Por lo tanto, las alteraciones negativas que se provoquen sobre el ambiente repercuten directa o indirectamente sobre la salud de la población.

Por lo tanto, debemos ocuparnos en prevenir el daño ambiental. No debemos tolerar la contaminación del ambiente. En caso contrario corre en riesgo la continuidad de nuestra especie, así como la del resto de los seres vivos.

Por otro lado, en caso de no respetarse dichos postulados se estará afectando la calidad de vida de la población. En este caso podrá haber un buen “nivel de vida”, pero habrá de todos modos una mala “calidad de vida”, ya que el primero es un concepto estrictamente económico y no incluye las dimensiones ambientales y psicosociales. Por contraposición, la calidad de vida alude a un estado de bienestar social.

---

<sup>7</sup> Nota do Organizador da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos: CGP é sigla do Código General de Processo, do Uruguai, promulgado pela Lei 15.982, de 18 de outubro de 1988, tendo sido tal Lei publicada no Diário Oficial de 14 de novembro de 1988. Trata-se do equivalente brasileiro do Código de Processo Civil.



## REFERENCIAS

AMÁBILE CIBILS, G. M. **Problemática de la contaminación ambiental**. Buenos Aires: Educa, 2008.

ARGENTINA. Ley 25.675. Ley General del Ambiente. Boletín Oficial, 28 nov. 2002.

BESALÚ PARKINSON, A. Cambio climático y daños. ¿Una nueva área de litigación? **Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia**, n. 2, p. 641–655, 2011.

BIBILONI, H. J. **El proceso ambiental**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

BURGER, M.; POSE ROMÁN, D. **Plomo, salud y ambiente**: experiencia en Uruguay. Montevideo: Universidad de la República, 2010.

BUSTAMANTE ALSINA, J. Desarrollo y medio ambiente. **Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia**, n. 3, p. 2.028–2.035, 2011.

CAFFERATTA, N. A. Derecho a la salud y derecho ambiental. **Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia**, n. 1, p. 641–655, 2011.

\_\_\_\_\_. **Tratado jurisprudencial y doctrinario**. Tomo 1. Buenos Aires: La Ley, 2012.

CATALANO, M. Reparación de los daños individuales emergentes de la contaminación. En: **Tratado jurisprudencial y doctrinario: derecho ambiental**. Tomo 2, v. B. Buenos Aires: La Ley, 2012.

COUSILLAS, M. **Evaluación de impacto ambiental**. Montevideo: Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, 1994.

DÍAZ ARAUJO, M. Daño por contaminación ambiental urbana. Polución. Impacto auditivo, visual y ambiental. **Summa Ambiental. Doctrina – Legislación– Jurisprudencia**, n. 3, p. 2.073–2.084, 2011.

HUTCHINSON, T. El daño ambiental colectivo. En: **Tratado jurisprudencial y doctrinario: derecho ambiental**. Tomo 2, v. A. Buenos Aires: La Ley, 2012.

LÓPEZ ALFONSÍN, M. **Derecho ambiental**. Buenos Aires: Astrea, 2012.

LÓPEZ ROCCA, E. J. Derecho constitucional y medio ambiente. **Cuadernos de Derecho Ambiental**, Tercera Serie, n. 9, p. 71–90, 2003.

LORENZETTI, R. L. Responsabilidad civil en el caso de intereses individuales, individuales homogéneos y colectivos. En: **Tratado jurisprudencial y doctrinario: derecho ambiental**. Tomo 2, v. A. Buenos Aires: La Ley, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoría del derecho ambiental**. Buenos Aires: La Ley, 2009.

MARTÍN MATEO, R. **Tratado de derecho ambiental**. Tomo 4. Madrid: Edisofer, 2003.

ONU. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. El agua y la salud en los barrios urbanos desfavorecidos, GRET Programa Solidaridad Agua. ONU, 1994.

PIGRETTI, E. **Derecho ambiental profundizado**. Buenos Aires: La Ley, 2007.

RINESSI, A. J. Los principios del derecho ambiental. **Revista de Derecho de Daños**, n. 3, p. 97–110, 2008.

ROSATTI, H. La tutela del ambiente en la Constitución Nacional Argentina. **Revista de Derecho de Daños**, n. 3, p. 7–37, 2009.

SIGNORINO BARBAT, A. **Los seguros de responsabilidad civil**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011.

SOZZO, G.; BERROS, M. V. Principio precautorio. **Tratado jurisprudencial y doctrinario: derecho ambiental**. Tomo 2, v. B. Buenos Aires: La Ley, 2012.

URUGUAY. Decreto n.º 349/005. Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental y Autorizaciones Ambientales. Diario Oficial, 3 octubre 2005.

URUGUAY. Ley n.º 16.112. Creación del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente. Diario Oficial, 8 junio 1990.

URUGUAY. Ley n.º 16.466. Ley de Evaluación de Impacto Ambiental. Diario Oficial, 26 enero 1994.

URUGUAY. Ley n.º 17.283. Ley General del Ambiente. Diario Oficial, 12 diciembre 2000.

URUGUAY. Ley n.º 18.256. Protección del derecho al medio ambiente libre de humo de tabaco y su consumo. Diario Oficial, 10 marzo 2008.

Submissão em: fevereiro de 2016  
Pareceres favoráveis em: junho de 2016



# La Enseñanza de los Derechos Humanos: valores y principios éticos en la formación docente

JAIME HERNÁNDEZ ORTIZ\*

## TEACHING OF HUMAN RIGHTS: values and ethical principles in teaching training

**Resumen:** La educación sobre los derechos humanos es imprescindible para la promoción y el respeto de los mismos y de la vida democrática de una nación. Existe sin duda una estrecha vinculación entre los derechos humanos y los contenidos cognoscitivos y metodológicos de las distintas disciplinas y campos del conocimiento universitario con un modelo determinado de organización jurídico-política-social al que le llamamos “Estado social y democrático de Derecho”; de modo que tenemos merecemos un orden social que nos garantice nuestros derechos humanos. En este sentido es necesario revisar las concepciones de desarrollo humano imperantes proponiendo un paradigma basado en los derechos y la ética. Y transitar hacia la formación de una conciencia y ética global. Es urgente una visión integral del desarrollo que incorpore aspectos como calidad de vida, protección del medio ambiente, acceso al trabajo digno, la eliminación de la pobreza, la democratización de todos los aspectos de la vida social, la transparencia y la ética en el sector público y privado.

**Palabras clave:** formación docente, enseñanza de los derechos humanos, pedagogía, valores, ética.

**Abstract:** Education on human rights is essential for the promotion and respect for themselves and democratic life of a nation. There is certainly a close connection between human rights and cognitive and methodological contents of the various disciplines and fields of university knowledge with a particular model of social-political-legal organization that we call “social and democratic state of law”; so we deserve a social order that guarantees us our human rights. In this sense it is necessary to review the prevailing conceptions of human development proposing a paradigm based on rights and ethics. And move towards the formation of an awareness and global ethics. It is urgent a comprehensive vision of development that incorporates aspects such as quality of life, environmental protection, access to decent work, poverty eradication, democratization of all aspects of social life, transparency and ethics in the sector public and private sector.

**Keywords:** teacher training, teaching human rights, education, values, ethics.

---

\* Doctor en Ciencias Sociales por el Colegio de Jalisco. Profesor Titular C en el Departamento de Derecho Público de la División de Ciencias Jurídicas del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades. Universidad de Guadalajara (Mexico)

## 1 LA REFORMA AL ARTÍCULO 3.º CONSTITUCIONAL

El 10 de junio de 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación<sup>1</sup> importantes cambios a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Varios de esos artículos se relacionan directamente con el desarrollo institucional de la educación universitaria debido a que el Congreso de la Unión de nuestro país aprobó la llamada Reforma Constitucional en Derechos Humanos.

Dicha reforma consideró la modificación de once artículos de nuestra Constitución, entre los que destaca la reforma al artículo 3.º Constitucional, que en teoría es eje de todo nuestro sistema educativo nacional, al incorporar como criterio fundamental que la educación que imparta el Estado mexicano debe tener como referencia “la educación en los derechos humanos”.

El texto del 3.º constitucional quedó en los siguientes términos:

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, **el respeto a los derechos humanos** y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

Es evidente que aún muy pronto para esperar cambios significativos respecto a la trascendencia y potencialidad que implica esta reforma constitucional; sin embargo, llama la atención de que la Constitución mandata a la Universidades públicas, y a todas las universidades en esencia, a promover el respeto a los derechos humanos.

---

<sup>1</sup> Esta reforma constitucional quedó vigente a partir del 10 de agosto del 2011, de manera que resulta vinculatoria para todas las instituciones universitarias del país.

Esto significa que nuestra institución tiene un deber ineludible de impulsar todo lo que se relaciona con los derechos humanos; es decir, el conocimiento, la cultura, las prácticas y el desarrollo del proceso de enseñanza y aprendizaje; tanto en espacios formales como en los no formales.

No está demás señalar que el tema de los derechos humanos pese a gran su importancia ha estado hoy por hoy casi ausente en la dinámica institucional de una gran mayoría de las Casas de Estudio.

Al respecto hay que señalar por ejemplo que México ha recibido desde hace varios años de parte del Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas y dentro de los Exámenes Periódicos Universales—, un conjunto de casi 250 recomendaciones debido a los constantes atropellos que se comenten en nuestro país, como son desapariciones forzadas, violaciones al debido proceso, tortura, abusos de autoridad, discriminación, trata de personas, entre otras. Situaciones en las que una Universidad no puede permanecer al margen.

De manera que hoy más que nunca se abre la posibilidad y necesidad urgente de impulsar el respeto, la promoción y la difusión de los derechos humanos desde todas las tareas universitarias; todo ello para establecer una sólida base en nuestra difícil tarea de impulsar un auténtico Estado de derecho.

## **2 EDUCACIÓN Y PEDAGOGÍA EN DERECHOS HUMANOS**

La educación sobre los derechos humanos es imprescindible para la promoción y el respeto de los mismos y de la vida democrática de una nación. Una sociedad que conoce y entiende sus derechos sabrá exigir su respeto, ya que se comprometerá a luchar por ellos. Además, el desarrollo sustentable y una sociedad del conocimiento basada en principios democráticos descansan en una sólida concepción de los derechos humanos.

Hoy existen numerosas declaraciones internacionales que desde tiempo atrás hacen un llamado a todos los países para que sus sistemas educativos incorporen en todos los niveles educativos la enseñanza de los derechos humanos. Por ejemplo *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, que fue proclamada como “un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”; señaló la importancia de “promover, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades [...]”, de tal forma que señala en el artículo 26 (2) que toda,

[...] educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Por lo tanto, se debe promover la libertad y la formación de personas libres, no sólo en el aspecto material sino también en el aspecto intelectual y moral.

Por ejemplo en 1974 la UNESCO emitió la “Recomendación sobre la Educación para la Comprensión y la paz Internacional y la Educación relativa a los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales”.<sup>2</sup> En este documento se bosqueja una pedagogía básica en el respeto a los Derechos Humanos pues señala los principios rectores para que los países miembros planeen y diseñen programas ad hoc, y que tomen en cuenta los siguientes principios:

La comprensión y respeto de todos los pueblos, de sus civilizaciones, sus valores y sus modos de vida, inclusive la cultura de las etnias nacionales y de otras naciones. La conciencia, no solamente de los derechos, sino también de los deberes que los individuos, los grupos sociales y las naciones tienen los unos frente a los otros.

De acuerdo con esta recomendación cualquier programa educativo debe tomar en cuenta los siguientes principios y objetivos:

Principios:

- “la comprensión y respeto de todos los pueblos, de sus civilizaciones, sus valores y sus modos de vida, inclusive la cultura de las etnias nacionales y de otras naciones.”;
- “la conciencia, no solamente de los derechos, sino también de los deberes que los individuos, los grupos sociales y las naciones tienen los unos frente a los otros.”.

Objetivos:

- “favorecer el desarrollo cognoscitivo y afectivo adecuado del individuo.”;

---

<sup>2</sup> Aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 18.<sup>a</sup> Reunión el 19 de noviembre de 1974.



- “desarrollar el sentido de responsabilidad social y de la solidaridad con los grupos menos favorecidos.”;
- “despertar el principio de igualdad en el comportamiento cotidiano.”;
- “favorecer el trabajo en grupo, la libre discusión y participación.”;
- “desarrollar la capacidad de comprender, enunciar hechos, opiniones, ideas ya fundar sus juicios de valores en al análisis racional de hechos y factores pertinentes.”.

De tal manera que el efecto acumulado de esa y numerosas declaraciones internacionales mási contribuyen a resaltar la importancia de los derechos humanos y una idea estrechamente relacionada que es fundamental: la convicción de que todos tenemos derecho a saber y conocer nuestros derechos.

Por su parte, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* señala (Artículo 12): que “todas las personas tienen el derecho a la educación, el cual debe basarse en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humana.”.

De igual forma, los Pactos Internacionales de derechos humanos desarrollados posteriormente por las Naciones Unidas, y que entraron en vigencia en 1976 para formalizar vinculantes los contenidos de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* entran en detalles sobre el derecho a la educación y los valores que la educación debería fomentar.

Por ejemplo, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>3</sup> incluyó el objetivo educativo de fortalecer el respeto por los derechos humanos en un conjunto de metas relacionadas con la enseñanza.

Particularmente el artículo 13 de dicho Pacto dice que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana” y el propio “sentido de la dignidad [...]”, y que las naciones:

Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para Participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión,

---

<sup>3</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puesto para la firma en diciembre 19, 1966; entró en vigor en enero 3, 1976, U.N.G.A. Res. 2200 (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) 49, UN Doc. A/5316 (1967). (Página web: <http://www.unhcr.ch/html/intlinst.htm>).

la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

Como complemento a estas disposiciones de educación están las prohibiciones contenidas en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, las que dicen que cuando un Estado aprueba el sistema internacional de derechos humanos, “no puede impedir que las personas conozcan sus derechos”. Este Pacto señala en su Artículo 19 (Sección 1). Sobre la Educación, que ésta “es un proceso que involucra el intercambio y la difusión de ideas”, de esta forma agrega que:

Todas las personas tienen derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. (Artículo 19, Sección 2).

El efecto de repetición de dichas declaraciones contribuye a resaltar la importancia de los derechos humanos en cualquier sistema educativo, y una idea estrechamente relacionada que es fundamental: la convicción de que todos tenemos derecho a saber y conocer nuestros derechos. En tal sentido se define en la Proclamación de Teherán<sup>4</sup>, el papel fundamental que tienen los jóvenes en la definición del futuro:

(17) Las aspiraciones de la joven generación a un mundo mejor, en que se ejerzan plenamente los derechos humanos y las libertades fundamentales, deben ser alentadas en grado sumo. Es imperativo que los jóvenes participen en la determinación del futuro de la humanidad;

Por su parte, *La Declaración de la Habana* de la Conferencia Regional de la UNESCO, de noviembre 1996 estableció que:

La educación en general, y la superior en particular, son instrumentos esenciales para enfrentar exitosamente los desafíos del mundo moderno y para formar ciudadanos capaces de construir una sociedad más justa y abierta, basada en la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y el uso compartido de los conocimientos y la información. La educación superior constituye, al mismo tiempo, un elemento insustituible para el desarrollo social, la producción, el crecimiento económico, el fortalecimiento de la identidad cultural, el mantenimiento de la cohesión social, la lucha contra la pobreza y la promoción de la cultura de la paz.

---

<sup>4</sup> Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, Irán, 13 de mayo de 1968.

Por otro lado, en la *VII Conferencia Iberoamericana de Educación*, en la llamada Declaración de Mérida, Venezuela, realizada del 25 y 26 de septiembre de 1997, se señaló que las acciones pedagógicas institucionales que deben propiciarse en el marco de preocupaciones éticas y de educación en valores en sociedades plurales y democráticas o en sociedades que están conformándose como tales, de tal forma que dichas acciones podrían concretarse en la promoción de acciones de carácter local y regional orientadas y guiadas por principios éticos de carácter global y universal.

Algunos ejemplos de este tipo de acciones a ser abordados por una Universidad son:

La conservación y utilización adecuada de los recursos del medio, el equilibrio en la distribución de la riqueza, el respeto a los derechos humanos, la no discriminación y la participación no solo formal si no activa en la toma de decisiones de carácter colectivo, procurando para ello la promoción de formas de pensar y regular nuestras acciones basadas en el compromiso interpersonal y en la responsabilidad individual y colectiva.

No queda duda entonces que la formación en derechos humanos forma parte intrínseca y fundamental de la misión de la Universidad. Así lo reflejó concretamente la *Declaración Mundial sobre la Educación Superior* de 1998, que señaló como una de sus funciones de la universidad: “la formación en valores ciudadanos de los miembros de la comunidad universitaria.”.

Por otra parte ante la creciente violación de los derechos humanos y de los defensores mismos *La Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*<sup>5</sup>, señaló lo siguiente:

**Artículo 15.** Incumbe al Estado la responsabilidad de promover y facilitar la enseñanza de los derechos humanos y las libertades fundamentales en todos los niveles de la educación, y de garantizar que los que tienen a su cargo la formación de abogados, funcionarios encargados del cumplimiento de la ley, personal de las fuerzas armadas y funcionarios públicos incluyan en sus programas de formación elementos apropiados de la enseñanza de los derechos humanos.

**Artículo 16.** Los particulares, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones pertinentes tienen la importante misión de contribuir a sensibilizar al público sobre las cuestiones relativas a todos los derechos

---

<sup>5</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General 53/144, Distr. General, A/RES/53/144, 8 de marzo de 1999, [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.53.144.Sp](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.53.144.Sp)

humanos y las libertades fundamentales mediante actividades de enseñanza, capacitación e investigación en esas esferas con el objeto de fortalecer, entre otras cosas, la comprensión, la tolerancia, la paz y las relaciones de amistad entre las naciones y entre todos los grupos raciales y religiosos, teniendo en cuenta las diferentes mentalidades de las sociedades y comunidades en las que llevan a cabo sus actividades.

*La Declaración del Milenio*, de septiembre del 2000<sup>6</sup> señala a su vez:

(73). Ninguna de las promesas examinadas en capítulos anteriores del presente informe podrá presumiblemente hacerse realidad si los esfuerzos por lograrlas no se sustentan firmemente, en los planos nacional y mundial, en los valores comunes reafirmados en la Declaración del Milenio, a saber, libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, respeto de la naturaleza y responsabilidad compartida. Por eso tienen particular importancia las promesas contenidas en el capítulo V de la Declaración en relación con los derechos humanos, la democracia y el buen gobierno.

En este contexto llama la atención que la educación en derechos humanos haya sido definida por la Naciones Unidas como:

el conjunto de actividades de capacitación, difusión e información encaminadas a crear una cultura universal en materia de derechos humanos, actividades que se realizan transmitiendo conocimientos y moldeando actitudes [...] con el fin de desarrollar plenamente a personalidad humana y el sentido de la dignidad del ser humano<sup>7</sup>.

De lo anteriormente expuesto, no queda la menor duda de que la educación en los derechos humanos puede constituirse en una poderosa herramienta para la transformación democrática de las sociedades y de las universidades mismas.

Existe por lo tanto, sin duda, una estrecha vinculación entre los derechos humanos y los contenidos cognoscitivos y metodológicos de las distintas disciplinas y campos del conocimiento universitario con un modelo determinado de organización jurídico-político-social al que le llamamos “Estado social y democrático de Derecho”; de modo que tenemos merecemos un orden social que nos garantice nuestros derechos humanos.

---

<sup>6</sup> Disponible en: <<http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/ares552.html>>.

<sup>7</sup> Decenio de las Naciones Unidas para la Educación Superior proclamada por la Asamblea General en 1994. Citado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México. Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México. Grupo Mundi-Prensa, México, DF, p.132

### 3 LA ENSEÑANZA DE LOS VALORES

Los mismos procesos sociales de las Américas indican que en nuestra región se quiere una democracia pero una democracia con calidad y con pleno apego a grandes valores: “Un Estado democrático no debe tener otros valores referenciales que el respeto y la promoción de los derechos fundamentales y del conjunto de principios constitucionales que arropan la nación.” (OCDE, 1997, p. 12).

El progreso ético, social, cultural y científico desarrollado en los últimos dos siglos y que condujo hacia un universalismo humanista, laico y transcultural, sufre ya serias resquebrajaduras. Sobre los pensadores clásicos del siglo XVIII dice Zeitlin:

Consideraron la razón como la medida crítica de las instituciones sociales y de su adecuación a la naturaleza humana. El hombre, opinaban, es esencialmente racional y su racionalidad puede llevarla a la libertad. También creían en la perfectibilidad del hombre. El hecho de ser infinitamente perfectible significaba que criticando o modificando las instituciones sociales, el hombre podía conquistar grados cada vez mayores de libertad; lo cual, a su vez, le permitiría realizar de manera creciente sus facultades creadoras potenciales (ZEITLIN, 1993, p. 3).

Hoy, en cambio, la universidad posmoderna del siglo XXI está más basada en los valores individualistas, en el relativismo ético y subjetivo (asociado a la crisis de las ciencias sociales y las humanidades) y en la ausencia de historia y el destino; lo que contribuye también al abandono de la esperanza, que ante la pérdida de ésta, sostiene Calva:

El hombre prefiere refugiarse en el pragmatismo de lo inmediato y eso lo priva de concebir el futuro como materia maleable. La esperanza –en cambio– es enemiga del miedo y la resignación y elimina sus corrosivos efectos. Amplía al hombre y lo proyecta hacia delante, mientras que la resignación lo limita y lo empequeñece. No se puede pasar de una actitud defensiva de sobrevivencia a la transformadora sin reconstruir la esperanza (CALVA, 2000, p. 13).

Entonces, frente a este fenómeno de incertidumbre debemos recuperar ese humanismo universalista, con una nueva sensibilidad acerca del mundo. Por eso la Universidad tiene el deber ineludible de reconstruir la esperanza, el anhelo y la fe en la posibilidad de una sociedad mejor, en la formación de personas más justas y humanas.

Toda intención siguiendo a Ernest Bloch, “está sostenida por los sueños de una vida mejor y el meollo de todo anhelo constructivo es la esperanza y el deseo de justicia.”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> La justicia es el objetivo de la historia, sostiene Bloch (1982) a lo largo de su obra.

Por lo general quienes somos profesores damos los valores como ya “dados” y no los cuestionamos. Creemos que con sólo cumplir nuestras tareas rutinarias los damos por cumplidos, que sólo con atender nuestras responsabilidades administrativas se dan por cubiertos. Y abordamos los contenidos disciplinares con mayor o menor eficacia pero con frecuencia se encuentran divorciados con los grandes valores que en teoría debe promover o construir la universidad.

Surge la necesidad en tiempos modernos de extender a los seres humanos los bienes simbólicos para construir una mejor vida, la auténtica sabiduría y los conocimientos.

Se dice que son versados en auténtica sabiduría los capaces de discernir con acierto que cosas son justas y que cosas conducen a la felicidad, porque la felicidad y la justicia son las dos grandes metas del hacer humano y poseen conocimientos los que aprenden de otros para pensar con verdad y para hacer con eficiencia, habida cuenta de la escasez de recursos mentales y materiales (CORTINA ORTS, 2005, p. 45).

De los problemas que cada día se suscitan a nivel mundial, existe la necesidad humana de crecer en sabiduría, en ciencia y en técnica, para lo cual las universidades adquieren un papel preponderante y decisivo, pues en ellas se puede transmitir el conocimiento, crearlo y engendrar sabiduría desde una perspectiva ética.

Así, cada centro universitario debe dotarse de mecanismos funcionales y estructurales que le permitan llegar a ser una organización inteligente de valores en su definición y en su práctica.

Es decir:

La construcción ética es fundamental, la percepción de una realidad mediante mecanismos de conocimiento subjetivos o vivenciales, en un marco o espacio de relaciones en que la axiología, entendida como humanismo, tiene el papel más relevante (DUART, 1999, p. 53).

Así los valores pueden ser desde valores ambientales, la honestidad, la justicia, hasta la democracia como una práctica de vida (y no restringida al aspecto electoral), por mencionar algunos. Por lo tanto, no se desarrollarán todas las facultades del ser humano si no se incorporan decisivamente en el proceso educativo, así por ejemplo.

Está comprobado que la sensibilidad, conciencia ambiental desarrolla los sentimientos y el aprecio. Por lo tanto lo que se aprende desde esta esfera por llamara de alguna manera permite el desarrollo social político, económico y cultural (SCHMELKES, 2001, foja 169).

#### **4 FORMACIÓN DE UNA CONCIENCIA Y ÉTICA GLOBAL**

En este sentido es necesario revisar las concepciones de desarrollo humano imperantes proponiendo un paradigma que supere tradicionales perspectivas que privilegian únicamente el progreso económico.

Es necesario entonces una visión integral del desarrollo que incorpore aspectos tales como calidad de vida, protección del medio ambiente, acceso al trabajo digno, la eliminación de la pobreza, la democratización de todos los aspectos de la vida social, la transparencia y la ética en el sector público y privado (FILMUS, 2005, p. 155).

Un desarrollo que pone a la gente en primer lugar. Que no sólo genera crecimiento económico sino que distribuye sus beneficios de manera equitativa [...] La dimensión humana del desarrollo exige como condición el desenvolvimiento pleno de las capacidades de las personas [...] Se trata de una ética conforme a la cual todas las personas deben participar –en tanto sujetos activos del desarrollo– en las transformaciones de las relaciones del poder (FILMUS, 2005, p. 157).

En este contexto, considero necesario proponer un mínimo de elementos sugeridos por algunos especialistas en torno a ciertos valores, a partir de los cuales es posible delinear las principales funciones de una educación superior que apunte hacia la construcción de un modelo de desarrollo humano integral.

#### **5 LOS CUATRO EJES DE DANIEL FILMUS**

Coincidimos con este autor, Daniel Filmus, quien sostiene que cuatro de esos ejes vertebradores que deben impulsarse en toda educación nacional son: a) la identidad nacional, b) la democracia, c) la productividad y el crecimiento, y d) la integración y la equidad social (FILMUS, 2005, p. 156).

Ante las ideas, parcialmente ciertas de que la globalización y la universalización acabarán con las identidades nacionales o regionales, es posible sostener que el fortalecimiento de la identidad nacional es necesaria para garantizar que el proceso de integración planetaria no sea el resultado de la imposición de la voluntad de algunos países sobre otros, como actualmente sucede. Desde esta lógica, “se debe rescatar una acción educativa institucional que permita la integración cultural a partir del reconocimiento de las diferencias y la pluriculturalidad, que compartan el espíritu nacional, la tolerancia y la voluntad de libertad.” (FILMUS, 2005, p. 157).

El reconocimiento de la heterogeneidad y la diversidad debe ser ventajas pedagógicas (FILMUS, 2005, p. 158).

La educación para la democracia debe abarcar, entre otros aspectos la posibilidad de los ciudadanos de hacer valer sus garantías contra la arbitrariedad política o frente a la fuerza y la coacción organizada estatalmente, o bien de aquella que proviene de poderes fácticos, de particulares o corporaciones.

La conculcación de los derechos humanos más básicos y sus secuelas en nuestra vida cotidiana exigen que esta problemática se encuentre permanentemente en la formación ciudadana.

El desafío de la escuela y los docentes en esta dirección no es pequeño. El compromiso con valores como la vida, la justicia, la verdad y la paz debe adquirir una dimensión real y palpable:

La función de la escuela en esta temática tiene dos vertientes. Por un lado, debe brindar la formación en el pensamiento crítico y en el respeto al pluralismo y al disenso como para poder participar en el debate político. Por el otro, debe formar en las competencias y calificaciones necesarias para la comprensión de los procesos sociales, para ejercer la representación y elegir representantes y para la toma de decisiones en torno a las diferentes alternativas de desarrollo económico-social (IBARROLA; GALLART, 1994, *apud* FILMUS, 2005, p. 159).

La práctica pedagógica nos ha dicho que, cuando se trata de valores, los estudiantes no internalizan lo que se les dice, sino las conductas que observan diariamente. No se trata de verbalismo, el compromiso profundo con este tipo de formación se manifiesta principalmente a través del ejemplo brindado por la actitud cotidiana (IBARROLA; GALLART, 1994, *apud* FILMUS, 2005, p. 160).

*La educación para la democracia* implica responder a cuestiones de fondo: ¿todos los conocimientos contribuyen al conocimiento humanista, al verdadero saber universal, entendido en su pluralidad?, ¿cómo participar desde nuestra Universidad de manera más efectiva y relevante en la producción y transmisión de conocimientos y en la contribución a la justicia social en eso que se llama sociedad del conocimiento?, ¿cómo contender con las mayores necesidades y carencias sociales en el ámbito educativo, derivadas de este proceso de concentración de riqueza en pocas manos?



*Educar para la productividad y el crecimiento.* Es importante destacar que el énfasis colocado en el aporte de la educación al aumento de la productividad no implica caer en un enfoque puramente economicista.

Las estrategias que plantean combinar competitividad con equidad proponen modelos en los cuales el desarrollo integral permite incorporar a toda la población a sus beneficios. Lo que se llama sustentabilidad. Beneficios que surgen, en primer lugar, a partir de la apertura de nuevas y más calificadas fuentes de trabajo y, por lo tanto, de alternativas para la integración social para nuevos sectores. Al formar para la productividad y la competitividad, el sistema educativo también puede estar contribuyendo a la participación de los ciudadanos en el debate acerca del modelo de relaciones laborales, de acumulación y de distribución de los bienes producidos que la sociedad escoge como propio (IBARROLA; GALLART, 1994, *apud* FILMUS, 2005, p. 162)

Educar para la integración y la equidad social. La escuela debe cumplir una función irremplazable tanto en torno a la cohesión social como a la igualdad de posibilidades. Aquellos niños y jóvenes que queden actualmente al margen de la escuela o que habiendo accedido a ella no alcancen los saberes que la educación promete, quedarán inexorablemente marginados de las posibilidades de participación laboral y social en el próximo siglo (IBARROLA; GALLART, 1994, *apud* FILMUS, 2005, p. 163).

A lo anterior se suma el hecho de que amplios sectores recientemente pauperizados, no tienen un referente (Estado, empresa, sindicato, etc.) ante el cual manifestar su disconformidad. Tampoco organizaciones que los convoquen. Además, la ruptura del tejido social destruye las posibilidades de organizarse solidariamente.

## **6 EL PERFIL DEL PROFESOR UNIVERSITARIO: AUSENCIAS Y CONTRADICCIONES**

En cierto sentido el profesor universitario es y debe constituirse en un promotor de los derechos humanos. Sin embargo, la práctica educativa en lo general contiene aún numerosos elementos autoritarios, pues se adscribe a modelos individualistas.

La educación no es un mero mecanismo para promover los derechos humanos, sino también un fin en sí mismo. Es decir, la educación depende de valores y se vincula con ellos a la vez que los sostiene. De ahí el papel del educador para promover la justicia social, el respeto, la igualdad, la solidaridad y la democracia en el proceso educativo.

Un maestro debe impulsar espacios de desarrollo de autonomía y libertad, donde el alumno desarrolle su capacidad de análisis y reflexión; que conozca qué son los derechos humanos, cómo se aplican y se defienden. Familiarizar al estudiante con los principales instrumentos de protección y analizar en detalle aquellos derechos relacionados directamente con su futura profesión y sus relaciones con los otros.

Esto se debe a que podemos concluir que todas las teorías de los Derechos Humanos incluyen en su catálogo los derechos de libertad, de seguridad y de participación política, social, económica y cultural. Lo que incorpora fundamentalmente las tres generaciones de derechos humanos.

En efecto, nuestro deber es el de educar a los estudiantes sobre sus derechos frente a la ley, de tal modo que se conviertan en ciudadanos responsables de una sociedad libre en la que se valoren todos los derechos humanos; se respete el cumplimiento de la ley, se incentive la participación popular y se tenga un sistema de gobierno responsable que brinde el mejor ambiente para permitir el logro de un desarrollo económico sostenible.

El Plan de Desarrollo Institucional Visión 2030 de la Universidad de Guadalajara contiene un valioso concepto de Misión<sup>9</sup>, pero refleja numerosas ausencias respecto de llevarlo en la práctica, y en algunos casos deja entrever contradicciones al referirse a los valores como parte del concepto del desarrollo de las competencias. Por ejemplo, son escasas las referencias sobre los valores éticos que debe poseer y practicar un profesor-investigador.

En ese Plan y en la Línea estratégica de formación y docencia se señala la importancia de “Impulsar la profesionalización de la planta académica para cumplir con estándares nacionales e internacionales”, pero no define cuáles son esos estándares; y señala también “consolidar una planta de profesores de calidad reconocida nacional e internacionalmente”; pues la estrategia a seguir es la “formación permanente del personal académico a través de un programa institucional que promueve las competencias pedagógicas y disciplinares, acorde al modelo educativo institucional”. Sin embargo no establece continuidad del Programa Institucional de Capacitación y Actualización para la Superación Académica (PICASA) que impulsó para más de una década.

---

<sup>9</sup> Destaca en la Misión de la Universidad lo siguiente: “[...] La Universidad de Guadalajara trabaja para formar profesionales con un sentido ético, comprometida con la justicia social que implica hacer suyos los valores de la tolerancia, la convivencia democrática y la prosperidad colectiva. El compromiso social de la Universidad es acompañar y respaldar a la sociedad desprotegida, y la forma en que garantiza el sentido público de la educación consiste en incorporar a quienes menos tienen y más carecen, formando personas capaces, inteligentes y solidarias.” (p. 53).

En otros documentos de esta Casa de Estudios no se precisan los valores como un campo de conocimiento de dominio específico del académico. Así, por más de una década, los cursos del PICASA relacionados con los valores y la ética docente fueron muy escasos y de poco o nulo impacto<sup>10</sup>.

Además el documento Modelo Educativo Siglo 21 de la Universidad de Guadalajara, no incorpora ningún valor o principio ético dentro del ideal perfil del docente (IBARROLA; GALLART, 1994, *apud* FILMUS, 2005, p. 113).

El perfil que contempla esta Casa de Estudios toma en cuenta sólo cinco campos de dominio, que son:

- que sea un experto en un campo de conocimiento;
- que sea un investigador capaz de generar y aplicar el conocimiento;
- con competencias para transferir conocimiento, ser asesor, tutor, y facilitador;
- con conocimientos y habilidades pedagógicas, epistemológicas, de generación y uso de ambientes de aprendizaje;
- uso y aplicación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Es posible entonces deducir la importancia de formar en derechos humanos dado que éstos se relacionan profundamente con tres aspectos que están implícitos en toda educación, cualesquiera que sean los contenidos científicos o disciplinas en las que se forme un estudiante; aspectos en los que descansaría una formación universitaria basada en los derechos humanos y que debe abordar mínimamente los siguientes puntos, y que son puntos a desarrollar:

- el principio de autonomía de la persona;

---

<sup>10</sup> En Plan de Desarrollo Institucional Visión 2030 se habla por ejemplo de promover “altos valores” como integrados a las competencias formativas sin precisar cuáles (p. 55, 57) o bien confundiendo los con indicadores institucionales (p. 19). De igual forma, el Programa Institucional de Capacitación y Actualización para la Superación Académica (PICASA), consideró los temas éticos, que fueron mínimos, dentro del desarrollo y crecimiento personal (UNIVERSIDAD, 2007, p. 57). Lo mismo se repite en las Estrategias Institucionales para el Perfeccionamiento del Personal Académico Catálogo de cursos (UNIVERSIDAD, 2010, p. 27). Por ello se establece la “Estrategia 2.2.1: Certificar las competencias profesionales y docentes del personal académico por organismos desarrollados para tal fin.” (UNIVERSIDAD, [S.n.t], p. 27).

- el de inviolabilidad y dignidad de la persona, y;
- el de formación para la ciudadanía.

## **7 PROPUESTAS:**

- 7.1 es necesario impulsar un amplio programa nacional docente centrado además en la enseñanza de los valores, principios éticos y los derechos humanos;
- 7.2 es necesario precisar cómo incorporar nuevos “estándares internacionales” de profesionalización académica tomando en cuenta la necesidad de desarrollar un pedagogía específica en el tema de los derechos humanos;
- 7.3 es importante promover la “certificación” del profesor universitario;
- 7.4 es fundamental desarrollar un programa *ad hoc* en Derechos Humanos, donde se colabore con la sociedad civil organizada, se impulse la promoción del respeto a los derechos humanos en toda Casa de Estudios y que de soporte al artículo 3.º constitucional.

## **REFERENCIAS**

BLOCH, Ernest. **La profesión del historiador**. México, DF: Fondo de Cultura Económica. 1982.

CALVA, José Luis. **Más allá del neoliberalismo**: posiciones dentro del cambio global. México, DF: Plaza Janes, 2000.

CORTINA ORTS, Adela. **La universidad desde una perspectiva ética**. Valladolid, España: Universidad de Valladolid, 2005.

DUART, Joseph María. La construcción ética de la escuela: una acción coherente. En: DUART, Joseph María. **La organización ética de la escuela y la transmisión de valores**. Barcelona: Paidós, 1999.

FILMUS, Daniel. Desafíos de la educación para el desarrollo humano integral. En: KLIKSBERG, Bernardo (Comp.). **La agenda ética pendiente de América Latina**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica/ Inter-American Development Bank, 2005.

IBARROLA, María de; GALLART, María Antonia (Coord.). **Democracia y productividad**: desafíos de una nueva educación media en América Latina. [S. l.]: Oficina Regional de Educación de la Unesco, 1994.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). Ministerio de Administración Públicas. Instituto de Administración Públicas. **La ética en el servicio público**. Madrid: OCDE, 1997.

SCHMELKES, Sylvia. **La formación valoral y la calidad de la educación**. [S. l.]: Centro de Estudios Educativos, 2001. (mimeografía).

UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA. Coordinación General Académica. **Programa institucional de capacitación y actualización para la superación académica**. Guadalajara: [S. n.], 2007.

UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA. Coordinación General de Recursos Humanos y Sindicato de Trabajadores Académicos de la Universidad de Guadalajara. **Estrategias institucionales para el perfeccionamiento del personal académico**: catálogo de cursos. Guadalajara: [S. n.], 2010.

UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA. **PDI**: visión 2030. [S. n. t.].

ZEITLIN, M. Irving. **Ideología y teoría sociológica**. Traducción de Néstor Míguez. Séptima reimpresión. Buenos Aires: Amorrortu, 1993.

Submissão em: março de 2016  
Pareceres favoráveis em: maio de 2016



# Reconocimiento de los Derechos de la Población LGBTI en el Marco de los Postulados Constitucionales en Colombia\*

OMAR HUERTAS DÍAZ\*\*

**Resumen:** El documento que a continuación se expone hace referencia a la descripción de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que evidencia la evolución de la protección de los derechos de la población LGBTI. Dicho recorrido jurisprudencial refleja dos esferas de protección, la primera recae sobre la esfera de las parejas conformadas por personas del mismo sexo de manera que se evite un trato discriminatorio, y garantice la dignidad de la persona, y la segunda, una protección en la esfera individual de la persona, que refuerza la dignidad humana, la autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad.

**Palabras clave:** Población LGBTI, derecho a la igualdad, derecho al libre desarrollo de la personalidad.

**Abstract:** The document then exposed refers to the description of the jurisprudence of the Constitutional Court which shows the evolution of the protection of the rights of LGBTI people. Such jurisprudential tour reflects two areas of protection, the first falls on the area of couples formed by persons of the same sex in order to avoid discriminatory treatment, and guarantee the dignity of the person, and the second protection in the individual sphere of the person, which reinforces human dignity, personal autonomy, free development of personality.

**Keywords:** LGBTI population, the right to equality, right to free development of personality.

---

\* Artículo resultado de investigación en el Grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal NULLUM CRIMEN SINE LEGE UN, Reconocido y Clasificado en A COLCIENCIAS- 2015 Universidad Nacional de Colombia, COL0078909.

\*\* Ph.D© en Ciencias de la Educación pela Universidad Simón Bolívar. Magister en Derecho Penal Universidad Libre, Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá, España. Magister en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Especialista en Derecho Penal y Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Profesor Asociado. Abogado. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales FICP. Miembro de honor de la Fundación de Victimología. Miembro Honorario Asociación Colombiana de Criminología. Investigador Asociado COLCIENCIAS 2015.

## 1 INTRODUCCIÓN

Al interior de la Corte Constitucional desde la promulgación de la constitución de 1991 con el principio de pluralidad, y el reconocimiento de los derechos a la igualdad y desarrollo de libre personalidad la corporación ha avanzado en la protección de la población LGBTI, pues se hizo consciente del avance constitucional en la materia, que había iniciado con la despenalización de la homosexualidad como conducta punible, pues hasta 1980 los actos homosexuales estuvieron penalizados y solo con la adopción del Código Penal de 1980 fue abolido como delito (Sentencia T-613 de 2013)

La Corte Constitucional en su sentencia T-314 de 2011 se hizo consciente de la situación por la que trascurre la población LGBTI en la actualidad, por tanto describió en los siguientes términos su diagnóstico.

Inicia la corporación indicando que a finales de 1995 el Comité Colombiano de Derechos Humanos en Estados Unidos, junto al Proyecto Dignidad por los Derechos Humanos y la Comisión Internacional por los Derechos Humanos de los Gais y Lesbianas (IGLHRC), publicaron un informe titulado "Ningún ser humano es desechable: limpieza social, derechos humanos y orientación sexual en Colombia", el cual concluyó que de los grupos enunciados las personas transgénero y los/as trabajadores/as sexuales, son las víctimas más vulnerables y sistemáticas de la comunidad LGBT, pues son objeto de múltiples violaciones a sus Derechos Humanos como la discriminación, la violencia sexual e incluso la violencia física que, en muchos casos, llega al asesinato, tanto por entidades particulares como estatales, que pueden llevar al fenómeno de la "limpieza social", que en muchas ocasiones se cuenta con la complicidad de la sociedad en general. Precisa la Corte que aunque hayan pasado varios años a partir de la publicación, la situación no ha mejorado, y se



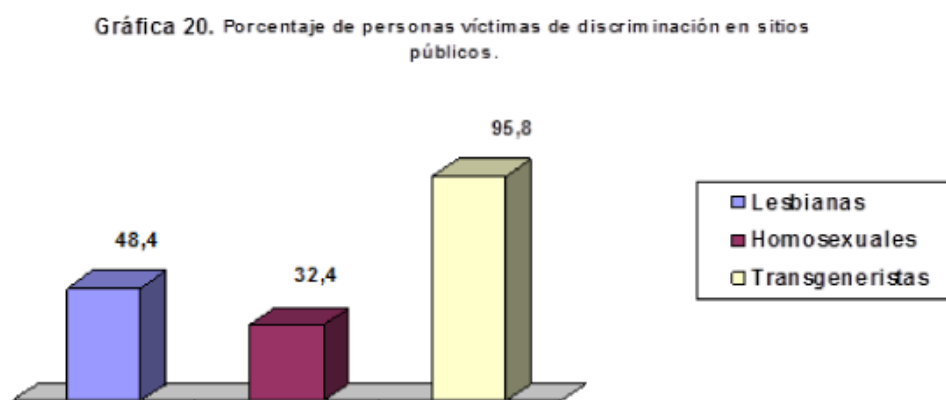
presenta para la época reportes en los que la población LGBTI ha sido víctima de ataques por parte de grupos paramilitares y guerrilla.

Adicionalmente, se encontró que entre los años 2006 a 2007 se reportó la ocurrencia de por lo menos 67 homicidios efectuados contra personas LGBTI en el país en un contexto de violencia verbal y física.

También se ha efectuado una exclusión para la población de manera que en muchas ciudades la población LGBTI ocupa espacios específicos como los espacios de rumba o de encuentro público, pues la ciudadanía se niega a compartir esos espacios con personas que evidencien una orientación sexual o una identidad de género diversas, generando así para la población LGBTI lugares de encuentro donde no sean objeto de represarías.

En el mismo sentido, a nivel estadístico recuerda la Corte que la Procuraduría General de la Nación menciona la investigación efectuada por la Universidad Pedagógica Nacional y la Corporación Promover Ciudadanía en la que se describe que el 95,8% de la población transgénero afirmó haber sido víctima de discriminación en sitios públicos (Sentencia T-314 de 2011)

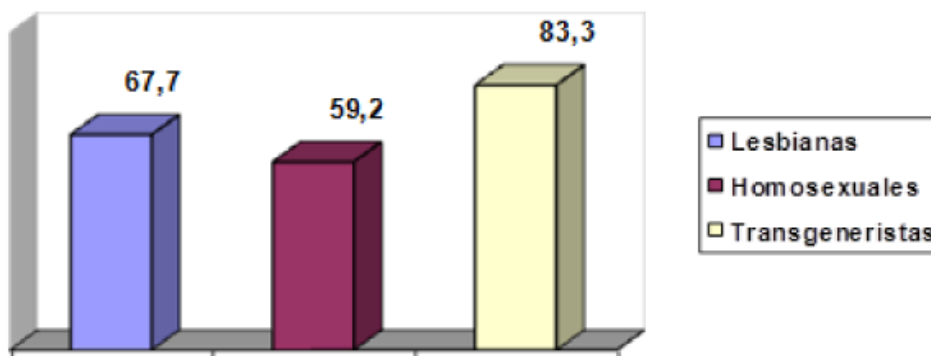
El 39,6% de las personas encuestadas afirman que han sentido rechazo en escenarios públicos por el hecho de ser homosexual o lesbiana, de este “39,6%, quienes más se han sentido discriminados son los transgeneristas, luego las lesbianas y por último los hombres homosexuales”, en los siguientes porcentajes así, teniendo en cuenta la primera encuesta LGBT sobre sexualidad y derechos humanos de la Corporación Promover ciudadanía: (Sentencia T-314 de 2011)



Fuente: Primera encuesta LGBT sobre sexualidad y derechos humanos de la Corporación Promover ciudadanía (Sentencia T-314 de 2011)

Por su parte, en el Distrito Capital el 62% de las personas homosexuales, lesbianas y transgeneristas manifiesta que han sido víctimas de violencia verbal por parte de quienes que los rechazan, tal como se evidencia en la siguiente gráfica:

**Gráfica 8. Porcentaje de personas víctimas de ataques verbales según orientación sexual e identidad de género.**



Fuente: Primera encuesta LGBT sobre sexualidad y derechos humanos. Corporación Promover ciudadanía. Sentencia (Sentencia T-314 de 2011)

## 2 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Dentro de la primera fase al interior de la Corte Constitucional sobre los derechos de la población LGBTI se halla la sentencia T-097 de 1994 la Corte analizó el caso de un estudiante de una escuela militar en la cual había sido sancionado por efectuar “actos de homosexualismo”. Allí la Corte resalto que condición gay de una persona no puede ser motivo de exclusión.

La sanción de una persona por razones provenientes de su homosexualidad no puede estar basada en un juicio de tipo moral; ni siquiera en la mera probabilidad hipotética de que la institución resulte perjudicada, sino en una afectación clara y objetiva del desarrollo normal y de los objetivos del cuerpo armado. El homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable (T-097 de 1994)

Luego en providencia T-539 de 1994 la Corte estudió la tutela interpuesta contra del Consejo Nacional de Televisión, quien negó la presentación del comercial denominado “referencia-Beso-duración 40”, donde se veían dos hombres que se besan y luego se alejan caminando,

por la Plaza de Bolívar de Bogotá, hechos que dan lugar a la disertación de la Corte afirmando que el hecho de la conducta sexual de la población LGBTI no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual, pues su interés se halla jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo.

Por su parte la Sentencia T-101 de 1998 revisó el asunto de dos estudiantes a quienes se les negó el cupo en una institución educativa por su presunta relación afectiva homosexual, a lo cual la Corte arguyó que:

La homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida (Sentencia T-101 de 1998)

En la Sentencia T-268 de 2000, relativa a una acción de tutela interpuesta contra la Alcaldía de Neiva la cual había prohibido organizar un reinado travesti en un sitio público, sostuvo la Corporación que la condición gay no es un criterio válido para la discriminación, además, es cierto que la diversidad sexual pertenece al fuero íntimo de las personas, y no quiere decir esto que se encuentre limitado a un ámbito exclusivamente personal.

La sentencia T-301 de 2000 la Corte revisó la denuncia de un trabajador sexual gay que demandó a la policía del Magdalena por la prohibición de ubicarse en cierto sector de la ciudad de Santa Marta. En dicho asunto el actor aseguró que las detenciones y los hostigamientos eran debido a la orientación homosexual de los trabajadores, reiterando que las preferencias sexuales, siempre y cuando no vulnere derechos de terceros hace parte del derecho a definir los propios planes de vida y a desplegar en consecuencia la vida de relación.

Así mismo, la sentencia T-435 de 2002, examinó la problemática de una estudiante a quien se le canceló la matrícula en una institución educativa religiosa debido a las dudas surgidas respecto de su orientación sexual, y adujo que la sexualidad es un elemento consustancial a la persona humana y está representada y protegida en los derechos al libre desarrollo de su personalidad e intimidad.

Luego, en el pronunciamiento T-152 de 2007, se dio a conocer la negativa de una constructora para contratar a un obrero de condición transexual, la Corte Constitucional

consolidó el hecho de que la identidad de género en materia laboral no puede hacer diferencia alguna en razón del sexo, raza, categoría social, y para cada caso particular debe analizarse, aplicando la regla de justicia, según la cual, hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, y que los tratamientos distintos deben estar justificarse bajo la razonabilidad y la proporcionalidad.

En el campo carcelario la Sentencia T-1096 de 2004 en el caso de un hombre homosexual que por su condición era víctima de violación sexual en la cárcel, así como la sentencia T-499 de 2003, en la que una lesbiana recluida en establecimiento carcelario solicitaba la visita íntima de su pareja, la Corte exhortó a la Defensoría del Pueblo, Ministerio del Interior y Justicia reglamentara las visitas íntimas en condiciones de igualdad y dignidad.

La Sentencia T-863 de 2011, en la que el señor Daniel Antonio Sastoque Coronado considera que la Procuraduría General de la Nación, en cabeza del Procurador General Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, le violó sus derechos al debido proceso y a gozar sin discriminación de los demás derechos y libertades, al trasladarlo desde la sede nacional de la entidad a una sede regional en la misma ciudad, en razón a su orientación sexual homosexual, sus opiniones políticas y filosóficas favorables a la defensa y promoción de los derechos de la población LGBTI.

Frente al caso de estudio, estimó la Corte Constitucional que en algunas situaciones excepcionales, el criterio del sexo se podía utilizar como criterio de decisión para desarrollar un trabajo, así:

en ocasiones excepcionales, el sexo puede ser no sólo importante sino decisivo para desempeñar adecuadamente un empleo, y en principio es válido que en consecuencia se tenga en cuenta para definir quiénes deben ocuparlo. Por eso, en un caso resuelto por la Corte Europea de Justicia, en el que se acusaba una regulación alemana por supuestamente violar la prohibición de discriminación sexual en el empleo, en tanto permitía que en algunas ocasiones en las cuales el sexo fuera indispensable para ejercer el trabajo se lo tuviera en cuenta como criterio de selección, la Corte indicó que en ciertas oportunidades el sexo del aspirante podía ser tomado en consideración. Y, para ilustrarlo, puso los ejemplos tomados de la experiencia europea, de cantantes que requerían tener determinada tesitura de voz, de modelos de cierta clase de ropa o accesorios, de bailarines o bailarinas de cierto género musical, o de actores o actrices para determinados roles (Sentencia T-863 de 2011).

Así, el sexo y la orientación sexual de una persona podrían llegar a ser tenida el acceso a un trabajo, si en es justificable en el contexto normativo, argumento soportado en el caso

resuelto por el Ombudsman Sueco contra la Discriminación por Motivos de Orientación Sexual, en el que a una mujer se le rechazó su ingreso en una federación para la promoción de los derechos de las lesbianas, los gay y los transgeneristas, sólo por el hecho de ser heterosexual, el Ombudsman sostuvo que era justificable como un modo de garantizar un adecuado entendimiento y una sinergia particular con los principios de la organización y los demás compañeros de trabajo.

Luego en sentencia T-314 de 2011 desarrolla la Corte el derecho a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad frente a la población LGBTI, determinando que: el artículo 13 de la Constitución establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibiendo la misma protección y trato de las autoridades, al igual que disfrutar de los mismos derechos, oportunidades y libertades sin ningún tipo de discriminación por razones de origen, lengua, opinión, raza, religión o sexo. El artículo 16 establece la garantía que tienen todas las personas al libre desarrollo de su personalidad, entendida como la autonomía de la persona, y ha explicado que se materializa en el hecho consciente que tiene cada individuo para determinarse ante las opciones que ofrece la vida tanto en lo privado como en lo público, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida.

La jurisprudencia ha señalado que vulnera el derecho a la igualdad y libre desarrollo de la persona cualquier tipo de diferenciación arbitraria reflejada en las normas o en la actuaciones de la administración o de los particulares, fundamentado en el mandato de no discriminación.

Ahora, debe entenderse como discriminación:

las conductas o actitudes dirigidas de forma directa o indirecta a segregar, excluir o ignorar a un individuo o a una colectividad. Principalmente está enfocada en el trato de inferioridad fundamentado en prejuicios sociales o personales, lo cual trae como consecuencia el irrespeto y por ende la vulneración de los derechos humanos conexos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad (Sentencia T-314 de 2011).

Aunado a esto, la sentencia T-098 de 1994 definió como un acto discriminatorio lo siguiente:

El trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales

de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona (Sentencia T-098 de 1994).

Al respecto, la Sentencia C-371 de 2000 se pronunció así:

El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos (Sentencia C-371 de 2000)

De esta forma queda claro para la Corte que para la configuración de un acto discriminatorio debe presentar el trato desigual, que este sea injustificado, es decir que se fundamente en un prejuicio y por último un perjuicio, que genere un daño.

Sin embargo a pesar de lo enunciado y desarrollado, se necesita aclarar que no todos los criterios usados para la diferenciación están prohibidos, en el sentido sustentado en la sentencia C-112 de 2000, ya que estos podrían ayudar al Estado en el tratamiento de los grupos marginados.

Entonces, queda prohibida la discriminación directa o indirecta, encaminada a todas aquellas personas o grupos históricamente o marginados que por su condición económica, física o mental, pueden ser criterios de discriminación sospechosos los siguientes: el sexo, la orientación sexual o la identidad de género, la raza, el origen nacional o familiar al igual que el étnico o de cualquier índole, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica, el color de la piel, la condición social o económica, la apariencia exterior, la enfermedad, la discapacidad o la pérdida de la capacidad laboral (Sentencia T-314 de 2011).

En lo concerniente a la orientación sexual como criterio de discriminación, la Corte ha especificado que el Estado debe proteger las diferentes manifestaciones humanas entre ellas las expresiones sexuales diversas propias de la comunidad LGBTI, evitando toda clase de vulneración de la esfera privada.

De otro lado, en el control de constitucionalidad abstracto la Sentencia C-481 de 1998 se declaró inconstitucional la norma que establecía como falta disciplinaria la “homosexualidad” en el ejercicio docente, pues se especificó que la preferencia sexual hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y que la homosexualidad

encuentra fundamento en este, y que toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación y según la constitución y el bloque de constitucionalidad frente a los tratados de derechos humanos, es la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad.

En el mismo sentido la Sentencia C-373 de 2002, se declararon inexequibles los numerales 1.º y 6.º del artículo 198 del Decreto 960 de 1970 ya que establecían el homosexualismo como inhabilidad para ejercer el cargo de notario. Y en el campo de las fuerzas armadas la Sentencia C-431 de 2004 retiró del régimen disciplinario las alusiones negativas hacía la comunidad LGBTI.

Para 2007, se reconoce el derecho de parejas del mismo sexo, como representación de dicho reconocimiento, resaltando la sentencia C-075 de 2007 pronunciándose sobre los derechos patrimoniales, la Providencia C-336 de 2007 sobre la sustitución pensional del compañero permanente del mismo homosexual, la C-811 de 2008 al respecto de la afiliación al sistema de seguridad social en salud como beneficiario, la Sentencia C-798 de 2008 sobre el derecho entre compañeros (as) permanentes a brindar alimentos; y el Fallo C-029 de 2009,

que reconoce los derechos de las parejas del mismo sexo como al patrimonio de familia inembargable y afectación de bienes inmuebles a vivienda familiar, derechos migratorios para las parejas, a la garantía de no incriminación en materia penal, al beneficio de prescindir de la sanción penal y circunstancias de agravación punitiva, al ejercicio de la función pública y a la celebración de contratos estatales, entre otros (Sentencia T-314 de 2011).

Por su parte la Sentencia T-562 de 2013 reitera el derecho al libre desarrollo de la personalidad en aplicación a la población LGBTI, describiendo que se trata de un derecho que protege la libertad general de acción, la cual está estrechamente vinculada con el principio de dignidad humana, y se da vulneración a este cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia, atendiendo que para la Corte, la escogencia de la opción de vida no considera la posibilidad de evitar las obligaciones sociales, se trata de la libertad que permite a la persona desarrollar las alternativas de su identidad, que como resultado deben ser respetadas por la sociedad en general, se incluye allí la protección a la identidad sexual.

Al respecto, la identidad sexual es comprendida como la postura que tiene el individuo sobre su propio género, lo que hace lo hace parte de las condiciones inmateriales integrantes de la dignidad humana (Sentencia T-562 de 2013).

Sobre la opción sexual, la Corte afirma que:

insiste en que la definición acerca de dicha opción es una decisión libre, autónoma e incuestionable de la persona, por lo que todo comportamiento, de los particulares o del Estado, que (i) censure o restrinja una opción sexual, generalmente en aras de privilegiar la tendencia mayoritaria heterosexual; o (ii) imponga sanciones o, de manera amplia, consecuencias fácticas o jurídicas negativas para el individuo, fundadas exclusivamente en su opción sexual, es una acción contraria a los postulados constitucionales (Sentencia T-562 de 2013).

En la providencia, también se identifica la opción sexual como uno de los criterios sospechosos de discriminación contraria al derecho a la igualdad.

En materia educativa, el alcance de la potestad reguladora de la comunidad educativa sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ha dicho la Corte que las instituciones tiene la potestad de adoptar el manual de convivencia, pero no la libertad de desconocer libertades constitucionalmente consagradas, pues un manual de convivencia de un establecimiento educativo no puede limitar el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores educandos en lo que respecta a su sexualidad, sosteniendo la limitación como parte de un plan pedagógico.

Dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta también halla necesidad de diferenciar entre la identidad sexual y la orientación o preferencia sexual, pues la identidad sexual hace referencia a la decisión de una persona de identificarse con un determinado género, mientras la preferencia sexual se refiere a las predilecciones eróticas del individuo de manera que, los establecimientos educativos no pueden limitar tal elección, con el pretexto de inculcar valores a todos los estudiantes, sin respetarlas diversas posturas que pudiesen presentarse.

Posteriormente la Sentencia T-673 de 2013 al referirse a la protección a las personas con orientación sexual diversa y los límites al ejercicio de sus derechos, la Corte admite el avance en la ampliación de la protección de los derechos de las personas que puedan resultar discriminadas en razón a su orientación sexual.

En lo correspondiente a la pareja, la Corte Constitucional inicialmente asumió que la diferencia de trato jurídico entre las uniones homosexuales y las uniones heterosexuales no era per se discriminatoria, pero luego la postura que cambió a partir de la Sentencia C-075 de 2007, en la que se da un reconocimiento a los derechos de las parejas homosexuales, reiterando su posición en la Sentencia C-811 de 2007, C-798 de 2008, C-029 de 2009 y C-



283 de 2011, reiterando que la omisión del legislador en brindar a dichas parejas unos ciertos niveles de protección, resultaba contraria a la Constitución.

Sobre los aspectos individuales, la Corte se ha encaminado a otorgar protección a aquellas personas que por su condición sexual son discriminadas, y en este punto también ha reiterado que nadie por su opción sexual puede ser objeto de exclusión, tal como lo ilustra el pronunciamiento T-097 de 1994, pero agrega que la diversidad sexual solo pueden ser limitada cuando esta llegue a vulnerar derechos de otras personas, alteren el orden público y social, o afecte los mínimos lineamiento de decencia pública, haciendo referencia a que en la exteriorización de la conducta homosexual no se permiten comportamientos que lesionen los intereses de otras personas, como ocurre con los heterosexuales, pues el disfrute de los derechos sexuales pose en límites, ya que ciertas manifestaciones solo son propias de desarrollar en espacios privados o, al menos, semiprivados teniendo en cuenta la intensidad, la forma, la duración, el lugar.

Finalmente, la Sentencia T-804 de 2014 genera las diferencias entre la orientación sexual y la identidad de género, en primera medida se atiende a los conceptos de la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos –ACNUDH– en el documento “Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos” que permitió definir los conceptos básicos del derecho internacional de los derechos humanos en relación a las personas LGBTI.

Así, se señaló la diferencia entre los conceptos sexo y género. El sexo es el hecho biológico que genera las diferencias entre hombre y mujer en el aspecto meramente biológico y el género una construcción social que define identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente.

Una vez se hace la correcta diferenciación entre sexo y género, pasa la Corte a comprender con mayor claridad lo que el significado de la orientación sexual e identidad de género, la ACNUDH conceptualiza la orientación sexual como la capacidad de las personas de sentir atracción emocional, afectiva y sexual, ya sea hacia personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género, lo que es independiente del sexo biológico o de la identidad de género es decir que se trata de la posibilidad de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual.

Y atiende la Corte por primera vez a la definición de las siguientes categorías (Sentencia T-804 de 2014):

1. heterosexualidad: capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas;
2. homosexualidad: hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Se utiliza generalmente el término lesbiana para referirse a la homosexualidad femenina y gay para referirse a la homosexualidad masculina;
3. bisexualidad: hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo o también de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

En cuanto al concepto de identidad de género, el documento de Naciones Unidas refiere que se trata de la vivencia interna del género según es experimentado por cada persona, sin que necesariamente corresponda al sexo asignado biológicamente, y describe las siguientes categorías (Sentencia T-804 de 2014):

1. El Transgenerismo: término utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. El transgenerismo se refiere exclusivamente a la identidad de género del individuo y no a su orientación sexual que por lo tanto puede ser heterosexual, homosexual o bisexual. Otras subcategorías del transgenerismo no necesariamente implican modificaciones corporales como las Personas Travestis, aquellas que expresan su identidad de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo;
2. Las Personas Transexuales: se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social;

3. La Intersexualidad: integra a las personas que poseen características genéticas de hombres y mujeres y se ha definido como ‘todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente’. Históricamente la comprensión de esta identidad biológica específica se ha denominado a través de la figura mitológica del hermafrodita, la persona que nace con ‘ambos’ sexos, es decir, literalmente.

### **REFERENCIAS**

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-097 de 1994
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-539 de 1994
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-098 de 1994
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 1998
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2000
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2000
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2000
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-112 de 2000
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2002
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-373 de 2002
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1096 de 2004
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2004
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-613 de 2013

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2011

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-152 de 2007

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007,

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2007

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2007

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2008

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2008

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2008

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-863 de 2011

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2011

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-283 de 2011

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-562 de 2013

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-673 de 2013

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-804 de 2014

Submissão em: março de 2016

Pareceres favoráveis em: maio de 2016

E C O S  
A C A D Ê M I C O S



# **A Semântica da Responsabilidade Social para Entender o que não é**

IRENE PORTELA\*

---

\* PhD em Direito. Doutora em Direito Público. Professora Coordenadora do Instituto Politécnico do Cavado e do Ave (Portugal), Diretora do Departamento de Direito, Provedora dos Estudantes, Diretora do Centro de Investigação Jurídica Aplicada (CIJA).

## 1 INTRODUÇÃO

Tem-se afirmado que a responsabilidade é um novo paradigma ético e até mesmo uma nova ética (BOURGEAULT, 1992, p. 69-96). A responsabilidade tornou-se uma palavra-chave nos discursos contemporâneos quando se evoca o agir individual ou colectivo. Ela elevou-se, mais ainda, a dimensão fundamental da ética no campo da política, da economia, da gestão e das esferas públicas. Esta importância da responsabilidade no discurso público e nas conversas diárias tem o seu equivalente na teoria ética. Nunca se falou tanto de responsabilidade como neste período crucial na final do XX e século XXI adiantado. Várias contribuições no campo da ética aplicada em ética ambiental ou na ética empresarial mobilizam a responsabilidade como base primária conceptual (LENOIR, 1991).

O discurso pletórico parece não garantir a clareza conceptual. Na verdade, segundo Ricoeur (1995, p. 41-70, *passim*), a noção de responsabilidade moral padece de indefinição semântica. Após a formulação desta crítica, alguns ensaios, sobretudo filosóficos, têm procurado para tentar esclarecer a noção (GENARD, 1997, p. 197-213, *passim*; GENARD, 1999; SCHWEIKER, 1995).

A emergência contemporânea da responsabilidade como paradigma ético alargou a sua onda de choque à gestão empresarial, ao Direito, à política. Note-se, no entanto, que, se a noção de responsabilidade tem sido sempre parte integrante das teorias éticas do Direito e da gestão empresarial, a sua importância apenas lhe é atribuída recentemente na história da ética social.

A abordagem apresentada apresenta-se dividida em três fases. Num primeiro tempo, esboça-se a estrutura de responsabilidade semântica contemporânea de modo a estabelecer



o enquadramento para a nossa análise. Num segundo tempo, procura-se mapear o campo da responsabilidade do conceito da “responsabilidade social” enquanto conceito normativo – e, portanto, muito mais político do que técnico – sujeito a reconceituações permanentes notando desde já a dificuldade em oferecer uma definição definitiva. Ver-se-á, então, quais o alcance e as componentes teóricas e práticas do conceito de “responsabilidade social” visitando a sua contribuição teórica relectando aos desafios colocados com o potencial reformador do conceito. Por fim, ver-se-á o alcance deste conceito com as suas implicações teóricas e práticas

## **2 A SEMÂNTICA DA RESPONSABILIDADE**

### **2.1 A Responsabilidade Ligada à Liberdade do Agente Moral: o Contributo de Paul Ricoeur**

O interesse de Ricoeur para a noção de responsabilidade está patente nas páginas do seu livro *Soi même comme un autre*, que trata da identidade moral (RICOEUR, 1990, p. 193-198, *passim*). A designação de si mesmo como autor moralmente responsável pelas suas acções é a linha da arte da hermenêutica ricoeuriana de si mesmo. A Responsabilidade emerge da interacção dialéctica das relações complexas entre “a permanência temporal do carácter [*la mêmète*] e que de manter-se em [*l’ipséité*]” (RICOEUR, 1990, p. 196). A dimensão da responsabilidade inerente à vida moral – que Ricoeur distingue da responsabilidade legal – está enraizada no processo de construção da identidade (RICOEUR, 1990, p. 193). E enfatizar os vínculos conceituais existentes entre a noção de responsabilidade e os principais eixos teóricos da teoria da identidade em Ricoeur, mostra a importância dessa noção. Em síntese, ela é a charneira, *pivot* entre a teoria da identidade e a pequena ética de *Soi-même comme un autre*.

Procurando identificar as condições para a emergência do discurso da responsabilidade (RICOEUR, 1991, p. 272-289, *passim*), Ricoeur lançou-se na tarefa de fazer uma análise semântica. Tem então um duplo objectivo: primeiro, quer mostrar a diferença fundamental que existe, conceptualmente, entre as acepções jurídica e moral da responsabilidade. Esta distinção é crucial, pois os discursos contemporâneos confundem-nas, ou, pior ainda, reduzem a responsabilidade moral à responsabilidade jurídica. Em segundo lugar, visa substituir o agente moral no centro da esfera conceptual da responsabilidade moral.

### **2.2 Distinção Conceptual**

Há dois elementos que permitem a Ricoeur concretizar o seu trabalho de diferenciação. O primeiro elemento é a identificação da realidade assumida por cada um das acepções.

Ele observou que a responsabilidade jurídica é estritamente centrada nos efeitos e consequências da acção enquanto que a responsabilidade moral visa primordialmente a vulnerabilidade e fragilidade de outrem<sup>1</sup>. Note-se que, já nesta fase, a distinção traça uma linha entre os resultados – objectivos – de uma acção tomada por si mesma, por um lado, e um traço característico do ser humano na modernidade, por outro. O segundo elemento diz respeito à maneira pela qual se vinculam a liberdade do agente e a sua capacidade de iniciativa, por um lado, com a imputação, por outro. Com efeito, a imputação é a base das acepções morais e jurídicas da responsabilidade. Para Ricoeur, a palavra imputação designa tanto “uma relação primitiva à obrigação” (RICOEUR, 1995, p. 43) como a ideia atribuir as acções à conta de um agente (RICOEUR, 1995, p. 44-45). O que caracteriza uma e outra face da responsabilidade reside no tipo de causalidade que fica cada uma.

Ricoeur baseia-se, então, na terceira antinomia da razão, desenvolvida por Kant na *Crítica da razão pura*. A cada ordem de causalidade reporta-se uma forma de imputabilidade. O lado jurídico manifesta a responsabilidade segundo o modo de causalidade natural, uma vez que a ênfase se coloca na ligação necessária, objectivo vinculativo, que une o agente às consequências da acção. A analogia com a causalidade natural kantiana salienta uma espécie de independência, de “autonomia” dos resultados da acção em relação ao agente<sup>2</sup>. A Fafe moral da responsabilidade reporta-se, quanto a ela, causalidade livre, à espontaneidade. Ora este laço com a hermenêutica de si, mencionado acima, é clara e dá toda a sua riqueza à imputabilidade moral, riqueza que não tem imputabilidade jurídica. Esta segunda ordem de imputabilidade – e de responsabilidade – obriga o filósofo a procurar uma definição do uso moral da responsabilidade.

### 2.3 Responsabilidade Moral e de Iniciativa

Ricoeur afirma claramente que a responsabilidade moral não pode ser conceptualmente elucidada senão em referência a uma forma moral de imputabilidade. Este último conceito não é, por sua vez, significativo do ponto de vista moral, senão em referência a um conceito mais amplo e rico de agente moral, de um indivíduo capaz de iniciativa “que provoca efectivamente mudanças no mundo.” (RICOEUR, 1995, p. 56).

---

<sup>1</sup> A vulnerabilidade enquanto objecto da responsabilidade moral está próxima da responsabilidade pensada a partir da sociologia da ética.

<sup>2</sup> Note-se também que, porque é externo ao agente, o direito – em virtude do qual as consequências da acção são avaliados e o agente punido se for o caso – é a figura, a encarnação deste quadro objectivo em que o agente está imerso desde o nascimento na comunidade humana.

Munido de um quadro conceptual desenvolvido nos estudos iniciais *Soi-même comme un autre*<sup>3</sup> que Ricoeur mostra que a imputação moral é a prerrogativa de um sujeito que se compreende principalmente como o autor “do conjunto de todos os seus actos: pensamentos, palavras, acções.” (RICOEUR, 1995, p. 55) “e, posteriormente, de uma acção particular.”<sup>4</sup>, e então capaz de iniciativa no curso do mundo (RICOEUR, 1995, p. 56). A analogia com causalidade livre kantiana serve para destacar a origem da imputabilidade. Ela não decorre de uma jurídica ou factual assimilável a uma natureza posta face a si, mas de si, do jogo dialéctico entre a mesmeidade e a ipseidade, do lugar próprio da formação da identidade, a acção.

Note-se que a análise de Ricoeur afasta da sua análise todo o potencial semântico ligado à raiz etimológica da palavra “responder”<sup>5</sup>. Isso é surpreendente, uma vez quando declina a responsabilidade moral, como o facto de responder a ou responder por outrem vulnerável (RICOEUR, 1995, p. 62-63), isso não acontece, sob o pretexto imputação, mas da disposição a responder – assim compreende a responsabilidade. A proposta de Ricoeur supõe, na ordem moral, uma primazia da iniciativa sobre a disposição a responder (GAUTHIER, 2001, p. 146). Ora, esta ordem lexical não é necessariamente evidente, como se quer mostrá-lo a partir de trabalhos recentes da Sociologia da Ética.

#### **2.4 A Responsabilidade como Iniciativa e Resposta: o Contributo da Sociologia da Ética**

A Sociologia da Ética é uma área relativamente recente nos estudos sociológicos. As orientações epistémicas presentes desde o início da Sociologia moderna explicam seu aparecimento tardio. Genard nota que “a análise de dois grandes paradigmas sociológicos – durkheimiano e weberiano – mostra que, em muitos aspectos, a Sociologia se instituiu contra a moral, ou pelo menos o que torna a actividade moral credível.” (GENARD, 1992, p. 15). Ao conduzir os valores, normas ou modos de vida ao seu substrato social, a

<sup>3</sup> O argumento de Ricoeur passa sucessivamente de uma semântica da individualização tomada. P. Strawson, a uma pragmática da enunciação em que o agente é apontado como o autor da sua acção e, finalmente, a uma hermenêutica de si em que o sujeito pode atestar a sua capacidade de iniciativa ou ainda como sujeito de seu poder fazer. Este percurso corresponde aos primeiros quatro estudos de *Soi-même comme un autre*.

<sup>4</sup> Vê-se aqui a importância da noção ricoeuriana de identidade narrativa enquanto mediação desta visão total do sujeito sobre a sua vida.

<sup>5</sup> Com efeito, “c’est hors du champ sémantique du verbe répondre, qu’il s’agisse de répondre de [...] ou de répondre à..., qu’il faut chercher le concept fondateur [...]” de la responsabilité (RICOEUR, 1995, p. 43). Note-se portanto, que nas últimas páginas do estudo 6, “Le soi et l’identité narrative”, de *Soi-même comme un autre* (p. 197-198), apresentam uma relação muito mais complexa entre imputabilidade e a disposição de responder que no artigo em que Ricoeur faz a análise semântica.

Sociologia da Moral, teve como efeito relativizar qualquer esforço metaético da justificação racional de normas, ou dos valores. No entanto, o quadro conceptual da Sociologia da Ética erige-se sobre intuições. Habermas (1987) e Ladrière (1990, p. 37-73, *passim*). São, nomeadamente, os fenómenos da vida moral na modernidade entendidos à luz de outra racionalidade, uma racionalidade estratégica ou qualquer outra forma de racionalidade em finalidade (GENARD, 1992, 9. 146-147). Com base nesse progresso teórico, Genard centrou os seus trabalhos sobre o esclarecimento dos modos e condições de construção da identidade moral no modo da responsabilidade (LAROUCHE; JOBIN, 1996, p. 307-318, *passim*). Do conjunto destes estudos, é possível identificar três características da responsabilidade enquanto categoria moral.

Em primeiro lugar, a responsabilidade moral contemporânea assenta sobre uma antropologia: a vulnerabilidade dos indivíduos. Segundo Habermas, são morais

toutes celles des intuitions qui nous informent sur la question de savoir comment nous devons nous comporter au mieux afin de contrecarrer l'extrême vulnérabilité des personnes, en la protégeant et en l'épargnant. D'un point de vue anthropologique, la morale se laisse en effet comprendre comme une disposition protectrice qui compense une vulnérabilité structurellement inscrite dans des formes de vie socioculturelles. En ce sens, sont vulnérables et requièrent une protection morale des êtres vivants qui sont individués par la seule voie de la socialisation (HABERMAS, 1992, p. 19).

A responsabilidade é uma destas intuições morais que “se impõem” à consciência moral contemporânea. Habermas tem aqui o mérito de mostrar a relação intrínseca que se desenvolve entre as condições de socialização e a emergência da responsabilidade social. É claro que esta última é um elemento essencial do *ethos* do mundo ocidental actual.

Em segundo lugar, observando a relação entre a socialização e a responsabilidade, Genard aprofunda o quadro teórico, mostrando que existe uma ligação entre o processo de socialização e do processo de responsabilização, ou seja, entre a individuação e a construção da identidade moral do indivíduo. Retomando os elementos da teoria da acção comunicativa de Habermas, Genard mostra que a gênese do sujeito moral se apoia numa forma de racionalidade prática gramaticalmente diferenciada. Essa racionalidade decorre das relações do sujeito a si mesmo no modo do Eu, as relações do sujeito aos outros sob o modo de Tu, as relações do sujeito aos valores e instituições sociais sob o modo de impessoalidade do Ele. A linguagem é, portanto, o meio intersubjectivo em que se forja a identidade moral.

A Subjectividade moral de uma pessoa ou a capacidade do sujeito ser responsável – instaura-se na medida em que, através destas relações linguísticas, este sujeito é visado

por outros sujeitos como um ser insubstituível, como alguém dotado de liberdade e capacidade de iniciativa. Genard (1992, p. 80) escreveu: “existe uma gênese, socialmente construída, da subjectividade e da responsabilidade que é, ao mesmo tempo, uma gênese de pertença social e da sociabilidade.”.

Em terceiro lugar, esta segunda característica destaca-se se se considerar como se estendeu o campo semântico da responsabilidade na modernidade. Num estudo recente, Genard mostra que duas acepções da noção estão encarnadas em práticas sociais, nas instituições jurídicas e morais modernas: a responsabilidade como faculdade individual de começar (GENARD, 1999, p. 37-70, *passim*) e a responsabilidade como disposição a responder (GENARD, 1999, p. 135-140, *passim*).

A responsabilidade como faculdade de começar reporta-se ao Eu e inscreve-se na história da liberdade individual. Esta primeira dimensão corresponde, como já se nota, à iniciativa de Ricoeur. A responsabilidade como disposição a responder, actualizando por e nas relações intersubjectivas, quebra a definição redutora da responsabilidade como imputabilidade e estende a responsabilidade à abertura à alteridade. O possível solipsismo inerente à responsabilidade como faculdade de começar é circunscrito pelo reenquadramento intersubjectivo da responsabilidade como uma disposição para responder.

O estudo de Genard demonstra, portanto, que os temas da responsabilidade e da liberdade não esgotam o da responsabilidade. Com efeito, tendo em conta a dimensão irreduzível da intersubjectividade que caracteriza o surgimento do Eu<sup>6</sup>, parece que a vontade de responder desempenha um papel igualmente importante tanto antes como depois do conceito. Este trabalho põe em causa a ordem filosófica lexical estabelecida por Ricoeur.

Isso dá um conceito semântico da responsabilidade moral que pode ser ilustrado como uma elipse, a figura geométrica construída a partir de dois eixos: a faculdade de começar e a disposição de responder. Munidos deste quadro conceitual pode-se agora abordar a noção de responsabilidade social.

### **3 RESPONSABILIDADE SOCIAL**

O sintagma “responsabilidade social” surge nos primeiros anos do século XX. Após se ter analisado o conteúdo da responsabilidade, analisam-se a história e a literatura de modo a combinar tanto a experiência acumulada no terreno com as conquistas da literatura

---

<sup>6</sup> Tal como manifesta o modelo de linguagem de construção da identidade moral visto acima no texto.

científica. Deste estudo, entreveem-se oito dimensões que se conjugam no conceito de responsabilidade social. Cada uma é a continuação de uma tradição profundamente enraizada na realidade sociopolítica contemporânea no mundo ocidental, e são presentemente objecto de curiosidade, estendendo o seu raio de influência a outras regiões do globo. Estas dimensões são, por definição, necessários para a avaliação de uma sociedade justa e de uma gestão ou administração responsável. A importância que o meio sociopolítico tem concedido a cada uma é que pode variar.

### **3.1 A Gestão Eficiente**

Um componente fundamental à Responsabilidade Social é a eficiência na gestão ou administração (DERESKY, 2004, p. 163s). Mede-se não apenas pelos lucros mas, sobretudo, pela sustentabilidade, por uma gestão tecnicamente competente, pela inclusão (OLIVEIRA, 2006).

### **3.2 A Filantropia**

Pode-se começar por assinalar um componente que prolonga uma tradição que remonta ao século XIX: a filantropia. Trata-se de uma atitude de partilha de uma pessoa ou organização com o meio social na qual está inserta e com o qual mantém ligações diárias. A verdadeira filantropia não é baseada em um cálculo simples. Sem ser totalmente altruísta, como também o não é nenhuma actividade humana, mesmo os mais sinceramente desinteressados, ela representa este “suplemento de alma” que dá a uma empresa e ao seu ambiente o sentido de uma identidade comum (BEGHIN, 2004). A vida em comum também é feita de solidariedade com ao meio que rodeia a humanidade, e da empresa como actor local aonde participa.

Este é componente que merece atenção. Até a década de 1960, a filantropia empresarial guardou uma tonalidade caritativa com contribuições para instituições de caridade ou organizações que lidavam com artes, saúde ou educação. Alguns grandes capitalistas dedicaram grandes somas, por exemplo, à época Carnegie, Rockefeller.

Na década de 1960, a filantropia tomou um novo rumo. De pessoais, tornou-se organizacional. Ela se fez “intervenção”<sup>7</sup>. Alguns dirigentes empresariais, ansiosos para dar substância à doutrina moralizante da Responsabilidade Social em vigor na época, lançaram-se em programas sociais – renovação urbana ou serviços privados ou resolução

---

<sup>7</sup> “A filantropia [é] modelo de intervenção.” (BEGHIN, 2004, p: 43).

de alguns problemas graves, como o emprego nos meios difíceis. A intenção era dupla: “dar um impulso” à sociedade para revigorar um meio social em deterioração, que punha em perigo o próprio futuro da prosperidade económica das empresas e da sociedade; e pôr em prática os valores morais da Responsabilidade Social. A estratégia foi colocar a experiência de grandes empresas ao serviço da solução dos problemas sociais. No optimismo do clima social da década de 1960, muitas experiências foram tentadas.

Esta concepção particular da Responsabilidade Social encontrou-se rapidamente em um impasse. Tornou-se óbvio que a iniciativa privada não podia substituir o papel do Estado, tanto no plano político (por que escolher um problema em vez de um outro diante da infinidade necessidade) e no plano da execução (como coordenar de maneira eficaz os recursos públicos e recursos privados para resolver os problemas sociais). A decepção diante do fracasso esteve à altura da ingenuidade que aí conduziu. No início dos anos 1970, esse activismo filantropia foi seriamente questionado, tanto na sua legitimidade como na sua eficácia. Ela foi abandonada.

Hoje é a tradição clássica da velha filantropia que prevalece, especialmente sob a forma de fundações privadas financiadas por ricos empresários ou empresas<sup>8</sup>. Essa filantropia quer-se apolítica, e as áreas em que actua são as clássicas: artes clássicas, saúde, educação e vida da comunidade local. A filantropia espalha-se pelo mundo. No entanto, convém distinguir filantropia real, que procura estabelecer ou manter laços sociais com interesse pelos beneficiários sociais, e filantropia interessada, que mais não é do que uma tática comercial, cuja única finalidade é criar um efeito de marca. Apesar das etiquetas sob as quais de pode disfarçar seria melhor chamá-la pelo seu verdadeiro nome, patrocínio comercial.

### 3.3 A Solitude

Um outro elemento que se conjuga com a Responsabilidade Social é a solicitude<sup>9</sup>. Este termo retoma um termo sugerido na ética social para designar o compromisso activo que uma pessoa pode manifestar para o bem-estar dos outros (cf CAVANAGH, 2000; CANAVAGH, 1995; CAVANAGH, MORBEG, VELASQUEZ, 1991). Assim, pode-se

---

<sup>8</sup> Por exemplo, a **Fundação Champalimaud**, que nasceu da vontade por testamento do empresário António de Sommer Champalimaud, em 2004, tendo sido registada oficialmente em 17 de dezembro desse ano, apoia investigação em áreas de ponta. Tem como prioridade estimular descobertas que beneficiem as pessoas. Disponível em: <[www.fchampalimaud.org/.../portuguese-summary/](http://www.fchampalimaud.org/.../portuguese-summary/)>.

<sup>9</sup> Para uma boa hermenêutica da solicitude, veja-se FÈVRE, Louis. **Penser avec Emmanuel Levinas**. v. 19; v. 80. Paris: Chronique Sociale, 2006, p. 85, 102 e 104.



pensar na capacidade de compaixão empática no quadro das relações profissionais, na gestão humanista dos recursos humanos<sup>10</sup>. A pessoa ou empresa responsável são as que respeitam o imperativo categórico kantiano *nunca tratar os outros empregados apenas como meios para atingir os teus objetivos (ou da organização), mas também como fins em si mesmos*, ou seja, respeitar a sua dignidade de seres humanos livres e autónomos para além de qualquer utilitarismo.

Especificamente, a solicitude inclui uma variedade de comportamentos: protecção dos trabalhadores contra os riscos evitáveis de sua profissão; garantia condições dignas de trabalho; requalificação profissional nos casos encerramento da fábrica; atender ao contexto pessoal, na medida em que este último interfere com seu trabalho; ajudar os trabalhadores a superar suas dificuldades em vez de os punir, respeitar os seus direitos de acordo com o espírito da lei, honrar as suas necessidades de afirmação da identidade, garantir a tolerância no seu meio de trabalho, assegurar-se que são sempre tratados com justiça, solicitar as suas opiniões, permitir-lhes de realizar o seu potencial dentro da empresa e da sociedade, e de outros tipos de manifestações de interesses quando guiados pelo princípio de respeito pela pessoa humana.

Esta atitude nasce com a filantropia paternalista no início do século XX, na qual determinados patrões organizavam a seu modo a vida dos seus trabalhadores para que eles pudessem – por vezes a contragosto – beneficiar de condições de vida decentes (construção de casas seguras, escolas, hospitais, campanhas contra o abuso de álcool, a alfabetização, a expensas da empresa). Esta solicitude não foi sempre destituída de utilitarismo para os patrões, mas há exemplos de uma verdadeira preocupação de alguns empresários em melhorar a situação, muitas vezes infeliz, de pessoas em necessidade, quer fossem os seus trabalhadores e suas famílias, ou beneficiários menos ligados à empresa.

Ela toma hoje um novo rosto através de uma personalização da atenção a dar a cada um segundo as suas necessidades. Assim, a não discriminação por raça, sexo, crença, o apoio de empresas e sociedade a programas de reabilitação e libertação de drogas ou álcool. Todos estes programas excedem os requisitos mínimos legais, e centram-se nas necessidades de pessoas reais, em vez de mero cumprimento da legislação. Embora alguns críticos vejam apenas o sinistro, a verdade é que eles geralmente são muito populares entre os funcionários, que são uma fonte insubstituível de valor pessoal

---

<sup>10</sup> A solicitude empática enraíza-se no pensamento do filósofo **David Hume** (1711-1776), no livro **Investigação sobre o entendimento humano** (Lisboa: Ed. 70, 1989).



### 3.4 A Consciência dos Efeitos Nocivos

Outra componente do conceito de Responsabilidade Social deriva da consciência ecológica a partir da década de 1960, quando os problemas nocivos decorrentes da poluição começaram a fazer-se sentir pela sua gravidade (LAGO, 1991). A Responsabilidade Social visa agora limitar os prejuízos que podem gerar não apenas desastres naturais, mas também catástrofes industriais.

No campo da teoria económica, sabe-se que as actividades industriais geram incómodos. A Responsabilidade Social estende-se da saúde à segurança no trabalho às condições de trabalho, à protecção da saúde pública dependente desse meio ambiente. Esta componente da Responsabilidade Social está hoje enriquecida pelo “princípio de precaução” cuja finalidade é detectar com antecedência os riscos identificados e agir na fonte para os reduzir. Esta dimensão é ampla abrangendo o que em 1975 Preston e Post designam por *responsabilidades secundárias* ou o princípio da responsabilidade pública, isto é, o de limitar os todos os efeitos nocivos. Pensa-se aqui, por exemplo, as indústrias, como pneus dos automóveis, das latas de refrigerantes, ou telefones celulares (recuperação), a indústria do amianto ou de farmácia (de saúde), ou a indústria alimentar (obesidade), ou ainda indústria do tabaco que avisa os clientes sobre os perigos do produto, apesar de legal.

### 3.5 A Receptividade Social

Esta dimensão é da ordem da administração. Ela nasceu com o livro de Ackerman e Bauer (1976), que popularizou o termo “receptividade social” (MINTZBERG et al, 2006)<sup>11</sup> para sair do impasse à qual tinha conduzido a concepção moralista e vagamente romântica da responsabilidade social que prevalecia nos anos 1960. Nesta perspectiva pragmática, uma sociedade ou empresa é socialmente responsável quando se adapta lealmente às mudanças que o seu ambiente sociopolítico lhe impõe. Tal receptividade implica uma dotação de estruturas, sistemas e uma cultura de gestão adequadas para detectar estas mudanças e as absorver sem problemas desnecessários.

Hoje, esta componente tornou-se um dos pilares da Responsabilidade Social. A maioria dos desafios sociais que abalaram o capitalismo no passado e no presente com a busca do lucro fácil, juntamente com os novos desafios que entretanto emergiram – tais como as colocadas pelas ciências da vida ou a globalização. Uma sociedade ou empresa que não atender a esses desafios está condenada e, eventualmente, também condena aqueles

---

<sup>11</sup> Veja-se a este propósito a secção III, p. 265s.

que dela dependem. Não se preparar para a mudança é ser irresponsável. Assim, em Portugal, as fábricas têxteis e as de componentes automóveis continuam a fechar suas portas, alegando falta de competitividade e perda de quotas de mercado na exportação. Por outro lado, antecipar as mudanças sociopolíticas (ser pró-activo), ou contentar-se apenas em acompanhá-las (ser reactivo), fazem parte integrante de uma Responsabilidade Social moderna. A noção de receptividade social, no entanto, vai além desses exemplos simples de boa gestão mesmo se esclarecida. Ela implica também um esforço deliberado de inovação organizacional, portanto, riscos, assumidos voluntariamente e, conseqüentemente, um pouco de coragem.

Numerosas empresas e algumas sociedades têm demonstrado uma notável inovação sociopolítica, criando padrões de comportamento que depois se difundem por todo o mundo, a propósito da luta contra o racismo ou do não recurso à mão de obra infantil ou da adoção de uma “declaração de direitos fundamentais”, abrangendo todos os seus colaboradores em nível mundial (DELBERGHE, 2004). A Responsabilidade Social é exemplar e frequentemente um factor importante na criação de um efeito cascata.

### 3.5 A Probidade Ética

A sexta dimensão da Responsabilidade Social forma-se pela componente ética. Marginalizada na década de 1980 com o progresso da noção mais pragmática da sensibilidade/receptividade social, ela regressou em força na década de 1990 na sociedade ocidental. Ao ignorar-se a ética em favor da acção – e lucro a curto prazo – o facilismo ocupou o terreno. A indiferença ética levou à negligência e a erros de graves de julgamento e à má-fé, quando não era o cinismo puro e simples (MAXWELL, 2006, p. 26; cf. ENGLANDER; KAUFMAN, 2004, p. 404-450). Uma organização sem a espinha dorsal da ética é como um navio sem leme. Os escândalos surgiram e têm-se multiplicado. A recuperação tem sido muito cruel. Lembrem-se do caso português, o caso BPP, o caso BPN, em nível internacional, os escândalos da Lheman Brothers, da Enron...<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> **Nota do Organizador, Padronizador e Revisor de Linguística:** o Banco Privado Português (BPP) e o Banco Português de Negócios (BPN) envolveram-se em escândalos, e foram à falência, com o chamado branqueamento de capitais (termo utilizado em Portugal) ou lavagem de dinheiro (expressão utilizada no Brasil), causando prejuízos a muitos e levando à prisão banqueiros e altos políticos portugueses. O Lheman Brothers Holdings Inc. era um banco de investimento norte-americano, com atuação em Portugal, e em 2008 veio à tona o envolvimento com escândalos financeiros. Inicialmente, teve concedida a concordata preventiva e, ao ir à falência, tornou-se a maior falência de uma empresa norte-americana. O Enron Incorporation era uma companhia energética norte-americana que empregava mais de vinte mil pessoas e estava presente em Portugal. Envolveu-se em fraude fiscal. Durante mais de dois anos, apresentou balanços como se estivesse tendo lucros, mas o prejuízo era enorme. Com a sua falência, também foi à falência a empresa Arthur Anderson, que fazia a auditoria e dava pareceres afirmando ter havido, sim, lucros, em vez de apontar os prejuízos, as fraudes e o envolvimento da empresa com situações financeiras lastimáveis.

A falta de ética, real ou percebida, é grave, mesmo para aqueles cujo passado possa ter sido virtuoso. A ética social empresarial é uma noção que está, contudo, muito além do simples cumprimento da letra da lei.

Ela constitui-se antes de mais por uma cultura organizacional orientada para a excelência em todas as áreas. Ela desenvolve-se ao longo do tempo, através de programas e exemplo dos líderes. Se esta cultura já está presente na sociedade a verdade é que ainda não se encontra totalmente implementada. Nos países em vias de desenvolvimento, e mesmo em Portugal, a falta de ética é frequentemente apresentada como a mãe de todos os vícios, e como um grande obstáculo ao desenvolvimento económico e social.

A ausência de uma cultura ética torna as leis insuficientes para criarem o contexto necessário para a adesão à sua eficácia. A Ética Social passa pelo respeito de um conjunto de normas sociais que a comunidade reconhece como bens morais (TAYLOR, 1989) suscitando adesão e orgulho. A rectidão ética é inseparável de uma cultura de respeito todas as partes interessadas pelo que são e pelos interesses que defendem.

Na terminologia de Frederick (1986, p. 126-142, *passim*), uma empresa que tem a gestão integrada valores apresentados *rectitude ética*. A exigência de uma verdadeira ética coloca problemas. Podem-se interrogar longamente sobre as fontes doutrinárias mais bem adaptadas para conduzir a uma ética aceitável. Entre as tradições filosóficas e tradições religiosas, os sistemas são abundantes. As controvérsias são inevitáveis. Novamente, é através do debate aberto e democrático e de diálogo, de preferência com a participação de profissionais teóricos profissionalmente independentes, que a maturidade se inscreverá no quadro de uma ética comum elevada e praticável.

Nenhum dos componentes da Responsabilidade tem sentido se não for apoiado por um fundamento ético. Assim, ao contrário de algumas interpretações que separam a Ética da Responsabilidade Social (CAPRON; QUAIREL-LANOIZELÉE, 2004; cf. D'IRIBARNE, 2002, p. 23-29, *passim*) considera-se que a Responsabilidade Social inclui a componente ética.

### **3.6 Responsabilização na Prestação de Contas**

A Responsabilização na prestação de contas – o balanço social – é um outro componente de Responsabilidade Social moderna. Antes, por exemplo, a prestação de contas limitava-se aos accionistas. Hoje está ligada ao conceito de imputabilidade (*accountability*), segundo o qual deve responder perante a sociedade que autorizou a sua criação

(INSTITUTO, 2006)<sup>13</sup>. Há a prestação de contas pelos recursos naturais explorados e todas as demais obrigações definidas pela lei. A transparência é hoje uma das virtudes de todas as instituições que formam a sociedade. Nada deve ser escondido, devendo-se reconhecer os erros, evitar os efeitos-surpresa negativos e construir-se a legitimidade alicerçada na confiança entre os diversos membros da sociedade.

A prestação de contas não se pode limitar às banalidades hiperbólicas das relações públicas nem à única informação que se considere adequado para se comunicar. A prestação de contas exige ampla informação, compreensível, justa, verificável, útil à sociedade e fácil de interpretar.

A abordagem social económica e ecológica é presentemente um dos suportes comuns para medir a responsabilidade social na prestação de contas.

### **3.7 A Cidadania Participativa**

Este componente da Responsabilidade Social é recente. Aparece no fim da década de 1990. O seu desenvolvimento conceitual está a dar os primeiros passos (POLÍTICA, 2002; e LOGSDON; WOOD, 2002, p. 155-187). Ela está enraizada nas teorias sobre a cidadania, um conceito nem sempre claro, mas que exprime um novo ideal – o envolvimento activo para o bem comum.

Esta dimensão é o resultado de diversas necessidades. Primeiro, tornou-se necessário destacar a contribuição de todos os que na sociedade se empenham em actividades que fazem a diferença. A cidadania assim concebida não é simplesmente uma acção proactiva para o interesse exclusivo de um dado grupo ou empresa, mas uma filosofia do desenvolvimento colectivo através de parcerias. Esta perspectiva rompe com a noção de partes interessadas, consideradas num assunto que prevê apenas dois papéis: a criação de um valor acrescentado ou uma fonte de problemas sociopolíticos.

A “antiga” Responsabilidade Social atendia e procurava compreender os interesses das partes, mas não lhes dava palavra. A nova Responsabilidade Social eleva as diferentes partes a parceiras.

Internacionalmente, por exemplo, o plano de acção da Cimeira do Rio em 1992 compromete as multinacionais a contribuir para o desenvolvimento de capacidades nos países do

---

<sup>13</sup> A transparência é dita “factor imprescindível num contexto socialmente responsável.” (p. 43).

Terceiro Mundo, fazendo a transferência de tecnologias limpas uma prioridade.

O objectivo global de cidadania corporativa é fazer um grande negócio das forças progressistas do mundo.

Desde o fim da década 1990 que se assiste à aprovação de conjunto de princípios de conduta que exige um compromisso real de profissionais e empresas. A defesa dos direitos do homem, os direitos dos trabalhadores, a protecção do meio ambiente (FURRIELA, 2002), e a Convenção Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) da luta contra a Corrupção<sup>14</sup>.

Espera-se que mais do que simples desejo a cidadania participativa se torne parte integrante da representação do conceito de Responsabilidade Social.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Robert Wallace; BAUER, Raymond Augustine. **Corporate social responsiveness**. Reston: Reston Publishing, 1976.

BEGHIN, Nathalie. **A filantropia empresarial: nem caridade, nem direito**. São Paulo: Cortez, 2004.

BOURGEAULT, Guy. La responsabilité comme paradigme éthique ou l'émergence d'une éthique nouvelle. In: BÉLANGER, Rodrigue; PLOURDE, Simonne. **Actualiser la morale: melanges offerts à René Simon**. Paris: Cerf, 1992.

CAPRON, Michel; QUAIREL-LANOIZELÉE, Françoise. **Mythes et réalités de l'entreprise responsable**. Paris: La Découverte, 2004.

CAVANAGH, Gerald F. A political counterbalance & values: ethics and responsibility in a global economy. In: **Business Ethics Quarterly**, v. 10, jan. 2000.

CAVANAGH, Gerald F. **Ethics of free enterprise: values in jesuit education**. Milwaukee: Marquette University, 1991.

---

<sup>14</sup> A Convenção foi assinada em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México. Por isso, é também conhecida como a Convenção de Mérida. Em virtude da assinatura ter sido no dia 9 de dezembro, nesse dia comemora-se o **Dia Internacional de Luta Contra a Corrupção** em todo o mundo. Disponível em: <[www.onu-brasil.org.br/doc\\_contra\\_corrup.php](http://www.onu-brasil.org.br/doc_contra_corrup.php)>.

CAVANAGH, Gerald F.; MOBERG, Dennis J.; VELASQUEZ, Manuel G. **Business Ethics Quarterly**, v. 5, jul. 1995.

DELBERGHE, Michel. Renault adopte une charte des droits sociaux dans le monde. In: **Le Monde online**, Paris, 14 de outubro de 2004.

DERESKY, Helen. **Administração global: estratégia interpessoal**. São Paulo: Bookman, 2004.

D'IRIBARNE, Philippe. La légitimité de l'entreprise comme acteur éthique aux États-Unis et en France. In: **Revue Française de Gestion**, Paris, v. 28, n. 140, p. 23-39, 2002.

ENGLANDER; Ernest (Ernie) Julius; KAUFMAN, Allen. The end of managerial ideology: from corporate social responsibility to corporate social indifference. In: **Enterprise Society**, v. 5, n. 3, p. 404-450, 2004.

FREDERICK, William C. Toward CSR3: why ethical is indispensable and unavoidable in corporate affairs. In: **California Management Review**, n. 28, p. 126-141, 1986.

FURRIELA, Rachel Biderman. **Democracia, cidadania e proteção ao meio ambiente**. São Paulo: Fapesp, 2002.

GENARD, Jean-Louis. **La grammaire de la responsabilité**. Paris: Cerf, 1999.

GAUTHIER, André-Pierre. **Paul Ricoeur et l'agir responsable: les figures bibliques du prophète et du témoin**. Lyon: Université Catholique de Lyon / PROFAC, 2001.

GENARD, Jean-Louis. Responsabilité, communication et interprétation. **Revue Ethica**, v. 9, n. 2-1, p. 197-213, 1997.

GENARD, Jean-Louis. **Sociologie de l'éthique**. Paris: L'Harmattan, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **De l'éthique de la discussion**. Paris: Flammarion, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Théorie de l'agir communicationnel: rationalité de l'agir et rationalisation de la société**. t. 1. Traduction de Jean-Marc Ferry. Paris: Fayard, 1987.

INSTITUTO ETHOS EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL.

**Responsabilidade social das empresas:** a contribuição das universidades. São Paulo, Fundação Peirópolis, v. 4, p. 43-56, 2006.

LADRIÈRE, Paul. Le christianisme dans la théorie wébérienne de la modernité. In: DUCRET, Roland; HERVIEU-LÉGER, Danièle; LADRIÈRE, Paul. **Christianisme et modernité**. Paris: Cerf, 1990.

LAGO, Paulo Fernando. **A consciência ecológica:** a luta pelo futuro. Florianópolis: Ed. UFSC, 1991.

LAROUCHE, Jean-Marc; JOBIN, Guy. De la régulation sociale à l'identité morale: le défi de la sociologie de l'éthique selon Jean-Louis Genard. **Studies in Religion/ Sciences Religieuses**, v. 25, n. 3, p. 307-318, 1996.

LENOIR, Frederic. **Le temps de la responsabilité**. Paris: Fayard, 1991.

LOGSDON, Jeanne; WOOD, Donna J. Business citizenship: from domestic to global level of analysis. In: **Business Ethics Quarterly**, v. 12, n. 2, p. 155-187, 2002.

MAXWELL, John. **Ética é o melhor negócio**. Tradução de Osmar de Sousa. São Paulo: MC, 2006.

MINTZBERG et al. **O processo da estratégia:** conceitos, contextos e casos selecionados. 4. ed. São Paulo: Bookman, 2006.

OLIVEIRA, Fátima Bayma de. **Política de gestão pública integrada**. Rio de Janeiro: Ed. FVG, 2006.

POLÍTICA INTERNACIONAL: LISBOA. Lisboa, Ed. Centro Interdisciplinar de Estudos Económicos, n.º 26, p. 53-63, 2002.

PRESTON, Lee E.; POST, James E. **Private management and public policy:** the principle of public responsibility. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1975.

RICOEUR, Paul. Le concept de responsabilité: essai d'analyse sémantique. In: **Le juste 1**. Paris: Esprit, 1995.

RICOEUR, Paul. Temps de la responsabilité (postface). In: **Lectures 1**. Paris: Seuil, 1991.

RICOEUR, Paul. **Soi-même comme un autre**. Paris: Seuil, 1990.

SCHWEIKER, William. **Responsibility and christian ethics**. Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 1995.

TAYLOR, Charles. **Source of the self: the making of the modern identity**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

Submissão em: janeiro de 2016  
Pareceres favoráveis em: março de 2016



N O R M A S T É C N I C A S  
D E P U B L I C A Ç Õ E S



- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço [estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br](mailto:estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br) com cópia para [eltondx@hotmail.com](mailto:eltondx@hotmail.com), em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados. Sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, quanto à versão impressa. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração sequencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre linhas de 1,5 linha.
  - 6.1 Artigos deverão ter, no mínimo, dez páginas, incluindo referências. A Revista considera como ideal entre quinze a vinte páginas. Mas, analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

6.2 Entrevistas, Notas de Leitura e Resenhas devem ter entre cinco e dez páginas. Igualmente, a Revista analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:

7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;

7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre linhas simples;

7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente, o resumo em Português e Inglês.

7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do *abstract* e receber alinhamento justificado;

7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com espaço duplo de um para outro;

7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

7.11.1 Publicações Impressas

7.11.1.1 Livros

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

7.11.1.2 Artigos em publicações avulsas

XAVIER, Elton Dias . A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

7.11.1.3 Artigos em publicações periódicas

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, Ed. Santo Agostinho, v. 1. n. 1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: *In praise of theory*.

XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a resignificação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, Ed. CFM, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

7.11.2 Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. Lua Nova, São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 30 nov. 2006.

7.11.3 Casos omissos nestas normas

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT referentes à publicação acadêmica.

7.12 As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o fim do texto;

8 A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.





Impressa

ISSN 1809-7278



9 771809 727009

Eletrônica

ISSN 2358-9744



9 772358 974005