

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Carlos Luiz Strapazzon

Maria Ángeles Zurilla Cariñana

[ORGANIZADORES]

CIDADANIA E EFETIVAÇÃO DE **DIREITOS FUNDAMENTAIS**



Editora-Chefe

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Capa, projeto gráfico e diagramação

STUDIO S • Diagramação & Arte Visual

(48) 3025-3070 | studios@studios.com.br

Conselho Editorial

Alexandre de Castro Coura (FDV)

Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC)

Cassius Guimarães Chai (UFMA)

Daury Cesar Fabrizz (FDV)

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (FDV)

Francis Sodré (UFES)

Maria Clara Mendonça Perim (Ministério Público / ES)

Maria Cristina Ramos (UFES)

Paula Castello Miguel (FDV)

Rita de Cássia Duarte Lima (UFES)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C 568 Cidadania e efetivação de direitos fundamentais / Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Carlos Luiz Strapazzon; Maria Ángeles Zurilla Cariñana (organizadores). Vitória: FDV Publicações, 2015.

328 p.

Inclui Bibliografia.

ISBN: 978-85-68600-01-6

1. Direitos fundamentais. 2. Cidadania. I. Bussinguer, Elda Coelho de Azevedo. II. Strapazzon, Carlos Luiz. III. Zurilla Cariñana, Maria Ángeles.

CDU 342.7

Ficha catalográfica elaborada por Ana Paula Galdino de Deus CRB 6/ES 798

2015

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização da Editora
Todos os direitos desta edição reservados pela FDV Publicações.

Tel.: (27)3041-3669

site: www.fdv.br

E-mail: publicacoes@fdv.br

SUMÁRIO

PREFÁCIO	5
PRESENTACIÓN	7
PRÓLOGO	9
EL FENOMENO DE LA “OLA JOVEN” EN EL ESTADO DE ESPIRITO SANTO: TRANSICIÓN DEMOGRÁFICA Y COMPLEJIDADES DE LA POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA JUVENTUD Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, Edilene de Souza da Silva Neves	15
LIBERTAD Y AUTONOMÍA: UN ANÁLISIS BAJO LA PERSPECTIVA DE FOUCAULT Y DE LA BIOÉTICA Carolina Nunes de Freitas, Elda Coelho de Azevedo Bussinguer.....	37
LA PROTECCIÓN DE EXPECTATIVAS: MECANISMOS PROCESALES Y DISCURSIVOS PARA GARANTIR LA EFICACIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES Carlos Luiz Strapazzon, Robison Tramontina.....	65
EL DERECHO BÁSICO A LA INFORMACIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: LUCES Y SOMBRAS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Mª Ángeles Zurilla Cariñana	99
LA INCOMPLETA REFORMA DE LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD EN EL SISTEMA SUCESORIO ESPAÑOL POR LA LEY 15/2015, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Mª Ángeles Zurilla Cariñana	143
DESAPARICIONES DE NIÑOS DURANTE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA María Cardoso Bisoli, André Filipe Pereira Reid dos Santos	165
LA NOVEDOSA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS Alma Patricia Domínguez Alonso, José Antonio Moreno Molina.....	189

LA TECNOLOGÍA Y SU AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE PRIVACIDAD E INTIMIDAD	
Ramiro Acosta Cerón, Vinícius Almada Mozetic.....	217
EXPERIENCIAS CIENTÍFICAS CON SERES HUMANOS PARA LA PRODUCCIÓN DE MEDICAMENTOS BAJO LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES	
Narciso Leandro Xavier Baez, Janaína Reckziegel.....	257
RETÓRICA JURÍDICA Y AUTORIDAD	
João Mauricio Adeodato	295
SOBRE OS AUTORES.....	325

PREFÁCIO

A publicação dessa obra consolida duas importantes parcerias estabelecidas pela FDV na busca de alargar seus horizontes para além dos debates travados no interior da instituição. Uma mais antiga, desde 2009 com a Universidade Castilla-La Mancha, com um histórico fortemente marcado pela realização de cursos e intercâmbio de professores e alunos, e outra mais recente, com a UNOESC, desde 2012, conectada fundamentalmente à Pós Graduação e ao desenvolvimento de pesquisas e eventos vinculados às suas áreas de concentração e linhas de pesquisa, em razão da proximidade temática, na área dos Direitos e Garantias Fundamentais. Uma natural e já existente, porém não institucionalizada, relação entre docentes dos dois Programas de Pós Graduação (FDV e UNOESC) permitiu que as duas instituições apenas oficializassem aquilo que já acontecia na prática.

Dos debates travados isoladamente no interior de cada uma dessas parcerias surge a proposta de aproximação entre as 3 instituições. Uma tentativa de potencializar as reflexões e ampliar, como já dissemos, os horizontes de um debate que não se circunscreve aos limites da política e da justiça brasileira, mas que também é vivenciado, de modos diferentes, dentro da mesma busca por efetividade dos direitos fundamentais.

Imediatamente aceita por todos a proposta toma a forma de um projeto de investigação que nos permitiu, ao longo dos últimos dois anos, produzir um debate profícuo sobre temas que tem como eixo norteador a efetividade dos Direitos Huma-

nos no Brasil e na Espanha sob o olhar atento e metodológico de pesquisadores das três instituições. O livro é, assim, nada mais, nada menos, do que o resultado singelo de uma aproximação que se mostrou, não apenas possível, mas sobretudo, plena de possibilidades e de continuidade.

Publicada em idioma espanhol a obra busca uma inserção em países de língua latina, tendo em vista nossos problemas comuns, ainda que em sistemas jurídicos altamente diversificados. O desafio de pensar os Direitos Humanos sob perspectivas diferentes e sob a ótica de bases teóricas que dialogam, apesar de se sustentarem em premissas distintas, foi o grande desafio que trouxe para a presente obra o sentido da incompletude a clamar por continuidade e pela busca de respostas para outras provocações que foram emergindo nessa primeira e inicial linha de investigação compartilhada.

O objetivo que me move, nessa breve apresentação, em uma obra já devidamente apresentada e prefaciada pelos dois colegas com os quais compartilho sua organização é, simplesmente, registrar que o caminho de consolidação das conquistas alcançadas no campo dos Direitos Humanos Fundamentais ainda precisa ser pavimentado com uma camada mais sólida de exercício democrático e de fortalecimento da consciência de que é a sociedade, por meio de suas diversas formas de organização e lutas, a grande mantenedora dos Direitos declarados que dependem, fundamentalmente, de uma vigilância constante no sentido de que sejam efetivados.

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória

PRESENTACIÓN

Es un enorme honor para mí participar en la redacción de esta obra, como coordinadora, y como autora de dos de los capítulos que la componen. Se trata de un trabajo que demuestra los excelentes resultados que puede llegar a producir la colaboración entre universidades, muy estrecha, entre la Facultad de Derecho de Vitoria y la Universidad de Castilla La Mancha. Las relaciones entre ambas instituciones se remontan a tiempo atrás (ya en el año 2008 tuve el enorme placer de impartir en las aulas de la Facultad de Derecho de Vitoria, varias horas de clase en materia de Derecho de Consumo, merced a un convenio de cooperación entre mi universidad y esta acogedora facultad). Con toda seguridad, los lazos se estrecharán y cristalizarán en otras muchas iniciativas conjuntas en el futuro. Así lo espero y deseo.

Esta obra tiene la enorme virtud de haber congregado en su solo texto un nutrido grupo de investigadores procedentes de universidades distantes geográficamente, pero unidos por una inquietud común en torno a una temática de enorme actualidad: la relacionada con la ciudadanía y los derechos fundamentales. Materia multidisciplinar y de perfiles diversos, susceptible de ser analizada desde múltiples vertientes, gran parte de las cuales son objeto de profundo e interesante estudio en este libro. Los niños desaparecidos en Argentina, la protección de las personas con discapacidad como cuestión de derechos humanos, cómo afectan las nuevas tecnologías a la privacidad, y los mecanismos procesales de protección de los derechos fundamentales, entre otros muchos, son algunos de los problemas que se desgranarán a lo largo de las páginas que siguen.

En un mundo convulso con vulneraciones constantes y sangrantes de los derechos fundamentales y en que la ciudadanía ha de estar protegida frente ataques de todo tipo, aunar esfuerzos desde el mundo de la universidad y direccionar la investigación en la profundización y la búsqueda de soluciones a esta compleja problemática es responsabilidad de todos nosotros. Ojalá esta obra suponga un pequeño grano de arena para lograr que así sea.

M^a Ángeles Zurilla Cariñana

Cuenca. Septiembre de 2015

PRÓLOGO

Aún se escucha y se puede leer aquí y allá, que la dignidad humana es un concepto vacío¹. O por otros medios, que es en un término jurídico polisémico y justo por eso se vacía². Sería como un “termo-contenedor³” que hasta puede ser utilizado, pero la prudencia exige la suspensión del juicio en cuanto a “qué” lo compone. También es interesante ver aun muy presentes las explicaciones que asocian la mejor aceptación de la dignidad en un orden jurídico determinado en función de una relación preestablecida entre dignidad y la cultura de cada nación. Como se la mayor o menor seriedad con que cada pueblo efetiva el ideal de la dignidade dependiera de una suposición cultural de largo plazo, de un *Volksgeist*, a la *germanique*⁴.

La Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos afirmó que la pobreza extrema y la exclusión social constituyen

¹ *Dignity is a useless concept in medical ethics and can be eliminated without any loss of content.* (MACKLIN, Ruth. *Dignity is a useless concept.* The BMJ – The British Medical Journal. www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789)

² [22] *But as critics have pointed out, human dignity is an abstract and subjective notion that, even with the guidance of the four contextual factors, cannot only become confusing and difficult to apply; it has also proven to be an additional burden on equality claimants, rather than the philosophical enhancement it was intended to be* (Supreme Court of Canadá. R. v. Kapp. 27.06.2008. Case number 31603, disponible em: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/5696/index.do>)

³ Esta crítica do “receptáculo” foi apontada por MCCRUDEN, Christopher, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights.* The European Journal of International Law Vol. 19 no. 4, 2008. “A Dignity as Placeholder in the UDHR and Other Human Rights Texts?” p. 675

⁴ SCHACHTER, Oscar, “Human Dignity as a Normative Concept,” *American Journal of International Law*, 77 (1983), 848, at 849: “We do not find an explicit definition of the expression “dignity of the human person” in international instruments or (as far as I know) in national law. Its intrinsic meaning has been left to intuitive understanding, conditioned in large measure by cultural factors.”

una violación de la dignidad humana. Y deben ser tomadas medidas urgentes para tener una mejor comprensión del problema de la pobreza extrema y sus causas, especialmente las relacionadas con el problema del desarrollo, con el objetivo de promover los derechos humanos de los pobres, poner fin a la pobreza extrema y la exclusión social y promover una mejor distribución de los frutos del progreso social. Según las orientaciones de las Naciones Unidas, es indispensable que los Estados propicien la participación de los pobres en las decisiones adoptadas en relación con sus comunidades, la promoción de los derechos humanos y la lucha contra la pobreza extrema.

En el ámbito político y económico, Brasil ha visto crecer de manera significativa la cantidad de trabajadores en el sector formal en los últimos 12 años. Tomando el número de empleados con al menos una contribución a la Seguridad Social en el año, observamos que de 2003 al 2012 el número mensual de los trabajadores formales (porque contribuyen al sistema de seguridad social) aumentó de 28,6 millones (2003) a 50,65 millones (2012). Durante los últimos 20 años también ha crecido constantemente la cobertura del sistema de seguridad social de la población ocupada con edades comprendidas entre 16 y 59 años. Se en 1992 eran 66,4% en cubierto, en 2012 eran 71,3%.

Por otra parte, desde 2014, como España, Brasil también entró en una ruta a la crisis del crecimiento económico y en 2015 toma medidas de ajuste fiscal que prometen grave impacto en la continuidad de la protección de la dignidad de todos los brasileños a través de la seguridad jurídica de sus derechos sociales. Para empeorar las cosas, el Brasil no está conforme con el Protocolo Facultativo del PIDESC, a pesar de haber sido invitado en 2009; por otra parte, no ha efectuado los Principios de París (1994), ya que no ha creado una institución nacional

independiente, responsable de la coordinación y la protección de los derechos humanos; se ratificó en 1992 el Convenio 158 de la OIT (1982), para terminar con el despido unilateral y arbitrario de los empleadores, poco después, en 1996, denunció el dicho Convenio e restableció el derecho de los empleadores a actuar arbitrariamente en las decisiones de despido. Aún más, sólo en 2011 estableció un sistema integrado de políticas públicas para garantizar la protección social de las personas en situación de pobreza extrema; sólo en abril de 2013 estableció la igualdad de derechos para los trabajadores domésticos. Impensable, todavía, es ver que hasta hoy Brasil financia un sistema penitenciario que viola gravemente la dignidad humana; que es un país que depreda el medio ambiente y que vive normalmente con una diferencia salarial entre hombres y mujeres que van del 14% al 40%. Impensable también que hasta hoy tenemos trabajo en condiciones análogas a la esclavitud, que todavía sean tan notables las diferencias en la calidad de vida entre los habitantes de las zonas urbanas y rurales, que sean tan altas tasas de falta de cobertura del sistema de seguridad social (alrededor de 22% de la población económicamente activa), que sean aún preocupantes los índices de mortalidad materna para problemas fácilmente curables, que tenemos que convivir con constantes denuncias de una resistente cultura de discriminación contra periodistas, dirigentes sindicales y activistas de los derechos humanos.

Durante la audiencia de confirmación que el Senado de Estados Unidos llevó a cabo el 12 de julio de 2005, con el entonces candidato a la Corte Suprema de Estados Unidos, John Roberts dijo que los jueces son en realidad árbitros. Por otra parte y más, siendo árbitros los jueces “no crean reglas. Ellos deben aplicarlas. Son ellos los que aseguran que todo el mundo

jugará según la reglas “(Toobin 2009). En cartas a Harold Laski, el célebre Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes expresa como nadie, esta relación de determinación entre los jueces y la aplicación de las normas. Él dijo: “Si mis conciudadanos quieren ir al infierno, yo ayudaré. Ese es mi trabajo” (Holmes y Laski 1963, 248-249). Para Holmes y Roberts es el pueblo, democráticamente, quién define las leyes y lo que una sociedad democrática quiere por sí mismo cómo buena sociedad. Corresponde a los jueces aplicar las decisiones de las personas y de los representantes electos. No es su papel intervenir sobre el fondo de las decisiones tomadas por las instituciones democráticas o censurar los poderes de la mayoría por sus omisiones. El poder judicial, de acuerdo con este modelo clásico, es una función sujeta a las instituciones de la democracia. La República es una “forma”; instituciones democráticas producen su sustancia.

El Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil elaboró un doctrina judicial un poco diferente. En el caso relativo al derecho fundamental a la huelga de los funcionarios públicos (STF. MI 670-9, 2007) la no regulación del derecho constitucional, después de 19 años de vigencia de la Constitución, fue identificado como causante de graves consecuencias para el Estado de Derecho. El Juez Gilmar Mendes, dijo que no veía más como “justificar la inercia del Poder Legislativo y la inoperancia de las decisiones de la Corte” y que se el Tribunal no ofrece una solución normativa a tal vacío, la Corte Suprema incurriría en una “omisión judicial” inaceptable. Esta situación exigió, argumentó, “una intervención más decisiva de esta Corte” (Gilmar Mendes, MI 670-9, Pág. 30-31). El Min. Celso de Mello, decano de la Corte, sostuvo que la hipótesis era “típica situación de desprecio por la Constitución por la inercia imputable exclu-

sivamente al Congreso (y el Presidente). Después de 19 años, no haber la regulación de este derecho fundamental, de modo no motivado por el Congreso, fue definido por él como un fallo arbitrario (Celso de Mello. MI 670-9, p.112) de sus funciones institucionales. En su opinión, el decano de la Corte dejó en claro que en el sistema constitucional brasileño”, por inercia, el Gobierno también viola la Constitución también ofende a los derechos fundamentales” (Celso de Mello. MI 670-9, p.115). En el caso de la unión homoafetiva el mismo decano Celso de Mello dijo mas de su doctrina de la función positiva del Poder Judicial cuando declaró que

Prácticas de activismo judicial, aunque moderadamente realizadas por el Tribunal Supremo en momentos excepcionales, se convierten en una necesidad institucional, cuando las entidades gubernamentales se omiten o retrasan demasiadamente, también, el cumplimiento de las obligaciones a las que están sujetas, más aún si tiene que el Poder Judicial, en el caso de un comportamiento ofensivo del Estado a la Constitución, no puede ser reducido a una posición de pasividad pura. (Celso de Mello, ADI 4277, p.867-868).

Estas posiciones sobre los límites de la acción judicial en el contexto de la crisis de las democracias abren preguntas importantes sobre las condiciones de efectividad de los derechos fundamentales de la persona, sobre el funcionamiento de las instituciones democráticas y el papel del Poder Judicial.

Este libro no cierra ninguna de estas importantes cuestiones. Pero se dirige a todas ellas. Se puede decir que en la agenda de los derechos humanos y de los derechos fundamentales la situación de Brasil y España és tal que hay un montón de viejos problemas y que, además, ya necesitan más tiempo

para manejar con las nuevas demandas del escenario de crisis. É s situación de urgencia. Este libro explora muchas de estas cuestiones vitales para ambos países. Esperamos que todos los lectores puedan encontrar aquí buenas sugerencias para ir avanzando en sus investigaciones y que puedan empezar a pensar y a mejorar la comprensión de nuestras circunstancias, tal y como han sido fructíferos los debates entre los investigadores de las universidades que participan de este trabajo que se ha madurado durante el 2014- 2015.

Carlos Luiz Strapazon

PPGD | UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina

EL FENOMENO DE LA “OLA JOVEN” EN EL ESTADO DE ESPIRITO SANTO: TRANSICIÓN DEMOGRÁFICA Y COMPLEJIDADES DE LA POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA JUVENTUD

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Edilene de Souza da Silva Neves

INTRODUCCIÓN

En el año de 1999, la Comisión Nacional de Población y Desarrollo (1), Órgano del Ministerio Federal del Planeamiento, expuso el primer estudio de carácter amplio sobre las complejidades presentes en la composición de la juventud en Brasil. La cuestión central de dicho documento, planteaba interrogantes relativas al hecho de cómo las políticas publicas deberían llevar en consideración el momento demográfico identificado como “ola joven”, que estaba viviendo el país en aquel contexto histórico. Varios estudios demográficos han compuesto ese documento con la intención de probar el como el ensanche de la pirámide demográfica brasileña se concentraba en una determinada franja de edad (entre 15 a 29 años) en contraposición a la caída en la tasa de natalidad. Los datos han versado sobre diversos temas enfocados exclusivamente en esta franja de edad y de cómo las políticas públicas deberían tratar tal fenómeno (2).

Sin embargo, comparando los datos de ese movimiento demográfico en Brasil y observándolos como una totalidad, agregando aun, los censos geográficos del IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística) entre los años de 1980 y 1990, pudo ser observado que en el caso del Estado de Espírito Santo, los datos se presentaron con mas densidad aun, cuando comparados con los censos de décadas anteriores.

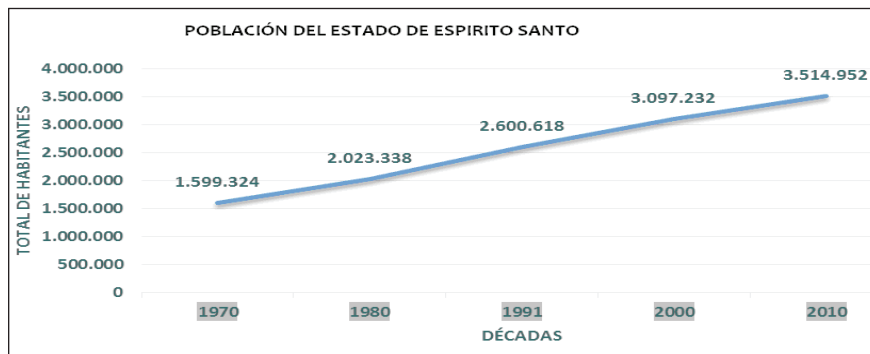
Así, la tendencia futura de la composición/evolución demográfica de la población del Estado de Espirito Santo para las décadas siguientes de 2000 a 2030, apuntaban para una contextualización de “transición demográfica”, reconfigurando las características de la población en comparación a las décadas anteriores -1970/90 e impactando la estructura social de dicho Estado en sus diversos ámbitos sociales y económicos

(1) La Comisión Nacional de Población y Desarrollo (CNPD) se ha integrado a la estructura de la Secretaria de Asuntos Estratégicos de la Presidencia de la Republica (SAE/PR) y cuenta con el apoyo técnico y administrativo del Instituto de Pesquisa Económica Aplicada (IPEA). La CNPD posee como finalidad contribuir para la formulación de políticas e implementación de acciones integradas relativas al tema, según recomendaciones del Programa de Acción de la Cumbre Internacional de Población y Desarrollo (CIPD), realizada por la ONU en 1994 en la Ciudad del Cairo – Egipto.

(2) La temática presentada en dicho documento versa a respecto de: 1- movimientos migratorios de la juventud; 2 – jóvenes inmigrantes; 3 – Casamiento; 4 – Fecundidad y anticoncepción; 5 – condiciones de saneamiento; 6 - medio ambiente; 7- morbilidad hospitalar; 8 - SIDA; 9 – formas de muerte; 10 – violencia; 11 – salud; 12 – calificación profesional; 13 – situación educacional; 14 – perfil socio demográfico y seguridad social; 15 - cultura; 16 – identidad; 17- ciudadanía; 18- consumo de drogas; 19 – afinidad religiosa; 20 – sexualidad; 21 – gastos del poder publico con los jóvenes. 22 políticas públicas para los años '90 y 23 – juventud y comunidad política.

En el Estado de Espirito Santo, la población llego a un total de 3.514.952 habitantes en la década de 2010, contingente 13.6% (420.562 habitantes) superior al registrado en el año 2000 (3.094.390 habitantes), siendo este acrecido superior al presentado en relación al promedio nacional (12,5%). Entre los estados

de la región Sureste del Brasil, Espírito Santo se presentó como el de mayor expansión poblacional, seguido por el Estado de São Paulo (11,6%) (Instituto Jones dos Santos Neves, 2011), el gráfico a continuación demuestra la situación de crecimiento de la población local.



FUENTE DE DATOS - IBGE - CENSO DEMOGRAFICO 1970-2010 datos retirados de "Estatísticas do Século XX, Rio de Janeiro".

Planteando el problema de forma prospectiva, se cuestiona, ¿por qué hubo una ausencia de políticas públicas enfocadas en la juventud que han tenido capacidad de absorber en un mínimo, de forma organizada ese fenómeno demográfico que alcanzaría la totalidad del país, pero, de una forma especialmente contundente el Estado de Espírito Santo? Visto por un ángulo, hubo una progresión en determinadas fracciones sociales que han observado esta "ola joven", como un filón de mercado en potencial, como, por ejemplo, los servicios educacionales privados, que explotaron este rubro en número exponencial en dicho Estado, y el crimen organizado, a partir del tráfico de drogas. En el centro de esta diana, al que apuntan los grupos de comercio de drogas, está el joven de las regiones periféricas, que ocupan cantegriles y chabolas, generalmente afro descendientes, que son utilizados como herramientas para potencializar sus negocios.

Si considerados los jóvenes y la propia idea de juventud como objeto y blanco simultáneos en la actual conjuntura, (suministro de mano de obra abundante y de bajo costo y consumidores de productos específicos como la educación de superior, por ejemplo), se deduce que la importancia de la movimentación de tal “ola joven” ha impactado y ha impulsado económicamente el Estado de Espirito Santo entre las décadas de 2000 -2010 a la vez que este ha sido uno de los momentos de mayor crecimiento económico de la historia de dicho estado.

Siendo los “jóvenes” o “juventud”, un objeto singular, complejo y multifacetario – mucho más allá de números y con innumerables relaciones para una determinada estructura social – lo ubicamos al cruce de diferentes campos de conocimiento, a saber: las Ciencias Sociales, la Historia y la Demografía. De esa forma, se ha constituido en una referencia teórica que levanta reflexiones que abarcan en un mínimo, la singularidad de ese fenómeno social.

Para explicar las complejidades de la definición metodológica de lo que sea llamado “juventud/jóvenes” usaremos Berthier(2008), Bourdieu (1983) y Levi & Schmitt (1996), pues todos ellos problematizan su dimensión mientras son objeto empírico y categoría analítica y la confrontaremos con la Ley No 12852 de 2013, que ha establecido tardíamente el llamado “Estatuto de la Juventud”, definiendo el campo de los derechos de los jóvenes en Brasil, así como las directrices que deben ser seguidas en lo que se refiere a las políticas públicas enfocadas en este segmento poblacional.

Para una comprensión del impacto político y del significado de esa “ola joven” en la sociedad altamente consumista de nuestro cotidiano y de cómo este grupo se encuentra en el vértice de la lógica consumista y mercadológica que caracteriza

al contemporáneo (blanco y objeto), utilizamos Marx (2013) y Rodríguez (2010) partiendo de la relación existente entre el llamado “fetichismo de la mercadería”, “consumismo” y “juventud”. Para caracterizar a la “ola joven” como un fenómeno demográfico específico, ubicándolo como un proceso de “transición demográfica”, que caracteriza actualmente al mundo como una totalidad, en especial al Brasil y en particular nuestro *locus* de análisis, al Estado de Espírito Santo. Para dicha concepción, nos valemos de los documentos de la SAE/PR (2013), los datos del IBGE juntamente con Castiglioni (2006, 2009 y 2012) y Alves (2008) para entender la relación entre “transición demográfica” y “ventana de oportunidad demográfica”. Utilizaremos Braudel (2001) y su clasificación de temporalidad para mostrar que un evento de “corta duración”, como la “ola joven”, tiene la capacidad de exponer las permanencias de “larga duración” en la estructura social y política, y Secchi (2013) para fundamentar conceptualmente las políticas públicas, a partir de los elementos que la componen.

1. EL CONTEXO DE LA TRANSICION DEMOGRAFICA

La Enmenda Constitucional No 65, define como joven los brasileños con edad entre 15 y 29 años, distribuidos en tres subgrupos: 1) Jóvenes adolescentes, con edades entre 15 y 17 años. 2) Joven joven, entre 18 y 24 años y 3) Joven adulto, entre 25 y 29 años. (IPEA, 2013) En 2013, la Ley No 12852, que ha instituido el Estatuto de la Juventud, ha especificado el derecho de los jóvenes, los principios y las directrices de las políticas públicas de la juventud y ha creado el Sistema Nacional de Juventud (SINAJUVE), Los principales fundamentos de la ley son:

PRINCIPIOS	I.	Promoción de la autonomía y emancipación de los jóvenes
	II.	Valorización y promoción de la participación social e política, de forma directa y a través de representantes
	III.	Promoción de la creatividad y de la participación en el desarrollo del país
	IV.	Reconocimiento del joven como sujeto de derechos universales, generacionales y singulares
	V.	Promoción del bienestar, da experimentación y del desarrollo integral del joven
	VI.	Respeto a la identidad y a la diversidad individual y colectiva de la juventud
	VII.	Promoción de la vida segura, de la cultura de paz, de la solidaridad y no discriminación
	VIII.	Valorización del diálogo y convivencia del joven con las demás generaciones

Los derechos de los jóvenes están distribuidos de la siguiente forma: ciudadanía, educación, profesionalización, trabajo y remuneración, diversidad e igualdad, salud, cultura, comunicación y libertad de expresión, deportes y ocio, territorio y movilidad, sostenibilidad y medio ambiente, seguridad pública y acceso a la justicia.

La ley puede ser considerada como un “*plus*” de ciudadanía, sin embargo, observándola a partir de un análisis prospectivo, se presenta de forma tardía ya que esta ola demográfica estaba anunciada desde 1990 y la necesidad de políticas publicas específicas se hacia urgente.

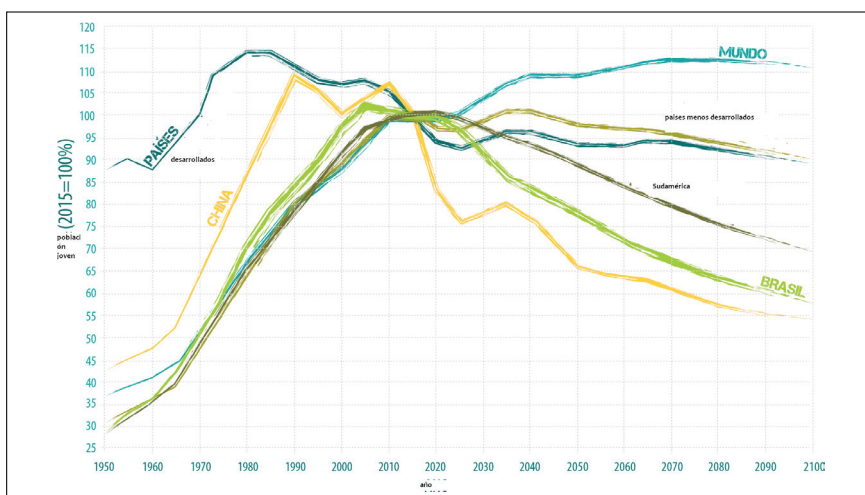
Brasil poseía en 1995, 13 millones de jóvenes entre 20 y 24 años, siendo que los adolescentes - 15 a 19 años - eran la mayor parte con 15,7 millones de individuos, que, a su vez, estarían componiendo el grupo de 20 a 24 años en el año 2000. En el interior de dicha análisis prospectiva de tendencias, ese proceso configuraría una “discontinuidad demográfica”, en la medida en que era un presagio, el cambio en la pirámide de la población - por los mas diversos factores como fecundidad, mortalidad,

migraciones con la producción de ensanches o estrechamientos en su base, o sea, aumento o disminución del número de nacimientos – que no fue considerada en lo que se refiere a impacto.

Dichos ensanches o estrechamientos necesariamente producirán ecos (nuevos ensanches y estrechamientos) en sucesivas generaciones, denominándose “ola” al momento de ensanche de determinada franja de edad. Tal operación se da a través del incremento del número absoluto de individuos por franja de edad. (MADEIRA; RODRIGUES, 1998, p.430).

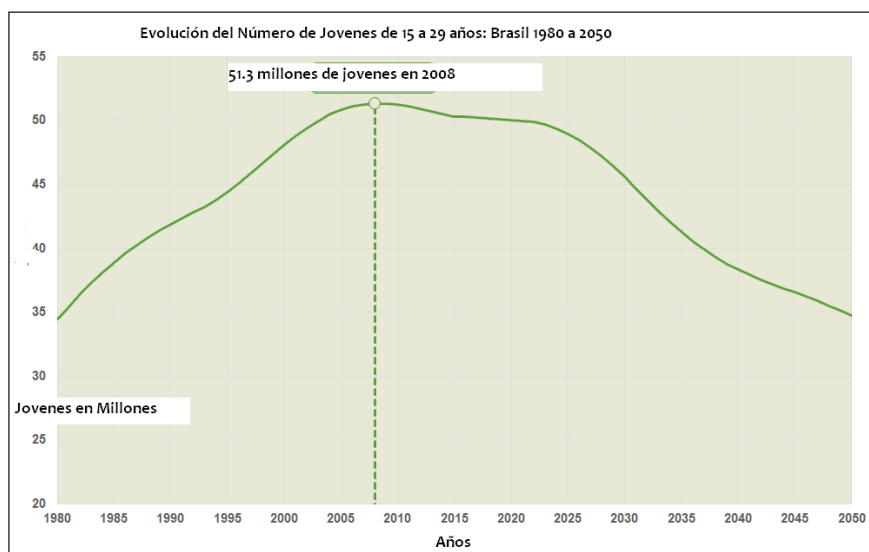
Este movimiento demográfico de “ola” joven, no lo es característico apenas de Brasil, pero se presenta como un fenómeno mundial, según documento elaborado por la SAE/PR/IPEA (2013 p.06), con datos de la ONU. La grafica siguiente demuestra ese movimiento y ubica la condición del Brasil en relación al restante del planeta.

Grafica 1 – Evolución de la Población Joven entre 15 y 29 años: Mundo 1950 a 2100



Fuente: Estimativas producidas por la SAE/PR, en base a datos poblacionales y proyecciones de la ONU

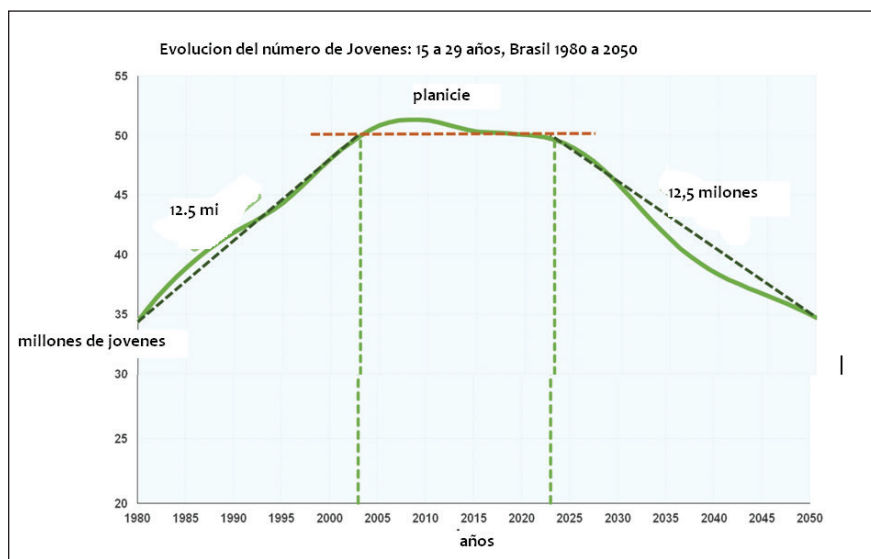
Se puede observar que la congruencia de los pronósticos es evidente, en la medida que se demuestra que la planicie en la curva ascendente, se encuentra justo en el lapso en que nos proponemos la interrogante analítica del estudio, pero también pone en evidencia la diferenciación del nivel de caída, que es ciertamente mas acentuado en Brasil. La magnitud de la “ola joven” es impresionante.



Fuente: IPEA 2013

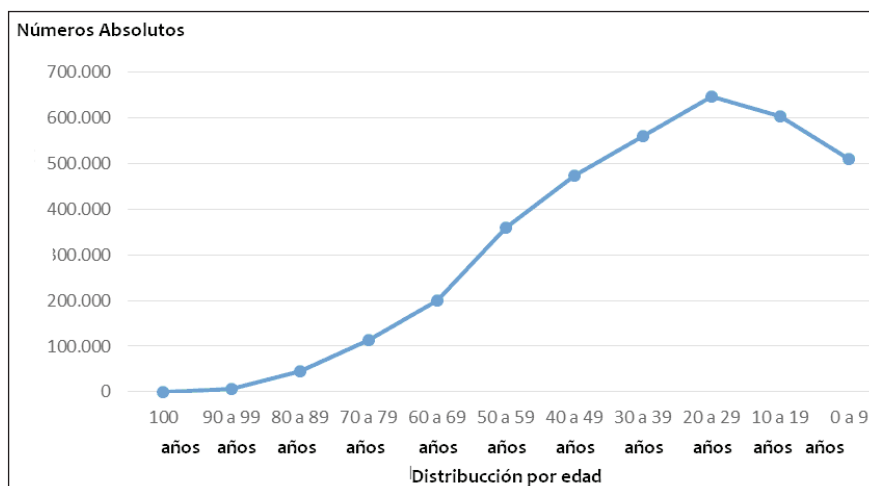
Verificamos la cumbre de esta magnitud exactamente una década después de la publicación del documento de la Comisión Nacional de Población y Desarrollo (1998), lo que podría haber sido una gran herramienta de diagnóstico para proyectar escenarios futuros. Las “discontinuidades” son especialmente útiles para estimar demandas y diagnósticos para el desarrollo de políticas públicas (MADEIRA; RODRIGUES, 1988) (SECCHI, 2013).

Según la grafica siguiente, la “ola joven” forma una larga planicie que se extiende por tres décadas, definiendo un determinado periodo de vigencia y posibilitando una previsión de demandas de políticas específicas. Sobre este aspecto se instala la problemática, pues, si consideramos los fundamentos de una política publica – como lo propone Secchi (2013) dentro de un ciclo temporal – y la “ola” como una movimentación, se pone al descubierto la condicion de “atropellado” del Estado, una vez que, del ángulo de visión del camino hacia la estructuración de una política publica, la identificación del problema es fundamental para la formulación de una agenda, (3) lo que ya estaba diagnosticado a través de los estudios demográficos, pero, ignorado por los gobiernos que han administrado en dicho periodo.



Fuente: Estimativas producidas por la SAE/PR, en base a datos poblacionales y proyecciones del IBGE

La siguiente grafica confirma la ola en el escenario del Estado de Espirito Santo.



Fuente: IBGE, Censo 2010 Estado del Espirito Santo. Construcción propia

(3) Secchi (2013), *Al caracterizar el ciclo de las políticas públicas, establece una jerarquía de procesos dinámicos, en la consecución de la poética, como lo son: 1) la identificación del problema; 2) formación de la agenda; 3) formulación de alternativas; 4) tomada de decisión; 5) implementación; 6) evaluación; y 7) extinción.*

¿Por qué la ausencia de política pública y/ o la falta de integración entre las ya existentes, si había una previsión demográfica? ¿Por qué es preocupante? Porque es un periodo de “transición demográfica”, y como tal no se movimenta incólume por la estructuras sociales. Tal como si fuera un efecto de ola de la naturaleza, su impacto en las estructuras sociales no podría y no puede ser ignorado previamente bajo pena de pagar un alto precio en el futuro. Ese periodo pone en evidencia el proceso de transición demográfica no considerado por el estado como una prioridad y lo que se observa es una búsqueda de soluciones

que disminuyan los impactos, así como lo es la Ley del Estatuto de la Juventud, promulgada en 2013, que, por ella misma, no trasciende ni apunta a elementos concretos de intervención y acompañamiento desde ese momento juvenil que ha experimentado el Brasil, y en especial, el Estado de Espirito Santo.

De acuerdo al IPEA (2013), el impacto de esta ola es tan grande que lleva a 6 corolarios máximos para el escenario futuro del Brasil.

1) Responden por el mayor volumen absoluto de nacimientos que el país ha tenido o tendrá;

2) Forman, en términos absolutos, tanto la mayor prejuvenitud (0-14 años) así como también, la mayor juventud (15 a 29 años) de todos los tiempos;

3) En términos relativos no forman las mayores prejuvenitudes y juventudes.

Sin embargo, son hijos e hijas de las cohortes que alcanzaron estas marcas.

4) Formarán el más grande grupo de trabajadores adultos que el país jamás tendrá, tanto en nivel absoluto como en nivel relativo.

5) A pesar de todas esas máximas, esas cohortes, al final de la vida, dejarán de representar el mayor número de ancianos, sea en términos absolutos o relativos.

6) Debido a la gran baja en la mortalidad, en el mayor número de ancianos, sea en términos absolutos o relativos, será alcanzado por sus hijos (IPEA: 2013)

2. ANALISIS DE CONYUNTURA

La perspectiva analítica de Braduel (1992) nos propone una clave metodológica para el estudio de los diversos fenó-

menos y procesos sociales y, al mismo tiempo, permite un “(...) horizonte de aproximación específico y una perspectiva de análisis propia de esos mismos fenómenos y procesos” (ROJAS 2013, p.20). Según el autor, es posible analizar las diferentes realidades y procesos a partir de lo que él lo llama “descomposición del tiempo”. El tiempo es filtrado en múltiples tiempos, claramente diferenciados entre si y explícitamente vinculados a las diversas realidades históricas considerados en eventos de “corta, mediana y larga duración”. Existen movimientos orgánicos que son relativamente permanentes, mientras otros movimientos coyunturales son ocasionales, inmediatos, casi accidentales. Es en dicho contexto que insertamos ese movimiento demográfico, la “ola joven”. Ese abordaje permite la captación del proceso histórico en su unidad dinámica y contradictoria: surge un volumen significativo de un segmento de personas con especificidades y, al mismo tiempo, hay un despreparo general en la sociedad para la recepción de dicho grupo poblacional.

En este sentido, el fenómeno de la “ola joven” será tratado como un fenómeno demográfico, sin embargo, no como un dato central, pero, sobretodo, como fondo de un escenario para delimitar cuadros explicativos más generales. Por tal razón aplicamos a este mismo principio metodológico en el análisis de dicha ola, como un evento de “corta duración” que puede revelar permanencias históricas de “mediana” y larga “duración” en la forma de la administración pública en el Estado de Espirito Santo. (CARDOSO; VAINFAS, 1997).

Mientras objeto de estudio – joven/juventud - tradicionalmente ha estado de forma más evidente en la Psicología, como una etapa del desarrollo humano y madurez afectiva, o en la Sociología, como parte de un grupo social vulnerable a las

diversas intemperies que se presentan en sociedad. Esa “ola joven”, sin embargo, no debe y no puede ser tratada como un bloc predeterminado, ni tampoco como una masa numérica, y, sobretudo, se debe insertarla, mientras sea objeto de análisis, en el contexto que caracteriza la contemporaneidad, bajo el yugo de los valores de la óptica mercadológica actual: “desechabilidad”, “efemeridad”, instantaneidad y “volatilidad” (HARVEY, 1996). Esos valores se convierten en elementos engendrados a la perspectiva simbólica de “juventud” como un fetiche producido por la lógica capitalista.

Tanto Bertihier (2008), como Bourdieu (1983) y Levi & Schmitt (1996) apuntan a la misma premisa: no es fácil establecer una perspectiva conceptual, analítica, teórica y metodológica de la “juventud”. Cualquiera que sea el nivel de análisis, se deberá considerar las diferentes complejidades que presenta esa masa humana. Es necesario tener en cuenta su singularidad, pluralidad y diversidad. Tal vez, exactamente por no tenerse en cuenta dichas dimensiones, sea este el motivo de los fracasos de las políticas públicas que transforman los jóvenes y su diversidad, en una masa humana univoca, definida apenas a través del recorte de edad, siempre demandando una intervención superior, ignorando completamente su condición de actores sociales relevantes en un marco de profundas transformaciones económicas, sociales y políticas (BERTHIER, 1998).

Según este citado autor, son muchas las variables a respecto de lo que sería “juventud” que podrían delinear esa complejidad al la vez que la expone físicamente.

a) es un periodo de vida de los sujetos; b) es un proceso social particular; c) es una forma de experimentación humana, d) es un momento de búsqueda y orientación; es un periodo de testes de diferentes modelos y antagonismos de fronteras, así

como también de una buena anarquía, de libertad y f) de consolidación psíquica y social del individuo (BERTHIER, 1998 p.22).

Bourdieu (1983) nos alerta para el peligro existente en las clasificaciones por edad, que terminan siempre por imponer límites y producir un orden donde cada uno debe mantenerse "en su debido lugar". Según este escritor la juventud y la vejez no son simplemente datos, mas procesos construidos socialmente en la lucha entre jóvenes y viejos, demostrando que las relaciones entre la edad social y la edad biológica son muy complejas. Todavía, según este autor, "(...) la banalidad de la edad es como un dato biológico socialmente manipulado y manipulable, pues se habla de los jóvenes como si fueran una unidad social, un grupo constituido, compuesto de intereses comunes, y relacionar dichos intereses a una edad definida biológicamente, ya se constituye como una evidente manipulación (Bourdieu, 1983, p 115). Él propone que sea necesario analizar las diferencias entre las juventudes. Un ejemplo de esto serían las discrepancias de clases, pues los jóvenes que son el blanco de las políticas privadas, son de clase media o alta. Son elaborados para dicho segmento, bienes de consumo que no son accesados por otros segmentos juveniles: jóvenes pobres y afro descendientes, pero que también son seducidos por los niveles de consumo. Sin embargo, el segmento jóvenes pobres y afro descendientes, son el blanco del crimen organizado como engranaje que movimiento el mercado mundial de drogas, pues, dicha estructura presenta cargos, funciones laborales y remuneraciones, así como cualquier empresa capitalista. Como apuntan Levi & Schimitt, (1996, p.10), la concepción de juventud cambia en el tiempo y en el espacio. Es una construcción social y se caracteriza por su definido carácter de límite. "Juventud", engloba complejidades conceptuales relativas

“(…) a la modalidad de entrelazamiento entre determinaciones biológicas (edad o sexo) y las construcciones simbólicas que las convierte socialmente eficaces e históricamente significativas”. No existe una juventud “única” y las construcciones simbólicas que las convierten en socialmente relevantes e históricamente significantes. La diferenciación social, las desigualdades en lo que se refiere a la riqueza o de empleo aquí resuenan y hacen eco. En este punto el análisis de Rodrigues (2010) y Rodrigues y Cruz (2011) se convierte en algo pertinente para llegar al entendimiento a respecto del proceso de recrudescimiento de la violencia en el Estado de Espirito Santo, la urbanización acelerada en la que fue sufrida por el Estado de Espirito Santo en las décadas de '80 y '90 que ha dado potencia a la ocupación de las villas miseria (“favelas”), sin una mínima atención del Estado en lo que se refiere al desarrollo de políticas públicas de inclusión. El movimiento de la “ola”, como apuntado anteriormente, observado en prospectiva y perspectiva, como proceso transitorio, se convirtió en un evento de “corta duración”, pero es la génesis de fenómenos macrosociales que no se presentan inmediatamente, como es el caso de la potenciación del crecimiento económico del Estado de Espirito Santo. A título de referencial de este proceso, podemos nombrar como ejemplo la educación. Había en el Estado de Espirito Santo, en 1993, 08 facultades privadas, y una universidad federal estatal. Hoy, existen 268 institutos de enseñanza superior distribuidas en una universidad federal estatal, 14 institutos federales (parte de ellos con enseñanza, pues algunos permanecen apenas con enseñanza secundaria) y 253 institutos privados.

Según Levi y Schmitt, (1996, p.14) “(…) en ningún sitio, en ningún momento de la historia, la juventud podría ser definida según criterios exclusivamente biológicos o jurídicos.

Siempre en todos los sitios, ella es revestida también de otros símbolos y otros valores” Significa verificar la congruencia entre ese pensamiento, la “ola joven”, y el contexto específico del capitalismo que convivimos hoy.

Rodrigues (2010. p.305) habla a respecto del “juego de la dominación juvenil” pues ella propia (la juventud) se ha convertido en objeto y blanco de consumo, creando un simulacro, separando el signo del objeto, cuando se advierte la sociedad del espectáculo y del simulacro “(...) ha confinado los jóvenes en la ubicación del placer y de la alegría... la fantasía de la perfección”.

La paradoja esta justamente en la visión univoca de juventud propagada ideológica y políticamente y el recorte de realidad de clase, que es intangible. Bourdieu (1996) confirma el equivoco de tratarse a los jóvenes como si fuera una unidad social, cuando, en verdad la materialidad de la lógica capitalista ya los define, estipulando accesos que son absolutamente diferenciados, “(...) el estudiante burgués y, a otro lado, el joven operario que ni siquiera posee adolescencia”. Pero, los fundamentos de la sociedad de consumo propagan las posibilidades para todos. O sea, la sociedad define las metas, culturas, los anhelos y expectativas de vida como si el acceso dependiese exclusivamente de las capacidades individuales.

Es en este contexto en que la lógica perversa del mercado se establece, pues, los jóvenes viven cotidianamente en el límite, en la transitoriedad, en la búsqueda por la autonomía y la autoafirmación y sus elecciones terminan siendo definidas a partir de estas variables, que no dejan trasparecer en el discurso político-ideológico de la sociedad de consumo de cuales son las juventudes “garantidas” al acceso a dichas metas y bienes sociales y cuales son las juventudes “no garantidas” (BERTIHIER, 2008)

Marx (2013 p.146), nos propone la siguiente referencia a respecto del significado del fetichismo de la mercancía

La impresión luminosa de una cosa sobre el nervio óptico no se presenta como excitación subjetiva de ese nervio, sino como forma objetiva de una cosa situada fuera del ojo. Pero en el acto de ver se proyecta efectivamente luz desde una cosa, el objeto exterior, en otra, el ojo.

Proceso análogo puede ser desarrollado en relación a la ola joven, en la medida en que, a pesar de configurarse como un continente humano, concreto, real, en el contexto de la “instantaneidad” y “desechabilidad”, la “juventud”, como bien simbólico, en la actual coyuntura, es ella un fetiche en si misma, consumida en la medida de sus significaciones como objeto y blanco.

De esta manera, al no considerar las consecuencias de la transición demográfica a través del fenómeno de la “ola joven” el Estado de Espirito Santo ha venido enfrentando desde la década de '90 los impactos en la educación, salud, cultura, deporte y ocio, al no tratar al joven como sujeto histórico y sujeto de derechos. Al contrario de las políticas privadas y el crimen organizado que encuentran en tal grupo poblacional su fuente de lucro, porque componen la empresarial del tráfico de drogas, como lo apunta Rodrigues (2010).

No obstante, el joven fue poco estudiado como sujeto histórico, lo que convierte en meta como proceso de intervención política, una vez que, componiendo una dimensión demográfica, se convierte en un movimiento que impacta las estructuras sociales bajo varios aspectos.

CONSIDERACIONES FINALES

Hoy Brasil posee alrededor de 50 millones de jóvenes, siendo que casi 20% de ellos ni trabajan, ni estudian. Este

hecho de “*per si*” define la tónica de la importancia de su construcción como sujetos de derechos y de los desafíos de las políticas públicas de juventud y estimula un debate relativo directamente a la Historia de este segmento poblacional planteando varias cuestiones a respecto de: buenas oportunidades para que los jóvenes puedan colocar a prueba y concretizar su autonomía; calidad y contenido de la educación ofrecida, necesidades y oportunidades en el mercado de trabajo; circulación etc. (SAE/IPEA, 2013).

La implementación de la Ley No 12852 de 2013, y la construcción de un sistema de protección al joven, aunque sea importante, surge de forma tardía. Sus fundamentos presentan una interpretación general de la juventud y conectada a la clasificación por edad, como lo es criticado por Bourdieu (1983), Berthier (2008) y Levi e Schimitt (1998), no contemplando la operativa con respecto a las diversidades y complejidades presentes en este grupo poblacional.

La ley en ella misma puede hacer muy poco a esta altura, pues la ola tiene una fuerza de magnitud tal, que para contenerla o, por otro lado, recibir-la, sería necesario una estrategia muy bien elaborada. Una vez que ella se encuentra en movimiento y, sin la infraestructura adecuada, ella termina por “atropellar” lo que encuentra por delante, una vez que, a su paso, deja el rastro de destrucción de su trayectoria necesitando entonces de procesos de limpieza de los escombros dejados por la acción de su fuerza. Por tal razón la ley es tardía e insuficiente, pues surgió en el momento en la cresta de la ola, lugar de donde poco o nada puede hacerse.

Como propone Alves (2008) e Castiglioni (2009), perdimos la ventana de oportunidad que fue abierta con este grupo juvenil, y, según la *episteme* de la demografía, no va a ser que tan tem-

prano Brasil abrirá otra ventana como esta. Así como la ola del mar, su tendencia es amainar y disminuir fuerzas, aplanándose.

Con políticas públicas de desarrollo de amparo y cuidados a este grupo poblacional, nuestro país estaría afirmándose como una potencia para el futuro. Sin embargo, como propone Braudel (1992), los fenómenos de “corta duración” pueden exponer las permanencias de “larga duración”, de las estructuras sociales y simbólicas de la sociedad. Hoy exterminamos personas – una característica marcante de nuestra historia – que posee prevalencia y se establece como parámetro de para gerenciar y administrar a los menos favorecidos en nuestra sociedad: los jóvenes pobres y negros, que son asesinados en el cotidiano tanto de forma concreta como simbólica.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. *A transição demográfica e a janela de oportunidade*. São Paulo: Instituto Fernand Braudel de Economia Mundial, 2008.

BERTHIER, Héctor Francisco Castillo. *Juventud, cultura y política social*. Cidade do México: Imjuve, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Secretaria de Educação Superior. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/>. Acesso em: 18 jun. 2015.

BRAUDEL, Fernand. *História e ciências sociais: a longa duração*. In: Escritos sobre a História. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

BRITO, Fausto. *A transição demográfica no brasil: as possibilidades e os desafios para a economia e a sociedade*. Belo Horizonte: UFMG/Cedplar, 2007. 28p. (Texto para discussão; 318).

CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo. *Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

CASTIGLIONI, Aurélia H. Mudanças na estrutura demográfica do Espírito Santo ocorridas durante a segunda metade do século. *Geografares*, Vitória, n. 7, 2009.

_____. A revolução grisália. *Revista Eletrônica da Associação dos Geógrafos Brasileiros*, Seção Niterói, ano 2, jul./dez., 2006.

_____. Inter-relações entre os processos de transição demográfica, de envelhecimento populacional e de transição epidemiológica no Brasil. In: CONGRESSO DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE POBLACIÓN. 5., 2012, Montevideo: Uruguay. *Anais...* Montevideo:Uruguay, 2012.

COMISSÃO NACIONAL DE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. *Jovens acontecendo na trilha das políticas públicas*. Brasília: CNPD, 1998. v. 1 e 2.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 6. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

INSTITUTO JONES DOS SANTOS NEVES. *Distribuição populacional no espírito santo: resultados do censo demográfico*. Vitória: IJSN, 2011. Ano IV, n. 27.

LEVI, Giovanni; SCHIMITT, Jean Claude. Introdução. In: LEVI, Giovanni; SCHIMITT, Jean Claude (Org.). *História dos jovens: da antiguidade à era moderna*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. v.1

MADEIRA, Felícia Reicher; RODRIGUES, Eliana Monteiro. Recado dos Jovens: mais qualificação. In: Comissão Nacional de População e Desenvolvimento. *Jovens acontecendo na trilha das políticas públicas*. Brasília: CNPD, 1998.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

RODRIGUES, Marcia Barros Ferreira; CRUZ, Davison Souza. *Políticas públicas e gestão urbana: o caso da região metropolitana da grande vitória no estado do Espírito Santo*. Vitória: Dimensões, 2011. p. 23-39. v.27.

RODRIGUES, Marcia Barros Ferreira. Consumo e violência: fetiche no jogo de dominação da juventude. In: PIMENTA, Solange Maria; CORRÊA, Maria Laetitia; DADALTO, Maria Cristina; VELOSO, Henrique Maia. *Sociedade e consumo: múltiplas dimensões na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2010. p.301-315.

ROJAS, Carlos Antonio Aguirre. *Fernand Braudel e as ciências humanas*. Londrina: Eduel, 2013. Disponível em: <http://www.>

El fenómeno de la “ola joven” en el Estado de Espírito Santo: transición demográfica y complejidades de la políticas públicas para la juventud

uel.br/editora/portal/pages/arquivos/fernand%20braudel_digital.pdf. Acesso em: 24 set. 2015.

SECHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage, 2011.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA). *Juventude levada em conta: demografia*. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Disponível em: <http://www.sae.gov.br/wp-content/uploads/Juventude-Levada-em-Conta.pdf>. Acesso em: 24 set. 2015.

LIBERTAD Y AUTONOMÍA: UN ANÁLISIS BAJO LA PERSPECTIVA DE FOUCAULT Y DE LA BIOÉTICA

Carolina Nunes de Freitas

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

INTRODUCCIÓN

La libertad siempre fue un sueño de la humanidad. Ella es objeto de estudios en diversas áreas de conocimiento como filosofía, psicología, historia, derecho, entre otras. La libertad y autonomía de la voluntad (desdoblamiento de la libertad en ámbito individual de elección) tratan de institutos jurídicos que, tras el período de redemocratización de Brasil, pasaron a orientar la nueva orden jurídica, especialmente en virtud del contexto de represión y autoritarismo experimentados anteriormente.

La noción de libertad obtiene fuerza en el pensamiento iluminista, cuyo paradigma permite su ejercicio como una herencia racional. Ella todavía se ata al ideal liberal, en el sentido de que el hombre es libre para hacer, elegir e ir adonde quiera, debido a su razón. Por otra parte, no se puede más concebir la libertad solo en cuanto a la posibilidad de hacer, elegir o ir adonde se desea, conforme su razón consciente. Esto porque, con el Estado moderno hubo la imposición de restricciones a la libertad, a través de dispositivos legales. Incluso, en los Estados Democráticos también hay restricciones legales a las libertades.

Así pues, en la Democracia y sus principios intrínsecos, entre los cuales la libertad pertenece, no hay cómo tratar de ella de modo ilimitado y/o absoluta. Es fundamental cuestionar si esta libertad, las acciones y elecciones derivadas de ella, en realidad existen. Antes de contestar a la pregunta, es necesario

evidenciar que los derechos humanos son construidos históricamente, como un proceso en constante desarrollo, al añadir conceptos según los cambios sociales. En este contexto está la libertad, cuya concepción se formulará ante este proceso.

En un análisis jurídica de base positivista, se puede entender la libertad en el sentido de una posibilidad, un poder de actuación del hombre en la búsqueda de su realización personal, como un poder de autodeterminación, un poder en razón de lo cual, el hombre elige por sí mismo su comportamiento (SILVA, 2012, p. 233), sin transgresión de leyes. Pero, según las alteraciones de paradigmas sociales constantes, no es posible restringirla a esta idea.

Philip Pettit (2007, p .xiii) al elaborar su teoría de libertad, destaca que ella se vincula a los dominios de acción, de sí mismo y de la persona. De manera breve, la acción se refiere a la “libertad de acción que el agente desempeña en determinada ocasión”. El sí mismo se refiere “a la libertad del ser que está implícita en la habilidad del agente para identificarse con cosas realizadas”, mientras que el dominio de la persona se refiere “a la libertad de personas en disfrutar un *status* social que hace con que la acción sea de hecho de ellas”, y no provocada o presionada por factores externos (PETTIT, 2007, p. xiii). A partir de esta concepción se percibe la libertad más allá de una declaración legal. Se cree que para su ejercicio hay innumerables factores externos a la voluntad del agente, que no se puede desconsiderarlos.

No quedan dudas de que es imposible concebir la libertad tan solo mientras ir, actuar y elegir, según voluntades racionales. Es en este sentido que el presente estudio pretende desarrollarse. Al utilizar las contribuciones teóricas de Michel Foucault y de la Bioética se intenta verificar cómo se puede

entender la libertad y, como consecuencia, los individuos pueden ejercerlas ante las realidades en que se insieren, y las circunstancias fácticas donde se las someten.

Cumple aclarar que hay entendimiento de que libertad y autonomía son distintas; la primera es género, de la cual la segunda es especie. No obstante, en el presente estudio se adopta la idea que ambos son la misma cosa, tratada en el ámbito de acciones, decisiones y posicionamientos tomados por y a partir de individuos.

1. LIBERTAD / AUTONOMÍA

Este artículo no distingue libertad y autonomía. Parte de la premisa de que no se puede desvincular el ejercicio de la libertad, del fruto de la voluntad y de las elecciones conscientes en ámbito individual y de la libertad política. A partir de una simple observación se verifica que, aunque declaradas y debiendo garantizarse, ni todos los ciudadanos ejercen sus libertades, y valen un análisis, además de las concepciones tradicionales y/o positivistas. La acción libremente elegida es aquella única admisible al agente, como algo que carga su firma, mientras la elección se hace sin determinaciones anteriores, para que el agente sea responsable y responsabilizado por sus acciones y elecciones (PETTIT, 2007, p. 9/10). Es esta la propuesta de este artículo: percibir si los ciudadanos ejercen efectivamente libertad / autonomía, al buscar a la contribución teórica de Michel Foucault y de Bioética para tanto.

La Constitución de 1988 declaró diversas libertades (libertad de ir y venir, manifestación del pensamiento, expresión, ejercicio profesional, entre tantas otras), así como estableció

como deber del Estado fomentar condiciones sociales igualitarias, al evitar la restricción de la libertad de aquellos que no tienen voz o vez, y posibilitar a los sujetos medios de ejercicio de libertades de derechos con plenitud más intensa. En el régimen democrático brasileño, el Estado no solo debe abstenerse de violar estos derechos, sino que también “actuar de modo positivo para protegerlos ante amenazas representadas por la acción de terceros, sea para asegurar las condiciones materiales mínimas necesarias a la factibilidad de su ejercicio por los más pobres” (SARMENTO, 2006, p. 290).

Sin embargo, aún no es posible el ejercicio eficaz de la libertad por una masa significativa de individuos. De este modo, la propia Democracia queda comprometida por no permitir los intereses comunes asumidos por personas, las cuales presuponen autonomía (PETTIT, 007, p. xviii), así como al hecho de que muchos sujetos se someten a las circunstancias que la limitan, e imposibilitar que estos ciudadanos la reconozcan, la comprendan y la disfruten.

Ante las diferencias existentes entre las situaciones en que muchos individuos se encuentran, se pretende vislumbrar libertad / autonomía como un ejercicio y una construcción continuos, un concepto además de su concepción positivista, que a su vez, se concibe como aquello que está previsto legalmente, la libertad objetiva prevista, como las libertades de hacer y actuar, entre otras (SILVA, 2012, p. 234).

2. LIBERTAD / AUTONOMÍA SEGÚN FOUCAULT

Michel Foucault no desarrolló una teoría específica de libertad, pero elaboró una profunda estructura teórica en la cual consideró las relaciones de poder en que la libertad se ejerce a

partir de estas relaciones, y puede romperlas o alterarlas. Tales cambios, a su vez, solo pueden ocurrir a partir del sujeto y de su racionalidad. El análisis de Foucault permite visualizar cómo se ve y efectúa de hecho la libertad, al mismo tiempo que considera los fuertes factores de influencia de su reconocimiento y ejercicio. Es decir, su percepción va más allá de la declaración legal y del deber del Estado de garantizarla.

Según Foucault, libertad y poder son indisolubles y dependen uno de otra para existir, en vista de que las relaciones de poder pertenecen a todos los aspectos de la vida social y se tratan de prácticas sociales, constituidas históricamente (FOUCAULT, 2012b, p. 12), además de actuar en las relaciones de fuerzas que pasan por dominados y dominadores. Estas relaciones ocurren concomitantemente a la manifestación del contrapoder, en mayor o menor intensidad, como una red en que los individuos circulan y se oponen, y pueden ora someterse a lo mismo y ora ejercerlo (FOUCAULT, 2005, p. 33).

La libertad de Foucault se pone como estrategia a la propia existencia de las relaciones de poder, como se ella fuera una condición para que haya poder, pues es necesaria tanto al ejercicio como al soporte permanente de lo mismo. Por otra parte, la libertad aún surge como “aquello que solo podrá se oponer a un ejercicio de poder que tiende, al fin, determinarla enteramente” (DREYFUS; RABINOW, 1995, p. 244). Así las relaciones de poder presuponen libertad, individuos libres, “entendiéndose por ello sujetos individuales y colectivos que tienen delante de sí un campo de posibilidades donde diferentes reacciones y modos de comportamiento pueden ocurrir” (DREYFUS; RABINOW, 1995, p. 24). La libertad es un elemento sin lo cual el propio poder no existiría, una vez que solo se ejerce por individuos libres; al revés, estaríamos ante un estado de dominación (FOUCAULT,

2004, p. 276). La existencia del poder prescinde necesariamente de la libertad o de un campo de posibilidades para acciones, reacciones, comportamientos y críticas. Si hay poder sin libertad, la relación es de coerción, es el estado de dominación (FOUCAULT, 2004, p. 277). Por lo tanto, son conferidos tanto poder como autonomía a los sujetos que, inmersos en las varias relaciones de poder, según sus posibilidades de acciones, son capaces de romper y alterar las relaciones.

Total que la libertad es tratada como una actitud dependiente del sujeto, lo cual, a su vez, es producto de la construcción de subjetividades, y resulta de cómo se constituyó mediante los juegos de verdad y la práctica de poder (FOUCAULT, 2004, p. 275). Tanto sujeto como objeto no existen *a priori*, pero se construyen discursivamente, según lo que se habla de ellos (FOUCAULT, 2012a, p. 33/39). Los hombres nunca dejaron de “constituirse en una serie infinita y múltiple de diversas subjetividades, que jamás tendrán fin y nunca nos pondrán ante algo que sería el hombre” (FOUCAULT, 2004, p. 234). Luego, las prácticas de libertad son reflejos de la forma cómo el propio sujeto se ve, aquello a que se sujeta y/o se niega sujetarse.

Cabe destacar que el estudio de Foucault sobre la libertad emergió en varios debates y textos con temáticas diversas, especialmente con la problematización de prácticas de sí (el cuidado de sí), al considerar los juegos de verdad y la subjetividad a la comprensión de libertad y a su ejercicio. El filósofo empleó el término “juegos de verdad” en lugar de verdad, puesto que tratan de posibilidades de verdades, y no hay verdad en sí propio, pero un “acto de ritual, eficaz y justo de enunciación, al propio enunciado: para su sentido, su forma, su objeto, su relación a su referencia” (FOUCAULT, 1999, p. 15). Los juegos de verdad son las “reglas según las cuales aquello que un sujeto se refiere

a un cierto objeto puede derivar de la cuestión de verdadero y falso” (REVEL, 2011, p. 149).

Estos juegos son importantes en lo que atañe a la libertad, pues se asocian directamente a las relaciones de poder, a la formación del sujeto y, como consecuencia, a las acciones realizadas, a los cuestionamientos formulados ante el poder y de lo que se considera convenientemente como verdad, al implicar o no en rupturas.

Los juegos de verdad son fundamentales no solo en la formación del sujeto, sino que también en su modo de situarse delante de relaciones humanas y en aquello que es posible alterar, pues la dificultad de percibir estos juegos asimismo determina la concepción de libertad del sujeto. Los juegos de verdad son posibilidades o la voluntad de verdad que se desplazan en el tiempo, y se alteran conforme sus posibles condiciones de existencia (FOUCAULT, 1999, p. 16/19).

Cumple destacar aún que antes de las prácticas de libertad en sí, antes de la acción racional para resistir o romper determinada relación de poder, el sujeto debe comprender qué lo pone en situación de dominación y qué se debe hacer para libertarse de la opresión. Por lo tanto, hay necesidad de introducirse la noción de dominación y lo que incide sobre las relaciones de poder (FOUCAULT, 2004, p. 266). Es en este proceso de liberación que los individuos y una sociedad definen las formas aceptables y satisfactorias de su existencia o de la sociedad política (FOUCAULT, 2004, p. 265/266). Ahora bien, son las prácticas, los actos, el posicionamiento frente al poder, y las posibles resistencias de los sujetos que determinan rupturas con la dominación, una vez que, solo la percepción de que hay dominación no es suficiente para que se alcance la libertad (FOUCAULT, 2004, p. 266).

A medida que se construyen el sujeto y sus subjetividades, la comprensión de la existencia de dominación y la necesidad de libertarse de ella también son para que enseguida haya prácticas de libertad, resistencias a las relaciones de poder y verdades diferentes de aquellas establecidas anteriormente. En virtud de este proceso constructivo constante, según Foucault (2005, p. 35), no se puede considerar al sujeto como víctima de las relaciones en que está inmerso, pues “el individuo es un efecto del poder y, al mismo tiempo, su intermediario, a medida en que es un efecto suyo: el poder transita por el individuo que constituye”.

En realidad, el sujeto es consecuencia del poder y puede romper con lo mismo. Ningún individuo es simplemente dominado o dominante, pero actor activo de relaciones de poder y delante de cada situación actúa de determinado modo. Este conjunto de sucesos se desarrolla en el mismo momento y nivel de sujeción que “procesos continuos e ininterrumpidos que sujetan los cuerpos, orientan los gestos, y rigen los comportamientos” (FOUCAULT, 2005, p. 33) también se realizan y reflexionan en la resistencia al poder, necesaria a un nuevo modo de política, definido por prácticas de libertad (NEWMAN, 2014, p. 116). Además, la resistencia a las relaciones es básica a la reconstitución del sujeto y para otra forma de relacionamiento.

Las prácticas de libertad dependen entre sí, pues tanto el poder como la libertad se realizan por relacionamientos establecidos. De este modo, las prácticas libertarias son esenciales para evitar y romper con cualesquier dominaciones, al mismo tiempo en que ellas se efectúan en el ámbito individual, incluso por medio del cuidado de sí y de otros.

En este sentido, no sería necesario el Estado para limitar o proteger las libertades, ante las prácticas individuales de

cuidado de sí y de otros como resistencia en el interior de las relaciones de poder, pues la resistencia es más que una “lucha de liberación; se trata de una afirmación intransitiva da libertad” (REVEL, 2011, p. 98).

El cuidado de sí es importante a las prácticas de libertad, pues se trata de un celo de sí, “y consecuentemente, también de celo por otros”. En esta perspectiva, el cuidado de sí emerge “como una condición pedagógica, ética y también ontológica para la construcción del buen gobernante” (FOUCAULT, 2004, p. 278). El cuidado de sí sería un balizador del modo como tratar los demás y aquello que sería bueno o también adecuado a sí propio o sería a otros. Este cuidado reflexionaría en las relaciones de poder que, al considerar aquello que es bueno y correcto, no sometería otro a la dominación o aún sería capaz de percibir la dominación a que otro se somete. El “cuidado de sí es la clave de todo” (FOUCAULT, 2004, p. 280).

Es posible percibir que la libertad es una actitud continua y constructiva apta a alterar las relaciones de poder, sin, en cambio, disociarse de ellas. La concepción de libertad de Foucault se efectúa por actos y elecciones continuas delante de configuraciones sociales, políticas y éticas construidas y enriquecidas. Esto porque considera toda experiencia sentida por sujetos, el resultado de ellas y su constitución mientras sujeto y la acción ética de cuidado con otros.

De todas maneras, el análisis de la sociedad brasileña en que gran parte de la población se pone en situación de casi dominación, desde la concepción de Foucault es interesante, pues considera relaciones de poder, posibilidades de acciones transformadoras, la sumisión y la sujeción de subjetividades causadas por estas relaciones, así como el cuidado de sí rela-

tivo a otros, lo que implicaría en una verificación efectiva da comprensión de libertad y su ejercicio.

Hay que aclarar que la “casi dominación” es debido al hecho de que la dominación es aquel estado en que las relaciones de poder son fijas, inmóviles y sin cualquier reversibilidad (FOUCAULT, 2004, p. 266), mientras que se puede revertir el estado de la mayoría de la población, sobre todo mediante prácticas de cuidado por individuos que no se someten a tan gran sujeción, los cuales son más aptos a percibir la dominación, de donde vienen la opresión, y lo que es necesario liberar para librase de ella, así como es capaz de actuar, resistir y romper con la casi dominación establecida.

En el fondo, al considerar los apuntes expuestos, es importante destacar que las experiencias de los sujetos pertenecientes a las clases sociales más humildes y su proceso de sujeción, al implicar en vulnerabilidad, son históricos e impiden el proceso libertario de estos individuos. Además, la comprensión de la propia libertad y su reconocimiento, en vista de la coacción sufrida también por ellos limita la capacidad de resistir. En este contexto, no quedan dudas de que el pleno ejercicio de libertad, tanto por el grupo socialmente excluido, lo cual todavía es rehén de opresiones, como por individuos con margen más grande de resistencia, que no ejercen prácticas de cuidado con los demás, al permitir la continuidad de dominación, sufre perjuicios y necesita que el proceso libertario empiece para formar la libertad / autonomía.

3. LIBERTAD / AUTONOMÍA SEGÚN LA BIOÉTICA

La Bioética como rama del conocimiento surgió en razón del desarrollo de la ciencia en áreas afectas a la vida y a la ocu-

rrencia de investigaciones contrarias a la dignidad humana. En su mayoría, se cree que este término Renselaer Potter lo empleó por primera vez en 1971, en su obra *Bioethics: a Bridge to the Future*. Hoy hay varias definiciones y divergencias, debido a la amplitud y metodología, pero, con relación a la vida, ética y capacidad multidisciplinaria, hay cierto consenso sobre la Bioética: “vida” (bio) asigna el objeto central; “ética”, el deseo, objetivo a alcanzarse; y “capacidad multidisciplinaria” la forma de proceder, el método. Es decir, una ciencia multidisciplinaria preocupada en reflexionar sobre progresos científicos y su injerencia en la vida humana a la luz de la ética (Declaración de Bioética de Gijón, 2000).¹

Los constantes avances científicos aún llevan la Bioética a evolucionar, con necesidad de un discurso capaz de reglar los principios fundamentales, pues esta rama del conocimiento altera el campo de Ética y Derecho, lo que permite acciones reflexivas a la sociedad contemporánea (BARACHO, 2000, p. 73). Los avances tecnológicos de las ciencias médica y biológica acarrearán en intervención sobre la naturaleza y vida humana, al implicar en una necesaria reflexión Bioética, ante las consecuencias soportadas por individuos y por la sociedad. Esto porque, por un lado hay mejorías en la vida y salud de las personas, y por otro puede causar “violación de normas éticas, bienes y valores arraigados en la sociedad”. Así que se merece especial atención a la preservación de libertad y autonomía de los involucrados, “en vista de afilarse el temor de pérdida de la propia identidad y libertad” (GRECHI, 2005, p. 124).

¹ La Declaración de Bioética de Gijón, adoptada en el I Congreso Mundial de Bioética, en Gijón, España, de 20 a 24 de junio de 2000, afirma que “una tarea importante de la Bioética, que constituye una actividad pluridisciplinaria, es armonizar el uso de ciencias biomédicas y sus tecnologías con los derechos del hombre”.

La Bioética posee cuatro principios básicos: “a) autonomía [...]; b) beneficencia [...]; c) justicia [...], mientras que a estos tres principios Tom L. Beauchamp y James F. Childress añaden otro, en obra publicada en 1979, lo de no mala eficiencia [...]” (BARBOZA, 2000, p. 211). Pero tiene destaque la autonomía² que, debido a la tradición liberal de la sociedad de EE.UU., donde se desarrolló la Bioética, se supervaloró y, de hecho, se une a la libertad y a su ejercicio.

Según Volnei Garrafa (2005, p. 128), la autonomía se maximizó “jerárquicamente con relación a otros tres, volviéndose una especie de gran principio”, lo que aportó para que se aceptara la visión individual de conflictos como única y decisiva, incluso porque se considera como principio de respeto a las personas. Esta supervaloración es “capaz de anular cualquier visión reversa, colectiva e indispensable al enfrentamiento de tremendas injusticias sociales relacionadas a la exclusión social, hoy más que nunca constatada” (GARRAFA, 2005, p. 128). La autonomía se inserta en varios paradigmas, especialmente el principialista, entendido aún como modelo en desarrollo. Su concepto es distinto del principio de autonomía, que, a su vez,

² También denominado de principio de respeto a las personas o de principio de consentimiento. Este último propuesto por H. Tristram Engelhardt “para indicar mejor que lo que está en juego no es algún valor poseído por la autonomía o por la libertad, pero el reconocimiento de que la autoridad moral secular deriva del consentimiento de involucrados en un emprendimiento común. El principio del consentimiento destaca la circunstancia de que, cuando Dios no es oído por todos del mismo modo (o no es de manera alguna oído por nadie), y cuando ni todos pertenecen a una comunidad perfectamente integrada y definida, y desde que la razón no descubra una moralidad canónica concreta, entonces la autorización o autoridad moral secularmente justificable no vienen de Dios, tampoco de visión moral de una comunidad particular, ni de la razón, pero de consentimiento de individuos. En esta sordera a Dios y en el fracaso de la razón las extrañas moralejas se encuentran como individuos.” ENGELHARDT, H. Tristram. Fundamentos de Bioética. 2. ed. Sao Paulo: Loyola, 1998. p. 17.

“se puede traducir como requisito moral del respeto a la autonomía” (GRECHI, 2005, p. 125).

El principio da autonomía de la Bioética principialista establece el respeto a la libertad del otro y de sus decisiones, así como legitima, en lo que atañe a la investigación, la obligación de consentimiento libre e informado, para evitar que el enfermo se vuelva “un simple objeto” (GARCÍA, 2012, p. 73). Pero es claro que no se puede tomar a los principios anteriormente citados de modo absoluto y/o separado de los demás, dado que la manifestación libre de la voluntad puede depender de situaciones de riesgo, peligro o aún de total falta de conocimiento o asistencia. Así, es posible concluir que la autonomía presupone autoconocimiento para su manifestación y alcanzar el “máximo posible da beneficencia” (GARCÍA, 2012, p. 74).

En la Bioética, el término autonomía es más usual que libertad, pues aquél deriva de éste. La libertad está consagrada en el artículo 5º, *caput*, de la CR/88, que solo es posible “hablar en autonomía si hay libertad” (GOZZO, LIGIERA, 2012, p. 95). Autonomía es la posibilidad de sujeto tomar decisiones que mejor atiendan a los “intereses, que conduce su vida con libertad en armonía con sus anhelos y objetivos, según lo que mejor le plazca, volviéndose el elaborador de normas que reglarán su vida” (GOZZO, LIGIERA, 2012, p. 94). Luego, la autonomía se refiere al examen y toma de decisión en el cuidado con la salud de individuos, al buscar reconocer lo que las reglas de consentimiento protegen o recusan información, veracidad y confiabilidad.

En lo que atañe al derecho a la salud (campo en que a Bioética es más evidente), esta autonomía se revela por medio de la autodeterminación del paciente, sujeto de derechos

y obligaciones, con poder de decidir y ejercer su libertad de elección, afecta a su cuerpo y su vida, al prescindir del deber de aclaraciones para que su decisión sea racionalmente la mejor y más adecuada. Según la Declaración de Gijón (2000), la información adecuada es primordial, no solo respecto al individuo directamente, sino que también a toda la sociedad.

En los casos en que las personas están enfermas, no hay dudas de que su capacidad de elección y decisión está comprometida, ante el estado de salud. Además, en países periféricos la mayoría de la población vive en condiciones socioeconómicas precarias, lo que influencia seguramente en la libertad / autonomía de sus elecciones. En este contexto, Volnei Garrafa (2006) resalta que la aplicación de los principios de Bioética, sobre todo del dimensionamiento excesivo del principio de autonomía, no cabe en países latinos y caribeños, debido a la realidad económica y exclusión social. Por lo tanto, se debe flexibilizar la autonomía en estos países (GARRAFA, 2006).

En efecto, en los años 90, surge la denominada Bioética de Intervención como instrumento de denuncia, reflexión y lucha por alternativas a los conflictos biotecnocientíficos, sanitarios, sociales y ambientales, al proponer una politización de dilemas morales que la Bioética ya abarcó, pero a partir de la realidad social latinoamericana (NASCIMENTO; GARRAFA, 2011). Ella prioriza políticas y decisiones que privilegien la mayoría de personas durante el período de tiempo más largo, con mejores resultados, sin desechar o disminuir la importancia de investigaciones, y entender que para ser efectiva, “además de disposición, persistencia y preparo académico, exige una especie de militancia programática y coherencia histórica del investigador” (GARRAFA, 2005, p. 125). En cuanto a la aplicación de principios de Bioética en contextos de desigualdades,

Fermin Schramm (2008, p. 12) afirma que es necesario “saber pensar en los problemas locales y actuar con sabiduría, en vista de una estrategia global de supervivencia, como pretendía el oncólogo y especialista en Bioética Potter”.

La perspectiva de la Bioética de Intervención es importante en este estudio, pues conforme ya mencionado, la libertad / autonomía dependen de diversos factores, incluso externos a la voluntad del agente que determinan sus acciones. En países con condiciones sociales desiguales y precariedad en la eficacia de derechos, la Bioética de Intervención sirve como herramienta a una acción política da construcción de justicia social. Según Garrafa (2005, p. 129), para la Bioética de Intervención:

[...] a inclusão social é a ação cotidiana de pessoas concretas e precisa ser tomada na dimensão política, como um processo no qual os sujeitos sociais articulam sua ação. Na medida em que a ação cotidiana direciona as escolhas não apenas em função de uma inclinação pessoal, mas considerando a dimensão do todo – a necessidade de garantir a existência das pessoas e de todas as formas de vida – ela se torna inclusiva, tendendo, em decorrência, à maior simetria [...].

De todos modos, al tener en cuenta los dilemas que los países periféricos enfrentan, incluso Brasil, además de autonomía y otros principios de Bioética, se debe percibir y emplear otras categorías, según la necesidad ética en cuestión, ampliándose y contextualizándose la discusión para que la mayoría de las personas tenga sus derechos respetados. La Bioética de Intervención puede apuntar a la conducción de una lucha política para garantizar la libertad (GARRAFA, 2005, p. 128).

Se destaca que la Bioética de Intervención sufre críticas, ante su carácter utilitarista, pues impone una discusión politiza-

da en el sentido de intervención ética necesaria a la conquista de derechos primarios. Por cierto, se debe encarar la equidad como una categoría, además de responsabilidad, cuidado, alteridad, comprometimiento y transformación, entre otros (GARRAFA, 2006). La Bioética de Intervención percibe que la libertad / autonomía de personas ante su propia condición está en peligro, y las frágiles condiciones socioeconómicas impiden que estén aptas a decidir de forma totalmente libre y consciente. En este contexto, la Bioética de Intervención también busca actuar como un instrumento político para asegurar la protección y no exploración de individuos vulnerables (MACKLIN, 2003, p. 60).

Las Directrices Éticas Internacionales de Investigación definen como vulnerables aquellas que son “relativa o absolutamente incapaces de proteger sus propios intereses [...], y pueden tener recursos y fuerzas insuficientes u otros atributos” necesarios para proteger sus intereses (MACKLIN, 2003, p. 60). La limitación da capacidad o libertad verifica la vulnerabilidad e incluye entre otros, mayores con demencia y residentes en asilos, receptores de “beneficios de pensión o asistencia social [...], pobres, desempleados; pacientes en salas de emergencia; algunos grupos étnicos y raciales minoritarios” (MACKLIN, 2003, p. 61).

Así pues, la libertad de elección de individuos, definida en su racionalidad y en sus acciones consecuentes de ella, sufre limitaciones. O sea, es posible que una decisión o elección ante determinadas situaciones o relaciones sociales y las circunstancias que las involucran, impliquen acciones y comportamientos tomados por sujetos que, a pesar de conscientes y con capacidades cognitivas, no reflexionan sus reales intencionalidades, su autonomía de hecho. O aún, que determinados sujetos frente a determinadas situaciones siquiera tengan el debido conoci-

miento de las reales razones que los llevan a hacer, dejar de hacer y decidir de cierta manera, al comprometer su libertad / autonomía como resultado de un proceso constructivo y de experiencia, de que prescinde la libertad.

El Informe Belmont estableció no solo el reconocimiento de la autonomía, sino que también la exigencia de su protección a individuos en que hay disminución (VIEIRA, 2012, p. 80). En cambio, esta protección no trata de paternalismo, pero de un intento de atenuar la vulnerabilidad percibida en desfavor de algunas personas o grupos sociales. La vulnerabilidad:

[...] é um risco enfrentado pelo indivíduo no tocante à sua vida, ao seu trabalho e aos seus bens por ser detentor de determinadas características ou estado que o enfraquece perante os demais, colocando-o em situações de desamparo, dificuldade e estresse difíceis de serem labutados diante das atuais contingências [...]. Os vulneráveis carecem de tutela social, material e psicológica, conforme o caso concreto, visto que cada um possui limitações diferentes, sendo atingido de maneira variada sob certos aspectos (VIEIRA, 2012, p. 85).

En este contexto, la Bioética de Intervención debe actuar políticamente, no solo al volver a las investigaciones con seres humanos, sino que también con validez de derechos y posibilidades de una sociedad más justa e igual, al mismo tiempo en que está atenta a la metodología utilitarista y comprometida con cambios sociales, que asegura la equidad entre los sujetos.

El sujeto vulnerable tiene su ciudadanía³ fragilizada y frente a esto ignora la importancia del acceso a los derechos

³ Se utiliza el término en el sentido etimológico de la palabra derivada de la noción de ciudadano, al asignar el origen de la ciudadanía a la polis griega, que se componía de ciudadanos libres, con participación política continua en una democracia directa donde estos ciudadanos actuaban en las esferas particular y pública.

fundamentales. Este escenario puede significar la reducción o aún la pérdida de libertad, pues los factores que conducen o aumentan la vulnerabilidad impiden una elección libre. La supervivencia remonta la posibilidad de libertad, del usufructo de conquistas democráticas y de procesos de decisión. Por ello, la construcción de ciudadanía de los vulnerables para volverlos ciudadanos capaces de decidir, independiente de cualesquier condiciones, es saludable a la concepción y ejercicio de libertad / autonomía, y, como consecuencia, de la propia democracia.

La Bioética no puede despreciar las condiciones socioeconómicas precarias y la vulnerabilidad de la mayoría de la población de los países periféricos, incluso porque se considera la búsqueda de integridad física y moral de los individuos como aspecto más relevante de su protección (OLIVEIRA, 2005, p. 63). Total que, además de no ignorar las cuestiones sociales, al considerar sus principios y finalidad, la Bioética debe actuar en la promoción de posibilidades que disminuyan tales desigualdades. Es en este contexto que la Bioética es capaz de aportar a la emancipación humana, vislumbrándose posibilidades de superación de las condiciones desfavorables de la vida, que empujan los sujetos a situaciones de distintas vulnerabilidades (RAULI, TESCAROLO, 2012, p. 25).

Además, la aplicación y la confrontación de principios de Bioética a los casos concretos son instrumentos poderosos para direccionar las decisiones en un bies éticamente adecuado. En este sentido, fundada en principios y conductas éticas fuertes y bien ajustadas, la Bioética de Intervención se pone a favor de grupos vulnerables en el objetivo de proporcionarles mejor calidad de vida. Mejor dicho, no quedan dudas que las condiciones experimentadas por los ciudadanos de países periféricos imposibilitan el ejercicio de libertad / autonomía, así

como su comprensión, y por tal razón, la Bioética de Intervención se compromete en la construcción de posibilidades para la superación de condiciones precarias, no solo en el campo de investigación, sino que también en el escenario político.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Se debe comprender a los apuntes teóricos de Michel Foucault y de la Bioética sobre la libertad / autonomía aquí expuestos desde el sujeto mientras agente detentor de la capacidad racional y actor ante las posibilidades de acción y alteración de relaciones establecidas. Así que el sujeto debe pensar y actuar y, mediante este proceso continuo, construir su libertad / autonomía. Luego, las libertades declaradas en la CR/88 no son garantías de que todos los ciudadanos las disfruten, aunque no sea posible descalificar tales declaraciones, las cuales, a su vez, son frutos de ardua lucha social.

En las concepciones expuestas, la libertad es una práctica, algo que es posible en el campo fáctico, mientras ejercicio por parte de sujetos. No se trata solo de una opción o elección, sino que también de una expresión, materialización de actitudes y prácticas. La Bioética, además de conferir al sujeto la adopción de acciones que reflejan decisiones racionales y adecuadas, también concede importancia a los dispositivos legales para garantía y usufructo de libertades. "La preservación de preceptos constitucionales como conductores de igualdad y garantía de libertad debe prevalecer sobre cualquier intención legisladora" (FABRIZ, 2003, p. 301). Pese que la defensa de libertades no esté por encima del propio sujeto y del respeto a su voluntad.

Por otra parte, para Foucault, el derecho es más un mecanismo de poder y a servicio del poder, para mantenimiento de

la orden. Se entiende la norma como regla disciplinaria, natural, que no afecta a la ley específicamente, pero la estandarización de comportamientos, modo de vida, trabajo y consecuencias (REVEL, 2011, p. 109) que se deben respetar.

En definitiva, los dispositivos legales, bajo la óptica de Foucault, no sirven para asegurar el ejercicio pleno de libertad, al revés, una vez que está al servicio del poder y de la orden, estos dispositivos implican en la restricción de libertad / autonomía. Las prácticas de libertad son posibilidades del sujeto ponerse delante de cualesquier relaciones sociales y de poder, en la búsqueda de promover rupturas, incluso ante el derecho, las reglas y los dispositivos legales.

Es importante destacar que la Bioética no hace ponderaciones sobre relaciones de poder, mientras una red en que todos los individuos participan mutuamente en el mismo sentido que Michel Foucault. No obstante, en especial la Bioética de Intervención considera las relaciones socioeconómicas desfavorables, vividas por poblaciones de países periféricos, que entienden el poder como factor determinante de la existencia de situaciones y sujetos vulnerables. En vista de la existencia de dominantes y dominados, vulnerables y no vulnerables, este campo del saber ve a la ética como un fuerte valor capaz de direccionar sus acciones para disminuir las desigualdades, diferencias y relaciones de dominación, incluso en el campo político. “Por encima de ideologías, esta división de la humanidad en dos grupos de proporciones desiguales introduce concretamente las ideas de humanidad y subhumanidad” (GARRAFA, PORTO, 2004, p. 42), razón por la cual la ética y los dispositivos legales son tan importantes.

Para Foucault, las instituciones y leyes no pueden asegurar la libertad de hombres (SAMPALIO, 2011, p. 227), pues la libertad

no se trata de un libre arbitrio, tan solo una elección, sino se manifiesta en la propia acción. Mientras que, a la Bioética, la autonomía se justifica como “principio democrático, en lo cual deben constar la voluntad y el consentimiento libres del individuo como factores preponderantes, visto que tales elementos se asocian directamente al principio da dignidad” (FABRIZ, 2003, p. 109). Esta concepción deja claro que los valores éticos y la observancia de dispositivos legales son fundamentales para este campo del saber, incluso, para que pueda actuar en la promoción de la disminución de condiciones desiguales que reducen o anulan la libertad / autonomía de los individuos.

Cabe resaltar que las concepciones de libertad / autonomía presentadas, aún ante relaciones de poder desequilibradas, como existencias en países periféricos, “cuando verdaderamente se puede decir que uno tiene todo el poder sobre otro”, este otro todavía tiene posibilidad de resistencia (FOUCAULT, 2004, p. 277). La resistencia al poder es la capacidad de discernir lo que oprime y la acción contraria del individuo oprimido contra el poder. Pero lo que no sufre tal opresión debe contribuir para ruptura de esta dominación, y actuar según técnicas de cuidado de sí, las cuales carecen de una elección racional y acción individual, que ponen tales cuestiones en ámbito político (FOUCAULT, 2004, p. 278). Para Bioética, las decisiones relativas a las rupturas en relaciones de dominación estarían insertadas en discusiones políticas, pues la inclusión social, capaz de disminuir las desigualdades, se trata de acción cotidiana y política, en que todos los actores sociales se insertan (GARRAFA, 2005, p. 129).

En fin, tanto con Michel Foucault como con la Bioética, sobre todo la Bioética de Intervención, solo es posible hablar en libertad / autonomía cuando los individuos no se sujetan

a las condiciones que, de algún modo, sea físico, psicológico o económico, los presionan o esclavizan. Situaciones que, incluso impiden y comprometen el ejercicio de libertad / autonomía. Por otra parte, tanto a la perspectiva de Foucault como a la perspectiva de la Bioética de Intervención, la libertad / autonomía no trata de un medio destinado a determinado fin, y sí de una práctica continua y ética de constitución del individuo y de la sociedad ante el mundo, en que los actores sociales participan.

Al considerar la realidad social y los referidos contornos teóricos, para Foucault solo se puede construir esta libertad / autonomía a partir de técnicas de cuidado de sí y de otros, los cuales son capaces de establecer lo que sería aceptable en una sociedad, y donde se formaría la resistencia efectiva en contra al poder establecido (FOUCAULT, 2004, p. 280), que rompe con estas relaciones y posibilita prácticas de libertad efectivas. En el mismo sentido, especialmente en países de desigualdades socioeconómicas, la Bioética de Intervención emerge como una herramienta que debe actuar para disminuir las desigualdades cívicas y ampliar la libertad de los ciudadanos, así como buscar priorizar las políticas públicas y tomas de decisión que privilegien la mayoría de personas, por períodos de tiempo más largos, y que resulten en mejores consecuencias colectivas (NASCIMENTO, GARRAFA, 2011, p. 294).

Tratar la libertad / autonomía mientras práctica continua y como una búsqueda efectiva de derechos, a fin de comprenderlas, pone a los individuos en un papel determinante y más activo en la construcción de la libertad, así como más solidario, pues otros sujetos que no se encuentran en situación de vulnerabilidad y/o dominación acaban por asumir una actitud constructiva y efectiva en este proceso. En el fondo, la libertad

/ autonomía sería básicamente efectividad política y social. Las necesarias alteraciones en el escenario político y social, incluso con el cumplimiento de deberes del Estado y, principalmente, la comprensión de individuos sobre este instituto como un proceso continuo y ético para disminuir las relaciones de poder y dominación, solo son posibles a partir del sujeto.

Foucault aporta a la construcción y percepción de lo que oprime individuos por técnicas de cuidado de sí que permiten rupturas necesarias, y aún convoca la sociedad, a través del cuidado de otros a actuar de modo ético, y buscar resistir y alterar tales relaciones. En especial, la Bioética de Intervención, tiende a la acción eficaz en el apoyo de acciones políticas y por investigación, en la defensa del ser humano y su dignidad, sea en ámbito individual o bajo el prisma social.

Para comprender la libertad / autonomía es necesario considerar el hambre, la pobreza, las amenazas al medio ambiente y otras formas de injusticias. Además, hay que conferir condiciones de participación política a la sociedad, así como exigir de ella una postura que fortalezca la idea de libertad, en vista de que la sociedad siquiera puede zafarse de su papel. En realidad, tanto la idea de cuidado de otros de Michel Foucault, como la intervención de la Bioética pueden apuntar a una dirección que debe llevar a la lucha política para garantizar la libertad. La adopción de las concepciones de libertad / autonomía, además de aquellas declaradas por medio de ley, confiere visibilidad a la lucha de ciudadanos que logran su inclusión social en un contexto amplio, desde la toma de consciencia sobre fuerzas y relaciones que los oprimen, hasta la acción concreta en oposición a ellas.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da bioética e do Biodireito. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito e medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 73.

BARBOZA, Heloísa Helena. Princípios da bioética e biodireito. In: *Revista de Bioética e Ética Médica*. Brasília, v.8, n 2, 2000, p. 209-216.

DECLARAÇÃO de Bioética de Gijón, adotada no I Congresso Mundial de Bioética, em Gijón, na Espanha, 20 a 24 de Junho de 2000. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/EticaDocRef/34.pdf>>. Acessado em 20.05.2014.

DREYFUS, H.; RABINOW, P. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1995.

ENGELHARDT, H. Tristram. *Fundamentos de Bioética*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1998.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Arqueologia do saber*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2012a.

_____. *Microfísica do Poder*. Org. Introd. e Rev. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Graal, 2012b.

_____. *Ditos e escritos: ética, sexualidade, política*. Tradução Elisa Monteiro e Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, v.V.

_____. *Em defesa da sociedade: curso no College de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GARCIA, Maria. Bioética e o princípio da autonomia: A maioridade Kantiana e a condição do autoconhecimento humano. In: GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo (orgs). *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63-76.

GARRAFA, Volnei. De uma “Bioética de princípios” a uma “Bioética interventiva – Crítica e socialmente comprometida”. *Agencia Nacional de Vigilância Sanitária*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.fanut.ufg.br/uploads/128/original_BIOETICA_COMPROMISSO.pdf>. Acesso em: 25 out 2014.

_____. Inclusão social no contexto político da Bioética. In: *Revista Brasileira de Bioética*. v.1, n.2. Brasília, 2005, p.122/132. Disponível em: <<http://www.bioetica.org:7080/cuadernos/bibliografia/garrafa.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2014.

GARRAFA, Volnei e PORTO, Dora. Bioética, Poder e Injustiça: Por uma ética de intervenção. In GARRAFA, Volnei e PESSINI, Leo (orgs). *Bioética: Poder e Injustiça*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 35-44.

GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito da personalidade. In: GOZZO, Débora

e LIGIERA, Wilson Ricardo (orgs). *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93-113.

GRECHI, Daniela. O conceito de autonomia e sua compreensão enquanto princípio bioético de respeito à autonomia. In: *Revista trabalho e Ambiente/Universidade de Caxias do Sul*. V.1. n 1. Jan/jun. 2002. Caxias do Sul: Educs, 2005, p.123-141.

MACKLIN R. Bioética, vulnerabilidade e proteção. In: Garrafa V, Pessini L, organizadores. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola; 2003. p. 59-70.

NASCIMENTO, Wanderson Flor do; GARRAFA, Volnei. Por uma vida não colonizada: diálogo entre Bioética de intervenção e colonialidade. In: *Saúde e Sociedade*. v.20, n.2, São Paulo, Jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010412902011000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 out. 2014.

NEWMAN, Saul. *Stirner e Foucault: em direção a uma liberdade pós-kantiana*. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5339/3821>>. Acesso em 19 de Julho de 2014.

OLIVEIRA, Guilherme de. Estrutura Jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica. In OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. 2ª ed. aum. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PETTIT, Philip. *Teoria da Liberdade*. Tradução de Renato Sérgio Pupo Maciel; coordenação e supervisão Luiz Moreira – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RAULI, Patrícia Maria Forte; TESCAROLO, Ricardo. Bioética, Vulnerabilidade e Educação. SANCHES, Mário Antonio e GUBERT, Ida Cristina (orgs). *Bioética e Vulnerabilidades*. Curitiba: Ed. UFPR: Champagnat, 2012, p.9-29.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. In: *Revista Bioética*. Nº 16 (1), 2008, p. 11/ 23. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/52/55>. Acesso em 15 de novembro de 2014.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ed. rev. Atual. Malheiros, São Paulo, 2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. A Vulnerabilidade do Transexual. SANCHES, Mário Antonio e GUBERT, Ida Cristina (orgs). *Bioética e Vulnerabilidades*. Curitiba: Ed. UFPR: Champagnat, 2012, p.85-102.

LA PROTECCIÓN DE EXPECTATIVAS: MECANISMOS PROCESALES Y DISCURSIVOS PARA GARANTIR LA EFICACIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES*

Carlos Luiz Strapazzon
Robison Tramontina

1. INTRODUCCIÓN

Las omisiones inconstitucionales que violan derechos fundamentales han sido muy discutidas en Brasil, sin embargo el tema predominante aún sea la integración judicial de lagunas o silencios legislativos. El constitucionalismo brasileño desarrolló garantías jurisdiccionales específicas para superar ese tipo de omisiones: lo destaque va para el *Mandado de Injunção* y para la *Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión*. Estas son garantías que, en los últimos 25 años, vienen recibiendo soluciones legislativas y jurisprudenciales evolutivas lo que, por su turno, viene definiendo mejor el papel institucional que tales institutos deben desempeñar en el sistema de derechos de Brasil. Es verdad que el alcance de la aplicación de esos institutos aún es cuestionado, en muchos sentidos, pero no hay más resistencias ideológicas cuánto a la identidad genética de ellos con el modelo de Estado Constitucional adoptado por Brasil.

* Este artículo es la versión revisada y ampliada de un paper para discusión en la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona, en la Facultad de Derecho de ESADE, Barcelona y en Universidad Autónoma de Barcelona. Una versión de este paper fue publicada en el Anuario Jurídico y Económico Escurialense, v. XLVI, p. 501-532, 2013. La elaboración de este artículo sólo fue posible gracias al apoyo institucional de la Unoesc.

Otras dimensiones de las *omisiones inconstitucionales*, más allá de las *omisiones legislativas*, son las *omisiones administrativas de políticas públicas* y estas también ya vienen siendo exploradas por investigaciones recientes y deben hacerse cada vez más importantes en los círculos especializados de investigaciones jurídicas. Este trabajo fue escrito para colaborar en el desarrollo de esta nueva corriente investigativa: la que quiere fuertes razones constitucionales para aceptar omisiones administrativas de los poderes públicos que afectan la eficacia de derechos constitucionales dependientes de prestación positiva. El desafío teórico e institucional, por lo tanto, pasa por la identificación de los medios para hacer evolucionar la protección y la promoción de la eficacia de los derechos fundamentales, ahora entendidos en la perspectiva de la Declaración de Viena.

Este trabajo pretende discutir esa carencia de *teoría garantista* de los derechos fundamentales a partir de especificidades de los derechos de seguridad social. A rigor, ese camino se justifica porque las *omisiones* son el punto opuesto de la eficacia de los derechos fundamentales *densamente prestacionales*. En este trabajo serán calificados de derechos fundamentales *densamente prestacionales* aquellos que demandan prestaciones de todos los poderes de la República, y también de la sociedad civil. Así, *densamente prestacionales* son los derechos fundamentales que, para su efectivación demandan *legislación, dotación de presupuesto, políticas públicas y actuación de la sociedad civil*. De ese tipo son los derechos fundamentales de seguridad social. Admitiendo, por lo tanto, que ninguna teoría de la eficacia de los derechos fundamentales puede ser desarrollada sin un adecuado tratamiento del sentido y del alcance de las *omisiones inconstitucionales*, el objeto preferencial de este estudio son las *expectativas jurídicas* y las omisiones en sede de derechos

fundamentales de seguridad social. Todo indica que para hacer progresar las soluciones que enfrentan el problema de las *omisiones inconstitucionales* en sede de derechos fundamentales *densamente prestacionales* será preciso superar los prejuicios cuanto al papel y la función que las *expectativas* desempeñan en el ámbito de los derechos fundamentales. La tesis principal del trabajo es que la teoría de los derechos fundamentales de seguridad social, así como de otros derechos fundamentales que, como esos, son *densamente prestacionales*, necesita revisar la funcionalidad de una de las más conocidas categorías del derecho, desarrollada en el seno del paradigma del derecho civil-liberal: la noción de *expectativa* de derecho. La necesidad de revisión da funcionalidad de esa categoría (las *expectativas*) en el interior de la teoría de los derechos fundamentales transcurre del hecho de la ciencia del derecho subestimar la naturaleza *imperativa* de las *expectativas* generadas por los *derechos fundamentales densamente prestacionales*.

2. EL CONTROL DE INJUSTIFICABLES OMISSIONES DE REALIZACIÓN DE EXPECTATIVAS DE DERECHO (1)

La definición clásica de Carlo Francesco Gabba, para los derechos adquiridos es que son una consecuencia de un hecho apto a producirlo en virtud de la ley del tiempo en el qual el evento ocurrió, aunque si la oportunidad de exigirlo no se haya presentado antes de la entrada en vigor de una nueva ley sobre el mismo objeto y que, en virtud de la ley, bajo el imperio de la cual el derecho se origina, de inmediato comenzó a hacer parte del patrimonio de los que los adquirieron (1868, p. 190-191). En buena medida, hay una importante tradición dedicada a distinguir distinguir claramente estos dos momentos: el de las

expectativas y el de los *derechos exigibles*, o sea, de los derechos adquiridos. Sin embargo, es necesario ver que muchas innovaciones institucionales, doctrinarias y jurisprudenciales cambiaron las cosas. En nuestros días, no se necesita de estar delante de la violación de un derecho *adquirido*, en el sentido de Gabba, para haber el derecho de exigir actuación judicial. Incluso si solo hay una situación de expectativas de derecho es posible hablar de *derecho de exigir algo*. En breve, las *expectativas de actuación* son, actualmente, mucho más importantes que cuando Gabba escribía su prestigioso discurso. El reconocimiento de que las *expectativas* de realización de una acción importan, y mucho, para las ordenes jurídicas democráticas de nuestros días es algo estable. Por ejemplo, hace mucho tiempo que el paradigma civilista admite institutos *reparatorios* y *punitivos* a servicio de los derechos violados por *omisiones* que atenten bienes jurídicos (públicos y privados). Ahí están la *indemnización* (esfera civil) y la *pena* (esfera criminal).

En el paradigma liberal la *omisión* se hizo *penalmente* relevante. Los ordenamientos jurídicos democráticos admiten que se alguien tiene la *obligación jurídica de cuidar, de proteger o de vigilar*, y no cuida, no protege, ni vigila, puede estar cometiendo un ilícito penal si la omisión es voluntaria (consciente) o fruto de un descuido injustificable. También es penalmente relevante la omisión cuando alguien asume la *responsabilidad de impedir un resultado* sancionado por el derecho penal y, *no impide*; o, aún, cuando el comportamiento *crea el riesgo de la ocurrencia* de resultado penalizado y, más una vez, el sujeto *no actúa* para evitar la concretización de ese resultado.¹ Hay situaciones análogas

¹ Código Penal brasileño, Art. 13 § 2º.

previstas hasta en tratados de derechos humanos², para casos en que la conducta omisiva *frustra expectativas* socialmente muy importantes, del bienestar de niños que están en *situación más vulnerable*. Véase el régimen jurídico específico del deber *objetivo* de cuidado que se requiere de los padres con respecto a los hijos menores. Esto es algo que tiene especial importancia para nuestro argumento. Es que evidencia que el ordenamiento jurídico internacional reconoce a existencia de ciertas circunstancias de facto (el fato de la familia) y atribui a tal situación un deber jurídico de *acción* que gera un *derecho* de recibir pagos, bajo pena de medidas restrictivas de libertad. O sea, hay en la tradición jurídica la prevision de *punición* para casos de *omisión injustificable* del *dever* objetivo de agir y, sobretudo, en casos de personas en situación de especial vulnerabilidad.

El instituto de la *responsabilidad civil* es también importante para nuestras discusiones aquí. Es ampliamente reconocido que la *responsabilidad civil* es instituto que se desarrolló en el paradigma civilista como medio de proteger los bienes jurídicos particulares de aquellas acciones y *omisiones* que, por negligencia, imprudencia o impericia, violan derechos y *causan daños*³ a bienes jurídicos *civiles*. En ese ámbito, la omisión es jurídicamente relevante (Dias 2006, p. 150), si hay nexo de causalidad entre el daño y el comportamiento *negligente*, es decir, si alguien *no toma* las precauciones exigibles y deja de hacer lo que, por buen sentido, sea *factible* y al mesmo tiempo sea un *dever jurídico*. La sanción civil reparadora se justifica como

² En el artículo 7, ítem 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, esta escrito que: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.

³ Código Civil brasileño, Art. 186.

medio de equilibrar el ejercicio de los derechos civiles y de las libertades individuales de modo a que nadie sea autorizado a causar daños en el patrimonio jurídico ajeno. Es una especie de regla de justicia conmutativa, basada nel classico “*do ut des*”, pero en sentido contrario. Lo mas importante, para los fines de este trabajo, es que el instituto de la responsabilidad civil, como el de la sanción penal, contiene el dever de *reparación de daños* causados por *omisiones*.

Desde un punto de vista historico, és muy claro que la aplicación de esos institutos evolucionaram mucho también en las relaciones con el Estado. Paulatinamente, a partir de la época moderna, el Estado empezó a perder sus inmunidades premodernas ante sus actos abusivos, sus errores y sus *faltas* que causan danos a los particulares. El paradigma civilista, como se sabe, fue afirmativo de los derechos civiles y de las libertades individuales. Llevar al control judicial las *acciones* y *faltas*⁴ de la administración pública representó, tanto en Brasil, como en todo el mundo democrático, importante superación de antiguos argumentos autoritarios (*razones de Estado, irresponsabilidad estatal, supremacía del interés estatal*).

Actualmente, esta claro que *daños que transcurren de omisiones* calificadas como *negligencia estatal* en supervisar faltas en servicios a que, por ley, el Estado está obligado a actuar, son pasibles de responsabilización reparatoria. Y segundo el derecho amnistrativo, los daños del Estado pueden ser causados no solamente en caso de *omisión*, sino que por actuación *insuficiente* (tardía o incompleta) (Bandeira de Mello, 2011). En un y en otro caso, la actuación *negligente/desidiosa* de la administración és lo que justifica la *responsabilización* del daño. En casos así, lo *no*

⁴ Constitución de la República Federativa del Brasil, Art. 37 § 6°.

hacer de la administración sumete el Estado al mismo principio de responsabilización que el paradigma civil-liberal desarrolló para ser aplicado en las relaciones entre particulares, en sus obligaciones privadas, o sea: al principio de la reparación a daños, según el cual la persona (física o jurídica) que no cumple un deber por acción o *omisión* voluntaria, negligente, imprudente, o sin la apropiada pericia técnica, viola el derecho⁵, puede causar daños de diversos tipos y esta sometida a medidas de coacción jurisdiccional.

Pero esto no es todo. Hay medios jurídicos muy estables que son importantes para comprender mejor el régimen de control de las omisiones cuando hay *expectativas* de derechos, que es lo que nos interesa por ahora. En Brasil, por ejemplo, hay garantías jurisdiccionales creadas con el propósito de *prevenir* posibles *omisiones* dañosas. Véase, por ejemplo, la aplicación de la garantía procesal de la *tutela inhibitoria positiva*. Esa es una garantía jurisdiccional vigente en el derecho brasileño para que alguien pueda buscar, en juicio, protección *preventiva de ilícito* o *de daño*. La *tutela inhibitoria positiva* es un orden judicial constitutivo de un deber de actuar. O sea, habiendo omisión indebida, es providencia judicial para que *el sujeto omiso no permanezca en el estado de inercia* (se evidenciado que ese estado, que aún no causó daños está, por su naturaleza, en la inminencia de causarlos). Siempre que la futura o continuada omisión genera una circunstancia de real peligro de daño, el pedido de *tutela inhibitoria positiva* es la medida hábil para provocar la jurisdicción y prevenir el titular de la expectativa de acción. Es medida para proteger alguien de las consecuencias ilícitas, o dañosas, que advinieran de ese estado de desconsideración

⁵ Código Civil Brasileño, Art. 186.

de la otra parte. Imaginar que la tutela inhibitoria solamente puede imponer un no-hacer (tutela inhibitoria negativa) es olvidar que el propio derecho procesal⁶ da al juez *el poder de imponer un hacer* cuando fue pedido un no hacer con el objetivo de viabilizar una tutela jurisdiccional más efectiva.⁷

Otro buen ejemplo de garantía jurisdiccional contra *omisiones* es el instituto procesal de los *embargos declaratorios*. Esa conocida garantía procesal del derecho brasileño también sirve para proteger los jurisdicionados contra *omisiones*, ahora de pronunciamientos judiciales⁸ en los autos de un proceso. Poco importa si la omisión es voluntaria o no. Es el instituto que garantiza el derecho al pronunciamiento judicial íntegro en relación a los pedidos llevados a la justicia.

De eso todo se extrae que la tradición civilista-liberal reconoció que las omisiones pueden ser ilícitas y/o causar daños. En esa medida, reconoció que las omisiones pueden herir derechos civiles (justicia en la esfera privada) y pueden agredir bienes jurídicos de acentuado interés público (protección de personas vulnerables), razón por la cual las expectativas de actuación están bien protegidas por sanciones penales (justicia en la esfera pública), como pueden, además de eso, suscitar ciertos derechos procesales.

El control judicial de las *omisiones ilícitas* y/o que *causan daños* es asunto bien conocido e intensamente movilizado por las leyes y por los tribunales. El paradigma civil-liberal reconoció, por todo lo que fue visto, que las *omisiones* pueden violar derechos fundamentales. Se debe admitir, entonces, que las *omisiones*, en el ámbito de la tradición civilista, son ampliamente

⁶ Código Procesal Civil, Art. 461 y Código de Defensa del Consumidor, Art. 84.

⁷ Marinoni (2011).

⁸ Código Procesal Civil, Art. 535, II.

te regidas por un sistema de principios y reglas destinadas a (1) las prevenir; (2) a garantizar reparación de daños por ellas causados y (3) a sancionar los omitentes.

Hay, a buen seguro, un edificio jurídico civil-liberal de las omisiones. Ese edificio hay de ser el punto de partida de la teoría de las omisiones en el ámbito de los *derechos fundamentales densamente prestacionales*. El ejercicio regular de derechos en el Estado constitucional, que es formado por un complejo sistema de derechos constitucionales, necesita recibir esa tradición civilista. Sólo así la teoría del Estado constitucional podrá cumplir la agenda de la indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos fundamentales.

3. FRUSTRACIÓN DE EXPECTATIVAS IMPERATIVAS

Tras analizar los varios matices de las *omisiones que causan daños*, es indispensable discurrir sobre el régimen jurídico de la segunda forma de omisiones, las que *frustran expectativas*. Por la orientación dada por la versión más conservadora de los derechos civiles-liberales, el concepto, la función y las consecuencias decurrentes de *expectativas* no se confunden con el concepto, la función y las consecuencias decurrentes de los derechos subjetivos. Esa tradición se acostumbró a admitir una naturaleza, por así decir, *psicológica* de las expectativas (especie de estado de ánimo). Por otro lado, admitió la naturaleza *objetiva* de los derechos (especie de derecho positivo). Para esa tradición, la *frustración de expectativas, prima facie*, no puede ser justicializada, dada su naturaleza externa al ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia brasileña que será analizada a continuación suministra evidencias suficientes para cuestionar el uso

clásico de la noción de *expectativas* en derecho. La *expectativa*, actualmente, es categoría que no se restringe a la condición de antecedente de un *derecho*, como ordenó el paradigma civil-liberal. La jurisprudencia brasileña ya aplica una noción fuerte de *expectativa* y los *efectos jurídicos* a ella atribuidos son, por así decir, *imperativos*. Actualmente es posible decir que hay, en derecho, *expectativas imperativas*; son *expectativas* que asumieron naturaleza jurídica de derecho subjetivo. La teoría del derecho privado⁹ está sensible a esa innovación, que en nombre de la *protección de la confianza*, quiebra un paradigma histórico y permite ampliar la noción de derecho subjetivo y de tutela judicial de la confianza. Hay, sin embargo, mucho a ser hecho para que la dogmática de los derechos fundamentales densamente prestacionales reciba esas novedades. El estudio de casos puede iluminar el camino.

Caso constitucional ejemplar de aplicación de la noción de expectativa con efecto imperativo es el juzgado, del Supremo Tribunal Federal brasileño, de la Arguición de Descumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) n. 167-6. El tema dice respeto con la competencia recursal (u originaria) del Tribunal Superior Electoral para juzgar el Recurso Contra Expedición de Diploma (RCED). En ese caso, un partido político (el PDT) reclamó revisión jurisprudencial de decisión del Tribunal Superior Electoral frente a “texto claro y preciso” de regla constitucional de competencia recursal, la extraída del Artículo 121 § 4º, III. A pesar del texto constitucional ser explícito cuánto a la competencia recursal (y no originaria) del Tribunal Superior Electoral, el Supremo Tribunal Federal, en decisión plenaria y por mayoría, entendió que la regla

⁹ Ver, cuánto a eso, el excelente trabajo de Gerson Luiz Carlos Branco (2002).

constitucional invocada no podría prevalecer. Dos razones fueron apuntadas: la primera, relativa a la seguridad jurídica; la segunda, relativa a la naturaleza jurídica del referido § 4º del Artículo 121 de la Carta Mayor. Por esa última razón la Corte entendió que el § 4º del Artículo 121 no tiene naturaleza jurídica de *precepto fundamental* del sistema constitucional brasileño. Por eso (razón preliminar), el caso no sería de analizar por vía de ADPF. De acuerdo con la primera razón — determinante para generar la convergencia de comprensiones — seguir el § 4º del Art. 121 sería contrariar las *justas expectativas* de los jurisdicionados, que ya vienen establecidas y mantenidas a lo largo de cuatro décadas de firme jurisprudencia electoral. Ese argumento fue invocado en el voto del ministro José Delgado, proferido en el Tribunal Superior Electoral. El Ministro del TSE acordó que hace más de 40 años la jurisprudencia del Tribunal Superior Electoral sostiene la comprensión de que, por simetría constitucional, el órgano que juzga el pedido de registro de candidato, y expide el diploma de los electos, no debe juzgar el recurso contra el acto de la diplomación. Ese sería, de hecho, una comprensión ultra sedimentada (p. 643) en la jurisprudencia brasileña. El Ministerio Público Federal acompañó la decisión de la Corte. Entendió que eran fortísimas las razones de mantenimiento de la jurisprudencia impugnada con miras a el hecho de que ella se cristalizó, hace más de cuatro décadas, de tal modo que los actores políticos relevantes tienen pautado en ella su actuación (Procuraduría General de la República. ADPF 167. Parecer n. 448. 17.09.2009). El Plenario del Supremo Tribunal Federal y el parecer de la Procuraduría General de la República no hesitan: debe la Justicia mantener la orientación jurisprudencial de cuarenta años, aunque contra la letra de la Constitución de la República.

Todo parece indicar que las expectativas de los protagonistas electorales no eran *meras expectativas*, pero expectativas tan vinculantes que deberían prevalecer, en caso de eventual conflicto con regla constitucional de competencia jurisdiccional. La jurisprudencia reconoce, como se ve, que una situación jurídica que se consolida a lo largo de mucho tiempo de práctica reiterada crea *legítimos derechos subjetivos*. Y eso no sólo en el caso de haber jurisprudencia uniforme sobre el tema, dado que por este ángulo se podría decir que la expectativa fue generada por el propio Estado, por vía de la interpretación oficial del derecho. No. La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal ha reconocido que la administración pública también se sujeta a reconocer derechos subjetivos creados por la simple fluencia de largo periodo de tiempo de tolerancia con una determinada práctica social. Al tolerar, por largo plazo, una práctica, el Estado “culmina por consolidar justas expectativas en el espíritu del administrado y, también, por infundir, en él, la confianza de la plena regularidad de los actos estatales practicados” (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental en Mandado de Seguridad n. 28.821-DF. 14/06/2011).

Hay por lo menos dos usos regulares del término *expectativa*, como se desprende de las decisiones anteriores: por un lado, hay *mera expectativa* y, por otro, *justas expectativas*. La jurisprudencia de los tribunales superiores distingue de modo explícito una de la otra. Lo que se va evidenciar ahora es el sentido fuerte que la expresión *justa expectativa* asumió en la jurisprudencia brasileña.

La jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia adopta la noción de justas expectativas en cuestiones que envuelven, sobre todo, responsabilidad civil por acto u omisión irregular

de particulares. Aplica, en esos casos, lo que se denomina de “*doctrina de la pérdida de una oportunidad*”. Para el referido Tribunal, “desde que esa sea razonable, seria y real, y no solamente fluida o hipotética” las *expectativas* son justas y puede haber lesión indemnizable en caso de frustración injustificada (Superior Tribunal de Justicia. Recurso Especial n. 1190180-RS. Ponente: Min. Luis Felipe Salomão. 16.11.2010). El derecho de las relaciones civiles, por lo tanto, distingue la mera expectativa de aquellas otras, “más; serias, reales y razonables”. Estas aparecen siempre que alguien, pudiendo evolucionar para una posición jurídica más ventajosa, tuvo el curso normal de los acontecimientos interrumpido por acto ilícito de tercero. Ese ilícito, por todo que se sabe, puede ser una omisión.

Hay otras ocasiones para aplicación del argumento de las *justas expectativas o expectativas legítimas*, como categoría diferenciada de *expectativas*. Se trata de su uso en el ámbito de las relaciones de trabajo. En ese ramo es bien asentado, por ejemplo, el uso del argumento de la buena-fe objetiva. Es concepto que se aplica anchamente, tanto en las relaciones pre contractuales, cuánto en las contractuales y post contractuales.

En el ámbito de las relaciones laborales pre contractuales,

[S]i la parte que deja de celebrar el contrato, después de generar en la otra la justa expectativa de que iría a concluirlo, desatiende el deber de lealtad, como también los deberes instrumentales de información, de aviso y esclarecimiento, siendo pasible de notar el correspondiente daño.¹⁰

Y más, “la responsabilidad post contractual tiene como fuente la buena-fe objetiva. La confianza requiere la protección,

¹⁰ Baracat (2003, p. 123).

en el periodo subsecuente al de la protección del contrato de las expectativas provocadas en su celebración [...] ¹¹

Pero no es sólo en las relaciones contractuales que el concepto se aplica en el derecho del trabajo. El caso de la estabilidad provisional (o no) de los miembros electos como suplentes de una Comisión Interna de Protección contra Accidentes es bueno ejemplo de aplicación, por el Supremo Tribunal Federal, del concepto de *justas expectativas* en otro ámbito, lo de la representación profesional en el ambiente de trabajo.

Así que publicada la Carta de 1988, había dudas sobre se la inmunidad provisional contra el despido arbitrario, o sin justa causa, garantizada para los empleados que ocupan cargos de dirección en las Comisiones Internas de Prevención de Accidentes (CIPA). La polémica era la causa de la pretensión laboral de extender tal estabilidad provisional, igualmente, a los miembros suplentes de la CIPA. Es correcto que los suplentes no tienen las mismas atribuciones de los titulares, aunque, a la primera vista, sólo los que ocupan cargo de dirección (es el texto del Artículo 10, II, a, de el ADCT de la Constitución de la República) deberían aprovechar esa protección especial. En una lectura textual, el suplente tendría la *mera expectativa* de estabilidad, pues no “dirige”, efectivamente, una CIPA; lo que el suplente tiene, *prima facie*, es mera expectativa de la dirigís.

Esas son hipótesis. La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal entendió que esa expectativa de derecho del suplente de la CIPA, no es *mera*, pero especial, o justa. Por eso decidió que “desatender esa garantía y permitir el despido arbitrario o sin justa causa [de suplentes] sería [frustrar] la expectativa de derecho de aquel que, eventualmente, podrá venir a ejercer

¹¹ Baracat (2003, p. 134).

la titularidad del cargo” (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario n. 205.701-SP. Ponente: Min. Maurício Correa. 01.12.1997. Segunda Turma).

Como se ve, la doctrina de las justas expectativas, o de las expectativas legítimas — razonables, serias y reales, es decir, fundadas en la buena-fe, en la ética y en la seguridad jurídica — ya no puede ser tratada como cuestión de mera hipótesis teórica: es noción ampliamente adoptada por la jurisprudencia brasileña. Su aplicación comprende las relaciones políticas, civiles, administrativas y laborales; o sea, los dominios de los contratos de derecho privado, de los actos unilaterales, de los contratos de derecho público y de los contratos de derecho social.

Es evidente que tal orientación es construcción jurisprudencial a desafiar el sentido ético de los contratos y de los actos unilaterales de cualquier persona jurídica, al menos tal como desarrollado más tradicionalmente por el paradigma civil-liberal.

Parece evidente, también, que en todos los casos en que el concepto de *justas expectativas* fue invocado, no era sólo un interés particular que estaba en cuestión. En todos los casos, la jurisprudencia buscó resguardar la fuerza jurídica de los actos y contratos desde que adecuados a una correcta concepción de bien común, o sea, a una concepción que no tolera un uso arbitrario del derecho.

Esa actuación de la jurisdicción en defensa de *justas expectativas* — y no sólo de derechos — o sea, la actuación de la jurisdicción en defensa de una noción ampliada de *bien jurídico*, parece ser en todo, y por todo, perfectamente captada por la categoría de las *expectativas imperativas*, cuando aplicada en el ámbito de los derechos fundamentales *densamente prestacionales*. En ese contexto las expectativas transcurren de los principios del sistema de derechos constitucionales, principios que son

admitidos como normas jurídicas y que necesitan, por eso, ser efectivadas en la mayor medida posible, por los poderes de la República (órganos legislativos, instituciones de garantía) y por la sociedad.

4. JUSTAS EXPECTATIVAS

Las *omisiones inconstitucionales* relevantes, es decir, que obstan la efectivación de los derechos fundamentales de seguridad social, no tienen naturaleza sólo legislativa. Aunque la integración judicial de omisiones legislativas contemple un evidente aspecto innovador — y, seguramente, impulsor de la eficacia de esa categoría de derechos fundamentales — la arena legislativa (y el respectivo deber de prestación legislativa) es sólo, y tal vez, la primera forma de satisfacer las *expectativas* de efectivación de esos derechos fundamentales. La prestación legislativa, a rigor, es sólo la forma civil-liberal de responder a esas expectativas.

Omisiones relevantes, y que afectan la eficacia de los derechos fundamentales de seguridad social pueden ocurrir, igualmente, en la arena civil. Las *omisiones civiles* son poco exploradas por la dogmática de los *derechos fundamentales densamente prestacionales*. Eso porque la complejidad y grandeza de la naturaleza prestacional de esos derechos es sub dimensionada por la teoría de los derechos fundamentales. Hay una fuerte inclinación de la doctrina jurídica en atribuir al Estado los deberes prestacionales de seguridad social. Lo que es absolutamente correcto, dada la profusión de reglas y principios que constituyen obligaciones para el ente estatal. Por otro lado, casi nada se dice cuánto a los deberes de los particulares para con el sistema de seguridad.

Véanse, para ilustrar, las obligaciones de hacer que el orden jurídico dirige a empleadores, en las relaciones de trabajo. Hay muchas obligaciones de ese tipo destinadas a proteger, por ejemplo, la *salud* de los trabajadores. Es evidente que toda omisión en relación a ese tipo de obligaciones es *ilícita* y puede *causar daños* a derechos fundamentales. El control judicial de esas omisiones, en Brasil, es plenamente institucionalizado, especializado y justificable. Injustificable es, sin embargo, atraillar esas *omisiones* exclusivamente a los derechos fundamentales del trabajo cuando, por evidente, atentan también los derechos fundamentales de seguridad social. Las omisiones civiles pueden ocurrir también en el ámbito de las relaciones jurídicas tributarias. En ese caso, como decurrencia del deber universal de financiación solidario del sistema brasileño de seguridad social. Omisiones en relación al costeo del sistema no son sólo *ilícitos tributarios*, pero evidentes *ilícitos contra la seguridad*.

Además de la arena legislativa y civil, mucho afectan la eficacia de los derechos fundamentales de seguridad social las *omisiones* de la arena *administrativa*, aunque el Estado asume, ante el concierto internacional de naciones, el deber de *implementación progresiva* de los derechos fundamentales sociales.¹² Y en el ámbito del derecho interno, el Estado democrático asume el gravamen de ser *responsivo*, o sea, de no ser omiso frente a las expectativas de concretización de derechos fundamentales.

Todo parece indicar que, en sede de derechos fundamentales sociales, un adecuado tratamiento de las *omisiones* y de las *prestaciones insuficientes* puede suministrar elementos capaces de esclarecer cuáles son las circunstancias causadoras

¹² ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, Art. 2°.

de *restricción tolerable*. O sea, el delicado tema de la *violación* del núcleo esencial de los derechos fundamentales *densamente prestacionales*, como son los de la seguridad social, demanda un abordaje teórico propio en relación al problema de las *omisiones* y de las *prestaciones insuficientes*. Pero el punto de partida de este abordaje hay de ser una teoría de las expectativas adecuada a la *naturaleza prestacional de los derechos a la salud, a la previsión social y a la asistencia social*; y (2) capaz de iluminar la actuación judicial delante de omisiones *excesivamente restrictivas o violadoras* de esos derechos. Ese parece ser un aspecto céntrico de la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales.

5. DESVINCULACIÓN DE RECETAS TRIBUTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La DRU es un instituto brasileño de Desvinculación de Recetas de la Unión Federal. Es una autorización constitucional para el Gobierno de la Unión aplicar hasta 20% de la receta constitucionalmente vinculada de la Unión (obtenida con impuestos y contribuciones) en gastos o inversiones que juzgar pertinentes.¹³ Es un mecanismo de cambio de prioridades: recetas que deberían ser aplicadas en objetivos de Estado, determinados por la Constitución originaria, pueden, con autorización de la enmienda constitucional que creó la DRU, ser aplicadas en objetivos determinados por el Gobierno de ocasión.

A pesar de haber sido creado el año de 1994, con cláusula de vigencia para sólo dos años, el mecanismo de Desvinculación de Recetas de la Unión (DRU) viene siendo sistemáticamente prorrogado por medio de sucesivas Enmiendas a la Constitu-

¹³ Brasil (2010, p. 26 y sig).

ción. La desvinculación de recetas recibió diversas denominaciones y pasó por cinco prórrogas: FSE – Fondo Social de Emergencia: 1994 y 1995; FEF – Fondo de Estabilización Fiscal: 1996 y 1997 (1º sin); FEF (prórroga): 1997 (1º sin) a 1999; DRU – Desvinculación de Recetas de la Unión: 2000 a 2003; DRU (1ª prórroga): 2003 a 2007; DRU (2ª prórroga): 2008 a 2011; DRU (3ª prórroga): 20011 a 2015. Esa última edición de la DRU fue aprobada por la Emienda Constitucional n. 68, de 21.12.2011 y se convirtió en el Art. 76, del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitórias de la Carta Constitucional, donde se lee:

Es desvinculado de órgano, fondo o gasto, hasta 31 de diciembre de 2015, 20% de la recaudación de la Unión de impuestos, contribuciones sociales y de intervención en el dominio económico, ya instituidos o que vengán a ser creados hasta la referida fecha, sus adicionales y respectivos acrecimos legales.

Permanecen intactas algunas distorsiones históricas, como a que ocurre con los recursos del PIS/PASEP destinados a la financiación de programas de desarrollo económico, por medio del BNDES. La desvinculación sustrae 8% del total de los recursos del PIS/PASEP legalmente destinados a ese fin. “[E]sa parcela no retorna al patrimonio del FAT”.¹⁴

En el encaminamiento que hizo de la Propuesta de Emienda a la Constitución, visando prorrogar la vigencia de la DRU hasta 31 de diciembre de 2011 (PEC n. 50, de 23.4.2007), el Poder Ejecutivo resaltó – en la Exposición de Motivos nº 46/MF/MP, de 13 de abril de 2007 – que la prórroga de la DRU hasta 31.12.2011 habría dos finalidades precipuas: la racionalización de la gestión presupuestaria, y garantizar un

¹⁴ Brasil (2011, p. 9).

grado mínimo de autonomía en la definición de prioridades y en la gestión presupuestaria, ya que la DRU respondió por 58% de los recursos libres de la Unión. Según los Ministros de la Hacienda y de la Planificación, la DRU *no ha impedido la expansión* de programas sociales, y citan como ejemplo la expansión del Programa Bolsa-Familia y del FUNDEB. Pero lo que es importante, realmente, es la afirmación de que las prioridades del gobierno, con la DRU, son dos: alocar recursos en a) obras de infraestructura y b) constituir el ahorro necesario para la reducción de la deuda pública.

En el Parecer n. 1.080, de 15.11.2007, el líder del gobierno, Senador Romero Jucá (PMDB) amenizó: explicó para el Senado de la República que la PEC 89 (origen da EC 56/2007), y la prórroga del DRU hasta 31.12.2011 habrían tres finalidades precipuas: la ubicación de recursos para *generación de ahorro necesario a la reducción de la deuda pública; financiación del Programa bolsa familia y el Fundeb.*

Bien, la PEC n° 61, de 2011, de autoría del Poder Ejecutivo, que propone la prórroga de la DRU hasta 31 de diciembre de 2015, va además. Según la exposición de motivos (EM Interministerial n° 00104/2011/MP/MF, de 8 de junio de 2011), *“la coyuntura de Brasil urge inversiones y respectivas fuentes de financiación, a fin de adecuar la infraestructura del País a las exigencias internacionales correlatas a la Copa del Mundo de 2014 y a las Olimpiadas de 2016.”* Si antes el compromiso público del gobierno era con el incremento de políticas sociales, inversiones en infraestructura y reducción de la deuda pública, ahora la DRU se destina, precipuamente, ja obras de infraestructura para financiar grandes eventos deportivos!

Como se nota, la DRU libera el gobierno federal para usar 20% de recetas constitucional y legalmente vinculadas. Y más,

el destino de esos recursos no es el desarrollo de programas sociales constitucionalmente vinculantes. Esa introducción es necesaria para bien comprender como viene actuando la jurisprudencia brasileña para garantizar *expectativas imperativas*, como son las decurrentes de recetas tributarias vinculadas a la efectivación de políticas de seguridad social. Los desdoblamientos de ese tema en la jurisprudencia del STF pueden ser incautados a partir de tres decisivos juzgados.

El primero es de 2009. Se trata del *leading* case RE 537.610, Rel. Min. Cezar Peluso, juzgado en 1º.12.2009, Cámara Segunda, DJE de 18-12-2009. En ese caso la Cámara asentó que: “No es inconstitucional la desvinculación de parte de la recaudación de contribución social, llevada a efecto por enmienda constitucional.”

El tema volvió al STF dos semanas después, en el RE 537.668/RS, juzgado en 14.12.2009, ahora como Ponente el Min. Carlos A. Britto. Las razones, neste juzgado, no son sólo formales, como en el voto del Min. Peluso. El Magistrado es categórico en afirmar que la destinación de los recursos no fue comprometida.

[La] destinación de 20% de la recaudación de contribuciones sociales para el Fondo Social de Emergencia [...], no afrontó ninguna cláusula pétrea [...].

5. *En esa contextura, el cambio de la destinación de parte de los recursos recaudados no des natura la finalidad de las contribuciones sociales en cuestión (PIS, Cofins y CSLL), que permanece siendo a de financiar la seguridad social, conforme establece el caput del art. 195 del Magno Texto.*

Más recientemente, el Min. Ricardo Levandowski, en el voto proferido en el juicio del RE 596.724-DF, en 23/03/2010, concluyó lo siguiente:

La jurisprudencia de esta Corte se firmó en el sentido de que la desvinculación de parte de la receta de las contribuciones sociales, en los términos del art. 76 del ADCT, es constitucional, conforme se observa de la del RE 537.610/RS, Rel. Min. Cezar Peluso. [...]. En el mismo sentido, las siguientes decisiones: RE 537.668/RS, Rel. Min. Carlos Britto.

No hay duda jurídica: la DRU creó impuesto innominado; y peor, desvía recursos de la Seguridad Social para fines que no dicen respecto a programas sociales, como está claro en los Mensajes Interministeriales antes analizados. Sin embargo, la jurisprudencia del STF viene reafirmando — vea voto del Min. Levandowski — que la desvinculación no viola la Constitución porque el Supremo ya tendría pacificado comprensión sobre el asunto.

Eso no está correcto. Lo que está pacificado es la comprensión (equivocada) del Supremo Tribunal Federal de que la DRU no genera innovación tributaria. Sin embargo, la Corte no discutió, en sesión plenaria, la constitucionalidad de la desnaturalización jurídica de las contribuciones sociales promovida por el desvío de recetas constitucionalmente vinculadas. El desvío de finalidad constitucional es reconocido, incluso por el área técnica de acompañamiento de la ejecución presupuestaria de la Cámara de los Diputados. En informe emitido en noviembre de 2011, Claudio Riyudi Tanno y Túlio Cambraia, de la Consultoría de Presupuesto y Fiscalización Financiera de la Cámara de los Diputados, afirman el siguiente:

[U]n de los principales efectos de la DRU es transferir recursos del presupuesto de la seguridad social para el presupuesto fiscal de la Unión. [...] Hasta aquel año [2008], inclusive, el valor que era retirado del presupuesto de la seguridad social era

mayor del que el montante transferido del presupuesto fiscal para suplir las necesidades de financiación del presupuesto de la seguridad social. Eso significa que sobrarían recursos en el presupuesto de la seguridad social si no fuera la incidencia de la DRU sobre sus recetas.¹⁵

8. EXPECTATIVA IMPERATIVA: CATEGORÍA-LLAVE DE LA TEORÍA BRASILEÑA DE LOS DERECHOS DENSAMENTE PRESTACIONALES

Las *expectativas*, normalmente, son dadas como externas al derecho. Eso quiere decir que la categoría ha sido útil en el desarrollo de análisis sociológicas, tal vez más hasta que al desarrollo de la dogmática o de la teoría general del derecho. Un importante ramo de la teoría sociológica, denominado de escuela funcionalista, dio amplia aplicación al concepto, con el intuito de realizar un análisis del derecho mientras sistema autopoietico, componente esencial de un sistema social complejo. Ese uso sociológico, útil para la investigación del derecho y de sus funciones en el sistema social, ha poco efecto en los esfuerzos para comprender las funciones de la jurisdicción en la tutela de los derechos fundamentales densamente prestacionales.

Pero, la aplicación de las expectativas que de hecho interesa aquí es la que le toma como categoría *justiciable*. Hay algunas áreas que especializaron el uso de ese término y que, seguramente, sensibilizaran la jurisprudencia. Una es el área del derecho contractual (civil, laboral, consumo) en especial las discusiones sobre la protección de las relaciones pre contractuales. La otra es la del derecho administrativo, con aplicación innovadora del concepto en las relaciones de tolerancia fiscales

¹⁵ Brasil (2011, p. 5).

y de poder de policía del Estado para con situaciones aparentemente ilícitas de los administrados. En esos casos, como ya se ha visto, la expectativa protegida es la decurrente de la protección de la confianza establecida entre las partes. En los dos casos lo que se anhela es la no turbación del *status* alcanzado por las partes, si ese *status* transcurre de relacionamiento basado en la buena fe de las partes. Ahí se encuadran situaciones como la del beneficio fiscal inválido, la seguridad del consumidor en faz del riesgo del consumo de masa, la tolerancia del locador para situaciones no previstas en el contrato, la tolerancia de la administración pública para con prácticas irregulares, sin embargo de bajo efecto lesivo al interés público. Esas variaciones interesan mucho a la teoría de los derechos fundamentales de seguridad social, visto que revelan una aplicación innovadora de la noción de *expectativa*, de modo a protegerla como verdadero derecho subjetivo.

La teoría garantista del derecho, que es una teoría general del derecho y de la democracia constitucional, sin embargo, elevó la categoría de las expectativas al primer nivel de importancia. La razón de eso no es meramente especulativa. Es que, como demuestra Ferrajoli en su reciente obra,¹⁶ las expectativas desempeñan un papel céntrico para la comprensión de la fenomenología del deber-ser constitucional. Esto es, seguramente, un abordaje que mucho interesa a una teorización de las funciones constitucionales de la jurisdicción delante de derechos fundamentales densamente prestacionales.

Ferrajoli explica que si, por un lado, el derecho podría continuar a ser interpretado como un sistema deóntico semejante a los demás (moral y costumbres) ya que, como cualquier

¹⁶ Ferrajoli (2007). Ver también Cademartori y Strapazzon (2010).

sistema deóntico sería estructurado por meras expectativas, frustraciones y conductas convergentes con las expectativas (espontáneas o forzadas). Por otro, advierte, el derecho es un sistema deóntico con especificidades. Tal distinción reside en el hecho de que el derecho es un sistema deóntico estructurado por garantías primarias y secundarias. Las primarias significan la previsión de una obligación o deber, las secundarias, la sancionabilidad de comportamientos ilícitos o anulación de actos inválidos.¹⁷ Ora, esa especificidad garantista del derecho está a servicio, precisamente, de la *neutralización de las frustraciones de expectativas*.

Es bueno notar que en nombre de una adecuación de la *expectativa* jurídica a una teoría positivista del derecho, el uso de la expresión tuvo que ser especializado. Las expectativas asumieron, en Ferrajoli, un *status imperativo* porque son garantizadas por obligaciones y prohibiciones.¹⁸ Las expectativas jurídicas garantizadas por obligaciones y prohibiciones fueron transformadas, por Ferrajoli en derecho subjetivo. Así, cuando hay un derecho en sentido positivo o en sentido negativo, para Ferrajoli, el titular del derecho subjetivo hay, en favor de sí, una expectativa imperativa (positiva o negativa). Ahí están las obligaciones de prestar y las prohibiciones de causar lesión.¹⁹ Para el garantismo, por lo tanto, “derecho subjetivo es cualquier expectativa [garantizada] de prestación o de no lesión.”²⁰

Las *expectativas* decurrentes de obligaciones y prohibiciones no son, por lo tanto, para el garantismo, elementos externos al derecho; meras intenciones o casi-derechos. Para Ferrajoli,

¹⁷ Ferrajoli (2007, p. 166).

¹⁸ Ferrajoli (2007, p. 651, traducción nuestra).

¹⁹ Ferrajoli (2007, p. 653, traducción nuestra).

²⁰ Ferrajoli (2007, p. 641, traducción nuestra).

todas las *expectativas* jurídicas, aún cuando incluyen una facultad, pueden ser caracterizadas como derechos subjetivos de no lesión o de prestación.²¹ Eso significa que si es permitida una comisión, entonces no puede haber expectativa de su omisión; si es permitida una omisión, entonces no habrá expectativa de comisión. Por otro lado, si no es permitida una comisión entonces, sí, habrá expectativa de omisión; si no es permitida la omisión, seguramente habrá expectativa de comisión.²²

De acuerdo con el garantismo, reitérese, las expectativas de comisión y de omisión son fenómenos jurídicos *imperativos*, porque no hay derechos no garantizados, todos son perfectos derechos subjetivos justiciables.²³ Para no dejar dudas, Ferrajoli clasificó los derechos subjetivos en cuatro tipos. Esa es una clasificación que asume alta relevancia para este trabajo, sobre todo la definición propuesta para *derecho-pretensión*, en faz de su correlación o con la noción de expectativa y, incluso, con la noción de *pretensión de corrección moral*, elaborada por Alexy.

Así explica el autor del Principia Iuris:

El uso corriente del término “derecho subjetivo” en derecho revela cuatro tipos de derechos: 1. Derechos-potestad: del cual transcurren los derechos potestativos que consisten en la facultad de crear actos preceptivos (imperativos), como ocurre con el derecho de propiedad; 2. Derechos-facultad: del cual transcurren los derechos de mero comportamiento, de palabra, de asociación, reunión. Son las clásicas libertades fundamentales. 3. Derechos-inmunidad: del cual transcurren los derechos negativos de no violación, como el derecho a la vida, a la libertad personal, integridad física, a la paz, defensa

²¹ Ferrajoli (2007, p. 86, 641, traducción nuestra).

²² Ferrajoli (2007, p. 152, traducción nuestra).

²³ Ferrajoli (2007, p. 151, 651, traducción nuestra; 2008, p. 63).

del ambiente; 4. Derecho-pretensión: del cual transcurren las expectativas positivas de prestación, como los derechos de crédito y los derechos sociales.²⁴

Por otro lado, hay autores²⁵ que rechazan la existencia de *pretensiones* o *expectativas* en el ordenamiento jurídico. La crítica sugiere que el derecho, diferente de las personas naturales, es un orden normativo y, en esa medida, es un *estado de cosas*, no es un ser en condiciones de producir cualquier tipo de *pretensión* o de *expectativas*. Esas serían características de los seres humanos; no del ordenamiento jurídico.

Aunque las objeciones de MacCormick merezcan atención, la doctrina y la jurisprudencia brasileña parecen adoptar el aliñamiento doctrinario diverso. Ya admiten, como visto en los casos antes analizados, que el derecho es impregnado de contenido ético, social y jurídico, y que las relaciones jurídicas formales están profundamente afectadas por elementos morales, tales como la buena-fe objetiva y la protección de la confianza, aún en derecho público (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Seguridad n. 24.268-MG. 05.02.04).

Aceptar el argumento de MacCormick significa rechazar, para decir el mínimo, la naturaleza dual de los derechos fundamentales constitucionales. En consecuencia, significaría *rechazar amparo judicial* a “expectativas de derechos” que no sean “derechos subjetivos” en sentido tradicional. Más aún, sería rechazar protección judicial a derechos fundamentales no compatibles con los de la noción civil-liberal. Significaría, por fin, abandonar cualquier proyecto que exija la protección jurídica de institutos que divisan el *jurídico* y la *ética*. Eso, sin

²⁴ Ferrajoli (2007, p. 639, traducción nuestra).

²⁵ MacCoimick (2007).

embargo, no se coadunaría con la evolución de la doctrina jurisprudencial y teórica brasileña.

Hoy es posible afirmar que la teoría brasileña de la eficacia de los derechos fundamentales de seguridad social debe compartir de los avances ya alcanzados por la *doctrina de las justas y legítimas expectativas*. No hay más razones para que todos los institutos jurídicos que producen *expectativas* sean tratados por la doctrina de los derechos fundamentales como externos al derecho. Expectativas, en el derecho brasileño, no son meras esperanzas sin consecuencias justiciables. Compartir de los avances alcanzados por la doctrina civil-liberal no es, sin embargo, lo mismo que los reproducís fielmente en el ámbito de los derechos de seguridad social. Es que la doctrina civil de las expectativas no alcanza la naturaleza densamente prestacional de los derechos fundamentales de seguridad social. Por lo tanto, las expectativas para la realización de los derechos fundamentales sociales densamente prestacionales deben ser mucho más cuidadosamente protegidas por el Poder Judicial. Deben ser tuteladas, incluso, con más cuidado que la forma de tutela ya desarrollada para proteger expectativas justas y legítimas generadas por derechos civiles que son, comparativamente, de menor densidad prestacional.

Las *expectativas* generadas por derechos de *status* constitucional son revestidas de especial *rigidez*. Son expectativas duraderas, transgeneracionales e irrevocables. Como no hay *promesas constitucionales inconsequentes* (STF. RE 271.286-8, RS, Rel. Min. Celso de Mello, 12.09.2000), la teoría brasileña de los derechos fundamentales debe reconocer la naturaleza *imperativa* de las *expectativas prestacionales* vinculadas a derechos fundamentales de seguridad social.

Comportamientos omisos frente a estas *expectativas imperativas* siempre pueden ser judicializados a fin de constatar la razonabilidad de los motivos de la omisión. Toda y cualquier omisión frente a *expectativas imperativas* hay de ser, por eso, plenamente justiciable. Un buen parámetro, en esa dirección parece ser el siguiente: si el Estado de Derecho no tolera ilícitos (por acción u omisión); el Estado Constitucional no tolera ilícitos ni *arbitrariedades*, sean ellas decurrentes de acciones o de omisiones. En una palabra, ninguna omisión frente a derechos fundamentales de seguridad puede ser arbitraria.

Por lo tanto, en este trabajo se presupone que instituciones, institutos, principios y razones destinados a garantizar relaciones jurídicas no arbitrarias (de particulares entre sí, o de la ciudadanía en faz del Estado, o del Estado en faz de la ciudadanía), representan claros avances civilizatorios. Tales avances aliñase al desarrollo de una cultura jurídica que hace mucho protege intereses y expectativas particulares contra omisiones ilícitas. Aliñase, igualmente, con los esfuerzos envidados para primorear el inacabado régimen republicano. Regímenes republicanos bien acabados no toleran el ejercicio arbitrario del poder, sea por *acción*, sea por *omisión*. En los regímenes republicanos (al cual la noción de Estado de Derecho y a de Estado Constitucional se filian) el control judicial de las *omisiones civiles ilícitas* es una sofisticación del modelo de responsabilización civil, pues tanto la ciudadanía cuanto las autoridades, en condiciones de igualdad, son responsabilizadas civil y penalmente por los daños causados.

En esos regímenes, el control judicial de las *omisiones políticas y legislativas* es una sofisticación, sin embargo, del modelo de *responsividad democrática*. Es que el deber de responder a las expectativas políticas de electores, y de corresponder a las ex-

pectativas imperativas positivadas en el derecho constitucional, es condición de legitimidad de la democracia de los Estados Constitucionales.²⁶

El movimiento de *control judicial de las omisiones arbitrarias* en sede de *derechos fundamentales densamente prestacionales* es, así, mucho más importante para la democracia que los análisis exclusivamente dedicados a la politización de la justicia tienden a sugerir. Si es un medio de expandir las funciones políticas de la jurisdicción, por otro lado, es un paso decisivo para garantizar la responsividad del sistema de gobierno y, en esa medida, la legitimidad de la democracia. Esa dimensión garantista del *judicial review* es una muy relevante característica del sistema brasileño de derechos constitucionales, y transcurre del dibujo institucional ofrecido por la Constitución de 1988 a esta República.

9. CONCLUSIONES

Las decisiones aquí analizadas, sobre todo a del Supremo Tribunal Federal en cuestión de suministro de medicamentos, evidencian la naturaleza garantista de la jurisdicción constitucional contemporánea. En este trabajo se procuró evidenciar que la tutela jurisdiccional de *legítimas expectativas contra omisiones ilícitas, omisiones que causan daños* y cualesquier formas de *omisiones arbitrarias* que frustran *expectativas imperativas* es derecho constitucional.

La visión actual de la indivisibilidad, irrevocabilidad, progresividad e interdependencia de todos los derechos fundamentales reclama que las funciones jurisdiccionales actúen como guardianas de las *expectativas imperativas* del sistema de

²⁶ Dahl (1997).

derechos constitucionales; y esa función garantista debe ser ejercida en sintonía con el *ethos* republicano vinculante de la actuación de la Jurisdicción, cual sea, la de actuar con el firme comprometimiento de cohibir todas las manifestaciones arbitrarias de dominación o de ejercicio del poder. En democracias dotadas de derechos fundamentales constitucionales, densamente prestacionales o no, la jurisdicción es función de la república y la Judicatura es institución de garantía de efectivación de la *responsividad* del sistema de gobierno. Esa actuación jurisdiccional, cuando prudente, no es inconstitucional. Bien al contrario, es un homenaje al principio de las relaciones armónicas entre los poderes para cumplir la teleología constitucional.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Law of Ukraine*, n. 1, p. 39-50, 2011. Disponible en: <<http://pravoua.com.ua>>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARACAT, Eduardo Milleo. *A boa fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. ed. 10. Traducción: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, 2002. p. 169-225.

BRASIL. Câmara dos Deputados. A efetiva desvinculação de receitas da União (DRU) na elaboração do projeto de lei orçamentária para 2012, no orçamento da seguridade social e em outras áreas. *Nota técnica* n. 18, 2011, Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira, Câmara dos Deputados, Distrito Federal, 2011.

_____. Câmara dos Deputados. A efetiva desvinculação de receitas da União (DRU) na elaboração do projeto de lei orçamentária para 2012, no orçamento da seguridade social e em outras áreas. *Nota técnica* n. 18, 2011.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. *Relatório de Avaliação de Receitas e Despesas Primárias. 4o. Bimestre*. Brasília, DF, MPOG, 2011.

_____. *Séries históricas de dados e indicadores fiscais*. Brasília, DF, 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da República*. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível en: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/PrestacaoContasPresidente/RelatorioPareceresTCU/RPP2010.pdf>>.

CADEMARTORI, Sergio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. *Pensar*, n. 15.1, p. 278-302, 2010.

CONSTANZI, Rogério N. Evolução e situação atual das aposentadorias por tempo de contribuição. *Informe da Previdência Social*, v. 23, n. 9, Out. 2011.

DAHL, Robert. *Poliarquia: participação e oposição*. Traducción: Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EdUSP, 1997.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007. v. 2.

LANGDORF, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica. *SUR* 6, n. 11, p. 99-133, 2009.

MACCORMICK, Neil. Why law makes no claims. In: PAVLAKOS, George. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 59-67.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=32>>. Fecha de acceso: 30 set. 2011.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos sociais fundamentais, seguridade e a cláusula da “reserva do possível: garantias e eficácia em casos julgados no Brasil.” *Jurispoiesis* 13, p. 149-165, 2010.

EL DERECHO BÁSICO A LA INFORMACIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: LUCES Y SOMBRAS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

(ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY 3/2014 DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS)

M^a Ángeles Zurilla Cariñana

1. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR Y EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN

Resulta difícil definir el término información, dada su multiplicidad de significados. Desde una perspectiva amplia puede definirse la información como un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte (acreedor de la obligación de información), teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último, tanto en los aspectos jurídicos como materiales del negocio¹.

El deber precontractual de información tiene en la actualidad una enorme trascendencia no solamente por la forma en que la información general e impersonalizada es transmitida a través de las nuevas tecnologías de la información sino también por la incidencia que ella tiene en la expresión del consentimiento-

¹ Vid. LLOBET I AGUADO. "El deber de información en la formación de los contratos". Madrid 1996. Pg . 33.

to para el perfeccionamiento de múltiples negocios jurídicos. El deber de informar en la sociedad de la información tiene gran entidad y comprende toda la información privada en poder del vendedor que pudiese afectar a la decisión del comprador. De ahí que, como veremos en las numerosas leyes que aluden a este deber, se sostenga que la información ha de ser exacta, suficiente y completa.

La obligación de información encuentra su fundamento en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, desequilibrio que se acentúa en materia de consumo. Por ello la información es el principal instrumento con que cuentan los consumidores para hacer frente a las técnicas agresivas del comercio moderno. De una buena información depende un consentimiento libremente formado y exento de vicios. Hay que tener en cuenta, además, que la obligación de informar, contemplada desde la perspectiva de la buena fe² en sentido objetivo, adquiere utilidad como criterio de imputación de responsabilidad precontractual: la parte dañada se encuentra vinculada a un contrato que resulta insatisfactorio, y su actitud ante la configuración del mismo habría sido distinta de haber sido correctamente informada (por ejemplo, si la otra no le hubiera proporcionado datos falsos o no se hubiera callado los correctos)³.

La obligación de información encierra dos aspectos básicos: uno negativo (abstenerse de dar información errónea) y otro positivo (el de transmitir toda la información exigible).

² La doctrina resalta cómo la buena fe que ha de presidir la actuación de las partes, también en la fase precontractual, es el fundamento del deber de información (Vid. LLOBET AGUADO, cit. Pg 38; ESTER GÓMEZ CALLE "Los deberes precontractuales de información". Madrid 1994. Pg 12 y ss).

³ Vid. CLARA ASÚA. "La culpa in contrahendo". Erandio 1989. Pg 165.

Será exigible aquella información que sea necesaria para el receptor de la misma al efecto de la formación adecuada de su consentimiento contractual⁴.

La información no es sólo un deber, sino también un derecho básico, que cobra especial relevancia en materia de consumo, como veremos en el epígrafe siguiente.

2. PLASMACIÓN LEGAL DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR A LA INFORMACIÓN Y DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN

La Constitución Española establece en su artículo 51 que los poderes públicos garantizarán la defensa de consumidores y usuarios...promoverán *la información y educación, fomentarán sus organizaciones* y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectarles. La consagración de dicho artículo como uno de los principios rectores de la política social y económica, que han de informar no sólo la legislación positiva sino también la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, ha determinado que las numerosas leyes tanto estatales como autonómicas, que inciden sobre los derechos de los consumidores, adopten previsiones al efecto de que el mandato constitucional de infor-

⁴ Vid. MORALES MORENO. "El dolo como criterio de imputación al vendedor de los vicios de la cosa". ADC 1982. Pg 631 Y SS. La obligación de información puede recaer sobre la situación jurídica de la cosa (cfr, artículo 1483 CC para la compraventa), sobre la situación material (cfr, artículo 1484 y ss para la compraventa, 1553, para el arrendamiento, 1752, para el comodato). También en ocasiones sobre la función y utilización de la misma, especialmente en el caso de determinado tipo de productos (productos peligrosos). La STS de 19 de diciembre de 1994 -JUR 1994/9326- declara responsables solidarios a los codemandados (vendedores y empresa pirotécnica) por vender un explosivo de distinto tipo al solicitado, sin advertir nada en cuanto a su utilización ni se expresara tampoco en su envase por lo que se creó un grave riesgo para el usuario, que conllevó la pérdida de tres dedos de una mano).

mación del consumidor sea cumplido debidamente. Haremos referencia a las más representativas.

Dando cumplimiento al mandato constitucional, *La Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984*, ley pionera en materia de protección de los consumidores en España, enumeró en su artículo 1 los derechos básicos de éstos. Su apartado 1 d) consideró como tal el derecho a la información correcta sobre los diferentes productos o servicios, y la educación y divulgación, para facilitar su adecuado uso, consumo o disfrute.

El RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, ha aprobado el *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Contiene una Disposición derogatoria única, que deroga la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, entre otras disposiciones⁵. Al igual que la LGDCU, el Texto Refundido presta especial atención al derecho a la información a lo largo de su articulado.

El Capítulo II, del Título I, del Libro Primero, regula los “*Derechos básicos de consumidores y usuarios*” en los artículos 8 a 10. El apartado d) del artículo 8 sigue considerando como tal: “La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios

⁵ En concreto, deroga también los artículos 48 y 65.1 letras n) y ñ) y la disposición adicional primera de la Ley de 15 de enero de 1996, de ordenación del Comercio Minorista. Igualmente se derogan en la disposición final única de la Ley de 15 de enero de 1996, las menciones que se realizan al artículo 48 y la disposición adicional primera en su párrafo primero e, íntegramente en su último párrafo. Otras normas derogadas son: La Ley de 21 de noviembre de 1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la Ley de 6 de julio de 1994 de responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos; la Ley de 6 de julio de 1995, reguladora de los viajes combinados; y, la Ley de 10 de julio de 2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”⁶.

La importancia del derecho a la información se pone de relieve asimismo en el Capítulo III (artículos 11 a 16), que se refiere a la “*Protección de la salud y seguridad*”. Su artículo 12 se ocupa de la información que han de recibir los consumidores y usuarios de bienes o servicios sobre los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible, en función de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que vayan destinados, conforme a lo previsto en el artículo 18 (regula este precepto el etiquetado y presentación de los bienes y servicios). Cuando se trate de productos químicos o que lleven sustancias peligrosas deben ir envasados con las debidas garantías de seguridad y llevar de forma visible las indicaciones de uso, que contengan advertencias sobre los riesgos de su manipulación.

El Capítulo IV (artículos 17 y 18) lleva la rúbrica específica “*Derecho a la información, formación y educación*”. El artículo 17 establece la obligación de los poderes públicos de fomentar la formación y educación de los consumidores y usuarios, al efecto

⁶ Los otros derechos básicos que enumera el artículo 8 son: a) la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad; b) la protección de los legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas de los contratos. (la redacción de este apartado ha sido retocada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre); c) la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos; e) la audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas; y, f) la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

El artículo 9 proclama la protección prioritaria por parte de los poderes públicos de los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. Por su parte, el artículo 10 proclama la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario.

de asegurar que éstos dispongan de una información precisa que les permita ejercer eficazmente sus derechos. Asimismo la de velar para que se les preste información comprensible para el adecuado uso y consumo de bienes y servicios. El apartado segundo de este precepto impone asimismo a los medios de comunicación social de titularidad pública estatal, la obligación de dedicar espacios y programas no publicitarios a la información y educación de los consumidores. En tales programas se deberá facilitar la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

En cualquier caso, conforme al artículo 18.2, que regula el etiquetado de los bienes y servicios, todos los bienes y servicios puestos a disposición de consumidores y usuarios deberán incorporar o permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes: nombre y dirección completa del productor; composición y finalidad; cantidad, calidad, categoría o denominación comercial o usual, si la tienen; fecha de producción, suministro y lote, plazo recomendado de uso o consumo o fecha de caducidad; instrucciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

Por su parte, el artículo 20 del Texto Refundido LGDCU, reformado por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre (TRLGDCU), que regula el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de consumidores y usuarios, detalla *la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios*. La nueva redacción del precepto armoniza el régimen de la información comercial de las prácticas comerciales, que incluyan información sobre las características del bien o servicio. La información ha de proporcionar al consumidor o usuario una toma de decisión adecuada sobre la contrata-

ción, de ahí que deba de contener, “al menos”, la siguiente información: nombre razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúa; características esenciales del bien o servicio; precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, importe de descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan en consumidor o usuario; procedimiento de pago; sistema de tratamiento de las reclamaciones; plazos de entrega y ejecución del contrato; en su caso, existencia del derecho de desistimiento. El incumplimiento de estas exigencias convertirá a la práctica comercial en conducta desleal por engaño⁷.

⁷ Acertadamente pone de manifiesto CARRASCO PERERA (Vid, Prácticas desleales y Derecho sancionador de consumo. www.uclm.es/centro/cesco) la existencia de una asimetría entre el contenido mínimo necesario de la información comercial, en los términos del art 20 de la Ley 29/2009, y los extremos de la información respecto de los cuales la información engañosa constituye actos de competencia desleal, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal. El incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 LGDCU constituye competencia desleal por engaño. Conforme al artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, la información engañosa será competencia desleal cuando incida sobre los aspectos que allí se mencionan, que son adicionales sobre los extremos entre los que debe suministrarse la información a los consumidores. Esta cuestión es importante, porque tales aspectos, en la medida que excedan del artículo 20 LGDCU, no tienen que figurar necesariamente en la información que se suministre al consumidor, pero, si se suministran, constituirán actos de competencia desleal, si son engañosos. En relación con esta cuestión, interesa apuntar cómo la defectuosa transposición al ordenamiento español por la Ley 29/2009 de la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales plantea cuestiones de relieve como, por ejemplo, si son conformes con esta Directiva las normas de las Comunidades Autónomas que imponen deberes de información que van más allá de lo establecido en la misma. En este sentido puede consultarse ZURILLA CARIÑANA.M.A. ¿Son conformes a la Directiva de prácticas comerciales desleales las disposiciones reguladoras del comercio minorista? El caso de Castilla- La Mancha. www.uclm.es/centro/cesco. Sección Trabajos de los Investigadores. Diciembre 2010. CARRASCO PERERA.A Las competencias autonómicas sobre la información precontractual en el marco de la directiva 2005/29/CE, sobre las prácticas comerciales desleales. www.uclm.es/centro/cesco. Noviembre. Sección Trabajos de los Investigadores. 2010. MARÍN LÓPEZ. J.J. La Directiva 2005/29 sobre Prácticas Comerciales Desleales, es una Directiva de máximos. www.uclm.es/centro/cesco/. Sección Notas Jurisprudenciales.

La importancia del derecho a la información se manifiesta también en el ámbito de las garantías de los productos de consumo. El Texto Refundido ha derogado la Ley de 10 de julio de 2003, sobre Garantías en la venta de los bienes de consumo. Su Título V del Libro segundo regula las *“Garantías y servicios posventa”*. El Capítulo IV del mismo se ocupa de la *“Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios posventa”*. En concreto, el artículo 125. 3 detalla la información que ha de contener la garantía que se ofrezca a los consumidores en la venta de bienes de consumo (bien o servicio sobre el que recae; nombre y dirección del garante; que la garantía no afecta a derechos legales de consumidor o usuario; que la garantía no afecta a los derechos legales del consumidor y usuario como titular de la garantía; derechos adicionales a los legales; plazo de duración de la garantía; vías de reclamación de que dispone el consumidor o usuario).

Especial atención merece en el TRLGDCU el deber precontractual de información (artículo 60) y este mismo deber en el ámbito de los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil (artículo 97). Ambos preceptos han sido objeto de reciente reforma por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, fruto de la adaptación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2011/83 de la Unión Europea. A esta cuestión nos referiremos con especial detenimiento, por su importancia, al final de este trabajo.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en su Título II, regulador de los Principios de la Protección de Datos, se refiere en su artículo 5 al derecho de información en la recogida de datos. Establece el derecho de los interesados a quienes se soliciten datos personales a ser *informados de modo expreso, preciso e inequívoco*: de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter

personal, la finalidad de la recogida de los datos y los destinatarios de la información; el carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas por ellos planteadas; las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; y, finalmente, la identidad y dirección del responsable del tratamiento, o , en su caso, de su representante.

Junto a estas prescripciones generales que contienen las Leyes mencionadas existen otras normas específicas *por razón del tipo de bien, producto o servicio* que se ofrece, que contienen importantes previsiones en relación con el deber de información. Cabe destacar:

-*Ley reguladora de los viajes combinados, de 6 de julio de 1995*, ha sido derogada por el Texto Refundido de 2007. No obstante, las previsiones que contenía en cuanto al deber de información al consumidor que incumbe a detallistas y organizadores están ahora contenidas en el Capítulo II del Título I del Libro Cuarto (arts 152-154). El artículo 152 impone la obligación de poner a disposición el programa y folleto informativo, que ha de contener una información exhaustiva (destinos y medios de transporte, duración itinerario y calendario del viaje, establecimientos de alojamiento, tipo y categoría, número de comidas, precio final completo, importe del anticipo, responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje, nombre y domicilio del organizador, cualquier información adicional adecuada a las características del viaje contratado). El artículo 153 consagra el carácter vinculante del programa oferta. El 154 se refiere con detalle a la forma y contenido del contrato (se deberá formular por escrito y contener una detallada enumeración de cláusulas en función de las características de la oferta de que se trate).

El consumidor debe ser informado, antes de la celebración del contrato, del contenido de las cláusulas contractuales y recibirá una copia de aquel, una vez formalizado el mismo. Tiene también derecho a ser informado antes del inicio del viaje y a más tardar en el momento de la confirmación de la reserva, de los horarios y lugares de escalas y enlaces; nombre, dirección y teléfono de la representación del organizador o detallista en cada destino; suscripción facultativa de un contrato de seguro; en caso de viajes de menores al extranjero, teléfono de contacto con éstos o los responsables de su estancia (artículo 156).

-RD 515/1989 de 21 de abril sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Este Real Decreto surge ante la necesidad de regular de forma sistemática un aspecto de especial trascendencia para el consumidor o usuario, como es la información que ha de serle suministrada en la adquisición o arrendamiento de una vivienda. Su articulado regula de forma muy completa la información que ha de tenerse a disposición de las autoridades competentes y del público en general. Información relativa a los datos de identificación del vendedor o arrendador, descripción de la vivienda, materiales empleados, instrucciones sobre uso y conservación de las instalaciones, datos identificadores de la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad o expresión de no hallarse inscrito en el mismo; precio total o renta de la vivienda y servicios o accesorios y forma de pago (artículo 4). Datos sobre las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda, pago de los tributos que graven la propiedad o utilización de la vivienda, forma en que está previsto documentar el contrato (artículo 5). La información ha de ser especialmente detallada y clara en cuanto al precio de venta y ha de comprender el precio

total, la forma de pago, tipo de interés en caso de aplazamientos, medios de pago admisibles para las cantidades aplazadas, garantías que ha de constituir el comprador por el precio o la parte de él aplazado (artículo 6). Toda la información que se facilite al consumidor ha de redactarse con claridad, sencillez, sin remisión a documentos que no se entreguen al consumidor en el momento de la celebración del contrato (artículo 10).

El artículo 64 del Texto Refundido LGDCU se refiere a la documentación complementaria en la compraventa de viviendas. Para el supuesto de transmisión de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta norma, se facilitará además la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación, o norma autonómica que resulte de aplicación.

-Ley 28/1998, de 13 de julio de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Su artículo 7 determina el contenido obligatorio del contrato, a lo largo de 14 cláusulas, algunas de las cuales se refieren al deber de información a suministrar al comprador (descripción del objeto vendido con sus características -apartado 3-; precio de venta al contado, parte que se aplaza y, en su caso, parte financiada por un tercero -apartado 4-; importe, número y periodicidad o fechas de los pagos que debe realizar el comprador, intereses y demás gastos -apartado 5-; tasa anual de equivalencia -apartado 7-; relación de elementos que componen el coste total del crédito -apartado 8-. El artículo 13 se refiere a la información que ha de contener la publicidad relativa al precio de los bienes ofrecidos en venta a plazos.

-Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. El artículo 8 de esta reciente ley (que sustituye a la

de 15 de diciembre de 1998, de aprovechamiento por turno de inmuebles turísticos) se ocupa de los requisitos que ha de contener la información, estableciendo que la información que con arreglo a esta Ley se ha de proporcionar al consumidor, ya sea con carácter previo al contrato, o para la formalización del mismo, así como durante su vigencia, constará en papel o en cualquier otro soporte duradero. Por soporte duradero se entiende todo instrumento que permita al consumidor o al empresario almacenar la información que se le haya dirigido personalmente, de forma que pueda consultarla en el futuro mientras sea necesario en atención a la finalidad de la información, y que permita reproducirla sin alteraciones. El incumplimiento de las previsiones contenidas en este precepto, facultará al consumidor para resolver la relación contractual, bastando para ello notificación fehaciente al empresario, en la que se ponga de manifiesto la falta de información que el consumidor considere no proporcionada o suficiente, recayendo la carga de la prueba de la verdadera existencia y suficiencia de la misma en el empresario y, todo ello, sin perjuicio del derecho de desistimiento regulado en la presente Ley, ni de las sanciones que se pudieran imponer al empresario conforme al artículo 22 de la misma.

Por su parte el artículo 9 detalla la información precontractual. Dicha información ha de facilitarse con suficiente antelación a la prestación del consentimiento por el consumidor. Deberá facilitársele gratuitamente, información precisa y suficiente, de forma clara y comprensible. Dicha información se redactará en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el consumidor o del que este sea nacional, a su elección, siempre que se trate de una lengua oficial de la Unión Europea. Si el consumidor es residente en España o el empresario ejerce aquí sus actividades, el contrato deberá

redactarse además en castellano y, en su caso, a petición de cualquiera de las partes, podrá redactarse también en cualquiera de las otras lenguas españolas oficiales en el lugar de celebración del contrato.

-Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio. La alarma social provocada por los casos Forum Filatélico y AFINSA ha llevado a la promulgación de esta Ley que completando la de Instituciones de Inversión Colectiva de noviembre de 2003⁸, viene a reforzar las obligaciones de información al efecto de proteger a la parte económicamente más débil del contrato: el consumidor. Su artículo 3 aborda la regulación de la información precontractual. Ha de referirse a los datos completos de identificación del responsable de la oferta contractual; identificación individualizada y características esenciales de los bienes ofertados, y si se hace entrega al usuario o, en su caso, destino que se les da y responsable de su custodia, gestión o administración; precio completo, incluidos impuestos; el importe de la oferta de restitución y, en su caso, el compromiso de revalorización; la obligación de elevar el contrato a escritura pública e indicación de que los gastos de otorgamiento serán de cuenta de la empresa o profesional y los de la primera copia del consumidor; carácter vinculante de la oferta para la empresa o profesional; período de reflexión que se concede al consumidor; duración total del contrato; garantías adicionales ofrecidas y riesgo económico de los bienes comercializados...La información precontractual ha de prestarse de forma gratuita, por escrito o en cualquier soporte duradero que permita la constancia, conservación, reproduc-

⁸ La disposición derogatoria única de la ley deroga las disposiciones adicionales cuanta y quinta de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva.

ción y acceso a la información, y de la fecha de recepción de la misma por el destinatario, garantizando la accesibilidad de las personas con discapacidad.

Por el tipo de medio en que se realiza el intercambio de información existen dos importantes normas, que contemplan el deber de información al consumidor y el correlativo derecho de éste a obtenerla: la Ley 11/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, y la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, reformada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo.

-La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico hace referencia al deber de información en los artículos 10 y 27. En el artículo 10 se trata de un deber de información general que tiene todo prestador de servicios de la sociedad de la información, independientemente de que se realicen actividades de comercio electrónico. Esta obligación se basa en la publicidad de determinados datos a los que puedan acceder por medios electrónicos, tanto los destinatarios de los servicios como los órganos competentes para realizar restricciones a la prestación de servicios. Estos datos cumplen básicamente la función de identificación del prestador de servicios de la sociedad de la información, aunque llaman la atención los apartados f) y g), que parecen específicos para actividades de comercio electrónico. El apartado f) se refiere a la obligación de proporcionar información clara y precisa sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, los gastos de envío. El apartado g) establece la obligación de informar sobre los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y el modo de consultarlos electrónicamente.

El artículo 27⁹ establece un deber de información para el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica. Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación deberá informar al destinatario de modo claro, comprensible e inequívoco sobre: los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato; si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formaliza el contrato y si éste va a ser accesible; los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de datos y; la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato. La obligación de poner a disposición del destinatario la información anterior se entenderá por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones indicadas.

El prestador de servicios quedará liberado de esta obligación cuando ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor. También cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante el intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente.

Con la finalidad de proteger los intereses de los destinatarios de los servicios, de forma que éstos puedan disponer de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet, se establece que con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a las que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

⁹ Este artículo ha sido reformado por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso a la Sociedad de la Información.

-La *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* dedica el Capítulo II del Título III a las ventas a distancia¹⁰. EL artículo 39 establece la necesidad de que toda propuesta de contratación haga constar de modo inequívoco que se trata de una propuesta comercial. El artículo 40 establece la información que debe contener toda propuesta de contratación a distancia: la identidad del vendedor y su dirección; las características esenciales del producto; el precio, incluidos impuestos y gastos de entrega y transporte; formas de pago y modalidades de entrega y ejecución; existencia o no del derecho del desistimiento; coste de la técnica de utilización a distancia; duración mínima del contrato, si procede; las circunstancias y condiciones en que el vendedor podrá suministrar un producto de calidad y precio equivalente, en sustitución del solicitado por el consumidor, cuando se quiere prever esta posibilidad. En su caso, indicación acerca de si el vendedor está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos¹¹.

En el ámbito de la Comunidad de Castilla La Mancha, resulta precisa una referencia al nuevo *Estatuto del Consumidor de 15 de diciembre de 2005*, que otorga especial relevancia

¹⁰ El Título III del Libro II del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios se ocupa con carácter general de los contratos celebrados a distancia (artículos 92 a 106).

¹¹ Las leyes autonómicas de ordenación del comercio minorista, dan también especial importancia al deber precontractual de información al consumidor (Ley de Ordenación de Comercio de Castilla La Mancha, de 13 de mayo de 2010-; Ley del Comercio Interior de la Comunidad de Madrid, de 29 de abril de 1999 -artículos 32,37, 39, y 40-; Ley del Comercio Interior de Andalucía de 10 de enero de 1996 -artículos 53, 68, 72 y 78-; Ley de la Actividad Comercial del País Vasco, de 27 de mayo de 1994 -artículos 20, 22, 29- (reformada por Ley 7/2008, de 25 de junio); Ley de Ordenación de la Actividad Comercial de La Rioja , de 14 de marzo de 2005 -artículos 43 y 50-; Ley de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales de la Comunidad Valenciana, de 23 de marzo de 2011 -artículos 56 y 63-67-; Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla León -artículos 40, 42, 44-).

al deber de información precontactual. Dedicar su Capítulo III a los “Derechos de los Consumidores”. El artículo 7 d) considera como derecho básico: la *información adecuada y suficiente* sobre bienes y servicios y la educación y formación en materia de consumo.

La Sección segunda de dicho Capítulo, bajo la rúbrica “Derecho a la protección de los intereses económicos y sociales”, en su artículo 11, se refiere a los derechos de los consumidores en la oferta, adquisición utilización y disfrute de bienes y servicios. En su apartado b) se establece el derecho a obtener *información, completa, veraz y transparente* sobre las características esenciales de los bienes y servicios puestos a disposición en el mercado de acuerdo con la normativa vigente.

La Sección cuarta, se dedica a la “Información y educación del consumidor”. El artículo 15, tras reiterar en el apartado 1 que los bienes, servicios y productos puestos a disposición de los consumidores, deben incorporar o permitir de forma cierta y objetiva una *información veraz, eficaz y suficiente* sobre sus características esenciales, establece que la “*información se orientará prioritariamente al conocimiento de los requisitos que resulten legalmente exigibles a los productos o servicios de manera que los consumidores puedan asegurarse de la identidad de los mismos, realizar su elección basándose en criterios de racionalidad y utilizarlos de modo satisfactorio, participando activamente en su propia protección frente a la publicidad, promoción y oferta ilícitas*”.

El artículo 16 establece que la Administración Regional impulsará la implantación y consolidación de Oficinas Municipales de Información al Consumidor, que presten servicios en todo el territorio de Castilla La Mancha y fomentará sus actividades.

3. LA REFORMA DEL TRLGDCU EN MATERIA DE DERECHO A LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL (ARTÍCULO 60): ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS A DISTANCIA Y FUERA DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL (ARTÍCULO 97)

El régimen general del deber de información precontractual se contiene, en el artículo 60 TRLGDCU. Dicho régimen se encuentra matizado y completado en otros preceptos no sólo del propio Texto Refundido (artículo 97- contratos a distancia-, o 152 - viajes combinados-) sino también, como ya se ha dicho, en numerosa legislación sectorial¹². A título de mero ejemplo pueden citarse las siguientes leyes: Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, -artículos 7 y 13-; Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico -artículo. 27-; Ley 4/2012, de 6 de julio, de Aprovechamiento por Turno de Bienes de Uso Turísticos -artículo. 9-; Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de Protección de los Consumidores en la Contratación de Bienes con Oferta de Restitución de Precio -artículo- 3-; RD 515/1989, sobre la Información a suministrar al consumidor en la compra-venta de vivienda -artículos. 4, 6 y 10-; Ley 22/2007, de 11 de julio, de Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores -artículos. 7 y 8-; RD 217/2008, de

¹² La amplia protección que nuestro ordenamiento jurídico otorga al derecho a la información se encuentra dispersa en el seno del propio TRLGDCU y en una muy abundante legislación sectorial. Se perdió en el Texto refundido la oportunidad de realizar una auténtica refundición, tanto por el ingente el material normativo que queda fuera de ella, como por la ausencia de límites a desarrollos ulteriores (Vid, CARRASCO PERERA.A. "El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Ámbito de la refundición". Aranzadi Civil 5 (2008).

15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas que prestan servicios de inversión -artículos 63-66-; Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercados de Valores, artículo. 79 bis-, en relación con la información a suministrar a los clientes de instrumentos financiero; Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva -artículo. 17-; Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio -artículo. 22-¹³; Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo -artículos. 10-12-¹⁴.

EL artículo 60 ha sido reformado por la Ley 3/2014 con la finalidad de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/83 UE, cuyo objetivo es armonizar los ordenamientos jurídicos europeos en materia de información precontractual, en general, y en materia de contratos a distancia y fuera del establecimiento, en particular.

A pesar de la expectativa generada por la publicación de esta Ley interesa resaltar que muchas de las exigencias de información precontractual contenidas en la nueva redacción del artículo 60, se encuentran recogidas en la legislación sectorial que acabamos de mencionar, respecto de la que el TRLGDCU tiene carácter supletorio¹⁵. Lo mismo sucede con el artículo 97, relativo a la información precontractual en los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil. Entiendo, en

¹³ En relación con el derecho de información del inversor de servicios financieros, dada la complejidad normativa de esta materia, resulta de interés CARRASCO PERERA. A y LYCZKOWSKA. K. "Guía de obligaciones de información al inversor en el marco de la Directiva MIFID". www.uclm.es/centro/cesco. (fecha de publicación: 23 de julio de 2013).

¹⁴ La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista -art. 40- recogía exigencias informativas precontractuales. La disposición derogatoria única de la Ley 3/2014 deja sin efecto los artículos 39 a 48 de la misma.

¹⁵ A la que hay que añadir la abundante legislación autonómica publicada por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias, lo que determina una enorme complejidad normativa.

consecuencia, que la introducción de las mismas en la mayoría de los casos no tiene especial trascendencia ni resulta de especial utilidad, a pesar de la expectativa generada tras la publicación de la Directiva 2011/83/UE y de la Ley 3/2014, que la transpone al Derecho español.

3.1. Contenido de la obligación precontractual de información del artículo 60, tras la Ley 3/2014 de Reforma del TRLGDCU. Comparación con la redacción anterior

El análisis comparativo entre la nueva redacción dada al artículo 60 TRLGDCU por la Ley 13/2014 y la redacción anterior a la misma, pone de relieve lo siguiente:

- Se mantiene en la nueva redacción el carácter imperativo de los contenidos de la información precontractual que ha de facilitarse al consumidor y usuario.
- El empresario debe facilitar dicha información antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente (la redacción anterior hablaba de “deber de puesta a disposición de la información antes de contratar”).
- La información debe facilitarse de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto¹⁶. Esta última expresión no se contenía en la redacción anterior de la norma, que hablaba, más acertadamente en mi opinión, de que la información ha de ser adaptada a las circunstancias. Considero que la redacción actual introduce un factor importante de inseguridad jurídica

¹⁶ El artículo 5.1 de la Directiva utiliza el calificativo “evidente”.

en cuanto que una información que para un consumidor puede resultar manifiesta en relación con el contexto, para otro puede no serlo. En los supuestos de duda habrá que atender a las circunstancias de cada caso concreto.

- La información sobre las características principales del contrato, y, especialmente, sobre sus condiciones jurídicas y económicas ha de ser relevante, veraz y suficiente. Las mismas cualidades de la información precontractual se predicaban en la redacción anterior del artículo 60. 1.
- Se consideran relevantes las obligaciones de información sobre los bienes y servicios establecidas en esta norma y en las que resulten de aplicación (lo que constituye una remisión a los posibles requisitos adicionales de información que la abundante normativa sectorial establece para supuestos concretos). La misma remisión se hacía en la redacción anterior de la norma.
- Las obligaciones relevantes de información han de referirse a los siguientes extremos (artículo 60.2):
 - a) Características principales de los bienes o servicios en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios. La redacción anterior hablaba de características esenciales del contrato, y, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes y servicios del mismo.
 - b) La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe. La nueva redacción añade la referencia al número de teléfono, ya exigida en alguna legislación secto-

rial¹⁷. La expresión de estos datos resulta esencial para que el consumidor pueda ejercer sus derechos de modo efectivo.

- c) El precio total, incluidos los impuestos, y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determine el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales. La exigencia de información es en este punto mucho más exhaustiva que la que establecía la redacción anterior del artículo 60 2. b), aunque la recoge también con exhaustividad la legislación sectorial. El modificado artículo 60.2 b) hablaba solamente de precio completo, incluidos impuestos, o presupuesto, en su caso.

La segunda parte del artículo 60.2 c) tiene una redacción prácticamente idéntica a la anterior a la reforma. Exige que en toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informare del precio total desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago

¹⁷ Vid. artículo 50 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista.

u otras condiciones de pago similares. La única novedad tras la reforma es, precisamente, la referencia a la utilización de distintos medios de pago.

- d) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio. La nueva redacción es más completa en este punto que la anterior, que aludía a la fecha de entrega y ejecución del contrato, sin referencia a los procedimientos de pago.
- e) Recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales. La redacción anterior hablaba lacónicamente de garantías ofrecidas, también en el artículo 60.2. e).
- f) La duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática¹⁸, las condiciones de resolución. Además de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio. Este apartado es introducido por la Ley 3/2014¹⁹. La redacción an-

¹⁸ La norma se expresa con imprecisión técnica al utilizar la expresión “se prolonga” (utilizada también por el artículo 5.1 f. de la Directiva). Entiendo que se refiere a supuestos de prórroga por lo que resultaría más adecuada la utilización de esta expresión.

¹⁹ La referencia al compromiso de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador, así como a las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio no se encontraba en la redacción originaria del Proyecto de Ley. Es fruto de la aprobación de las enmiendas del Grupo

terior del artículo 60 hacía referencia únicamente al procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato -párrafo 2. d)-. La indicación expresa a los compromisos de permanencia y las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio se encuentra justificada dado que en la actualidad son fuente constante de reclamaciones ya que, tanto unos como otras, en muchas ocasiones no son conocidas por los consumidores. Es habitual que las compañías, sobre todo en el ámbito de los suministros, ofrezcan nuevas condiciones de precio y servicio a condición de unos periodos de permanencia y unas penalizaciones en caso de incumplirlos. En muchas ocasiones dichas condiciones no son claras ni transparentes, ocasionando perjuicios al consumidor que no puede abandonar la compañía para beneficiarse de mejores ofertas hasta que no cumpla la permanencia o pague la correspondiente penalización.

- g) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se ha ofrecido la información previa a la contratación. Redacción idéntica a la contenida en el anterior artículo 60.2 f)²⁰.

Parlamentario Popular, Grupo Parlamentario Socialista y Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) por parte de la Ponencia encargada de elaborar el Informe sobre el Proyecto de Ley de reforma del TRLGDCU.

²⁰ En la tramitación parlamentaria fue rechazada la enmienda planteada por el Grupo Parlamentario Izquierda plural que pretendía incluir en el precepto la referencia a las normas oficiales de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos.

- h) La existencia de derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo. Redacción idéntica a la del antes artículo 60. 2. g).
- i) La funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables. Esta información, de acuerdo con lo que previene la Exposición de Motivos, alcanzará a las formas de utilización del contenido digital y a cualquier tipo de limitación técnica, como son la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional. Se trata de una exigencia informativa de nueva introducción en el artículo 60.
- j) También deberá extenderse la información a toda interoperabilidad relevante con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa razonablemente esperar que conozca para describir la información relativa a los aparatos y los programas estándar con los que el contenido digital es compatible (sistema operativo, versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos). Esta exigencia informativa es también de nueva introducción en el artículo 60.
- k) El procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el art. 21.4. También es ésta una exigencia informativa no contemplada en la redacción anterior del artículo 60, aunque no resulte novedosa en nuestro orde-

namiento como revela la remisión al artículo 21.4, que aludía ya a la información sobre esta cuestión, antes de la actual reforma²¹.

- La Ley 3/2014 introduce un apartado tercero en el artículo 60, que, en consonancia con las exigencias de la Directiva 2011/83 -art. 5.2-, declara aplicables las exigencias de información que acabamos de referir a los contratos para el suministro de agua gas o electricidad -cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o en cantidades determinadas-, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material.
- El apartado cuarto reitera la exigencia, también contenida en la redacción anterior del artículo 60, de que la información precontractual se facilite al consumidor y usuario de forma gratuita. Añade el requisito de que se ha de expresar al menos en castellano, no mencionado en la redacción anterior del precepto²².

²¹ De acuerdo con este párrafo del art. 21 TRLGDCU: Los empresarios a que se refiere el apartado anterior y aquellos que estén adheridos a códigos de conducta, incluidos los elaborados a escala comunitaria, o sean miembros de asociaciones u organismos profesionales que ofrezcan sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos que reúnan los requisitos previstos en el apartado anterior, indicarán en las ofertas comerciales que presenten de forma detallada sus servicios, el sistema extrajudicial de resolución de conflictos que ofrecen a los consumidores y usuarios, el modo de obtener información sobre sus características y la forma de acceder a dicho sistema extrajudicial. El número cuatro del artículo 21 fue introducido por el número uno del artículo 4 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

²² Ya recogía esta exigencia el artículo 18.3 TRLGDCU, que establecía (sigue haciéndolo tras la reforma) que las indicaciones obligatorias del etiquetado y presentación de los bienes o servicios comercializados en España deberán figurar, al menos, en castellano, lengua oficial del Estado. La Directiva 2000/13/CE relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos, permite en su artículo 16 que el etiquetado figure en una o varias lenguas que el estado determine,

El legislador continúa en la línea habitual de establecimiento de un elenco exhaustivo de requisitos informativos que no responde a razones uniformes. Tal vez resultase más eficaz una información que advirtiera sobre las prestaciones y condiciones esenciales del contrato y que expusiera, igualmente, las cláusulas que sean inusuales en sí mismas o los procedimientos que se aparten de modo desacostumbrado respecto a las cláusulas comunes de la contratación en ese sector del tráfico. No puede desconocerse que las prestaciones decisivas no son las mismas en cada sector del tráfico. Tampoco que la abundancia de contenidos no asegura el conocimiento del alcance real del compromiso. Así mismo, los contenidos concretos de los deberes de información son en sí mismos dinámicos y heterogéneos dependiendo de la concreta finalidad que se persiga y del sector de tráfico de que se trate, dado que en cada uno de ellos las expectativas de los consumidores se alcanzan de modo diferente²³. La existencia en nuestro Derecho de una profusa legislación sectorial que regula de modo específico y con distinto alcance el contenido del deber información de acuerdo con las necesidades de cada sector específico, así lo demuestra.

siempre que esas lenguas tengan la consideración de oficiales en la Comunidad. Recordemos a estos efectos que sólo el español se encuentra incluido en la actualidad entre esas lenguas oficiales. La exigencia de formalización al menos en castellano se expresa también en el artículo 125.1, relativa a la garantía comercial (antes, número 2. La nueva numeración del precepto obedece a haber dejado sin contenido la Ley 3/2014 el número 1 del artículo 125 TRLGDCU).

²³ Vid. GARCÍA VICENTE.J.R. "Comentario al artículo 60" en Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias(Real Decreto Legislativo1/2007). Pamplona 2009. Pgs 775-776.

3.2. La información precontractual en los contratos a distancia y fuera del establecimiento. Artículo 97 TRLGDCU

1. Justificación de la obligación precontractual de información en los contratos a distancia y fuera del establecimiento.

La importancia del deber de información precontractual se acentúa en los contratos a distancia y fuera del establecimiento donde el desequilibrio informativo entre las partes es mayor, imponiéndose una especial protección del consumidor y usuario frente a las técnicas, a veces muy agresivas, de estas formas de contratación. Especialmente se da esta circunstancia en los contratos celebrados a distancia en los que el consumidor y usuario conoce el producto o servicio por referencias que se hacen a él por Internet, catálogo, radio, televisión o anuncios de prensa. La información por estos medios suele ser menor y, además, efímera por lo que el carácter completo de la misma cobra mayor relieve. De ahí que una adecuada información precontractual permita al consumidor y usuario comparar las ofertas alternativas del mercado y optar por la que más se adecúe a sus intereses. En definitiva emitir un consentimiento prestado de modo perfectamente reflexivo y consciente. Para el empresario el adecuado cumplimiento del deber de información también resulta de importancia en estas formas de contratación en cuanto un consentimiento sólidamente formado disminuye las posibilidades de ejercicio del derecho de desistimiento²⁴.

²⁴ BUSTO LAGO. J.M. "Comentario al artículo 97" en Comentario del Texto Re-fundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007). Pamplona 2009. Pgs 1242-1243.

2. *Contenido de la obligación precontractual de información del artículo 97 TRLGDCU, tras la Ley 3/2014. Comparación con la redacción anterior*

Como paso previo interesa resaltar que las obligaciones de información precontractual que el artículo 97 establece tras la redacción dada por la Ley 3/2014, se refieren tanto a los contratos a distancia como a los celebrados fuera del establecimiento (anteriormente se referían solamente a los contratos a distancia).

La nueva redacción del artículo 97 contiene un total de 21 requisitos de información (coincidiendo con los que establece el artículo 6 de la Directiva) en lugar de los 8 contenidos en la redacción anterior de la norma.

De la comparación entre la redacción actual del artículo 97 TRLGDCU y la redacción anterior resulta lo siguiente:

- La información ha de proporcionarse antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato a distancia o fuera del establecimiento mercantil (antes de iniciar el procedimiento de contratación, decía la redacción anterior de la norma).
- En la redacción actual del artículo 97 se detalla exhaustivamente la información a suministrar al consumidor y usuario, sin alusión alguna a la necesidad de cumplir con la información contenida en el artículo 60 TRLGDCU. La redacción anterior del artículo 97 imponía expresamente el deber de cumplir con las obligaciones de información que enumeraba, además de las establecidas en el artículo 60. Esta opción me parece mucho más adecuada en cuanto que, como comprobaremos inmediatamente, la redacción que se propone, aunque

introduce algunas novedades, reitera prácticamente en su totalidad el contenido del artículo 60, lo cual no parece lo más coherente. Hubiese resultado más lógico mantener la remisión al artículo 60 y recoger sólo las exigencias informativas adicionales²⁵.

- La información ha de proporcionarse de forma clara y comprensible, de acuerdo con la nueva redacción (la redacción anterior exigía que se suministrase de forma veraz y suficiente).

Las exigencias informativas que impone la nueva redacción del artículo 97²⁶ han de referirse a los siguientes extremos (artículo 97. 1):

- a) Características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios -contenido idéntico al recogido en la redacción actual del artículo 60. 2 a)-. La redacción anterior del precepto aludía únicamente a características esenciales del bien o servicio -artículo 97.1 b)-.
- b) La identidad del empresario, incluido su nombre comercial - contenido similar al del artículo 60. 2. b) -. Exigencia informativa no mencionada por la redacción anterior del artículo 97, en virtud de su remisión al artículo 60.

²⁵ De esta misma opinión es HUALDE MANSO. T. "Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios -RD Legis1/2007, de 16 de noviembre". Aranzadi Civil-Mercantil. 6 (2012).

²⁶ La nueva redacción del artículo 97 reproduce literalmente, prácticamente en su totalidad, el artículo 6 de la Directiva 2011/1983/UE.

- c) La dirección completa del establecimiento del empresario y el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico cuando proceda, con objeto de que el consumidor y usuario pueda comunicarse con él de forma rápida y eficaz, así como, cuando proceda, la dirección completa y la identidad del empresario por cuya cuenta actúa - contenido similar al del artículo 60.2. b), aunque éste no alude al número de teléfono, fax o dirección de correo electrónico-. Este requisito informativo no se mencionada en la redacción anterior del artículo 97, debido a la remisión que hacía al artículo 60.
- d) Si es diferente de la dirección facilitada en la letra c), la dirección completa de la sede del empresario y, cuando proceda, la del empresario por cuya cuenta actúa, a la que el consumidor y usuario puede dirigir sus reclamaciones. Exigencia no mencionada por la redacción anterior del artículo 97, comprendida en la remisión al artículo 60.
- e) El precio total de los bienes o servicios incluidos los impuestos y tasas, o, si el precio no puede calcularse de antemano por la naturaleza de los bienes o servicios, la forma en que se determine el precio, así como, cuando proceda, los gastos adicionales de transporte, entrega o postales, o cualquier otro gasto o, si dichos gastos no pueden ser calculados de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales. En caso de contratos de duración indeterminada o de contrato que incluya una suscripción el precio incluirá el total de los costes por un período de facturación. El contenido de este apartado es muy similar al del actual artículo 60.2 c).

La redacción anterior del precepto no recogía este contenido, que se regía por el artículo 60 en virtud de la remisión que el propio artículo 97 hacía al mismo.

- f) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica. Esta exigencia informativa se recogía de modo idéntico en el apartado a) del art. 97²⁷ en su redacción anterior.
- g) Los procedimientos de pago, entrega o ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación de los servicios, así como, cuando proceda²⁸, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario -exigencia contenida en la redacción actual del apartado d) del artículo 60, si bien en éste la referencia al sistema de tratamiento de reclamaciones del empresario se hace en la letra k), que alude también al sistema extrajudicial de resolución de conflictos -. Esta exigencia se contenía también en el apartado g) de la redacción anterior del artículo 97, aunque en él se aludía únicamente a la necesidad de expresión forma de pago y modalidades de entrega o ejecución.

²⁷ MENDOZA LOSANA A.I. propone, a los efectos de incentivar la contratación a distancia y evitar dificultades interpretativas la definición del concepto de “tarifa básica” en relación al coste de la técnica de comunicación utilizada (Vid. “Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido para la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 (www.uclm.es/centro/cesco. Fecha de publicación, abril de 2013). Pg. 7.

²⁸ En la tramitación parlamentaria de la norma se propuso retirar la expresión “cuando proceda”, pero la enmienda no prosperó.

- h) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación -exigencia idéntica a la contenida en el hoy apartado g) del artículo 60-. La redacción anterior de la norma no contenía esta exigencia, resultando de aplicación lo establecido en el artículo 60 en virtud de la remisión que el propio artículo 97 hacía al mismo.
- i) Cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer este derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento -exigencia idéntica a la contenida en el hoy apartado h) del artículo 60-. No se contemplaba en la redacción anterior del artículo 97, en virtud de la remisión al artículo 60.
- j) Cuando proceda, la indicación de que el consumidor y usuario tendrá que asumir el coste de devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia, cuando los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, el coste de devolución de los mismos. El contenido de este apartado no se recogía en la redacción anterior del artículo 97. Tampoco en la del artículo 60. El artículo 101.1²⁹ TRLGDCU, antes de la reforma, establecía que el empresario podrá exigir al consumidor y usuario que se haga cargo del coste directo de devolución del bien o servicio. En la actualidad el artículo 108. 1, TRLGDCU, apartado segundo, establece que el consumidor sólo asumirá

²⁹ Aplicable también a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, en virtud de la remisión que el artículo 110 TRLGDCU, hacía en bloque al capítulo II del Título I del Libro II.

costes directos de devolución, salvo que el empresario haya aceptado asumirlos o no le haya informado de que debe hacer frente a los mismos³⁰.

- k) En caso de que el consumidor y usuario ejercite el derecho de desistimiento tras la presentación de una solicitud conforme al artículo 98.8 o 99.3³¹, la información de que en tal caso el consumidor y usuario deberá abonar al empresario unos gastos razonables de conformidad con el artículo 108.3. Esta exigencia informativa no se contenía en la redacción anterior del artículo 97, tampoco en la del artículo 60.
- l) Cuando con arreglo al artículo 103 no proceda derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor no le asiste, o las circunstancias en que lo perderá cuando corresponda. Esta exigencia informativa se contenía en la redacción anterior del artículo 97. d).
- m) Un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes (esta exigencia se encuentra recogida en la nueva redacción del artículo 60 -apartado e)-, que alude también a la existencia de servicios posventa y garantías comerciales). No la recogía la redacción anterior del artículo 97 en virtud de la remisión al artículo 60, que habla en términos generales de garantías ofrecidas.

³⁰ Para los contratos celebrados fuera del establecimiento en los que los bienes se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor y usuario en el momento de celebrarse el contrato, el empresario recogerá a su propio cargo los bienes cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo (cfr. Artículo 108.1, apartado tercero). El párrafo 4 del artículo 108 enumera los supuestos en que el consumidor está exento de asumir coste alguno.

³¹ Estos artículos se refieren a la solicitud de servicios de prestación de servicios o suministro de agua, gas, electricidad, o calefacción en las circunstancias que contempla. Solicitud que ha de ser expresa.

- n) Cuando proceda, la existencia de asistencia posventa al consumidor y usuario, servicio posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones -exigencia recogida también en el actual artículo 60.2 e)-. No se mencionaba en la redacción anterior del artículo 97, por la remisión al artículo 60 (aunque éste se refería lacónicamente a garantías comerciales ofrecidas).
- o) Existencia de códigos de conducta pertinentes y la forma de conseguir ejemplares de los mismos, en su caso. Exigencia no recogida en la redacción anterior del artículo 97 ni del artículo 60 (tampoco en la redacción actual de este último³²).
- p) La duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución³³. La redacción de este apartado es idéntica a la que contiene el apartado f) del artículo 60³⁴. El anterior artículo 97 hablaba de duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contrato de suministro de bienes o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida -apartado e)-.

³² Sí en la legislación sectorial (cfr, a título de ejemplo, artículo 10 g) de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico y 19 de la Ley 4/2004 de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico).

³³ Véase nota 6.

³⁴ Difieren, no obstante en que en el párrafo f) del artículo 60, tras las redacción dada por la Ley 3/2014 , como ya se vio, impone también la necesidad de indicación expresa de la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador, así como las penalizaciones en caso de incumplimiento.

Los apartados q) a u) añaden otros requisitos a exigir cuando resulte procedente. Se refieren a los siguientes extremos: la duración mínima de las obligaciones del consumidor y usuario derivadas del contrato -artículo 97. 1.q)-; la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor y usuario tenga que pagar o aportar a solicitud del empresario - artículo 97. 1. r)-; la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables -artículo 97. 1. s-; a toda interoperatividad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer -artículo 97.1. t)-; la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de resolución de reclamación y resarcimiento al que esté sujeto el empresario y los métodos para tener acceso al mismo -artículo 97 u) -. La redacción anterior del artículo 97, contenía esta exigencia informativa en su apartado h).

Las exigencias contenidas en los apartados s), t) y u) del artículo 97 reiteran de modo idéntico las establecidas en los apartados i), j) y k) del artículo 60, tras la reforma en él operada por Ley 3/2014.

El párrafo 2 del artículo 97 TRLGDCU declara aplicable el apartado 1 a los contratos para el suministro de agua, gas y electricidad, cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en soporte material (el contenido de este párrafo es idéntico al párrafo tercero del artículo 60 en la redacción dada por la Ley 3/2014).

El párrafo 3 dispone que en las subastas públicas la información del apartado 1 b), c) y d) podrá ser sustituida por los datos equivalentes del subastador. El contenido de los párrafos 2 y 3 es de nueva introducción.

El párrafo 4 del artículo 9 permite que la información contemplada en el apartado 1. i), j), k) pueda proporcionarse a través del modelo de información al consumidor y usuario sobre el desistimiento establecido en el anexo A.

El párrafo 5 declara que la información contenida en el párrafo 1 formará parte integrante del contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y no se alterará hasta que las partes dispongan expresamente lo contrario. Esta exigencia viene impuesta por el artículo 6.5 de la Directiva. El pacto entre las partes sólo puede modificar el contenido de la información, pero de ninguna manera puede alterar los deberes de información impuestos al prestador de servicios³⁵. Aunque la Directiva 2011/83 no se pronuncia sobre este punto de una manera expresa, los principios básicos en materia de Derecho de consumo así lo imponen. De acuerdo con el artículo 10 no son admisibles los pactos modificativos de los deberes de información o confirmación del contrato en los contratos con consumidores.

El párrafo 8 del artículo 97 impone al empresario la carga de la prueba del cumplimiento de los deberes de información que en él se establecen, y, en su caso, el pacto expreso del contenido de la información facilitada antes de la celebración del contrato.

El incumplimiento por parte del empresario de los deberes de información relativos a gastos adicionales u otros costes mencionados en el apartado 1. e), o sobre los costes de devolución que establece el apartado 1. j) determina que el consumidor y usuario no deberá abonar dichos gastos o costes

³⁵ Vid. MENDOZA, cit. Pg 8. Esta autora considera que resultaría preciso que el contenido del artículo 97.5 especificase que sólo caben los pactos de las partes sobre el contenido o la forma de la información precontractual, pero no sobre el deber de informar.

(así lo establece el párrafo 6 del artículo 97 tras la redacción dada por la Ley 3/2014).

El párrafo 7 del artículo 97 dispone que los requisitos de información establecidos en este capítulo se entenderán como adicionales a los requisitos que figuran en la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y en la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Para el supuesto de que una disposición general o sectorial sobre prestación de servicios, incluidos los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, relativa al contenido o el modo en que se debe proporcionar la información entrara en conflicto con alguna disposición de esta ley, prevalecerá la disposición de esta ley.

Tras el análisis comparativo realizado cabe concluir que la reforma no introduce ninguna novedad de calado que mejore de modo significativo el derecho a la información, derecho básico de consumidores y usuarios. Como ya se dijo, la nueva redacción de los artículos 60 y el 97 del TRLGDCU repite exigencias informativas que en muchos casos se encuentran ya establecidas en el propio Texto Refundido y en la abundante legislación sectorial existente, tanto en materia de información precontractual en general, como en materia de información precontractual relativa, específicamente, a los contratos a distancia. Las obligaciones precontractuales de información que establece la nueva redacción del artículo 97, aparte de alargarse tediosamente, repiten, incluso literalmente, exigencias informativas ya contenidas en el artículo 60. Hubiera resultado mucho más adecuado remitir a este precepto, al igual que hacía la redacción anterior del artículo 97, para enumerar solamente las exigencias informativas específicas de los contratos a distancia y fuera del establecimiento.

4. BIBLIOGRAFÍA

ASÚA. C. I. "La cupla *in contrahendo*". Erandio. 1989.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. R. "Estudios sobre protección de los consumidores". Madrid 1988.

"Publicidad y adquisición de vivienda " (Comentario a la STS de 26 de junio de 1999). AC. Vol II. Tribuna. Pgs 1758-1759.

"Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios" (coordinador). Pamplona 2009.

BERMUDEZ BALLESTEROS. "Incumplimiento de los requisitos formales en los contratos celebrados fuera del establecimiento". (www.uclm.es/centro/cesco). Sección, Notas jurisprudenciales.

"¿Conculca el derecho a la información de un consumidor el hecho de que una agencia de intermediación inmobiliaria solicite sus datos identificativos personales antes de facilitarla? . (www.uclm.es/centro/cesco). Sección, Trabajos de los Investigadores.

BUSTO LAGO (coordinador). "Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor". 2005.

"Comentario al artículo 97" en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*(Real Decreto Legislativo1/2007). Pamplona 2009. Pgs 1242-1243.

CABANILLES SÁNCHEZ.A. “La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento, y el control de las condiciones generales”. 1994.

CANALEJAS. J. “Deber de información y asesoramiento. El caso Lehman Brothers. (www.uclm.es/centro/cesco). Sección, Notas jurisprudenciales.

CARRASCO PERERA.A. “Prácticas comerciales desleales y Derecho sancionador de consumo” (www.uclm.es/centro/cesco). Sección Trabajos de los investigadores.

“Sobre el fraude “filatélico” presuntamente operado por las sociedades *AFINSA Y FORUM FILATÉLICO* y las competencias autonómicas de consumo a tenor de la disposición adicional 4ª de la Ley 35/2003”. (www.uclm.es/centro/cesco). Sección Trabajos de los investigadores. Mayo 2006.

“Las competencias autonómicas sobre la información pre-contractual en el marco de la directiva 2005/29/ce, sobre las prácticas comerciales desleales”. (www.uclm.es/centro/cesco) . Sección Trabajos de los Investigadores. Noviembre de 2010.

CARRASCO PERERA. A y LYCZKOWSKA. K. “Guía de obligaciones de información al inversor en el marco de la Directiva MIFID”. www.uclm.es/centro/cesco .(fecha de publicación: 23 de julio de 2013).

DOMINGUEZ LUELMO. A. “*Contratación electrónica y protección de los consumidores: régimen jurídico*”. RCDI. Núm 660. 2000.

HUALDE MANSO. T. "Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios -RD Legis1/2007, de 16 de noviembre". Aranzadi Civil-Mercantil. 6 (2012).

GARCÍA VICENTE.J.R. "Comentario al artículo 60" en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*(Real Decreto Legislativo1/2007). Pamplona 2009. Pgs 775-776.

GÓMEZ CALLE. E. "Los deberes precontractuales de información". Madrid 1995.

LASARTE ÁLVAREZ. C. "Manual sobre protección de consumidores y usuarios". Madrid 2005 (2^a edición).

LLAMAS POMBO y otros. "Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después). 2005.

LLOBET I AGUADO. "El deber de información en la formación de los contratos". Madrid. 1996.

LOZANO.B. "FORUM/AFINSA: El estado no responde ante terceros por el funcionamiento de sus órganos de supervisión financiera". www.uclm.es/centro/cesco . Sección, Trabajos de los investigadores. Enero 2011.

MARÍN LÓPEZ. J.J. "La Directiva 2005/29 sobre Prácticas Comerciales Desleales, es una Directiva de Máximos". www.uclm.es/centro/cesco. Sección Notas jurisprudenciales.

MARÍN LÓPEZ. M.J. "Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea" . Madrid 2005.

MARTÍN GARCÍA. "La publicidad: su incidencia en la contratación" . Madrid 2002.

"Aspectos publicitarios de la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo". RDP (mayo 2004). Pg 324 y ss.

MARTÍNEZ GALLEGO. "La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación" . Madrid 2000.

MARTÍNEZ SANZ. F. (Director). "Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal" . Madrid 2009.

MÉNDEZ MATO. "La oferta contractual" . Pamplona 1998.

MENDOZA LOSANA. A. I. "Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido para la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 (www.uclm.es/centro/cesco). Fecha de publicación, abril de 2013.

MORALES MORENO. "El dolo como criterio de imputación al vendedor de los vicios de la cosa". ADC. 1982. Pg 631 y ss.

PÉREZ GARCÍA. PA. "La información en la contratación privada: en torno al deber de informar en la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios". Instituto Nacional de Consumo. Madrid 1990.

PASCUAU LIAÑO. *“La protección de las legítimas expectativas del consumidor y la exigibilidad de las promesas publicitarias: una propuesta de superación del artículo 8 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”*. Revista de Autocontrol Publicitario. Núm 56. 2001. Pg 54.

REYES LOPEZ, PUENTES MARTÍ, ESTRUCH ESTRUCH Y MONTES RODRÍGUEZ. *“Jurisprudencia en materia de protección de consumidores y usuarios”*. Valencia 1995.

ZURILLA CARIÑANA. M.A. *“STS 15 de marzo de 2006. Oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa”*. (www.uclm.es/centro/cesco). Sección Notas jurisprudenciales.

“Prácticas comerciales desleales y concursos con premio”. (www.uclm.es/centro/cesco). Sección Trabajos de los investigadores. Diciembre 2010-.

“¿Son conformes a la Directiva de prácticas comerciales desleales las disposiciones reguladoras del comercio minorista? El caso de Castilla-La Mancha”.

(www.uclm.es/centro/cesco). Sección Trabajos de los Investigadores. Diciembre 2010.

LA INCOMPLETA REFORMA DE LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD EN EL SISTEMA SUCESORIO ESPAÑOL POR LA LEY 15/2015, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

M^a Ángeles Zurilla Cariñana

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER

1.1. En el Derecho Romano clásico y posclásico se conocieron algunos supuestos en los cuales el sucesor, aun adquiriendo la herencia, es privado luego por ley de los bienes adquiridos en castigo a los actos cometidos contra el difunto. Los textos históricos castellanos recogen la indignidad sucesoria con muy variados perfiles, caracterizándose por una enumeración casuística de supuestos, algunos de ellos muy parecidos a los romanos. La Ley 13 del Título VII de la Partida 6^a contiene hasta seis razones para perder la herencia del finado¹.

La idea de sanción por actos cometidos contra el difunto, que preside los textos históricos, persiste en la actualidad: las denominadas causas de indignidad afectan a personas que son capaces para adquirir por testamento o *abintestato*, sin embargo, la conducta injustificable con el causante, antes o después de la apertura de la sucesión, les aparta de ella. La indignidad es por tanto una cualidad relativa a la conducta del indigno con el causante, basada en razones morales y éticas, que tiene la con-

¹ GARCÍA RUBIO. *Código Civil Comentado*. Vol. II. Ed. Civitas. 2011. Vid. p. 629. En el trabajo de esta autora se recogen también interesantes referencias al tratamiento de la indignidad en el Derecho comparado.

sideración de pena privada. Presenta la peculiaridad de que no limita la libertad al testador para favorecer al indigno o perdonarle expresamente y puede derivar de causas sobrevenidas tras la apertura de la sucesión o, incluso, la aceptación de la herencia².

Junto con las de carácter moral y punitivo, otra razón ha explicado históricamente el fundamento de esta figura: la presunción de una hipotética voluntad del causante de excluir al indigno.

Se cuestiona por la doctrina si el efecto de la indignidad es excluir la delación a favor del indigno, de modo que éste no resulta llamado a la sucesión del causante (tesis que propugnan las SSTs de 11 de febrero de 1946 y 20 de febrero de 1963), o, por el contrario, no excluye la delación pero, si llega a producirse la anulación de la sucesión a favor del indigno, deja sin efecto aquella con carácter retroactivo a la apertura de la sucesión³. Aunque el indigno adquiera la herencia no puede retenerla y debe restituir los bienes recibidos⁴. De acuerdo con esta posición, el indigno sucede, pero de forma claudicante y, por tanto, atacable⁵. No faltan autores que mantienen la posibilidad de delación en caso de indignidad, afirmando que delación e in-

² LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho civil*. Vol IV. *Sucesiones*. Ed. Dykinson. 2007. Vid. p. 60.

³ ALBALADEJO GARCÍA. *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Ed. Edisofer. 2008 b). Vid. p. 83. Considera este autor que parece más congruente la primera posición en cuanto que lo racional es no dar lugar a un llamamiento de quien no debe suceder.

⁴ VATTIER FUENZALIDA. *Comentarios al Código Civil*. (DOMINGUEZ). Ed. Lex Nova. 2010. Vid. p. 869.

⁵ ALBALADEJO GARCÍA. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X. Vol 1º. (ALBALADEJO-DÍAZ). Ed. Revista de Derecho Privado. 1987. Vid. pp. 200-201, pone re relieve lo infructuoso de esta discusión. De un lado, porque aunque fuese verdad que el indigno recibió delación, cuando se impugne por indignidad su sucesión, aquella se entenderá borrada retroactivamente. De otro, porque, aunque sea verdad así mismo que no recibió delación, pasado el tiempo durante el que puede ser atacada la sucesión del indigno, éste no cabe que sea removido de ella y conservará los bienes.

dignidad no son incompatibles⁶, es decir, puede darse delación aun en caso de existencia de indignidad, o puede no darse, dependiendo de que la causa de indignidad haya tenido lugar con anterioridad o posterioridad a la muerte del causante. En este último caso no habría causa de incapacidad sino causa de exclusión de la herencia si se ha aceptado ya, pues el indigno tenía una delación que podía válidamente aceptar o repudiar⁷.

1. 2. La regulación de las causas de indignidad se ubica en la Sección 1^a, Capítulo II, del Título III del Libro III, que regula las incapacidades para suceder (concretamente en el artículo 756 CC, que ha sido objeto de reciente reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria). El artículo 852 CC dice que son causas de incapacidad para suceder por causa de indignidad.... El 164.2 CC habla del indigno como persona que no ha podido heredar por causa de indignidad..., y, finalmente, el artículo 929 CC habla de incapacidad por indignidad para suceder.... Sin embargo, no resulta pacífica su calificación como incapacidad relativa con base en la existencia de diferencias notables entre las incapacidades relativas propiamente dichas y la indignidad. La indignidad es una cualidad referida a la conducta del indigno con el causante, basada en consideraciones morales o éticas, que tiene la consideración de pena privada, no limitando la voluntad del testador, que puede perdonar al indigno. La indignidad se aplica a toda clase de sucesión, tanto a la testamentaria como a la intestada. Las incapacidades relativas, por su parte, se basan en hechos o situaciones

⁶ HERNÁNDEZ GIL. . *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos*. RDP. 1961. Vid. p. 475.

⁷ DIEZ -PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol IV. Ed. Tecnos. 2006. Vid. p. 305.

que son independientes de la conducta del sucesor, no tienen carácter punitivo y, no pueden ser condonadas por el testador ni ser burladas con la interposición de persona. Su ámbito de aplicación es la sucesión testada. Indignidad e incapacidades relativas tienen en común, no obstante, afectar al llamamiento tanto a título de heredero como de legatario.

Las diferencias mencionadas han determinado que se cuestione por parte de algunos autores la calificación jurídica de la indignidad, a la que consideran no como una incapacidad sucesoria sino como una figura de exclusión de herencia (véase epígrafe anterior). En consecuencia, discrepan del encuadramiento sistemático de la indignidad entre las incapacidades para suceder⁸. Una concepción acertada, entiendo que es la que conceptúa la indignidad como una sanción legal por la realización de conductas reprobables tipificadas por la Ley cuya eficacia se deja a la voluntad del testador, que puede remitirla, o de los interesados en la herencia, que tienen acción para excluir de ella al indigno en el plazo legalmente establecido⁹.

1. 3. Cuestión controvertida es también la relativa a si la indignidad se aplica también a la legítima. La redacción actual del artículo 756 CC no contiene, tras la reforma, ninguna referencia a la privación de la legítima como efecto de la indignidad, en ninguno de sus apartados. Esta referencia se hacía en la redacción anterior a la reciente reforma de 2015, solamente en el 756. 2º. 2 (referido *“al que fuere condenado en juicio por haber*

⁸ SANCHO REBULLIDA. *Sobre la naturaleza y encuadre sistemático de la indignidad para suceder*. Temis. 1957. Vid. p. 154 y ss. MENA BERNAL. *La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el Código Civil español*. Ed. Tirant Loblanc. 1995. Vid. p. 271.

⁹ DÍEZ PICAZO y GULLÓN, cit. Vid. p. 306.

atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes, o ascendientes”). Un amplio sector doctrinal se ha mostrado a favor de la extensión de las causas de indignidad a todos los supuestos que contempla este precepto¹⁰. Se invoca a favor de este argumento el artículo 761 CC, en cuanto que el indigno, sea cual sea la causa de indignidad, es un excluido de la herencia por incapacidad y para tal exclusión en él se prevé que sus hijos y descendientes adquieran su derecho a la legítima, lo que no tendría sentido si él no la perdiese. También el artículo 713 CC, considerado un caso de indignidad y que, aunque no dice expresamente que el indigno pierda la legítima, resulta de su espíritu en cuanto dice que perderá todo derecho a su herencia¹¹. Las SSTs de 28 de febrero de 1947 y 6 de diciembre de 1963 mantienen la misma tesis, que, con base en los argumentos citados, entiendo que puede continuar manteniéndose.

Algún autor precisa que aunque las causas de indignidad sean también motivos legales para excluir a los legitimarios, la indignidad no se confunde con la desheredación, pues ésta sólo interviene en la legítima, depende exclusivamente de la voluntad del causante y debe constar necesariamente en testamento (STS de 7 de marzo de 1980 -RJ 1980/1558-), aparte de

¹⁰ ALBALADEJO GARCÍA. *Comentarios*, cit. Vid. p. 206 y ss. DÍAZ ALABART. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X. Vol 1^o. (ALBALADEJO-DÍAZ). Ed. Revista de Derecho Privado. 1987 ... Vid. p. 1872. TRUJILLO DÍAZ+ (revisado por MARÍN). *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ). Ed. Aranzadi. 2009. Vid. p. 913. MENA-BERNAL, cit. Vid. p. 109. En contra de esta posición se manifiesta MANRESA *Código Civil Español*. Tomo VI. Vol. 1^o. Ed. Reus. 1973. pp. 13-149. Vid. p. 83. Este autor considera que solamente en el caso del número 2 del artículo 756 CC la indignidad privará al indigno del derecho a la legítima. Los herederos forzosos que incurran en las restantes causa de indignidad que contempla el precepto no perderán sus derechos legitimarios pero podrán ser causa de desheredación.

¹¹ ALBALADEJO GARCÍA. *Comentarios*... Vid. p. 208.

que la reconciliación no exige los requisitos de forma que para la rehabilitación del indigno establece el artículo 757 CC¹². Sin duda son muchos los puntos en común entre indignidad y desheredación: su carácter relativo a un determinado sucesor, el que con ligeros matices todas las causas de indignidad lo son también de desheredación, que el fundamento que subyace en ellas es muy similar y, finalmente, que también la indignidad produce la privación de la legítima. Estas circunstancias determinan que doctrinalmente se propugne *lege ferenda* la unificación de ambas figuras como sucede en otros ordenamientos jurídicos, como el francés o el italiano¹³. No faltan autores, cuya opinión comparto, que cuestionan la utilidad práctica de esa refundición¹⁴.

1. 4. Objeto de discusión ha sido también en relación con la indignidad si resultase necesaria una declaración judicial para que despliegue su eficacia jurídica o actúa *ipso iure* por la mera incursión en alguna de las causas legalmente tipificadas. Algunos autores expresan con contundencia que la indignidad existe por la realización del hecho indigno, no porque la establezca una sentencia. Solamente cuando se discuta requiere de una sentencia que decida que realmente se es indigno por haberse cometido en verdad hecho indigno. El papel de la declaración judicial es declarar que verdaderamente existe la indignidad discutida, e imponer sus consecuencias, no hacer

¹² VATTIER FUENZALIDA, cit. p. 869.

¹³ GARCÍA RUBIO, cit. Vid. p. 631-632.

¹⁴ MENA-BERNAL, cit. Vid. p. 275. Considera esta autora que la coexistencia de ambas instituciones jurídicas en un mismo sistema sucesorio lejos de resultar una redundancia inútil coadyuva a que tenga lugar la eficacia excluyente que a ambas caracteriza, lo cual enriquece el panorama sucesorio español.

indigno al que no lo es sin la sentencia¹⁵. El carácter declarativo de la resolución judicial sobre indignidad resulta patente en la STS de 8 de mayo de 1992.

No faltan autores que sostuvieron (si bien en referencia a la redacción anterior del precepto) que para los supuestos en que recogidos en los apartados 2º y 3º del artículo 756 (calumnias y atentado contra la vida) sí exige sentencia lo es para que en virtud de ella se pueda apreciar ciertamente la constancia de ser el interesado culpable de la acción de que se le acusa. La voluntad del legislador es sujetar a estas causas a una estricta prejudicialidad penal con el objeto de que no pueda considerarse delincuente a los efectos civiles a quien no sea condenado en proceso penal¹⁶.

1. 5. El artículo 756 CC realiza una enumeración exhaustiva de causas de indignidad que, tradicionalmente, se ha considerado han de ser, por sus consecuencias de carácter sancionador, objeto de interpretación restrictiva y aplicarse a favor del supuesto indigno. En consecuencia con ello, dichas causas no podrían extenderse a casos distintos de los que enumera el artículo 756 CC, teniendo la enumeración que recoge el precepto carácter de *numerus clausus*. No puede, sin embargo, desconocerse que existen conductas tanto o más reprobables que las contempladas por el precepto, que, de acuerdo con su espíritu, deberían comprenderse en él¹⁷. Ello no contradeciría la norma en cuanto que en ella no se establece en ningún momento el carácter cerrado de las causas de indignidad que enumera.

¹⁵ ALBALADEJO GARCÍA. *Comentarios...*, cit. Vid. p. 201 y ss.

¹⁶ TRUJILLO DÍAZ, cit. Vid. p. 913.

¹⁷ ALBALADEJO GARCÍA. *Comentarios...*, cit. Vid. p. 209-209. MENA-BERNAL, cit. Vid. p. 62 y ss.

Además, la propia jurisprudencia (STS de 26 de marzo de 1993 -RJ 1993/2394-) pone en duda el carácter de indignidad de todos los supuestos que contiene el artículo 756 CC.

La falta de adaptación a la realidad social actual de la regulación de la indignidad que contiene el Código civil español determina la escasa aplicación de la figura. Resultaba ya precisa una reforma profunda de la misma, que dotase a esta figura de una mayor flexibilidad, ampliando los supuestos de hecho que pueden provocarla. Esta circunstancia se ha producido con la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, aunque la reforma no ha tenido el alcance que sería deseable. Otra alternativa deseable hubiera sido dar cabida a la denominada indignidad facultativa, es decir, que sea la autoridad judicial la que, en su función de aplicar e interpretar la ley, declare un determinado hecho, no contemplado por ella pero sí comprendido en su espíritu,¹⁸ como causa de indignidad.

2. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD TIPIFICADAS POR EL CÓDIGO CIVIL

2. 1. La primera de las causas de indignidad que contiene el artículo 756 CC se refiere tras la reforma, a: *“El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave, por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes”*.

Esta causa se recogía en la redacción anterior en el apartado 2 del artículo 756, aunque la reforma ha introducido alguna

¹⁸ GARCÍA RUBIO, cit. Vid. p. 631. MENA-BERNAL, cit. Vid. p. 65.

modificación que hace más precisa la redacción del precepto.

La redacción anterior hablaba de “*el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes, o ascendientes*”. Se corrige en la redacción actual el descuido formal que suponía hablar de testador, en lugar de causante; se amplía el supuesto de hecho a la imposición de pena grave o causación habitual de violencia física o psíquica en el ámbito familiar del causante, incluyendo además de al cónyuge a la persona que estuviese unida por análoga relación de afectividad.

La propia expresión del precepto “atentado contra la vida del testador” excluye la necesidad de que se produzca la consumación del delito, bastando el grado de tentativa (artículos 15 y 16 CP).

Resulta discutido si esta causa de indignidad comprende solamente la muerte dolosa del causante o incluye también la muerte culposa de éste, prevaleciendo la opinión de que, conforme al espíritu de la norma, la indignidad no alcanzará los supuestos de muerte culposa¹⁹

Quedan en el aire, no obstante, algunas cuestiones que la reforma hubiera debido aprovechar para precisar como la relativa a si puede considerarse indigno a quien no es penalmente imputable, entiendo que no cuando la inimputabilidad penal signifique nula capacidad para apreciar la ilicitud de la conducta. Si a pesar de la inimputabilidad penal el indigno tiene capacidad natural de entender y de querer la cuestión ofrece más dudas²⁰.

¹⁹ DÍEZ PICAZO y GULLÓN, cit. Vid. p. 306; ALBALADEJOGARCÍA. Comentarios, cit. Vid. p. 226. GARCÍA RUBIO, cit. Vid. p. 634; VATTIER FUENZALIDA, cit. Vid. p. 869.

²⁰ GARCÍA RUBIO, cit. Vid. p. 634.

No resulta claro tampoco a qué formas de participación en la muerte del causante se refiere el precepto. Entiendo que comprenderá todas las formas que impliquen autoría (artículo 29 CP), incluyendo la complicidad (artículo 29 CP), pero no el encubrimiento (artículo 451 CP), aunque la solución no es pacífica en la doctrina²¹.

2.2. La segunda causa de indignidad que recoge la redacción actual del artículo 756 recoge varios supuestos. A saber:

El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada.

También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.

La redacción anterior del precepto hablaba únicamente de:

“Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos”. Ciertamente recoge el precepto conductas realmente abominables que han de ser objeto del más absoluto reproche a todos los niveles. De los escasos pronunciamientos judiciales recaídos en materia de indignidad en los últimos años, los más frecuentes se refieren a esta causa.

²¹ ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios...*, cit. Vid. p. 226. ³⁰ TRUJILLO DÍAZ, cit. Vid. p. 914.

Resulta loable la nueva y más amplia redacción de la norma, que pone de relieve la preocupación del legislador por el respeto a la libertad, integridad moral e indemnidad sexual. También por el debido cumplimiento de los deberos familiares. Resulta, no obstante, demasiado imprecisa y vaga, a mi entender.

Más preciso es el último apartado del actual párrafo segundo que hace referencia a la resolución firme de privación de la patria potestad o remoción del ejercicio de la tutela o del acogimiento como causa de indignidad para suceder al menor o a la persona sujeta a tutela o acogimiento. Las causas de privación de la patria potestad se recogen en el artículo 170 CC y las de remoción de la tutela en el 246 CC. Resulta novedosa la inclusión del tutor y del acogedor.

Se incluirían sin duda entre las causas de indignidad, las que mencionaba la redacción anterior (abandono, corrupción y prostitución del sometido a patria potestad, tutela y acogimiento), aunque la nueva no las mencione de modo expreso, y cualesquiera otras que puedan con llevar la privación de la patria potestad o tutela por el incumplimiento de los deberes inherentes a las mismas. Encajaría aquí, desde luego, el abandono, que ha de entenderse en un sentido amplio como falta de cumplimiento de deberes de asistencia y protección, tanto físicos, como morales y económicos²². Cabe apreciar la existencia de abandono aunque el hijo no quede desamparado porque se ocupen de él otras personas. Se sostiene así mismo que el abandono se refiere al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad: velar por los hijos, tenerlos en su compañía,

²² Numerosas sentencias de Audiencias Provinciales ratifican este criterio (cfr, SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 26 de marzo de 2001 -AC 2002/255-; Asturias, de 2 de julio de 2003 -AC 2003/1138-; A Coruña, de 27 de febrero de 2009 -JUR 2009/285387-)

alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (artículo 154. 2.1º CC). De acuerdo con ello, susceptibles de abandono serán solamente los menores no emancipados y los mayores incapacitados²³ (SSTS de 3 de diciembre de 1946, 28 de febrero de 1947, y 26 de marzo de 1993 -RJ 1993/2394-). Entiendo, no obstante, que el precepto no se limita solamente a ellos²⁴.

2. 3. El apartado tercero del precepto que comentamos declara indigno para suceder a quien realiza una conducta atentatoria contra la buena reputación del causante. También ha sido objeto de reforma por la Ley 15/2015, declarando indigno a quien *“hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa”*.

La redacción anterior declaraba indigno al que hubiese “acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa”. La norma contenía una regulación desfasada al referirse a penas desaparecidas del Código penal vigente por lo que la modificación del precepto resulta no solo acertada sino más que necesaria.

La expresión “hubiere acusado” resulta demasiado genérica no bastando, en mi opinión, cualquier imputación al causante. La acusación a la que alude el precepto significa imputación de un delito con conocimiento de su falsedad o desprecio temerario a la verdad³⁰.

Del tenor literal del artículo se desprende la necesidad de una querrela formalmente interpuesta, una denuncia o, incluso,

²³ ALBALADEJO GARCÍA, Comentarios cit. p. 210. TRUJILLO DÍAZ, cit. Vid. p. 913.

²⁴ DÍEZ PICAZO y GULLÓN, cit. Vid. p. 306. GARCÍA RUBIO, cit. Vid. p. 632 y VATTIER FUENZALIDA, cit. Vid. p. 869 sostienen esta misma opinión. ²² Comentarios..., cit. Vid. p. 212.

cualquier otra intervención procesal de la que haya derivado un procedimiento criminal contra el causante de la sucesión²⁵. A diferencia de lo que sucede en la causa anteriormente comentada, en ésta no se exige sentencia. Resulta claro, no obstante, que el carácter calumnioso de la acusación habrá de ser declarado por sentencia penal, salvo que el propio indigno reconozca su calumnia o ya no cupiese por la razón que fuese, juicio criminal²⁶.

Tras la modificación del Código penal, la mención a presidio o prisión mayor ha de sustituirse por la de prisión superior a tres años con base en la Disposición Transitoria 11^a 1 CP de acuerdo con la cual: *Cuando se hayan de aplicar leyes penales o procesales por la jurisdicción ordinaria, se entenderán sustituidas: c) la pena de prisión mayor por la de prisión superior a tres años.* Ello no supone aplicación analógica en uno de los casos no permitidos por el artículo 4.2 CC, confirmado por el 4.1. CP, puesto que la mencionada Disposición Transitoria no es una genuina norma penal sino una regla técnica de sustitución de normas que permite la aplicación extensiva²⁷.

2. 4. La causa de indignidad del número cuatro del artículo 756 CC declara indigno para suceder al heredero mayor de edad que sabedor de la muerte violenta del causante no la hubiera denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio. La prohibición cesa en los casos en que, según la Ley, no hay obligación de acusar.

²⁵ GARCÍA RUBIO, cit. Vid. p. 635. La doctrina se encuentra dividida en torno a la cuestión relativa a si el falso testimonio constituye un caso de acusación calumniosa a los efectos del precepto. Una síntesis de las opiniones doctrinales más relevantes puede encontrarse en ALBALADEJO GARCÍA. Comentarios, cit. Vid. p. 229.

²⁶ DÍAZ ALABART, cit. Vid. p. 1873. ALBALADEJO GARCÍA, cit. Vid. p. 229.

²⁷ GARCÍA RUBIO, cit. Vid. p. 635. Esta es así mismo la opinión de VATTIER FUENZALIDA, cit. Vid. p. 870.

La expresión heredero que utiliza el artículo ha de entenderse referida, en general, al sucesor. La mayoría de edad a que se refiere el precepto es la mayoría de edad penal. Que el sucesor sea sabedor de la muerte del causante implica un conocimiento seguro del hecho, no meras sospechas. El mes de plazo para la denuncia se deberá contar desde que el indigno conozca el hecho²⁸. El plazo no correrá si hay causas de fuerza mayor que justifican no poder denunciar -STS de 11 de febrero de 1946 -RJ 1947/121-.

Hay que tener presente, no obstante, que esta causa en la actualidad carece de sentido pues, de acuerdo con el artículo 261 LECrim, los más cercanos al testador están exentos de la obligación de denunciar²⁹ (cfrs, STS de 13 de mayo de 2010 -RJ 2010/3693). No pueden considerarse indignos el cónyuge del delincuente (artículo 261.1), sus parientes en línea recta por consanguinidad o afinidad, y los colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive (artículo 261.2).

2. 5. La *ratio* del apartado quinto del artículo 756 CC es sancionar cualquier conducta que coarte la libertad del testador para expresar su voluntad libremente. Se refiere a la utilización de amenaza fraude o violencia para obligar a aquel a hacer testamento o a cambiarlo. Es ésta una causa de indignidad íntimamente ligada a los vicios de la voluntad testamentaria regulados en el artículo 673 CC. La amenaza equivale a coacción moral, o violencia intimidatoria, el fraude coincidiría con el dolo o maquinación insidiosa, y la violencia es la coacción

²⁸ ALBALADEJO GARCÍA. *Comentarios*, cit. Vid.p. 228, DÍAZ ALABART. Cit. Vid. p. 1873 .

²⁹ GARCÍA RUBIO, cit. Vid. p. 636.

física. Considero que la causa de indignidad concurre, ya se actúe en beneficio propio del actor o de otras personas.

Entiendo que el precepto sanciona la conducta reprochable del actor, con independencia de que el testamento se otorgue o no se otorgue, se cambie o no se cambie como consecuencia de aquella. Por el contrario, las sentencias de 24 de mayo de 1954 -RJ 1954/1325- y 7 de enero de 1975 -RJ 1975/12- circunscriben la indignidad a la hipótesis de que no se haya otorgado testamento, otorgándose éste el precepto a aplicar sería el artículo 673 CC, que conlleva la nulidad. Discrepo de estas sentencias por considerar que la nulidad del testamento determina que el indigno carezca de delación en él, pero la indignidad le impediría ser heredero *abintestato* si se abriese la sucesión intestada. Impediría así mismo que el indigno suceda no sólo por el testamento declarado nulo, sino por cualquier otro anterior o posterior en que pudiera ser instituido (salvo, lógicamente, que medie rehabilitación por parte del causante)³⁰.

La amenaza, fraude o violencia hacen indigno al que los causa con independencia que se refieran al fondo o a la forma del testamento.

2. 6. El apartado sexto del artículo 756 CC declara indigno al que con amenaza, fraude o violencia impida a otro hacer testamento o revocar el que tuviere hecho, o suplantare, ocultare, o alterare otro posterior. Las conductas descritas atentan, como las del apartado anterior del precepto, contra la libertad del testador, si bien, desde un punto de vista negativo. Se aplican, por tanto, los mismos criterios interpretativos referidos al tratar del

³⁰ DÍEZ PICAZO y GULLÓN, cit. Vid. p. 307. ALBALADEJO GARCÍA. *Comentarios...* cit. Vid. p. 234 y ss. DÍAZ ALABART, cit. Vid. p. 1874. GARCÍA RUBIO, cit. Vid. p. 637. TRUJILLO DÍAZ, cit. Vid. p. 915.

mismo en el subepígrafe anterior. Esta circunstancia determina que algún autor abogue por la conveniencia de que el legislador hubiese recogido en una única causa general cualquier tipo de acción contra la libertad de disposición *mortis causa*³¹.

El precepto habla de suplantar, ocultar o alterar un testamento posterior. No obstante, entiendo que existirá también razón para declarar la indignidad si no hubiese más que un testamento y éste se altera u oculta.

En el supuesto del párrafo 6º del artículo 756 CC se encuadra el contemplado en el artículo 713 CC. Incorre, por tanto, en indignidad el que dolosamente deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder en el plazo de diez días de conocer el fallecimiento del testador, o el que lo sustrajera dolosamente del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda o depósito, así como el que lo oculte, rompa o inutilice de otro modo.

2. 7. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, introdujo un párrafo séptimo en el artículo 756 CC.

La Exposición de Motivos de esta Ley configura como “causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder *abintestato* el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiéndose por tales los alimentos regulados en el Código civil, ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos”. Tras estas palabras subyace sin duda la preocupación del legislador por

³¹ ALBALADEJO GARCÍA. *Comentarios...*cit. Vid. p. 236.

motivar el trato adecuado a favor de las personas con discapacidad³² por parte de sus familiares. Sin embargo, la imprecisión técnica de las mismas es notable lo cual ha determinado que la nueva causa no haya sido acogida favorablemente por la doctrina³³, que considera que no encaja bien en el conjunto de la indignidad para suceder.

El texto de la Exposición de Motivos habla de “incapacidad para suceder *abintestato*” (lo que parece presuponer la relación de parentesco). No obstante, la nueva causa de indignidad se aplica también a la sucesión testada puesto que el artículo 756 CC es aplicable, según se vio, a toda clase de sucesión.

El apartado 7^o declara indignos en la sucesión de una persona con discapacidad a quienes, teniendo derecho a su herencia, no le hubiesen prestado las atenciones necesarias, entendiendo por tales reguladas en los artículos 142 y 146 CC. Las atenciones necesarias se identifican en la norma con la obligación legal de alimentos entre parientes: los artículos 142 y 146 CC, que menciona, regulan, respectivamente, la extensión de esta obligación y la cuantía de los alimentos (la propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 en el apartado VII alude a “alimentos regulados por el Título VI del Libro I del Código civil). Por tanto, no llevaría consigo indignidad para suceder el incumplimiento de un contrato de alimentos (artículos 1791-1797 CC), ni de renta vitalicia (1802-1808), ni de cualquier otro análogo de origen convencional. Tampoco el incumplimiento

³² El artículo 2 de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad considera discapacitadas aquellas personas con un grado de minusvalía del 33% en caso de discapacidades físicas, y del 65 % en caso de discapacidades psíquicas.

³³ DÍEZ PICAZO y GULLÓN, cit. Vid. p. 308. GARCÍA RUBIO, cit. Vid. p. 637. MINGORANCE GOSÁLVEZ. La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad” en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del siglo XXI* (LASARTE). Ed. IDADFE, UNED y El Derecho Editores. 2006. Vid. p. 673.

de una prestación de alimentos impuesta por testamento puesto que la norma parece ceñirse a los alimentos legales.

Lo primero que llama la atención es que el incumplimiento de la obligación de pagar alimentos no está previsto en ninguno de los graves supuestos que regula el artículo 756 CC, cuando, lógicamente, las razones para establecer la indignidad serían las mismas, cualquiera que fuera el acreedor de los susodichos alimentos. Llama la atención así mismo que el precepto se refiera a las personas con “derecho a la herencia” del discapacitado. Sin duda alguna cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos del discapacitado (obligados legalmente a darle alimentos) se encuentran entre dichas personas, pero también lo están los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado, que, sin embargo, no están legalmente obligados a prestar alimentos. ¿Significa esto que la nueva causa de indignidad se extiende también a ellos?. Algunos autores entienden que la causa de indignidad que recoge el número 7 del artículo 756 CC afectará solamente a quienes están legalmente obligados a prestar alimentos a la persona discapacitada (artículo 143 CC) ya sean llamados a la herencia como herederos o como legatarios. Entienden que en ningún caso se ha ampliado tras la reforma el círculo de los posibles indignos³⁴. Otros autores invocan a favor de la posición contraria la Exposición de Motivos de la Ley 11/43, de acuerdo con la cual la indignidad se produce aunque el causahabiente no sea una de las personas obligadas a prestar alimentos³⁵.

³⁴ TRUJILLO DÍAZ, cit. Vid. p. 916.

³⁵ PÉREZ DE VARGAS. . “La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756. 7º del Código civil” en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* (BELLO). Ed. Escola Galega de Administración Pública. 2005 Vid. p. 253. PUIG. *Protección del discapacitado: aspectos sucesorios*” en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* (BELLO). Ed. Escola Galega de Administración Pública. 2005. Vid. p. 303.

Estamos ante una norma que no solo iguala a personas que tienen obligación legal de prestar alimentos con otras que no la tienen, sino que, además, hace más gravosa la situación de quienes reciben a título gratuito *mortis causa* del discapacitado que la de los que reciben una atribución gratuita *inter vivos*. Obsérvese que el donante del discapacitado no puede revocar por ingratitud *ex* artículo 648. 3. CC, si el donatario le negó indebidamente alimentos. Sin embargo, entre el causante discapacitado y quien tiene derecho a su herencia, aun no existiendo obligación legal de alimentos, existe indignidad para suceder si éste no le presta las atenciones debidas. Indignidad que solamente cesará con la rehabilitación del indigno.

En cualquier caso, la solución dista de ser pacífica, sobre todo si se tiene en cuenta que nuestra jurisprudencia ha abogado por la interpretación restrictiva de las causas de indignidad, llegando a considerar, incluso, que no todas las enumeradas en el artículo 756 tengan dicha consideración (STS de 26 de marzo de 1993 -RJ 1993/2394-³⁶).

A las deficiencias técnicas de la norma que se acaban de poner de relieve hay que añadir la inutilidad práctica de la misma. Obsérvese que si el discapacitado no tiene un patrimonio sólido y se viese obligado a solicitar alimentos, aunque el pariente requerido fuese declarado indigno, aquel nada dejará a nadie y nadie perderá nada. Si, por el contrario, el discapacitado fuese persona de fortuna no precisará de alimentos y, si los reclamase, los parientes siempre podrían oponerse con base en el artículo 152 CC³⁷.

³⁶ No aprecian indignidad con base en el artículo 756.7 CC las SSAP de Burgos, de 6 de junio de 2006 -JUR 2006/228757- y La Rioja, de 19 de junio de 2009 -AC 2009/1710-.

³⁷ MINGORANCE GOSÁLVEZ, cit. Vid. p. 678.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X. Vol 1º. (ALBALADEJO-DÍAZ). Ed. Revista de Derecho Privado. 1987. pp 2-21. *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Ed. Edisofer. 2008b). p. 28 y pp 240 y ss. *Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto, cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos*. RDP. 1967. p. 5.

DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X. Vol 1º. (ALBALADEJO-DÍAZ). Ed. Revista de Derecho Privado. 1987. pp. 78-187. *Comentario del Código Civil* (PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR). Ed. Ministerio de Justicia. Tomo I. 1993. pp 1867-1882 .

DÍEZ-PICAZO. Luis y GULLÓN. Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol IV. Ed. Tecnos. 2006. p. 305.

GARCÍA RUBIO, María Paz. *Código Civil Comentado*. Vol. II. Ed. Civitas. 2011. pp. 616-644.

HERNANDEZ GIL. Francisco. *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos*. RDP. 1961. p. 475.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús. LUNA SERRANO, Agustín. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho civil*. Vol IV. *Sucesiones*. Ed. Dykinson. 2007.p. 58 y ss.

MANRESA Y NAVARRO, José María. *Código Civil Español*. Tomo VI. Vol. 1^o. Ed. Reus. 1973. pp. 13-149.

MENA-BERNAL ESCOBAR. María José. *La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el Código Civil español*. Ed. Tirant Loblanc. 1995.

MINGORANCE GOSÁLVEZ. Carmen. “La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad” en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del siglo XXI* (LA-SARTE). Ed. IDADFE, UNED y El Derecho Editores. 2006. pp. 673-678.

NUÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *Código Civil Comentado*. Vol. II. (CAÑIZARES, DE PABLO, ORDUÑA, VALPUESTA). Ed. Civitas. 2011. pp. 593-615.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ. José. “La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756. 7^o del Código civil” en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* (BELLO). Ed. Escola Galega de Administración Pública. 2005. pp. 227-276.

PUIG FERRIOL. “Protección del discapacitado: aspectos sucesorios” en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* (BELLO). Ed. Escola Galega de Administración Pública. 2005. pp. 277-306.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Comentario del Código Civil*. (PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR). Ed. Ministerio de Justicia. Tomo I. 1993. pp 1857-1865. *Sobre la naturaleza y encuadre sistemático de la indignidad para suceder*. Temis. 1957. pp153 y ss.

TRUJILLO DÍEZ, Iván+ (revisado por MARÍN LÓPEZ). *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ). Ed. Aranzadi. 2009. pp. 902-904.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Comentarios al Código Civil*. (DOMINGUEZ). Ed. Lex Nova. 2010. pp. 856-868. GARCÍA RUBIO, María Paz. *Código Civil Comentado*. Vol. II. Ed. Civitas. 2011. pp. 868-872.

DESAPARICIONES DE NIÑOS DURANTE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA

María Cardoso Bisoli

André Filipe Pereira Reid dos Santos

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La dictadura militar argentina se diferencia de las demás dictaduras del cono sur en especial por su extrema violencia. El pánico promovido por el Estado, a lo largo de los siete años de dictadura militar, se desarrolló con la marina, ejército y aeronáutica, con represión y violación de los derechos humanos. Pese al corto período de tiempo de la dictadura argentina, se percibe que la cantidad de desapariciones forzadas pasa de 30 mil, lo que configura un drama para la historia del país.

Las desapariciones políticas en la Argentina ocurrieron en masa: no solo militantes de izquierda desaparecieron, sino que también sus familiares y amigos. Hubo también muchas desapariciones de niños hijos de presuntos militantes. Hay relatos de que muchos niños murieron en masacres, torturados junto con sus padres, o además se los asignaron para adopción, lo que prorrogó el tiempo de la tortura. Y lo peor de los absurdos: la adopción de muchos niños por los propios militares. Hay aún niños que pasaron por el drama de tener a sus padres entre los desaparecidos políticos, y así tuvieron que reconstruir sus vidas en medio a esta laguna familiar, que son los huérfanos de la dictadura militar argentina.

El término secuestro, aquí entendido como retención ilegal de alguien, ha sido utilizado a lo largo del artículo de modo a

criminalizar a las desapariciones políticas la dictadura militar argentina efectuó. Se refiere a la privación de libertad, así como sus derivaciones como torturas, fusilamientos, masacres, estupro y otras barbaridades practicadas por militares en la época. Muchos familiares de los secuestrados mantienen esperanzas en el retorno de sus seres queridos, al renovar las mismas, sobretodo, con la llegada de la democracia.

Con relación a este tiempo histórico específico y a los efectos emprendidos de ahí, la garantía de aplicación de los derechos humanos se da mediante movimientos sociales con luchas por el derecho a la memoria y a la verdad. Tienen como bandera principal la búsqueda de desaparecidos políticos. Así que muchas familias prefieren mantener inalterados a los sitios conocidos por quién ha desaparecido e intentan no dejar la casa sola, quedándose siempre en la expectativa de su retorno.

Se utilizó el método sociológico histórico, al tomar la política como variable explicativa principal, a partir de una investigación documental, con análisis de relatos y declaraciones encontrados principalmente en artículos, videos y sitios de organizaciones no gubernamentales (ONGs) que tienen como finalidad la búsqueda de desaparecidos, en especial, el sitio de las *Abuelas de la Plaza de Mayo*¹.

El objetivo principal fue exponer el problema de desaparecidos políticos en la Argentina, sobretodo de niños adoptados por militares, además de niños que sus padres secuestrados tuvieron durante la dictadura argentina y necesitaron reconstruir sus vidas.

¹ Se trata de una organización no gubernamental que tiene por objetivo la búsqueda de bebés secuestrados en la dictadura militar y su retorno a la familia legítima. Hasta ahora se han encontrado 111 bebés, gracias al Banco de Datos Genéticos que posé el ADN de todas las familias con niños desaparecidos. Disponible en: www.abuelas.org.ar

En el artículo se hicieron análisis sobre la situación de familiares de desaparecidos políticos, en especial, en el caso de niños secuestrados, con énfasis en el momento de la ruptura de familias que pasaron a vivir sin el familiar secuestrado, cómo reconstruyeron sus vidas y de qué forma aguardan el retorno del ser querido.

La cuestión que orientó la investigación fue: ¿Cómo las familias de niños desaparecidos durante la dictadura militar argentina reconstruyeron sus vidas y perciben la dictadura militar tras a redemocratización política?

1. DICTADURA MILITAR ARGENTINA Y SECUESTROS DE ESTADO

La dictadura militar argentina (1976-1983) representa un momento trágico de la historia del país y tiene una singularidad al relacionarse a las demás dictaduras militares latinoamericanas: la enorme brutalidad de gobiernos dictatoriales de este período, que ocasionó la desaparición de más de 30 mil personas.

Todavía en la época del peronismo, se observaba una enorme represión estatal, terror e ilegalidad; después sobrevino el golpe que ocurrió el 24 de marzo de 1976. La crisis que precipitó el golpe militar en la Argentina estaba asociada a un problema económico de hiperinflación, con varios casos noticiados de corrupción (NOVARO; PALERMO, 2007, p. 104). El aumento del precio del petróleo internacional y la desvalorización de alimentos hacían crecer el desequilibrio en la balanza comercial. Con ello, hubo un aumento incontrolable de la inflación durante la cual, entre marzo de 1975 y marzo de 1976, los precios subieron el 566,3%. La previsión para el año siguiente (1977) era que

el aumento de precios llegaría a alrededor del 800%. Además, las reservas internacionales ya estaban agotadas (NOVARO; PALERMO, 2007, p. 23).

En el mes que antecedió al golpe militar, cada cinco horas había un asesinato político, y a cada tres horas una bomba explotaba (NOVARO; PALERMO, 2007, p. 24). El número absurdo de muertes que se registraba contribuía no solo a la debilidad de la resistencia a la dictadura, así como para destacar el tipo de régimen que intentaba imponerse.

Ante esto, restaba solo que alguien tomara la delantera para liderar el golpe y esta persona fue Jorge Videla², un militar. En el inicio, los militares hicieron un esfuerzo para que la población creyera que ellos eran prudentes, seguidores de la orden y que velarían por el respeto a la ley y a la moralidad (NOVARO; PALERMO, 2007, p. 27). Esto dió por resultado en la población un sentimiento de alivio al saber que se había “rescatado” al país, y de este modo, los nuevos gobernantes conquistaron la confianza del pueblo. Esta farsa no duró mucho

² Jorge Rafael Videla Redondo fue Presidente de la Argentina, de 1976 a 1981, y murió en 2013. Su gobierno ha sido marcado por crisis económicas y violaciones de derechos humanos (PALACIOS, 2013), lo que acabó por destrozarse su imagen pública. Utilizó el Mundial de Fútbol de 1978, realizado en la Argentina y vencido por la nómina de aquel país, como medida populista. Según relatos del campo de concentración de la ESMA, los prisioneros políticos escuchaban gritos alborotados de hinchas en el estadio de River Plate, donde se realizaban varios partidos. Con la redemocratización en 1985, se juzgó a Videla y se lo condenó a la prisión perpetua, además de la destitución de su rango militar, lo que le llevó a él a no tener un funeral con honores (PALACIOS, 2013). Con el indulto de Carlos Menem (Decretos 2.741/90 y 2.742/90), le libertaron a Videla juntamente con otros militares que estaban arrestados, bajo el argumento que ya era tiempo de “remontar a los conflictos pasados”. En 2007, con la declaración de inconstitucionalidad de los indultos (ESTADAO, 2006). Videla volvió a la prisión perpetua, así como los demás militares libertados retomaron a sus penas (AFP, 2014). Videla fue considerado el idealizador del plano de rapto de bebés, hijos de “subversivos”, y declaró haber sido el responsable directo por la muerte y desaparición de 8 mil personas, además de no sentir arrepentimiento de ello (CARMO, 2012).

tiempo, pues las represiones e irregularidades comenzaron a aparecer a mediados de mayo.

Los grupos guerrilleros que todavía no habían desaparecido por completo, contraatacaron tras el golpe militar: “entre junio y noviembre, hicieron explotar cuatro bombas, con las cuales mataron a cerca de cuarenta efectivos policiales. En diciembre, sus atentados volvieron a afectar al ejército, lo que provocó quince muertes y varias decenas de heridos” (NOVARO; PALERMO, 2007, p. 98-99).

Entre los grupos guerrilleros que actuaron en la resistencia a la dictadura militar, el más famoso era el grupo conocido como “Los Montoneros”³. Pero había muchos otros grupos armados combatiendo la dictadura militar argentina. La intensa represión militar dificultó la expansión de grupos guerrilleros en la Argentina. En 1979, por ejemplo, hubo gran expectativa de que un abordaje popular removería la dictadura del poder del Estado, sin embargo fracasó y cerca de cien militantes murieron o fueron secuestrados.

La estrategia de los militares era eliminar todos los opositores del gobierno, que eran considerados también quienes intentaban impedir o cuestionar de alguna forma la actuación gubernamental. Se suspendieron todas las garantías de validez de los derechos contra gobiernos militares y solo casos que no involucraban a la dictadura eran llevados a los tribunales. Con la supresión de los derechos, personas desaparecían sin que sus familiares obtuvieran informaciones oficiales.

Al comparar con otros países latinoamericanos que pasaron por reconocidas dictaduras militares severas, se distingue

³ Se trata de una organización política militar de guerrilla urbana, cuyo principal objetivo era desestructurar la dictadura militar argentina y volver a la democracia (CANUCKISTAN, 2012).

que ninguna llega próximo al número de desaparecidos políticos producidos por la dictadura militar argentina.

Hay que considerarse que a dictadura militar brasileña demoró cerca de 21 años, de Chile 17 años y de la Argentina, 7 años. Así que no es posible divisar una proporcionalidad en número de desaparecidos, quedando la Argentina en un escenario de total desequilibrio. La Tabla 1 muestra que la cifra de desaparecidos políticos en Chile corresponde a menos del 10% del número de desaparecidos durante la dictadura militar argentina. Se nota por el contingente de desaparecidos en la Argentina la relevancia de estudiarse el tema de desaparecidos políticos en este país.

Tabla 1: Números oficiales de desaparecidos políticos durante las dictaduras militares de Brasil, Chile y de la Argentina.

Dictadura Militar	Desaparecidos Políticos
Brasil (1964 - 1985)	379 (1)
Chile (1973 - 1990)	2.279 (2)
Argentina (1976 - 1983)	30.000 (3)

(1) ORGANIZACIÓN DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS (Brasil), 2002

(2) DELANO, 1991

(3) CATELA, 2001

2. FAMILIARES DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS DURANTE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA

En la Argentina, la búsqueda por la “Verdad y Justicia” es un asunto entre la sociedad y el Estado que todavía no se ha resuelto. El movimiento social de las Abuelas de la Plaza de Mayo es el principal interlocutor de la sociedad en la búsqueda por reparación. Elena Abinet (ABINET, 2012), una de las niñas encontradas tras el fin de la dictadura militar, confirma la im-

portancia de las citas promovidas por las Abuelas de la Plaza de Mayo cuando contesta:

“En 1986 tenía 10 años y me encontraron gracias a mi abuela que se dedicó a buscarme. En principio, ella buscaba a mis padres, pues pensaba que quizá mi madre no había llegado a dar a luz al bebé que esperaba. Pero así que empezó a ir al encuentro de las Abuelas [de la Plaza de Mayo], por fortuna, me encontró.”

Esta declaración demuestra lo cuanto es importante la organización de las Abuelas de la Plaza de Mayo, así como todas otras organizaciones de los derechos humanos formadas, sobretudo, por familiares de víctimas de la dictadura militar argentina, como lo de las Madres y de los Hermanos de la Plaza de Mayo.

Todos los años, el 24 de marzo, fecha del golpe militar, las organizaciones de defensa de los derechos humanos hacen actos públicos y manifestaciones, con exhibición de fotos de desaparecidos políticos, con sus datos personales e indicación del lugar en que se los ha visto por última vez. En algunos años, exhibieron imágenes de desaparecidos políticos en estatura real, como forma de mantener a los desaparecidos en la ciudad (CATELA, 2001, p. 165).

Ocurrió a partir de 1994 con el Decreto Ley 24.411 (DL 24.411, 1994), el pago de indemnizaciones a los familiares de desaparecidos por más de 10 años. No obstante, esto generó un debate moral, dado que no se sabía cómo el Estado trataría el tema a partir de entonces; si sería la indemnización pagada por la desaparición, lo que querrían las abuelas y otros familiares, o por la muerte (CATELA, 2001, p. 251). Al final, no se aceptaron cuantías en cambio de la vida de los familiares, pero solo una

pequeña reparación delante de todo el trastorno y sufrimiento causado. Ante ello, se editó la Ley 24.321 (DL 24.321, 1994) en junio del mismo año, que creó la figura del Desaparecido Forzado, al dejar claro que las indemnizaciones serían por la desaparición (CATELA, 2001, p. 252).

“Lamentablemente, lo que el Estado más que reconocer, recibe con beneplácito, es que el genocidio pueda tener un precio: tantos pesos por tantos desaparecidos en el álbum familiar” (TELLO, 2003, p. 58) (Diario de las Madres, n° 141).

A las familias es de fundamental importancia que así sea, y que el beneficio sea debido a la desaparición y no a la muerte. Esto porque no se acepta la muerte de desaparecidos, tampoco cambian plata por personas que se las buscan.

Un ejemplo de la presencia de estos desaparecidos en la vida de las personas hasta hoy es el proceso electoral. Están todos en la lista de elección, pero no votan, pues están desaparecidos. Por otra parte, las personas con presunción de fallecimiento no están en la lista, ya que jurídicamente están muertas (CATELA, 2001, p. 253).

La Argentina hoy es referencia en todo el mundo en lo que atañe a organizaciones en defensa de los derechos humanos, como la “Liga Argentina por los Derechos Humanos”, creada anteriormente a la dictadura, el “Servicio de Paz y Justicia”, creada dos años antes del golpe militar y la “Asamblea Permanente por los Derechos Humanos” (APDH), fundada un año antes de la dictadura comenzar.

Tras el inicio de la dictadura, se crearon el “Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos” (MEDH), “Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas”, “Centro

de Estudios Legales y Sociales”, entre otros. Pero hoy, el escenario de los derechos humanos de la Argentina está íntimamente asociado al problema de desaparecidos políticos, aún tras 30 años del fin de la dictadura militar.

Es necesario decir que el proceso de lucha de los familiares de desaparecidos políticos para reconstrucción de sus propias vidas y definición de sus luchas por derechos se puede dividir en dos fases:

Una, de desintegración y desagregación de los contornos cotidianos a partir del secuestro del familiar, y otra, de reacción, de creación de referencias culturales esenciales, y de estrategias políticas eficaces, lo que configura un tiempo que llamo de “reconstrucción del mundo” (CATELA, 2001, p. 208).

El proceso de reconstrucción de la vida a partir de la desaparición del familiar se pone aún más difícil cuando éste todavía se encuentra en un estado psicológico de negación de lo que ocurriera.

Se hace necesaria en estas situaciones la aceptación de la desaparición para que se pueda seleccionar estrategias de acción frente al Estado. En este proceso de aceptación, no se puede negar el papel de organizaciones no gubernamentales, en especial de las Abuelas de la Plaza de Mayo, que cuentan con un apoyo de psicólogos que orientan a los familiares sin amparo.

Aún después de tantos años, los familiares de los perseguidos políticos no aceptan que se declare una presunción de muerte y creen, sobretodo, que sus familiares van a aparecer, así como se encuentran a niños desaparecidos durante la dictadura militar. Por esta razón, raramente los familiares dejan la casa vaciada y frecuentan siempre los locales en que se ha

visto el desaparecido por última vez. Además de contar con un banco de datos de ADN en la sede de las Abuelas de la Plaza de Mayo, donde se puede hacer el test a cualquier rato, y recrear a diario la esperanza.

No hay ninguna política oficial de búsqueda de desaparecidos, solo a través de las ONGs, lo que apunta, desde ya, a la importancia de movimientos sociales en la garantía de aplicación de los derechos fundamentales. Por diversas veces, la policía declaró que los desaparecidos políticos están muertos, pero los familiares no aceptan este tipo de afirmación sin una identificación de los restos mortales de los desaparecidos (CATELA, 2001, p. 217).

Las desapariciones no generan solo problemas de orden psicológico, también originan problemas jurídicos serios como, por ejemplo, la indefinición del estado civil de personas que continúan casadas con desaparecidos políticos o cuestiones sucesorias.

Además de esta discusión jurídica, la más preocupante aquí es la discusión sobre la reconstrucción de la vida de los familiares de desaparecidos y el derecho a la memoria. En la cultura occidental, se tiene un ritual de paso de la vida a la muerte, que es el velorio, o entierro y las ropas negras. Con ello, queda siempre en el túmulo la certidumbre de la muerte y la tristeza será vencida poco a poco tras los rituales fúnebres (CATELA, 2001, p. 150).

Sin embargo, con la ausencia del cuerpo y las dudas que giran alrededor de la desaparición, esa brecha acaba prolongándose en la vida de los familiares. Para quienes quedaron, la herida está siempre abierta, aunque todo en torno parezca seguir adelante. La ausencia del ritual de luto produce una situación reversa, donde todo parece continuar como si nada hubiera

ocurrido (CATELA, 2001, p. 217). El cuerpo marca la transición de la vida a la muerte. En el caso de los desaparecidos, no hay muerte, pues no hay el cuerpo y tampoco el ritual de despedida. No hay el límite divisor de aguas entre la vida y la muerte. No hay la libertad generada con el túmulo (CATELA, 2001, p. 156).

Si en situaciones normales de fallecimiento con entierro ya es grande el dolor de la familia enlutada, cuanto más en casos de desaparición, en que el luto es continuado, pero con la esperanza de que el ser desaparecido continúe vivo, lo que intensifica cada vez más el dolor.

La falta de empeño del gobierno argentino en la búsqueda por desaparecidos políticos fue poco a poco percibida como perpetuación de la crueldad iniciada con los secuestros, lo que acabó por ocasionar una intensificación en la creación de grupos de los derechos humanos en el país, con una especie de solidaridad mutua entre ellos, una respuesta de la propia sociedad a la inercia del gobierno. Estos grupos incentivan a la reproducción de fotos de desaparecidos, que pegadas en sitios públicos y en el interior de los hogares, a veces en estatura real, muestran y hacen presente la figura del desaparecido en la sociedad y en la familia (CATELA, 2001, p. 165-167).

Todos los años también se ven las fotos por las calles en la marcha de 24 de marzo, que tiene como principal blanco manifestar la indignación con la permanencia de las desapariciones y movilizar el gobierno y la sociedad a la necesidad de rescatar la memoria y las fotos de desaparecidos. Las manifestaciones asimismo ocurren semanalmente, todos los jueves a las 15h30min en Buenos Aires, y todos los miércoles a las 15h30min en La Plata (CATELA, 2001, p. 175), lo que demuestra que la búsqueda es constante y que la dictadura terminada hace 30 años todavía posé muchos efectos colaterales.

El movimiento de las Abuelas de la Plaza de Mayo, además de ser un importante incentivador de la búsqueda por desaparecidos, también es fundamental a la garantía de aplicación de los derechos humanos, en vistas a que se proponga a revelar el pasado de la sociedad, por medio de la búsqueda por informaciones sobre sus propios familiares desaparecidos.

El derecho a la memoria y a la verdad, principalmente promovido por ONGs posibilita la continuidad de la vida en sociedad. Por ello, la colectividad necesita empeñarse en comprender el pasado para así remontar lo que se sucedió, y evitar el riesgo de reproducir la historia. Es posible divisar el trauma de la dictadura militar argentina a través de la enorme producción cinematográfica de este país sobre el tema. Se trata de forma a intentar rellenar la brecha producida y un síntoma de que la sociedad está inquieta con el pasado, al crear sus “sitios de memoria” (NORA, 1984).

Los sitios de memoria son, ante todo, restos. [...] Son rituales de una sociedad sin ritual, sacralidades pasajeras en una sociedad que desacraliza, ilusiones de eternidad (NORA, 1984).

Por lo tanto, los sitios de memoria son modos creados para que una sociedad pueda valorar o avergonzarse de hechos que toda la sociedad fue capaz de originar en un determinado contexto histórico, a fin de reproducirlos con orgullo o evitar la reproducción de éstos. La población que apoyó a la dictadura militar necesita avergonzarse y hacer un pedido público de disculpas para reconstruir el pacto social, cuando éste se encuentra raído. En el caso de la Argentina, los movimientos sociales de los derechos humanos crean una forma de recomenzar la vida, tanto individual, cuanto colectivamente; e intentan refundar el pacto social bajo una perspectiva democrática y reconciliatoria.

3. SECUESTRO DE NIÑOS Y HUÉRFANOS DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS DURANTE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA

En la Argentina se raptaron innumerables niños durante la dictadura militar. Si el tema de los desaparecidos políticos durante la dictadura militar ya es polémico, se vuelve aún más cuando las desapariciones involucran a niños, por tratarse de seres que normalmente se ven como vulnerables. Se estima que hubo un rapto de cerca de 500 niños durante el régimen militar. Algunos estaban todavía en el vientre de sus madres, cuando a éstas se las llevaron y dieran a luz en maternidades existentes en campos de concentración, en especial en el Campo de Mayo y en la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA).⁴

Los niños secuestrados quedaron totalmente a merced de los secuestradores y los huérfanos perdieron sus referencias familiares. Es común que niños hayan pasado por el doble problema de la violencia del Estado cometida en la dictadura militar argentina: se volvían huérfanos tras la ejecución de sus padres y, posteriormente, adoptados por personas asociadas a la propia dictadura militar, según demostrado en la película “La Historia Oficial”.⁵ Además, no es posible olvidar que muchos

⁴ La Escuela de Mecánica de la Armada fue el más grande centro clandestino de detención y tortura que la dictadura argentina conoció. Se estima que hayan sido asesinados en este local 3.500 personas. Con el retorno de la democracia, la ESMA encerró este tipo de actividad y actualmente es un “sitio de memoria” para recordar al pasado de represión que hubo allí (TELEVISA, 2014).

⁵ En la película “La Historia Oficial”, Alicia es una profesora de clase media que vive con personas de izquierda y derecha, pero desconoce el origen de la propia hija, que su marido militar Roberto se la trajo como adoptada. Cuando la amiga Ana vuelve del exilio político, Alicia comienza a descubrir las atrocidades de la dictadura militar y empieza a creer que su marido tuvo participación activa en la dictadura y que la hija adoptiva puede ser hija de arrestados políticos. Al final, viene a descubrir a través de las Abuelas de la Plaza de Mayo que su hija adoptiva adviene de la barbarie de la dictadura (LA HISTORIA OFICIAL, 1985).

de estos niños también fueron asesinados junto con sus padres y pueden ser algunos de los cuerpos desconocidos encontrados a menudo en los suburbios argentinos. Es probable que hayan sido enterrados como indigentes y víctimas - con un formulario NN - en lo cual era rellenado con un nombre propio cualquiera, de una persona que no existía o que no sabía expresarse (CA-TELA, 2001, p. 152).

También no es posible ignorar a los hijos concebidos mediante estupro practicados por militares dentro de centros de tortura, como se puede extraer de la película "Garaje Olimpo"⁶.

De los casi 500 bebés secuestrados, cerca de 100 fueron encontrados, como es el caso de Pedro Luís Nadal García (GARCÍA, 2012), descubierto por sus familiares biológicos casi 30 años después. El raptado inicia su proceso de autoconocimiento y reconstrucción de su identidad personal y social, al pasar a diario por el trauma producido por la dictadura militar y tener que reconstruir totalmente su vida.

No solo los que lograron descubrir su verdadera identidad pasan por una reconstrucción de la vida, sino toda la sociedad argentina, ya que las desapariciones ocurridas durante tal régimen continúan afectando los lazos sociales.

"Saber mi verdadera identidad no tiene precio, son las cosas que siempre quise saber y que ahora poco a poco van escribiendo mi verdadera historia, la que me robaron hace 29 años" (GARCÍA, 2012).

⁶ La joven María es una profesora militante que lucha por sus ideales de izquierda. Cuando los militares la secuestraron dentro de su propia casa, se la llevaron a un campo de concentración llamado Garaje Olimpo, donde se la entregaron al militar Félix, un conocido de María. En la alcoba de tortura de los militares, María sufrió las más variadas torturas, como choque eléctrico y estupro (GARAJE OLIMPO, 1999).

Hay innumerables relatos dramáticos como éste que apuntan al hecho de que algunos militares adoptaron niños secuestrados, lo que demuestra cuán cruel fue la dictadura. El propio torturador que destruyó el hogar original de aquel niño se propuso adoptarlo, y en la mayoría de las veces, dio a este niño una educación militar, en entorno agresivo y represivo.

Hay asimismo niños que nacían dentro de cautiverios de tortura y fueron adoptados por torturadores o sus amigos, como es el caso de Victoria Donda Pérez (PÉREZ, 2014), nacida en la ESMA, “durante el arresto de su madre (...), su tío oficial la entregó a otro militar (...). El secuestro del padre de Victoria (...) ocurrió meses antes”.⁷

Casos como el de Victoria eran comunes en la época en que se mataba a los padres y raptaba a los bebés y niños que éstos tenían. Su verdadera identidad solo se ha descubierto en 2004, con el auxilio de las Abuelas de la Plaza de Mayo.

Había entonces un plan sistemático de robo de bebés elaborado por militares para raptar a estos niños, conforme descrito en el documental “500 - Los Bebés Robados por la Dictadura Argentina”⁸. Sin embargo, hay casos de adopción común, en los cuales los militares se los llevaron a sus pares. Este es el caso de los hijos huérfanos, como es el caso de Vic-

⁷ “Victoria nació en la ESMA, durante el cautiverio de su madre, María Hilda Pérez, y fue apropiada por su tío, Adolfo Donda, represor de la ESMA, quien la entregó a otro militar. El papá de Victoria, José María Laureano Donda, había sido secuestrado meses antes” (PÉREZ, 2014).

⁸ El documental relata los difíciles años vividos por las guerreras Abuelas de la Plaza de Mayo durante la dictadura militar argentina, con enfoque en el plan sistemático del gobierno de rapto de bebés, niños e hijos de presos de desaparecidos políticos. Se estima cerca de 500 bebés desaparecidos, de los cuales 114 se han encontrado hasta esta fecha. La película también retrata la lucha por justicia frente a los tribunales argentinos, y muestra que muchos responsables por las atrocidades ya tuvieron su condenación, pero todavía faltan muchos otros (500 - LOS BEBÉS ROBADOS POR LA DICTADURA ARGENTINA, 2014).

toria Dameri (DAMERI, 2014), que aún tras 30 años, se siente acogida, por saber que los padres no la abandonaron, pero fue una superviviente de la severa dictadura, cuyos padres, probablemente, no tuvieron la misma suerte. Para ella, esto cambia todo, pues los padres pasan a la condición de héroes por el coraje de hacer frente a la dictadura militar.

“A mí me trajeron cuando tenía tres años. Me dejaron en la puerta del sanatorio de niños de Rosario. Ellos no dejaron escrito cuántos años tenía. Lo único que dejaron fue una carta que decía que me llamaba Victoria, y que mis padres no me podían mantener. Me creé como una persona normal; siempre sabiendo que era adoptada, porque me lo dijeron mis papás desde que me trajeron” (DAMERI, 2014).

Hay relatos de que se llevaron a muchos secuestrados a las regiones más frías de la Argentina y los abandonaron a su propia suerte o que fueron echados al Río de la Plata, algunos todavía vivos; esto fue conocido más tarde como vuelos de la muerte (CATELA, 2001, p. 222). Un niño hizo un relato inocente y cargado de simbolismos sobre la situación trágica de desaparición de sus padres:

“Yo tenía la teoría que la gente que se moría no se podía ir a vivir al cielo, porque en el cielo no había piso, entonces se caían. Así que mi teoría es que se iban a vivir en el fondo del mar y que las películas de Atlántida estaban filmadas con la gente que vivían en el fondo del mar y yo me las veía a todas a ver si encontraba a mis viejos” (TELLO, 2003, p. 42).

El relato muestra cuán involucrados estaban los niños en el asunto de desapariciones políticas en la Argentina, aunque la comprensión de la situación todavía estuviera alejada de ellos.

El uso de la metáfora “su papá fue a vivir al cielo” adentraba al inconsciente del niño que o llevaba a relacionarlo con la realidad y llegar al relato anteriormente expuesto. Nadie les había dicho que los habían echado al mar, y tampoco se sabe en el fondo si de hecho ocurrió, pero en su inconsciente es más probable que para ellos estuvieran en el mar más que en el cielo. Posiblemente esto se ha generado por la ausencia de sepultura, al hacer que el imaginario del niño lo llevara a creer que ellos vivían en el mar, y configurar tan solo una forma dulce e inocente de resguardar la memoria de seres queridos.

Mientras la sociedad argentina, y otras sociedades que vivenciaron la violencia de la dictadura militar, no reconciliarse con su pasado, será difícil refundar el pacto social en niveles democráticos y democratizantes. Esto en lo que atañe a buscar a sus desaparecidos políticos y construir sus “sitios de memoria” como forma de marcar los problemas creados socialmente en un tiempo histórico anterior. Y no se hará efectivo el derecho a la memoria y a la verdad solo por la vía estatal, sin la participación de movimientos sociales que buscan a sus desaparecidos políticos. Así que la garantía de aplicación de los derechos no es una cuestión legal, sino política.

CONSIDERACIONES FINALES

Por lo expuesto en el artículo se puede notar ante todo que hay una enorme apatía estatal frente a la desaparición forzada de innumerables ciudadanos argentinos. La situación se desencadenó de forma tan crítica que es difícil encontrar a alguna familia actual en la Argentina, sobretodo en Buenos Aires, que no esté directa o indirectamente relacionada a la causa a alguna desaparición.

Hoy en día se habla de recuperación de la identidad y derecho a la memoria como forma de garantía de aplicación de los derechos humanos de innumerables bebés (de la época) que no poseen certidumbre sobre su paternidad y buscan a ONGs, en especial las Abuelas de la Plaza de Mayo, para que puedan realizar el examen de ADN. Cerca de 100 bebés ya han sido identificados, entre los 500 raptados.

Saber la verdadera identidad y observar que, por diversas razones, los padres adoptivos fueron responsables por la desaparición de los padres biológicos es un proceso de difícil aceptación para el hijo en este aspecto de autoconocimiento. Si por una parte hay enorme gratitud hacia los padres adoptivos, por todo lo que vivieron juntos, por otra, saber que fueron personas que actuaron o se callaron frente al rapto de un bebé crea una mezcla de odio y miedo.

El proceso de reconstrucción de la vida se vuelve todavía más complejo cuando se sabe que los principios de ambas las familias se contradicen, dado que la biológica era de militantes políticos y la de creación, de militares.

Permanece el asunto aún sin saber cómo reaccionar. Al final, es complicado apoyar a un régimen político que fue capaz de hacer desaparecer a sus padres biológicos y/o secuestrarlos, pero la alteración de este escenario tampoco es fácil después de toda una construcción social de su identidad. Además, a los familiares, la ausencia de sepultura, del ritual fúnebre y la ausencia del cuerpo les deja siempre vivo el deseo de retorno y la búsqueda incesante por el familiar, como visto antes.

Las heridas de estas familias estarán abiertas mientras no se obtengan noticias de sus desaparecidos, restándoles la esperanza del retorno de sus familiares. La reconstrucción de estas familias que viven en una situación límite es un proceso

lento, una construcción diaria, y que se hace con intensidad (e importancia) con la mediación de movimientos sociales de lucha por los derechos humanos.

No se puede negar que con la redemocratización se volvió mucho más fácil la búsqueda de los desaparecidos, dado que no hay persecución estatal, y las organizaciones pueden ejecutar sus servicios públicamente, además de que la información puede ser mejor difundida.

Por tales motivos que se vuelven tan relevantes al momento de la creación de sitios de memoria como forma de construcción de una vergüenza colectiva debido a los hechos socialmente originados con la dictadura militar, la sociedad argentina necesita avergonzarse de lo que ella misma fue capaz de producir, para intentar evitar que se reproduzcan tales actos. Si hace necesaria una reconstrucción de pacto social en la Argentina para que la sociedad pueda, en concreto, superar los conflictos pasados, lo que se hará (y ya se hace) por medio de movimientos sociales de lucha por los derechos humanos, al garantizar la garantía de aplicación de los derechos fundamentales (a la memoria y a la verdad) por la vía de una política de participación.

REFERENCIAS

ABINET, Elena Gallinari. *Fui localizada gracias a mi abuela que se dedicó a buscarme*. Testimonios de nietos, Abuelas de la Plaza de Mayo. Disponible en: <<http://www.abuelas.org.ar/material/testimonios/t014.htm>>. Entrevista concedida a la organización de las Abuelas de la Plaza de Mayo.

TELEVISA, *Admite Armada argentina que torturó durante la dictadura*. Noticieros Televisa. Buenos Aires, Argentina, 3 de marzo

de 2004. Disponible en: <<http://www.esmas.com/noticieros-televisa/internacionales/347693.html>>. Acceso el: 14 oct. 2014.

AFP. *Justicia argentina condena a 15 a la prisión perpetua por crímenes en la dictadura*. Desacato, Florianópolis, 25 oct. 2014. Disponible en: <<http://desacato.info/destaques/justica-argentina-condena-15-a-prisao-perpetua-por-crimes-na-ditadura/>>. Acceso el: 27 oct. 2014.

ARGENTINA. Decreto ley nº, 24.411, de 7 de diciembre de 1994. *Boletín Oficial de la República Argentina*, Poder Ejecutivo, Buenos Aires, 7 dic.1994.

ARGENTINA. Decreto ley nº, 24.321, de 11 de mayo de 1994. *Boletín Oficial de la República Argentina*, Poder Ejecutivo, Buenos Aires, 10 jun. 1994.

CANUCKISTAN, Dan. *Los Montoneros: Nacional-Revolucionarios de la Argentina*. Legio Victrix. 12 jun. 2012. Disponible en: <<http://legio-victrix.blogspot.com.br/2012/06/os-montoneiros-nacional-revolucionarios.html>>. Acceso el: 14 oct. 2014.

CARMO, Marcia. *Ex-presidente militar argentino dijo haber ordenado hasta 8 mil muertes*. BBC, Buenos Aires, 13 abr. 2012. Disponible en <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/04/120413_videla_livro_mc.shtml>. Acceso el: 23 set. 2014.

CATELA, Ludmila da Silva. *Situación Límite y Memoria: La reconstrucción del mundo de los familiares de desaparecidos de la Argentina*. Sao Paulo: Ed. Hucitec, 2001.

CATELA, Ludmila da Silva. *Desaparecidos y Derechos Humanos: Entre un drama nacional y un dilema universal*. In: LIMA, Roberto Kant de (Org.). *Antropología y Derechos Humanos*. Niteroi: Ed. UFF, 2001.

COMISIÓN DE FAMILIARES DE MUERTOS Y DESAPARECIDOS POLÍTICOS. *Dossier de la Dictadura: Muertos y desaparecidos políticos (1964-1985)*. Prensa Oficial de Sao Paulo. Sao Paulo, 2009.

CANUCKISTAN, Dan. *Los Montoneros: Nacional-Revolucionarios de la Argentina*. Legio Victrix. 12 jun. 2012. Disponible en: <<http://legio-victrix.blogspot.com.br/2012/06/os-montoneiros-nacional-revolucionarios.html>>. Acceso el: 14 oct. 2014.

DAMERI, Victoria Ruiz. *El alivio fue enterarme que no había sido un abandono*. Testimonios de nietos, Abuelas de la Plaza de Mayo, disponible en: <<http://www.abuelas.org.ar/material/testimonios/t009.htm>>. Entrevista concedida a la organización de las Abuelas de la Plaza de Mayo.

DELANO, Manoel. Chile reconoce a más de 40.000 víctimas de la dictadura de Pinochet. *El País*, Archivo, Santiago. 20 ago. 2011. Disponible en: http://elpais.com/diario/2011/08/20/internacional/1313791208_850215.html#despiece1. Acceso el: 28 set. 2014.

EVA, Mariana Tello. *La fuerza de la cosa dada: Derechos humanos, política y moral en las "indemnizaciones" a las víctimas del terrorismo de Estado en Argentina*. In: LIMA, Roberto Kant de (Org.). *Antropología y Derechos Humanos 2*. Niteroi: Ed. UFF, 2003.

FIGUEIREIDO, Janaína. *Jorge Rafael Videla, de 86 años, es considerado autor de plan de robos durante la dictadura*. O globo, Buenos Aires, 5 jul. 2012. Disponible en: <http://oglobo.globo.com/mundo/ex-ditador-argentino-condenado-50-anos-por-roubo-de-bebes-5402103>. Acceso el: 19 oct. 2014.

FORTES, José. *Jorge Rafael Videla y la condenación a la prisión perpetua*. Medio Norte, Piauí, 28 dic. 2010. Disponible en: <http://www.meionorte.com/blogs/josefortes/jorge-rafael-videla-e-a-condenacao-a-prisao-perpetua-148861>. Acceso el: 19 oct. 2014.

Garaje Olimpo. Dirección: Marco Bechis. Producción: Daniel Burman, Amedeo Pagani, Marco Bechis, Enrique Piñeyro y Diego Dubcovsky. Intérpretes: Carlos Echevarría, Dominique Sanda, Antonella Costa, Enrique Piñeyro y Chiara Caselli. Argentina: Paradis Films, Clasic y Nisarga, 1999, 1 DVD (98 min).

GARCÍA, Pedro Luis Nadal. *Saber mi verdadera identidad no tiene precio*. Testimonios de Nietos, Abuelas de la Plaza de Mayo. Disponible en: <http://www.abuelas.org.ar/material/testimonios/t005.htm>>. Entrevista concedida a la organización de las Abuelas de la Plaza de Mayo.

Juez argentino anula indulto a ex-dictador Videla. Estadão, Sao Paulo, 5 set. 2006. Disponible en: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-argentino-anula-indulto-a-ex-ditador-videla,20060905p49966>>. Acceso el: 19 oct. 2014.

La Historia Oficial. Dirección: Luis Puenzo. Producción: Marcelo Piñeyro. Intérpretes: Héctor Alterio, Norma Aleandro, Hugo Arana y otros. Buenos Aires: Cinemanía, 1985, 1 DVD (113 min).

MABROMATA, Juan. Muere en la cárcel Jorge Rafael Videla, el primer presidente de la dictadura argentina. *O Globo*, con agencias internacionales, Buenos Aires, 17 may. 2013. Disponible en: <<http://oglobo.globo.com/mundo/morre-na-prisao-jorge-rafael-videla-1-presidente-da-ditadura-argentina-8418907>>. Acceso el: 23 sep. 2014.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva María. *Fundamentos de Metodología Científica*. Sao Paulo: Atlas, 2010.

NOVARO, Marcos; PALERMO, Vicente. *La Dictadura Militar Argentina 1976-1983: del Golpe de Estado a la Restauración Democrática*. Sao Paulo: Ed. USP, 2007.

NOVARO, Marcos; PALERMO, Vicente. *La Dictadura Militar 1976-1983: del Golpe de Estado a la Restauración Democrática*. Buenos Aires, Ed. Paidós, 2006.

ORGANIZACIÓN DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS (Brasil). *Dossier - Muertos y Desaparecidos Políticos en Brasil*. Brasil, 2002-2007. Disponible en: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pessoas.php?m=3>>. Acceso el: 14 oct. 2014.

PALÁCIOS, Ariel. *Hace 30 años terminaba la dictadura militar argentina - Pequeño manual sobre el modus operandi del régimen*. Los Hermanos, Estadao, Sao Paulo, 10 dic. 2013. Disponible en: <<http://blogs.estadao.com.br/ariel-palacios/ha-30-anos-encerrava-se-a-ditadura-argentina-pequeno-manual-sobre-o-modus-operandi-do-regime/>>. Acceso el: 23 de set. 2014.

PALÁCIOS, Ariel. *Muere Videla, el general que impuso el reinado del terror en la Argentina*. Estadao, Buenos Aires, 17 may. 2013.

Disponible en: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/america-latina,morre-videla-o-general-que-impos-o-reinado-do-terror-sobre-a-argentina,1032801>. Acceso el: 19 oct. 2014.
Acceso el: 19 oct. 2014.

PÉREZ, Victoria Donda. *La identidad para mí es algo que está en permanente construcción*. Testimonios de Nietos, Abuelas de la Plaza de Mayo. Disponible en: <<http://www.abuelas.org.ar/material/testimonios/t007.htm>>. Entrevista concedida a la organización de las Abuelas de la Plaza de Mayo.

PIERRE, Nora. *Entre mémoire et histoire: la problématique des lieux*. IN PIERRE NORA (org). *Les lieux de mémoire*. Paris: Gallimard, [1984]. Vol 1 *La République*. pp. VII a XLII. p. XXIV.

Visiones. Dirección: Christopher Hampton. Producción: Kirk D'Amico. Intérpretes: Antonio Banderas, Emma Thompson y otros. Basado en el libro de Lawrence Thornton - *Imaginando Argentina*. Reino Unido, Universal Pictures, 2003, 1 DVD (107 min).

500 - Los Bebés Robados por la Dictadura Argentina. Dirección: Alexandre Valenti. Producción: Alberto Graça y Luciana Boal Marinho. Intérpretes: Chela D. de Fontana, Miriam Lewin y otros. Argentina: Nuppec, 2014, 1 DVD (105 min).

LA NOVEDOSA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Alma Patricia Domínguez Alonso
José Antonio Moreno Molina

1. CONVENIOS Y TRATADOS APROBADOS POR NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

El interés de las Naciones Unidas por el bienestar y los derechos de las personas con discapacidad tiene sus orígenes en sus principios fundacionales, que están basados en los derechos humanos, las libertades fundamentales y la igualdad de todos los seres humanos. Como se afirma tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹, los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos y demás instrumentos relacionados con los derechos humanos, las personas con discapacidad deben poder ejercer sus derechos civiles, políticos, sociales y culturales en igualdad de condiciones con el resto de personas².

¹ La Declaración Universal de Derechos Humanos fue aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El artículo 1 de la Declaración afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, mientras que el apartado 1 del artículo 2 establece que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

² Así lo sostuvo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en su Observación General nº 5 sobre discapacidad emitida en 1994.

Han sido de forma principal las agencias especializadas del sistema de las Naciones Unidas las que han abordado a nivel internacional la protección de las personas con discapacidad, eso sí, de forma sectorial. Así, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ha trabajado fundamentalmente en los aspectos relacionados con la educación; la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el campo de la salud y de la prevención y a ella se debe la “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud”³; el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en el apoyo a programas dirigidos a los niños con discapacidad y la prestación de asistencia técnica; y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la mejora del acceso de las personas con discapacidad al mercado laboral y en el incremento de los niveles de integración económica a través del desarrollo de la legislación laboral y de actividades de cooperación técnica⁴.

El programa de discapacidad de la OIT promueve el trabajo digno para los hombres y mujeres con discapacidad y facilita medios para superar los obstáculos que impiden la plena participación de las personas con discapacidad en el mercado laboral⁵. Este programa contempla entre sus actividades la

³ Aprobada por la OMS el 22 de mayo de 2001 en su 54ª Asamblea Mundial de la Salud, mediante Resolución WHA 54.21. Con anterioridad elaboró la “Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías” -publicada por la OMS en 1980-, que fue reformulada en 1997.

⁴ Uno de los principales frentes al que están prestando especial atención las agencias especializadas es el de la accesibilidad a las nuevas tecnologías, en particular a las tecnologías de la información y de la comunicación, y al entorno físico. Puede encontrarse información sobre los desarrollos en este tema prioritario en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/disacc.htm>, fecha de consulta 10 de marzo de 2011.

⁵ Véase OIT, Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT. Ginebra, 2002.

identificación y análisis de estrategias eficaces para promover la capacitación y crear oportunidades de empleo para las personas con discapacidad; el asesoramiento y ayuda a los gobiernos, a las organizaciones de trabajadores y de empleadores y a las organizaciones de y para personas con discapacidad; y la prestación de asistencia técnica y actividades de cooperación. El enfoque de la OIT está basado en los principios de igualdad de oportunidades, igualdad de trato y no discriminación⁶.

En 1971, la Asamblea General de la ONU adoptó la “Declaración de los Derechos de las Personas con Retraso Mental”⁷. Esta Declaración establece que las personas con retraso mental tienen los mismos derechos que los demás seres humanos, y, además, derechos específicos relacionados con sus necesidades en los ámbitos médico, educativo y social. Se puso especial énfasis en la protección de las personas con discapacidad frente a cualquier forma de explotación, y en el establecimiento de procedimientos jurídicos para garantizar la efectividad de esta protección.

En 1975, la Asamblea adoptó la “Declaración de los Derechos de las Personas con Discapacidad”⁸, que proclama la igualdad de derechos civiles y políticos para las personas con discapacidad. La declaración fija los principios de igualdad de trato y acceso a los servicios que ayudan al desarrollo de las capacidades de las personas con discapacidad y a su integración social.

⁶ Estos principios han sido proclamados en el Convenio 159 de la OIT (1983), relativo a la Rehabilitación Profesional y el Empleo (Personas con Discapacidad), en la Recomendación 168, complementaria de este Convenio, en la Recomendación 99 sobre Rehabilitación Profesional de las Personas con Discapacidad (1955) y en otros Convenios de la OIT relativos a la igualdad de oportunidades.

⁷ Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971.

⁸ Resolución 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.

Se trata de la primera ocasión en que la ONU habló de derechos humanos en relación con las personas con discapacidad⁹, y supusieron un primer paso importante hacia la sensibilización sobre los derechos de este colectivo, pero estas declaraciones se basaron de forma principal en modelos médicos y asistenciales de la discapacidad¹⁰.

2. LA DECLARACIÓN DE 1981 COMO AÑO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DEL PERÍODO 1983-1992 COMO DECENIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En 1976, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó a 1981 como el “Año Internacional de las Personas con Discapacidad”, con el objetivo de poner en marcha un plan de acción internacional dirigido a la equiparación de las oportunidades, la rehabilitación y la prevención de las discapacidades.

El logro principal del Año Internacional de las Personas con Discapacidad fue la formulación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, adoptado por la Asamblea General el 3 de diciembre de 1982¹¹.

⁹ DE LORENZO GARCÍA, R., El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y discapacidad. Informe al Club de Roma, Fundación ONCE, Madrid, p. 73.

¹⁰ Véase PALACIOS, A., El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, CERMI, Madrid, p. 218.

¹¹ Entre los aspectos más destacados del Programa se encuentra su atención a las mujeres con discapacidad, al reconocer que las consecuencias de la discapacidad son especialmente graves para las mujeres, que sufren una doble discriminación en razón de la discapacidad y del género y tienen menos oportunidades de acceso a servicios esenciales como los de cuidado de la salud, educación y rehabilitación

Con el objetivo de establecer un marco temporal en el cual los gobiernos y las organizaciones pudieran desarrollar las actividades recomendadas en el Programa de Acción Mundial, la Asamblea General proclamó el Decenio de las Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad, que abarcó el período 1983-1992.

Uno de los principales avances del Decenio fue la adopción por la Asamblea General de las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad, el 20 de diciembre de 1993¹². Aunque no obligan jurídicamente a los Estados, como lo hacen los Convenios Internacionales, las normas sirven como instrumento para la formulación de políticas y como base para el desarrollo de acciones de cooperación técnica y económica, e incluyen un mecanismo de seguimiento y apoyo para su implementación, que contempla el nombramiento de un “Relator Especial” que podrá establecer un diálogo directo entre los Estados Miembros, las organizaciones no gubernamentales y otros organismos intergubernamentales¹³.

profesional. Las mujeres se ven también especialmente afectadas por las discapacidades debido a que son ellas las que habitualmente asumen la responsabilidad del cuidado de las personas con discapacidad en sus comunidades. Además, a menudo las mujeres están más expuestas al riesgo de contraer una discapacidad como consecuencia de diversas formas de abuso y de determinadas prácticas tradicionales lesivas para su salud.

Véase en este sentido QUISPE HERNÁNDEZ, M.E., “La mujer con discapacidad: una doble discriminación”, *Redes. Revista de Servicios Sociales*, n.º. 12 (2003), págs. 65 a 72.

¹² Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo octavo período de sesiones, Resolución 48/96, anexo, de 20 de diciembre de 1993.

¹³ Este tipo de acuerdos son considerados por la doctrina internacionalista como “Soft Law”, esto es, se trata de conjuntos de normas que carecen de fuerza vinculante y que, sin embargo, tienden a influenciar la voluntad de aquellos a quienes se dirigen, SEIDL-HOHENVELDERN, I., “International Economic ‘Soft Law’”, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, 1979-II, págs. 173 y ss.

Las Normas Uniformes son 22 pautas de acción que resumen el mensaje del programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, e incorporan la perspectiva basada en los derechos humanos desarrollada a lo largo del Decenio. Las citadas normas están organizadas en cuatro capítulos: requisitos para la igualdad de participación, áreas para la igualdad de participación, medidas de ejecución y mecanismo de supervisión.

Al finalizar el Decenio de las Personas con Discapacidad, la Asamblea General proclamó el 3 de diciembre como el “Día internacional de las personas con discapacidad”. La fecha se eligió porque ese día es el aniversario de la adopción por la Asamblea General del anteriormente comentado Programa de Acción Mundial¹⁴.

La conmemoración del Día Internacional de las Personas con Discapacidad permite promover un mejor conocimiento de la temática de la discapacidad y sensibilizar a la sociedad acerca de los beneficios derivados de la integración de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida política, social, económica y social. Muchos países se han ido uniendo a esa celebración. La Unión Europea celebra también el 3 de diciembre el Día Europeo de la Discapacidad¹⁵.

En muchas reuniones y cumbres organizadas por las Naciones Unidas se ha mostrado la importancia de protección de las personas con discapacidad. La Conferencia Internacio-

¹⁴ En 2010, Naciones Unidas fijó como lema del día internacional: “Mantener la promesa: incorporación de la discapacidad en los objetivos de desarrollo del Milenio hacia 2015 y más allá” (<http://www.un.org/spanish/disabilities/>, fecha de consulta 30 de marzo de 2011).

¹⁵ Véase el documento “European Day of People with Disabilities 2008. Acting locally for a society for all Report”, Bruselas, 1 de diciembre de 2008, disponible en <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=429&langId=es&eventsId=104&moreDocuments=yes&tableName=events>, fecha de consulta 11 de marzo de 2011.

nal sobre el Medio Ambiente¹⁶, la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos¹⁷, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo¹⁸, la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales de la UNESCO¹⁹, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social²⁰, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer²¹ y Habitat II²² han tomado en consideración la situación de las personas con discapacidad y han hecho recomendaciones dirigidas a acabar con las prácticas discriminatorias contra las personas con discapacidad y a promover su derecho a participar plenamente en la vida social.

Igualmente ha ocurrido en los períodos extraordinarios de la Asamblea General programados con ocasión del 5º aniversario de la Conferencia Mundial de la Mujer²³ y del 5º Aniversario de la Cumbre Mundial de Desarrollo Social²⁴.

La inclusión de los derechos humanos de las personas con discapacidad como cuestión concreta de política en documentos como la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, así como la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, reflejan el reconocimiento internacional de un amplio

¹⁶ Río de Janeiro, 3-4 de junio de 1992.

¹⁷ Viena, 14-25 de junio de 1993.

¹⁸ El Cairo, 5-13 de septiembre de 1994.

¹⁹ Salamanca, 7-10 de junio de 1994.

²⁰ Copenhague, 6-12 de marzo de 1995.

²¹ Beijing, 4-5 de septiembre de 1995.

²² Estambul, 3-14 de junio de 1996.

²³ Beijing +5, "Mujeres 2000: Igualdad de género, desarrollo y paz para el siglo XXI", 5-9 de junio de 2000, Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

²⁴ Copenhague+5, "Avanzando en el Programa de Desarrollo Social", Ginebra, 26-30 de junio de 2000.

enfoque de derechos humanos para promover la condición de las personas con discapacidad en las actividades principales de desarrollo²⁵.

3. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006 Y SU NUEVA PERSPECTIVA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Aunque no cabe ninguna duda de que las normas generales en materia de derechos humanos son aplicables a las personas con discapacidad, éstas han de hacer frente a importantes obstáculos a la hora de hacer valer sus derechos. Se trata de un hecho explícitamente reconocido a escala internacional²⁶. El respeto del principio de igualdad, que ha de regir cualquier instrumento en materia de derechos humanos, requiere que se reconozca que las personas con discapacidad tienen derecho a ejercer todos y cada uno de los derechos y libertades reconocidos internacionalmente sin sufrir discriminación por motivo de discapacidad.

La comunidad internacional ha destacado su compromiso con el principio de que los derechos humanos también son aplicables a las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, el

²⁵ La División de Política Social y Desarrollo de las Naciones Unidas ha publicado un proyecto de compilación de normas y principios internacionales relativos a la discapacidad, véase al respecto <http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/srreports/ecn5-2000-3.doc>; fecha de consulta 11 de marzo de 2011.

²⁶ Véase el diagnóstico de los principales problemas y barreras que afrontan las personas con discapacidad y los ámbitos propuestos de actuación que plantea la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, SEC(2010), 1323 y 1324, Bruselas, 15 de noviembre de 2010, COM(2010) 636 final).

párrafo 63 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena (14/25 de junio de 1993), establece:

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, por lo que comprenden sin reservas a las personas con discapacidades. Todas las personas nacen iguales y tienen el mismo derecho a la vida y al bienestar, a la educación y al trabajo, a vivir independientemente y a la participación activa en todos los aspectos de la sociedad. Por tanto, cualquier discriminación directa u otro trato discriminatorio negativo de una persona discapacitada es una violación de sus derechos.

La Conferencia pide a los gobiernos que, cuando sea necesario, adopten leyes o modifiquen su legislación para garantizar el acceso a estos y otros derechos de las personas discapacitadas.

En el informe sobre los derechos humanos y la discapacidad del Relator Especial de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos²⁷, se señala que en la mayoría de los países, las violaciones de los derechos humanos de las que son víctimas las personas con discapacidad se presentan bajo la forma de discriminaciones inconscientes, incluidas la erección y el mantenimiento de barreras artificiales que impiden a estas personas participar plenamente en la vida social, económica y política completa de sus comunidades. Se añade que la estrechez de miras de la mayoría de los gobiernos con respecto a los derechos humanos de las personas con discapacidad les lleva a creer que lo único que tienen que

²⁷ Informe sobre los derechos humanos y la discapacidad de Leandro Despouy, disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/dispaperdes0.htm> (fecha de consulta 2 de noviembre de 2010).

hacer al respecto es abstenerse de tomar medidas que puedan perjudicar a estas personas. Resultado de esta actitud es que las políticas y la legislación sobre derechos humanos no abordan específicamente las necesidades de este colectivo.

De ahí la importancia de que se adoptara un instrumento jurídicamente vinculante por parte de las Naciones Unidas, que ha venido a completar el marco regulador vigente en materia de derechos humanos. Otros convenios sobre temas específicos han demostrado su valor añadido y su complementariedad con instrumentos existentes en materia de derechos humanos²⁸.

Pues bien, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad fue adoptada el 13 de diciembre de 2006, por medio de la resolución 61/106 de la ONU²⁹. Su objetivo principal es impulsar la aplicación de las normas generales de derechos humanos en el contexto de la discapacidad y hacerla más directamente pertinente y visible.

El propósito de la Convención es promover, proteger y garantizar el disfrute pleno y por igual del conjunto los derechos humanos por las personas con discapacidad. Aborda por ello como ámbitos fundamentales la accesibilidad, la libertad de movimiento, la salud, la educación, el empleo, la habilitación y rehabilitación, la participación en la vida política, y la igualdad y la no discriminación.

La Convención marca un cambio en el concepto de discapacidad, pasando de una preocupación en materia de bienestar social a una cuestión de derechos humanos, que reconoce que

²⁸ Convención contra la Tortura; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

²⁹ La Convención y su Protocolo facultativo quedaron abiertos a la firma de todos los Estados y las organizaciones de integración regional desde el 30 de marzo de 2007.

las barreras y los prejuicios de la sociedad constituyen en sí mismos una discapacidad³⁰.

Si bien la Convención no crea ningún derecho nuevo, expresa los derechos existentes de una forma que atienda a la situación de las personas con discapacidad³¹.

Reclama por ello la necesidad de que los poderes públicos desarrollen los “ajustes razonables”, esto es las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 2 de la Convención).

La Convención va más allá de la idea de integración de las personas con discapacidad y plantea la necesidad de su inclusión plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones. No es la persona con discapacidad la que tiene que adaptarse o integrarse, sino la sociedad la que tiene que incluir³².

³⁰ El artículo 2 de la Convención entiende por “discriminación por motivos de discapacidad” cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

³¹ Un análisis de los derechos reconocidos por la Convención puede verse en DE ASIS, R., BARRANCO, M.C., CUENCA, P. y PALACIOS, A., “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”, en AAVV (editora CUENCA GÓMEZ, P.), Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 19 y ss.

³² CUENCA GÓMEZ, P., “El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los derechos constitucionales”, en AAVV (editora CUENCA GÓMEZ, P.), Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, Dykinson, Madrid, 2010, p. 53.

Se entiende así que la Convención reconozca en su Preámbulo que “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”, así como la necesidad de “promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad” (letras h) y j).

Los países firmantes de la Convención se comprometen a elaborar y poner en práctica políticas, leyes y medidas administrativas para asegurar los derechos reconocidos en la misma y abolir las leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que constituyan discriminación³³.

En este sentido y en relación con la cuestión fundamental de la accesibilidad (artículo 9), la Convención requiere que los países identifiquen y eliminen los obstáculos y las barreras y aseguren que las personas con discapacidad puedan tener acceso a su entorno, al transporte, las instalaciones y los servicios públicos, y tecnologías de la información y las comunicaciones.

Las personas con discapacidad deben tener la opción de vivir en forma independiente, ser incluidas en la comunidad, elegir dónde y con quién vivir y tener acceso a servicios de apoyo en el hogar, en residencias y en la comunidad. Debe promoverse la movilidad personal y la independencia, facilitando la movilidad personal asequible, la capacitación al respecto y el acceso a ayudas para la movilidad, aparatos, tecnologías de asistencia y asistencia personal (artículos 19 y 20).

Un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, compuesto de expertos independientes, recibirá informes periódicos de los Estados Partes sobre las medidas que

³³ La Convención pide la “realización progresiva” de la mayor parte de sus disposiciones, en función de las posibilidades financieras de cada país (apartado 2 del artículo 4).

estos hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la convención (artículos 34 y 35)³⁴.

4. EL RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD COMO CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que fue adoptada el 13 de diciembre de 2006 por medio de la resolución 61/106³⁵, planteó como objetivo principal la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad gocen de los derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás.

De esta forma, la Convención ha marcado un cambio sustancial en el concepto de discapacidad, pasando de una preocupación en materia de bienestar social a una cuestión de derechos humanos, que reconoce que las barreras y los prejuicios de la sociedad constituyen en sí mismos una discapacidad³⁶.

Si bien la Convención no crea ningún derecho nuevo,

³⁴ El Comité informará cada dos años a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes en la Convención. Esas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité, junto con los comentarios, si los hubiera, de los Estados Partes.

Pero el Comité Especial todavía tiene que decidir el mecanismo de control de la Convención.

³⁵ La Convención y su Protocolo facultativo quedaron abiertos a la firma de todos los Estados y las organizaciones de integración regional desde el 30 de marzo de 2007.

³⁶ El artículo 2 de la Convención entiende por “discriminación por motivos de discapacidad” cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

expresa los derechos existentes de una forma que atienda a la situación de las personas con discapacidad³⁷.

Las instituciones europeas también promueven el planteamiento de la discapacidad como un aspecto del respeto de los derechos humanos fundado en los valores consagrados en el Tratado de la Unión Europea y plasmados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁸.

La primera mención a la discapacidad en el Derecho originario de la Unión Europea se produjo con la aprobación del Tratado de Amsterdam, que introdujo en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad una disposición explícita sobre la lucha contra la discriminación en diversos ámbitos, entre otros las discapacidades³⁹. El precepto es ahora el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Por otra parte, la Declaración 22 del Tratado de Amsterdam, relativa a las personas discapacitadas, señaló que las instituciones comunitarias, "al elaborar medidas con arreglo al artículo 100A del Tratado constitutivo de la Comunidad Euro-

³⁷ Un análisis de los derechos reconocidos por la Convención puede verse en DE ASIS, R., BARRANCO, M.C., CUENCA, P. y PALACIOS, A., "Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español", en AAVV (editora CUENCA GÓMEZ, P.), Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 19 y ss.

³⁸ Informe Del Comité de Representantes Permanentes al Consejo Europeo, SOC 375, COHOM 134, "Proyecto de Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo Marco Europeo de la Discapacidad".

³⁹ El precepto estableció que "sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual".

pea, deberán tener en cuenta las necesidades de las personas discapacitadas”.

El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea establece que la Unión se fundamenta, *inter alia*, en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, y que dichos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

El artículo 10 del TFUE prevé que, al definir y ejecutar sus políticas y acciones, la Unión procurará combatir la discriminación, incluida la discriminación por razón de discapacidad.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reafirma el derecho de no discriminación y el principio de integración de las personas con discapacidad⁴⁰.

De conformidad con el artículo 1 de la Carta, “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. El artículo 26, subrayando tanto la dimensión individual como la colectiva de los derechos de las personas con discapacidad, establece que “la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

⁴⁰ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, de 18 de diciembre de 2000), representa la síntesis de los valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea. El Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que fue firmado por los representantes de los veintisiete Estados miembros en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, garantiza las libertades y los principios enunciados en la Carta, cuyas disposiciones han pasado a ser jurídicamente vinculantes.

Asimismo, el artículo 21 prohíbe toda discriminación por razón de discapacidad⁴¹.

La Resolución del Consejo de la Unión Europea y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo el 17 de marzo de 2008, relativa a la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea, defendió que las personas con discapacidad “gocen plenamente de sus derechos humanos”⁴², para lo que requería al desarrollo más intenso de un conjunto global de todos los instrumentos adecuados con el objetivo de eliminar la discriminación e integrar a las personas con discapacidad en la sociedad, basándose en una perspectiva de derechos humanos y de integración de la discapacidad. Resaltó asimismo la necesidad del fortalecimiento de la integración de los asuntos relacionados con la discapacidad y la continuación de los esfuerzos llevados a cabo por los Estados miembros para obligar a los organismos públicos a promocionar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

También la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2009, sobre la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo⁴³, instaba a los Estados miembros a que procediesen cuanto antes a la ratificación de la Convención en su totalidad, a que llevasen a efecto su contenido y a que creasen la infraestructura material necesaria.

⁴¹ Véase al respecto el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “Informe de 2010 sobre la Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”, SEC(2011) 396 final; Bruselas, 30 de marzo de 2011, COM(2011) 160 final, p. 11.

⁴² 2008/C 75/01, DOUE C 75/1, de 26 de marzo de 2008, p. 75/2.

⁴³ P6_TA (2009), 0334, DOUE C 184 E/111, de 8 de julio de 2010.

En las dos reuniones informales de Ministros encargados de las políticas en materia de discapacidad, celebradas bajo Presidencia alemana, el 11 de junio de 2007, y bajo Presidencia eslovena, el 22 de mayo de 2008, los Ministros se centraron en la plena aplicación de la Convención de la ONU y en su inclusión entre las prioridades del Plan de Acción en materia de Discapacidad, y reconocieron la importancia de la cooperación entre los Estados miembros y la Unión Europea para reforzar el planteamiento de la discapacidad como un aspecto del respeto de los derechos humanos⁴⁴.

En fin, las conclusiones de la Presidencia del Consejo de la UE respecto de la tercera reunión informal de Ministros responsables de las políticas de discapacidad y la Conferencia europea sobre Discapacidad y Autonomía Personal, celebrada bajo Presidencia española del 19 al 21 de mayo de 2010, en favor de las personas con discapacidad, destacaron el enfoque de la discapacidad basado en el respeto de los derechos humanos, y resaltaron la importancia de la cooperación entre los Estados miembros y de éstos con las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan⁴⁵.

5. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

El impulso generado en 2003 por el “Año Europeo de las personas con discapacidad”, llevó a la Comisión Europea

⁴⁴ Véase el considerando 9 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad (2010/C 316/01).

⁴⁵ Véase el considerando 9 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad (2010/C 316/01).

a aprovechar sus resultados mediante la instauración de un plan de acción plurianual. El objetivo de este plan de acción era integrar, antes de 2010, la dimensión de la discapacidad en las políticas comunitarias afectadas, y aplicar acciones concretas en ámbitos clave con el fin de mejorar la integración económica y social de las personas con discapacidad.

Se adoptaron así la Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, "Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo"⁴⁶ y la Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, "Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006-2007"⁴⁷.

La necesidad de fomentar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, con el fin de crear una dinámica duradera para su plena integración en la sociedad, planteaba tres objetivos operativos para la Comisión:

- 1) garantizar la plena aplicación de la Directiva relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y emprender un debate sobre la nueva estrategia de lucha contra la discriminación;
- 2) conseguir la integración de la dimensión de la discapacidad en las políticas comunitarias afectadas en los procesos existentes, como serían la Estrategia Europea de Empleo o la Estrategia Europea de Inclusión Social.
- 3) mejorar la accesibilidad a los bienes, los servicios y el entorno construido.

Para su realización, la Comisión estableció un plan de acción plurianual continuo que abarcó hasta 2010⁴⁸.

⁴⁶ COM(2003) 650 final, no publicada en el Diario Oficial.

⁴⁷ COM(2005) 604 final, no publicada en el Diario Oficial.

⁴⁸ En diciembre de 2003 el Consejo adoptó conclusiones sobre el seguimiento del Año

La primera fase de este plan de acción se extendió durante dos años (2004 y 2005) y se centró en la creación de las condiciones necesarias para la promoción del empleo de las personas con discapacidad, garantizando al mismo tiempo la potenciación de su papel en este ámbito⁴⁹.

Los ámbitos de intervención prioritarios se agruparon en cuatro aspectos: el acceso al empleo y el mantenimiento en la vida activa, el aprendizaje permanente, la utilización del potencial de las nuevas tecnologías y la accesibilidad del entorno público construido.

La segunda fase de este plan de acción se desplegó en dos años (2006-2007) e insistió en la integración activa y la autonomía (derecho de las personas con discapacidad a ser destinatarias de medidas concebidas para garantizar su independencia, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad)⁵⁰. En ella se proponían cuatro prioridades:

- a) fomentar la actividad profesional;
- b) promover el acceso a una asistencia y a servicios de cuidados de calidad;
- c) promover el acceso de todos a los bienes y los servicios;
- d) incrementar la capacidad de recogida y análisis de la Unión.

Europeo de las personas con discapacidad, confirmando la inclusión social completa y la plena realización de la igualdad de oportunidades de personas con discapacidad como objetivos del plan de acción europeo en materia de discapacidad 2004-2010.

⁴⁹ El grupo interservicios de la Comisión que se ocupa de las cuestiones relativas a las personas con discapacidad tuvo por misión hacer progresar el proceso previsto por el plan de acción y controlar la aplicación de la estrategia integrada por los distintos servicios de la Comisión.

Por su parte, el Grupo europeo de alto nivel responsable creado para las cuestiones relativas a las personas con discapacidad (grupo de expertos presidido por la Comisión y que reúne a especialistas de los Estados miembros), se encargó de desarrollar las sinergias entre las políticas nacionales.

⁵⁰ Véase la Comunicación de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, titulada "Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006-2007", COM (2005), 0604.

Los resultados obtenidos en la aplicación de la segunda fase del plan de acción europeo en materia de discapacidad llamaron la atención sobre la dignidad, los derechos fundamentales, la protección contra la discriminación y la cohesión social. Se insistió en la integración como factor clave para avanzar en las cuestiones relacionadas con la discapacidad, lo que demanda fomentar la actividad y favorecer el acceso a los servicios sociales al mismo tiempo que promover bienes y servicios accesibles.

6. LA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE DISCAPACIDAD 2010-2020

Una vez suscrita por la UE la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad⁵¹, se aprobó la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020⁵², que proporciona un marco de acción a escala europea y nacional para abordar las distintas situaciones de hombres, mujeres y niños con discapacidad. Su objetivo principal es possibilitar que las personas con discapacidad disfruten de todos sus derechos y se beneficien plenamente de su participación en la sociedad.

El documento hay que relacionarlo con la Estrategia Europa 2020 de la UE⁵³, en la que se destaca que la atención a

⁵¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2009, sobre la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, P6_TA(2009)0334.

⁵² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras", SEC(2010) 1323 y 1324.

⁵³ Comunicación de la Comisión relativa a la Estrategia Europa 2020, COM (2010) 2020.

la discapacidad constituye una prioridad europea y nacional dentro del ámbito más amplio de la lucha contra la pobreza. En dicha comunicación se declara que la Comisión procurará crear y aplicar programas para fomentar la integración social de los más vulnerables, en particular promoviendo una educación innovadora, oportunidades de formación y de empleo, y combatiendo la discriminación de las personas con discapacidad; asimismo insta a los Estados miembros a que establezcan y ejecuten, habida cuenta de sus obligaciones nacionales, medidas para abordar las circunstancias concretas de grupos con un riesgo específico de pobreza, entre las que figuran las personas con discapacidad.

Se pretende por ello poner en marcha un proceso destinado a capacitar a las personas con discapacidad de manera que puedan participar plenamente en la sociedad, en unas condiciones de igualdad con el resto de la población⁵⁴.

Pues bien, la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, en línea con lo dispuesto por la Convención de Naciones Unidas, se basa en la consideración de las personas con discapacidad como ciudadanos con pleno derecho a la dignidad, la igualdad de trato, la vida independiente y la participación completa en la sociedad. La principal finalidad de la estrategia a largo plazo de la UE para la inclusión activa de estas personas es que puedan disfrutar de estos derechos y asegurar una puesta en práctica efectiva de la Convención en toda la UE.

El objetivo general de la Estrategia es capacitar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación

⁵⁴ Comunicación de la Comisión relativa a la Estrategia Europa 2020, cit., p. 13.

en la economía y la sociedad europeas, especialmente a través del mercado único. Así, identifica medidas a escala de la UE complementarias a actuaciones nacionales y determina los mecanismos necesarios para aplicar la Convención en la Unión⁵⁵.

También expone la estrategia el apoyo que se necesita para la financiación, la investigación, la sensibilización, la recopilación de datos y la elaboración de estadísticas.

La Comisión ha identificado ocho ámbitos primordiales de actuación para la supresión de las barreras que sufren las personas con discapacidad: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior⁵⁶.

En cada uno de estos campos la Estrategia determina medidas clave a desarrollar.

7. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Pese a que en la normativa comunitaria no existe una noción de discapacidad⁵⁷, resulta de utilidad acudir a los criterios fijados al respecto por la jurisprudencia del TJUE.

⁵⁵ De acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Convención.

⁵⁶ Estos ámbitos se eligieron por su potencial para contribuir a los objetivos generales de la Estrategia y la Convención, así como a partir de los documentos políticos en esta materia de las instituciones de la UE y del Consejo de Europa, los resultados del Plan de Acción de la UE en materia de discapacidad (2003-2010) y una consulta de los Estados miembros, las partes interesadas y el público en general (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Estrategia Europea sobre Discapacidad...", cit., p. 4).

⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Novedades sobre la discriminación por discapacidad en la Unión Europea", Relaciones Laborales nº 21 (2008), págs. 83 y ss.

En la sentencia del Tribunal de 11 de julio de 2006, Chacón Navas⁵⁸, al interpretarse por el Tribunal el alcance *ratione personae* de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, se subraya que el concepto de “discapacidad” no viene definido en la propia Directiva 2000/78, la cual tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición de dicho concepto.

Pues bien, para el TJUE de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar⁵⁹.

A tenor de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad. Para el Tribunal, habida cuenta del mencionado objetivo, el concepto de “discapacidad” a efectos de la Directiva 2000/78 debe ser objeto, de conformidad con los criterios recordados en el apartado 40 anterior, de una interpretación autónoma y uniforme.

⁵⁸ Asunto C-13/05.

⁵⁹ Véanse, entre otras, las sentencias del TJUE de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, apartado 11, y de 9 de marzo de 2006, Comisión/España, C-323/03, apartado 32.

La finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación⁶⁰. En este contexto, debe entenderse que el concepto de “discapacidad” se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional. Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de “discapacidad”, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de “enfermedad”. Por ello, el Tribunal excluye la equiparación pura y simple de ambos conceptos.

El decimosexto considerando de la Directiva 2000/78 establece que “la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad”. La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de “discapacidad”, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración.

⁶⁰ El artículo 4 de la Directiva se apoya en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores con discapacidad y los trabajadores en general, principio recogido en el artículo 28 de la 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. La Directiva recoge en este punto disposiciones similares a las del Convenio 159 de la OIT, en vigor desde 1985 (sobre este Convenio y su planteamiento de igualdad de oportunidades y de trato, véase DE LORENZO GARCÍA, R., *El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y discapacidad. Informe al Club de Roma, Fundación ONCE, Madrid, 2003, p. 64*).

La Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad.

De las consideraciones anteriores resulta para el TJUE que una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad y asimismo que la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

El Tribunal de Justicia consideró pues que la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivo de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivo de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

Para la sentencia del TJUE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman⁶¹, tal interpretación no autoriza a deducir que el prin-

⁶¹ Asunto C-303/06.

principio de igualdad de trato definido en el artículo 2, apartado 1, de esa misma Directiva y la prohibición de discriminación directa prevista en el apartado 2, letra a), del mismo artículo no puedan aplicarse a una situación como la controvertida en el litigio principal cuando el trato desfavorable que un trabajador alega haber sufrido esté motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

En efecto, aunque en el apartado 56 de la sentencia Chacón Navas, antes citada, el Tribunal de Justicia precisó que, a la vista del tenor literal del artículo 13 CE, el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 no puede ampliarse a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva –de manera que un trabajador que haya sido despedido por su empresario a causa exclusivamente de enfermedad no está comprendido en el marco general establecido por la Directiva 2000/78–, el TJUE, sin embargo, no declaró que el principio de igualdad de trato y el alcance *ratione personae* de dicha Directiva deban interpretarse de manera restrictiva en lo que atañe a los motivos de que se trata.

Tal como alegaban la Sra. Coleman, los Gobiernos lituano y sueco y la Comisión, tanto los objetivos como el efecto útil de la Directiva 2000/78 se verían comprometidos si un trabajador que se encuentre en una situación como la de la demandante en el litigio principal no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa establecida en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la misma Directiva cuando se haya probado que ha recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa

de la discapacidad de un hijo suyo, y ello aunque el propio trabajador no sea discapacitado.

A este respecto, del undécimo considerando de la misma Directiva se desprende que el legislador comunitario también consideró que la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado, en particular por lo que se refiere al empleo.

Con todo, si bien es verdad que, en una situación como la de la Sra. Coleman, la persona objeto de discriminación directa por motivo de discapacidad no es ella misma una persona discapacitada, no es menos cierto que el motivo del trato menos favorable del que la Sra. Coleman alega haber sido víctima lo constituye precisamente la discapacidad.

La Directiva 2000/78, que tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad, no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma Directiva.

Una vez demostrado que un trabajador que se encuentra en una situación análoga a la controvertida en el litigio principal es víctima de discriminación directa por motivo de discapacidad, para el TJUE toda interpretación de la Directiva 2000/78 que circunscriba la aplicación de ésta exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas personas discapacitadas podría privar a dicha Directiva de una parte considerable de su efecto útil y reducir la protección que pretende garantizar (apartado 51 de la sentencia Coleman).

LA TECNOLOGÍA Y SU AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE PRIVACIDAD E INTIMIDAD

Ramiro Acosta Cerón
Vinícius Almada Mozetic

Iniciaremos con dos aclaraciones. La primera, desde ya dejamos sentado que en modo alguno -además sería absurdo- estamos en contra o nos oponemos a los avances tecnológicos, que vertiginosamente vive este mundo globalizado, a partir de la denominada revolución digital y comunicacional, algunos de cuyos beneficios nos referiremos más adelante. La segunda aclaración: este trabajo se remitirá a la normativa internacional emitida después de la segunda guerra mundial, confrontando ciertos aspectos fácticos y jurisprudenciales que sobre la afectación a los derechos de intimidad y privacidad se han pronunciado algunos de los más importantes Tribunales y Cortes. Esta precisión es importante porque la afectación a tales derechos se han producido a lo largo de la historia de la humanidad, a través del típico espionaje directo y antes que éste el figoneo, la propalación de rumores; y más tarde con la invención de la cámara fotográfica y grabadora, se utilizaron estos inventos, en ciertos casos para espiar, perseguir, chantajear a personajes públicos; las víctimas preferidas fueron - y hoy con mayor razón- personajes de la política, cine, artistas en general y personas de cierta fama.

1. HIPÓTESIS

Procuraremos demostrar la hipótesis que a mayor desarrollo tecnológico digital y comunicacional mayor afectación de los derechos de privacidad e intimidad de los seres humanos.

1.1 El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la **intimidad**, en su segunda acepción: *Zona espiritual íntima y reservado de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. En tanto que por **privacidad** entiende ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.* Por su parte el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas conceptúa **intimidad**, en su segunda acepción: *Parte personalísima y reservada de un caso o persona. Su revelación puede originar responsabilidad cuando cause perjuicio haya dolo o grave imprudencia...* Sobre el vocablo **privadamente**, señala: *de modo particular como opuesto a lo público u oficial. II Familiarmente. II Con separación. II Reservadamente. II En la intimidad.*

2. **NORMATIVA PROTECTORA DE LOS DERECHOS DE PRIVACIDAD**

Como es conocido, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se crea el 26 de junio de 1945 en San Francisco, Estados Unidos de América, la Organización de las Naciones Unidas, ONU, con la misión de preservar la paz y seguridad internacionales, fomentar la cooperación internacional y (...) *“reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas...”*

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U.**, adoptada y proclamada en París, por la Asamblea General en su Resolución de 10 de diciembre de 1948, al referirse al tema, expresa en su Artículo 12 *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio*

o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en mayo de 1948, preceptúa en su “Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) aprobada en 1949, dispone: “Art. 11. Protección de la honra y de la dignidad.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación

3. Toda persona tiene derecho a la protección de ley contra esas injerencias o esos ataques”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor el 26 de marzo de 1976, prescribe: “Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** del 2000 y proclamada por segunda ocasión en diciembre del 2007, manifiesta: “ Art 7. Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones” .

La **Constitución de la República del Ecuador** vigente desde el 20 de octubre del 2008, en el Artículo 66 número 20 consagra “El derecho a la intimidad personal y familiar” .

Resumiendo la normativa citada, podemos manifestar, de una parte, que plasma protección a la vida privada de los seres humanos; y de otra, que tal protección implica expresa e implícitamente -porque a ello va dirigida la protección- a prohibir toda injerencia, intervención o ataque a la vida privada, que comporta intimidad, aunque es preciso diferenciar la linde sutil que separa la privacidad con la intimidad; a nuestro juicio la intimidad está inmersa en la privacidad, no así siempre la privacidad. En otras palabras, lo íntimo conlleva forzosamente privacidad, en tanto que no todo lo privado es íntimo. En uno y otro caso se visualiza en la esfera del ser, hacer o no hacer algo sin que se perjudique o altere la esfera de espacio y tiempo de otra u otras personas.

3. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES REFERENTES A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PRIVACIDAD E INTIMIDAD

A manera de ejemplo señalaremos algunos casos con los cuales se apreciará cómo algunos de los más altos tribunales de justicia han entendido, desarrollado y tutelado los derechos motivos de este estudio.

Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la sentencia de la Primera Sala del 15 de diciembre de 1999, sentencia BVerfGE 101,361 (Carolina de Mónaco) caso en que se discutían el derecho a la libre expresión frente al derecho a la privacidad personal por la publicación sin consentimiento de fotografías de la Princesa de Mónaco, en el número 1 del resumen se indica: “La esfera privada protegida por el derecho de la personalidad consagrado en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, no se limita al ámbito doméstico. El individuo debe tener la posibilidad de moverse libremente en otros lugares –distinguidos de manera clara y separados–, sin ser molestado con fotografías de carácter periodístico” el Tribunal en el párrafo 22 de la letra A (Fundamentos) del fallo expuso: “Las fotografías pueden ser divulgadas o puestas a disposición del público, sólo con la aprobación del fotografiado. En caso de duda, la aprobación se tendrá como impartida, si el fotografiado ha cobrado para dejarse tomar la fotografía...” En el acápite cc) de la letra B (Recurso de amparo se encuentra fundado en parte) se anota: “A diferencia del derecho a la propia imagen, la protección de la esfera privada -cuyas raíces se encuentran también el derecho general de la personalidad- no se refiere específicamente a imágenes, sino que se encuentra delimitada espacial y temáticamente. Esta protección de la esfera privada abarca, por un lado, situaciones que por la información que contienen se clasifican típicamente como ‘privadas’, debido a que su ventilación pública se considera indecorosa, su exhibición resulta o puede suscitar reacciones adversas por parte del entorno a este grupo pertenecen, por ejemplo, la exposición que uno hace de sí mismo en un diario ‘privado’ (BVerfGE 80,367) las comunicaciones confidenciales entre esposos (BVerfGE 27,344), el ámbito de la sexualidad (BVerfGE 47,46;49,286), los

comportamientos sociales anormales BVerfGE 44,353) o las enfermedades BVerfGE 32,373)... Quien voluntaria o involuntariamente se convierte en una persona de la vida pública, no pierde por ésta razón su derecho a una esfera privada que deba quedar fuera de la mirada del público..." (1)

El Tribunal Supremo Español, en el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por los demandantes D. Jose Ángel, D.^a Bibiana y D. Luis Carlos, representados ante esta Sala por el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, contra la sentencia dictada el 6 de octubre de 2008 por la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 511/08, su Sala Primera, el cinco de Marzo de dos mil doce, relacionada con la protección del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, por intromisión ilegítima por ruido superior a los límites legalmente permitidos derivados de un piano de los vecinos de un piso inferior, y recoge doctrina emanada del Tribunal Europeo de derechos Humanos .

Al efecto en los fundamentos de derecho, se indica: "Cuarto. La estimación del motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal determina, conforme a la regla 7.^a de la D. Final 16.^a LEC, que se deba dictar "nueva sentencia" teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación.

Esto supone, de un lado, que proceda tener por probados los hechos básicos de la demanda, es decir, que los demandantes sufrieron persistentemente en su vivienda un nivel de ruido superior al límite legal a causa del sonido del piano instalado en la vivienda inmediatamente inferior habitada por los deman-

dados, tal y como declaró la sentencia de primera instancia; y de otro, que deba decidirse si estos hechos constituyen o no una intromisión ilegítima en el derecho fundamental de los demandantes a su intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, ya que el asunto ha accedido a esta Sala por la vía del ordinal 1.º del art. 477.2 LEC y el recurso de casación se funda en infracción del art. 18 de la Constitución según su interpretación por las SSTC 17-2-84 y 23-2-04 en relación con el art. 8 del ya citado Convenio de Roma interpretado según las SSTEDH 23-2-90 (Powell y Rainer contra Reino Unido), 9 de diciembre de 1994 (López Ostra contra España) y 16 de noviembre de 2004 (Moreno Gómez contra España), todo ello partiendo del resultado de las dos mediciones reflejadas en el informe pericial acompañado con la demanda más su aclaración, en el acto del juicio, de que “el doble de ruido no es el doble numérico, sino dos o tres decibelios más”.

Quinto. — Para decidir si los hechos probados constituyen o no la intromisión ilegítima de que se trata debe seguirse la jurisprudencia de esta Sala que, con base principalmente en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encuadra la protección frente al ruido en el ámbito de la tutela judicial civil de los derechos fundamentales, sin perjuicio de que también quepa dicha protección al amparo de la legislación civil ordinaria.

Así la sentencia de Pleno de 12 de enero de 2011 (rec. 1580/07), pese a estimar el recurso de la parte demandada y en consecuencia desestimar la demanda, constató que a partir de la sentencia de esta misma Sala de 24 de abril de 2003 (rec. 2527/97) la jurisprudencia había incorporado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual “deter-

minadas inmisiones pueden llegar incluso a vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad” y, por tanto, “para reaccionar frente a las mismas una de las vías posibles es la de la tutela de los derechos fundamentales”. Más extensamente, la sentencia de 31 de mayo de 2007 (rec. 2300/00), que desestimó el recurso de la empresa condenada en la instancia por los ruidos que la circulación de sus trenes transmitía al interior de las viviendas de los demandantes, recopiló la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos representada por sus sentencias de 9 de diciembre de 1994 (López Ostra contra España), 14 de febrero de 1998 (Guerra contra Italia), 2 de octubre de 2001 (Varios ciudadanos contra el Reino Unido) y 16 de noviembre de 2004 (Moreno Gómez contra España) para admitir la vía de la tutela de los derechos fundamentales como una de las posibles en materia de protección civil frente al ruido. Y anteriormente, la sentencia de 29 de abril de 2003 (rec. 2527/97), fundándose también en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, había mantenido la condena de la empresa titular de una fábrica que transmitía ruidos al interior de la vivienda familiar de la demandante, fundándose entonces esta Sala en la combinación del derecho fundamental a la intimidad, como “derecho a ser dejado en paz”, con los arts. 590, 1902 y 1908 CC y en la posibilidad de ejercitar conjuntamente la acción fundada en la Ley Orgánica 1/1982 y las fundadas en el Código Civil.

Sexto. – Admitiendo por tanto la jurisprudencia de esta Sala que el ruido puede vulnerar el derecho a la intimidad personal y familiar, debe recordarse, como más especialmente representativa de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el presente caso, su ya citada sentencia de

16 de noviembre de 2004 (Moreno Gómez contra España) en cuanto declaró que, conforme al art. 8 del Convenio de Roma, “[e]l individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no solo como el derecho a un simple espacio físico sino también a disfrutar, con toda tranquilidad, de dicho espacio” (apdo. 53); que “[e]l atentar contra el derecho del respeto del domicilio no supone solo una vulneración material y corporal, como la entrada en el domicilio de una persona autorizada, sino también una vulneración inmaterial o incorporeal, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias” (apdo. 53); que “[s]i la vulneración es grave, puede privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio puesto que le impide disfrutar del mismo” (apdo. 53); que “[a]unque el artículo 8 tiene fundamentalmente por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede igualmente implicar la adopción por estos de medidas que traten de respetar los derechos garantizados por este artículo hasta en las relaciones entre los propios individuos” (apdo. 55); y en fin, que soportar durante años una intensa contaminación acústica, fuera de los niveles autorizados y durante la noche, constituía una vulneración de los derechos de la demandante protegidos por el artículo 8 (apdo. 60).

Séptimo. — También nuestro Tribunal Constitucional, especialmente en sus sentencias 119/2001, 16/2004 y 150/2011, ha incorporado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, declarando que “una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que pueden objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario,

en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad”; si bien añade “siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida” y resultando indispensable que el demandante acredite bien que padece un nivel de ruido que le produce insomnio y por tanto ponga en peligro grave e inmediato su salud, bien que el nivel de ruidos en el interior de su vivienda es tan molesto que impida o dificulta gravemente el libre desarrollo de su personalidad (STC 150/2011, FFJJ 6.º y 7.º).

Octavo.— En atención a todo lo razonado hasta ahora, debe concluirse que los hechos probados sí constituyen una intromisión ilegítima en el derecho fundamental de los demandantes a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, según una interpretación del art. 18 de la Constitución ajustada al art. 8 del Convenio de Roma conforme a su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no exige que la lesión sea imputable directamente a los poderes públicos.

Ante todo debe tenerse presente que la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el hecho notorio de que España es uno de los países más ruidosos del mundo revelan las dificultades que encuentran los ciudadanos para lograr una protección efectiva, no meramente teórica, contra el ruido. De hecho los aquí recurrentes intentaron sin éxito, antes de interponer su demanda, que fuese la comunidad de propietarios la que emprendiera la vía judicial...” (2)

La Primera Sala del Tribunal Constitucional de España en la sentencia 17/2012, de 13 de febrero de 2012 (BOE núm.

61, de 12 de marzo de 2012).que resuelve el recurso de amparo núm. 9894-2009, promovido por Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., y siguiendo su propia doctrina, pondera como prevalente el derecho a la intimidad personal frente al derecho a la información. Así se verifica en los fundamentos jurídicos que a continuación se transcriben literalmente:

“4. En el proceso que nos ocupa, el enfrentamiento entre el derecho fundamental a la información y el derecho a la propia imagen ha constituido el objeto de la controversia judicial ya desde la primera instancia, de modo que la vulneración del derecho a la libertad de información pudo ser y, de hecho, fue denunciada antes del incidente de nulidad de actuaciones.

En efecto, la Sentencia del Juzgado declaró la prevalencia del derecho a la propia imagen en detrimento del derecho a la información, rechazando que existiera una lesión del derecho al honor y a la intimidad. En su recurso de apelación, la demandante de amparo alegó que no existía intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la actora, dado que la información difundida era veraz, de interés general y se había realizado con animus informandi. La Sentencia 374/2004 de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, que resuelve el recurso de apelación, tras confirmar los razonamientos del Juzgado, concluye que no se justifica el sacrificio del derecho de la actora a su propia imagen publicada en varios medios de comunicación, en aras a una información sobre sus opiniones que debe considerarse irrelevante e innecesario por lo que las molestias y sinsabores que ha producido a la actora la emisión de su imagen en el reportaje litigioso no aparecen proporcionadas al rédito social que supuestamente se pretende obtener con la información publicada.

El recurso de casación que se interpone contra la Sentencia de apelación citada se basa en un único motivo, la vulneración del derecho a la libertad de información (art. 20 CE) en relación con el derecho a la propia imagen y la jurisprudencia que lo desarrolla, vulneración que nuevamente es rechazada, ahora por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, en su Sentencia 506/2009, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante de amparo.

En este único motivo fundamenta también la demandante de amparo, con reiteración de los argumentos esgrimidos en las sucesivas instancias judiciales, el incidente de nulidad de actuaciones, pidiendo al órgano judicial que se pronuncie sobre la vulneración del derecho a la información, incidente que es inadmitido por la Sala porque su carácter subsidiario requiere que la vulneración del derecho fundamental invocado no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso, no siendo posible utilizar este incidente para postular una suerte de reposición de lo resuelto motivadamente, proceder que el legislador veda con la previsión de no recurribilidad de las Sentencias dictadas en casación...” (3)

La Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-640/10 de 18 de agosto del 2010, Bogotá DC., que resuelve -aceptando- la acción de inconstitucionalidad de los Artículos 78 y 79 de la Ley 1.328 del 2009 (relacionada con materia financiera, seguros, mercado de valores y otras), propuesta por el ciudadano Carlos Alberto Paz Russi, en el resumen elaborado de aquella se expone lo que a continuación se transcribe:

“ESTABLECIMIENTO DEL REGISTRO UNICO DE SEGUROS (RUS)-Obedece a fines constitucionalmente legít-

timos y resulta acorde con el carácter de interés público de la actividad aseguradora.

REGISTRO UNICO DE SEGUROS-Finalidad/REGISTRO UNICO DE SEGUROS-Características.

DERECHO A LA INTIMIDAD, DERECHO AL BUEN NOMBRE Y DERECHO AL HABEAS DATA-Derechos constitucionales diferenciados.

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR-Jurisprudencia constitucional.

Desde 1992, la Corte Constitucional reconoció el derecho a la intimidad como un derecho fundamental que permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores. Se dijo en ese entonces que se trataba de un derecho “general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer “erga omnes”, vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta (...).” Se afirmó también que la intimidad es “el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.” En 1995, se reiteró

esta visión del derecho a la intimidad, cuando se afirmó que “..este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la autoconservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento e injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés. Esta no hace parte del dominio público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros, ni de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos, ni de divulgaciones o publicaciones (...) Ese terreno privado no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar de los demás el respeto a su identidad y privacidad personal”. Así entendido, como derecho casi absoluto, la jurisprudencia constitucional parece haber adoptado, en los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1991, y de su artículo 15 en particular –“todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar...y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”-, una visión del derecho a la intimidad cercana a la célebre formulación del magistrado norteamericano Louis Brandeis, de finales del S. XIX: “The right to be let alone” , es decir, el derecho a la intimidad como el derecho a estar solo, el derecho a la soledad. Sin embargo, esta visión ha sido objeto de críticas, en varios sentidos: puede verse como un derecho arcaico y obsoleto, incompatible con la vida en sociedades urbanas, industrializadas, tecnificadas y

proclives a los fenómenos de masas. Se ha dicho también que es un derecho de elite, creado para proteger los privilegios de las clases aristocráticas y privilegiadas, y muy asociado con la propiedad privada. En esta perspectiva, el derecho a la intimidad sería simplemente otro mecanismo jurídico para proteger la propiedad privada. Casi por definición, los desposeídos de bienes materiales no tendrían derecho a la intimidad, pues de ellos no se predica la existencia de una esfera de protección infranqueable, al carecer de bienes y recintos que garanticen físicamente ese derecho. Finalmente, se ha criticado también que esta aproximación absoluta hacia la intimidad, que protege el derecho al aislamiento o al ensimismamiento, es imposible de hacer valer jurídicamente, porque no se proyecta al exterior, y no plantea cuestiones en relación con los otros. El derecho, por definición, no podría entrometerse, ni siquiera para protegerla, en la esfera inmune a la vida social de que trata el derecho a la intimidad, pues el derecho regula la vida en sociedad. El derecho a la intimidad sería justamente lo opuesto. Desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, estas críticas, interesantes desde el punto de vista teórico y analítico, carecen de validez o pertinencia. El derecho a la intimidad, junto con otros derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia, están concebidos para permitir a las personas fortalecer y desarrollar su condición de seres libres y autónomos, que es el presupuesto esencial del estado democrático. La individualidad del individuo, su posibilidad no siempre fácil de separarse del influjo de los otros o de la masa, de realizar las actividades que les son afines y no las que le sean impuestas, de reflexionar solitariamente, de optar por sus propias preferencias, y de llegar a sus propias conclusiones frente a los dilemas de la cotidianidad y de la política, en fin,

la posibilidad de aislarse con frecuencia u ocasionalmente del mundo, es de lo que depende el que pueda convertirse en un sujeto de derechos y obligaciones, el que pueda ejercer las responsabilidades democráticas y participar en los procesos que forjan un estado social de derecho como lo es el colombiano. Sólo reconociendo la autonomía e individualidad de las personas, puede hablarse del “respeto a la dignidad humana” que sirve de fundamento al estado colombiano, según el artículo 1º de la Constitución. La protección de esa esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de otros particulares-, como prerrequisito para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo, tiene que ser jurídicamente relevante, y lo es, a través de los mecanismos constitucionales de protección al derecho a la intimidad, los cuales no circunscriben su alcance a cierta clase social económica o ilustrada, sino que se extienden, como no podía ser de otra forma, a todas las personas amparadas por la Constitución.

**DERECHO A LA INTIMIDAD-Límites constitucionales/
DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR-Alcance.**

Reiteradamente esta Corporación ha señalado que el derecho a la intimidad permite y garantiza en los asociados, el poder contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin mas limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico. En ese

orden de ideas, y al no ser un espacio que forme parte del dominio público, obedece al estricto interés de la persona titular del derecho y por consiguiente no puede ser invadido por los demás. Por esta razón, ese espacio personal y ontológico, sólo “puede ser objeto de limitaciones” o de interferencias “en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1o. de la Constitución”. La jurisprudencia de la Corte Constitucional tal y como se ha dicho, ha señalado que el derecho a la intimidad es entonces, inalienable, imprescriptible y solo susceptible de limitación por razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente.

DERECHO A LA INTIMIDAD-Principios que lo protegen/PRINCIPIO DE LIBERTAD-Concepto/PRINCIPIO DE FINALIDAD-Concepto/PRINCIPIO DE NECESIDAD-Concepto/PRINCIPIO DE VERACIDAD-Concepto/PRINCIPIO DE INTEGRIDAD-Concepto.

Son cinco los principios que sustentan la protección del derecho a la intimidad, y sin los cuales, se perdería la correspondiente intangibilidad del contenido garantista de la inmunidad del individuo frente a la innecesaria injerencia de los demás. Ellos se clasifican y explican en los siguientes términos: El principio de libertad, según el cual, los datos personales de un individuo, sólo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se

consideran ilícitas. El principio de finalidad, el cual se expresa en la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos, a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que impide obligar a los ciudadanos a revelar datos íntimos su vida personal, sin un soporte en el Texto Constitucional que, por ejemplo, legitime la cesión de parte de su interioridad en beneficio de la comunidad. De conformidad con el principio de necesidad, la información personal que deba ser objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación. Así, queda prohibido el registro y la divulgación de datos que excedan el fin constitucionalmente legítimo. Adicionalmente, el principio de veracidad, exige que los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos. Por último, el principio de integridad, según el cual, la información que sea objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registre y divulgue datos parciales, incompletos o fraccionados. El conjunto integrado de los citados principios, permite no solo garantizar el acceso legítimo a la información personal, sino también la neutralidad en su divulgación y, por ende, asegurar un debido proceso de comunicación.

ACTIVIDAD ASEGURADORA EN EL REGIMEN CONSTITUCIONAL COLOMBIANO-Contenido/ ACTIVIDAD ASEGURADORA EN EL REGIMEN CONSTITUCIONAL COLOMBIANO-Efectos.

La actividad aseguradora, como subsector económico, comparte con la actividad financiera, la actividad bursátil, y

cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, la calidad de ser una actividad económica explícitamente mencionada en la Constitución para los siguientes tres efectos: Establecer que corresponde al Congreso dictar por medio de leyes las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de regularla (Literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución); Determinar que corresponde al Presidente de la República ejercer, de acuerdo con la ley a que se refiere el punto anterior, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que la ejercen (numeral 24, artículo 189 de la Constitución), y Definir que se trata de una actividad de interés público, y por ende, sólo puede ser ejercida previa autorización del Estado, conforme a la ley, reiterando que al legislador corresponde la regulación de la forma en la cual el gobierno intervendrá en ella (artículo 335 de la Constitución).

ACTIVIDAD FINANCIERA, BURSÁTIL Y ASEGURADORA-Es una actividad esencial para el desarrollo económico/
ACTIVIDAD FINANCIERA, BURSÁTIL Y ASEGURADORA-Constituye principal mecanismo de administración del ahorro público y de financiación de la inversión pública y privada/
ACTIVIDAD ASEGURADORA-Garantía del interés público.

DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INTIMIDAD-Tipología de los datos/
INFORMACION-Clasificación/
INFORMACION PUBLICA O DE DOMINIO PUBLICO-Concepto/
INFORMACION SEMIPRIVADA-Concepto/
INFORMACION PRIVADA-Concepto/
INFORMACION RESERVADA O SECRETA-Concepto.

Los límites admisibles del derecho a la intimidad emanan del interés público constitucionalmente legítimo, esta tipología jurisprudencial permite graduar los niveles válidos de intromisión en la intimidad, según la naturaleza del dato. En la sentencia T-729/02, se estableció que esta tipología está “dirigida a clasificar la información desde un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma”, y que consta de cuatro categorías, a saber: “...la información pública o de dominio público, la información semi-privada, la información privada y la información reservada o secreta. Así, la información pública, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno. La información semi-privada, será aquella que por versar sobre información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento

financiero de las personas. La información privada, será aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio. Finalmente, encontramos la información reservada, que por versar igualmente sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad- se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados “datos sensibles” o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc. Para la Corte, esta tipología es útil al menos por dos razones: la primera, porque contribuye a la delimitación entre la información que se puede publicar en desarrollo del derecho constitucional a la información, y aquella que constitucionalmente está prohibido publicar como consecuencia de los derechos a la intimidad y al habeas data. La segunda, porque contribuye a la delimitación e identificación tanto de las personas como de las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información...”. (4)

EL Tribunal Constitucional Chileno en su sentencia Rol N° 2153-11-INA, expedida el 11 de septiembre del 2012, luego de analizar una demanda de inconstitucionalidad, de cuyos antecedentes y principales argumentaciones, más adelante haremos una apretada síntesis y se transcribirán aspectos que

estimamos medulares, debate si los mensajes enviados a través de correos electrónicos entre funcionarios públicos, constituyen o no información pública, o por el contrario, es información privada cuya divulgación afecta a las garantías constitucionales relativas a la igualdad ante la ley, la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones. La conclusión y resolución que adelantamos es que aquellos mensajes, no obstante cursados entre funcionarios públicos, constituyen información privada; y que solamente la información que contienen aquellos cuando se trate o tengan la calidad de actos administrativos, con firma electrónica debidamente certificada, pasa a ser información pública y puede ser requerida por cualquiera sujetándose a los procedimientos legales para la obtención de tales documentos.

La sentencia tiene como antecedente la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago impugnada por el Subsecretario del Interior por la decisión del Consejo Para la Transparencia que ordenó la entrega del contenido de los correos electrónicos institucionales entre el Subsecretario del Interior y el Gobernador Provincial de Meripilla a petición del Alcalde de la Municipalidad de Meripilla, quien solicitó varios antecedentes, documentación, incluidos correos electrónicos a la Subsecretaría del Interior relacionados a los gastos efectuados por la citada gobernación con ocasión del terremoto de febrero del 2010. Debe aclararse que los antecedentes y la información física le fue proporcionada, no así los correos electrónicos y por ello accionó un amparo para obtener tal entrega.

En el número III de la sentencia “FACTORES INTERPRETATIVOS QUE GUIARÁN LA DECISIÓN DE ESTE TRIBUNAL” se indica: (...)” 4. Que, para resolver el presente requerimiento,

queremos señalar cuatro elementos interpretativos que orientarán la decisión: que los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales; que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto; que los correos electrónicos no son necesariamente e inequívocamente actos administrativos, y que la Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico;... 11. Que los funcionarios públicos están sujetos a una relación estatutaria. El vínculo que une al funcionario con el Estado es una relación jurídica legal y de derecho público. Ello significa, por una parte, que encuentra su origen en la ley y no en un convenio entre la Administración y los funcionarios. Sus derechos, obligaciones, deberes, prohibiciones, están impuestos de modo general y unilateral por el ordenamiento jurídico. Por la otra, que en su establecimiento y regulación predomina el interés general por sobre el interés particular del funcionario (STC 12/1982);

12. Que, sin embargo, ese régimen estatutario de los funcionarios se limita a regular la actividad funcional y no suspende los derechos que la Constitución garantiza a toda persona.

La Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales. El artículo 19 comienza señalando que la Constitución asegura “a todas las personas” ciertos derechos. En esa amplia titularidad, caben los funcionarios públicos...

VIGESIMOPRIMERO. Que un tercer factor de interpretación es que los correos electrónicos no necesariamente son actos administrativos.

En efecto, el correo electrónico es, en primer lugar, una forma de comunicación, pues a través de este medio se transmiten mensajes de un emisor a uno o varios receptores. Esta comunicación exige un soporte técnico, pues requiere la intervención de aparatos, de redes o infraestructuras, de operadores de éstas,

de programas informáticos, de protocolos de transferencia en la Internet. Hay de por medio un proceso de transmisión del mensaje o contenido.

En segundo lugar, el correo es una comunicación digitalizada, pues el mensaje es convertido a datos o números en base binaria (ceros y unos), que conforman los bits (binary digits).

En tercer lugar, el correo electrónico se transmite por un canal cerrado, en el sentido de que a él no pueden acceder terceros. En eso se distingue de la transmisión de radio o televisión. Recordemos que las concesiones radiales se denominan “servicios de telecomunicaciones de libre recepción”, porque las transmisiones que éstas emiten “están destinadas a la recepción libre y directa por el público en general” (artículo 3º, letra a), de la Ley N° 18.168). Y las concesiones de televisión se denominan “concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción” (artículo 15, Ley N° 18.838).

Finalmente, el correo electrónico es una forma de comunicación que tiene ciertas características. Por de pronto, la virtualidad. El emisor y el receptor no están físicamente presentes. En este sentido, es una comunicación a distancia. Por eso, se habla de ciberespacio para designar la carretera por donde viaja la información. Enseguida, se encuentra la instantaneidad, la que consiste en que el mensaje se transmite a alta velocidad, de modo que puede ser recepcionado casi en tiempo real. A continuación, está la multidireccionalidad, dada porque pueden participar varios emisores y receptores, y cambiar en esos roles. Asimismo, se encuentra el carácter multimedial, pues a través de él se pueden transmitir datos, imágenes, sonidos. Finalmente, está la ubicuidad. Esta consiste en que el correo puede ser abierto por el destinatario en cualquier lugar en que se den las condiciones técnicas para ello (Lambea Rueda, Ana;

El correo electrónico; en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, diciembre 2002, p. 936-963; y Rodríguez S., Eduardo; *El correo electrónico*; en *Revista Chilena de Derecho Informático*, N° 3);...

VIGESIMOCTAVO. Que, finalmente, no se nos escapa que debemos resolver un asunto donde están involucradas nuevas tecnologías, con normas constitucionales que no las tuvieron en cuenta, porque no existían cuando fueron formuladas. Por lo mismo, debemos realizar un proceso hermenéutico para interpretar dichos textos en el contexto de la sociedad tecnológica. Ello implica incorporar las nuevas tecnologías a las normas constitucionales y considerar que nuestra Constitución recoge no sólo la libertad de prensa común y corriente, sino también la libertad de prensa electrónica, la libertad de reunión electrónica, la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Tenemos que ser jueces en la sociedad tecnológica (Frosini, Tommaso; *Nuevas tecnologías y constitucionalismo*; *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 124, abril-junio 2004, p. 129-147).

Más todavía si hoy se habla de democracia electrónica, para aludir al voto electrónico, a la consulta y participación en línea de los ciudadanos, mediante peticiones y foros. Ello plantea el desafío de reducir el analfabetismo electrónico y garantizar el acceso a las redes (Petrauskas, Rimantas; *Los principios y la implementación de la democracia electrónica*, en Galindo, Fernando; *Gobierno, derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*; Editorial Thomson Civitas; Madrid, 2006, p. 85-113).

En este sentido, los correos electrónicos permiten acceder a la autoridad directamente, sin intermediarios. También permiten el flujo de información para que los encargados de decidir se inclinen por las mejores opciones posibles. Asimismo, aceleran la toma de decisiones.

Pero es un hecho que los correos electrónicos tienen pocas regulaciones, y no hay consenso sobre si las debe haber. Eso obliga a ser prudente en el examen de los conflictos que su uso plantea;...

TRIGÉSIMO. Que para resolver adecuadamente la controversia, es necesario analizar el artículo 19 N° 5° de la Constitución.

Lo primero que cabe señalar es que, desde las primeras constituciones, se ha garantizado la inviolabilidad de la correspondencia (artículos XVI, 1812; 5°, 1822; 147, 1833; 10 N° 13, 1925).

Sin embargo, mientras las constituciones que precedieron a la actual hablaban de “papeles” (1812, 1818) o de “correspondencia” (1833, 1925), la de 1980 habla de “toda forma de comunicación privada”.

Con la expresión “toda” no se quiso excluir ninguna; las comprende, justamente, a todas. El vocablo “forma” subraya el hecho de que da lo mismo su formato.

El cambio no fue casual, pues se buscó cubrir toda forma de comunicación intelectual y espiritual entre dos individuos, por cualquier medio que se hiciera (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, tomo XI, Santiago, 2006, p. 204).

Los autores están contestes en que la Constitución hizo bien en utilizar esta expresión, pues las comunicaciones no están sólo restringidas a la epistolar, telegráfica o telefónica. Éstas eran las que mencionaba la Constitución del 25. El vocablo “comunicación” cubre las de todo tipo. Con esta expresión se evitó que la evolución de los procesos dejara obsoleto el derecho, como hubiera sido reiterar la expresión “correspondencia”. Entre esas comunicaciones, se menciona a las escritas, a las audiovisuales, a las telefónicas, al correo electrónico (Cea, José Luis; Derecho

constitucional chileno, tomo 2, 2a edición, Santiago, 2012, p. 217; Nogueira, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales; tomo 1, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 538; Verdugo, Pfeffer y Nogueira; Derecho constitucional, tomo 1, Editorial Jurídica, Santiago, 1994, p. 250).

Entonces, por la evolución de la norma, por su sentido y por su texto, el precepto comprende las formas actuales y las futuras de comunicaciones, incluido, por cierto, el correo electrónico;

TRIGESIMOPRIMERO. Que, enseguida, nuestras constituciones han utilizado calificativos para graficar este derecho. Así, se ha hablado de “la seguridad de sus papeles” (1812); de que los papeles de cada individuo son “sagrados” (1818). La expresión “inviolabilidad” aparece en la Constitución de 1833, permaneciendo en la de 1925 y en la de 1980. Su raíz se remonta a la Asamblea Nacional Francesa, que el 10 de agosto de 1790 proclamaba que “el secreto de la correspondencia es inviolable”.

Con esta expresión (“inviolabilidad”) se apunta a proteger dos bienes jurídicos simultáneamente.

Por una parte, el de la libertad de las comunicaciones. El solo hecho de que las personas sepan que lo que transmitan a otros será grabado, interceptado o registrado, genera una inhibición de comunicarse. No hay libertad allá “donde no hay expectativa de cierta inmunidad frente a indagaciones ajenas. Protegiendo el secreto de las comunicaciones, se defiende la libertad para entablarlas” (Jiménez Campos, Javier; La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones; en Revista Española de Derecho Constitucional, año 7, N° 20, mayo-agosto 1987, p. 51). Además, la comunicación debe circular libremente. De ahí que este derecho permita el desarrollo de varias libertades, como la de empresa, la ideológica y política, etc.

Por la otra, se protege el secreto de las comunicaciones. Esto es, se precave que terceros a quienes no va dirigida la comunicación, accedan a ella. De ahí que la inviolabilidad es una presunción *iuris et de iure* de que lo que se transmite es parte de la privacidad de las personas, por lo que la revelación de ello, independientemente de su contenido, vulnera el derecho de la privacidad (Nogueira, H.; *ob.cit.*, p. 540).

Lo que esta garantía protege es la comunicación, cualquiera sea su contenido y pertenezca o no éste al ámbito de la privacidad o intimidad. El secreto se predica respecto de la comunicación. Por lo mismo, abarca el mensaje y los datos de tráfico (ruta, hora, fecha, sujetos, etc.). Y es indiferente la titularidad pública o privada del canal que se utilice;...

TRIGESIMOQUINTO. Que, a continuación, hay que señalar que las comunicaciones que protege el artículo 19, N° 5°, tienen que ser, en primer lugar, directas, en el sentido de que tengan un origen y un destino definidos, sean presenciales o a distancia. La norma protege la comunicación entre ausentes como entre personas que estén reunidas. Es decir, protege las conversaciones que se lleven a efecto en forma material o virtual.

En segundo lugar, debe tratarse de comunicaciones privadas. Éstas son aquellas en que el emisor singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban (Silva Bascuñán, A; *ob.cit.*, p. 205). El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público (Cea, José Luis; *ob.cit.*, p. 205). Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más personas; no es-

tán destinadas al dominio público (Vivanco, Ángela; Curso de derecho constitucional; tomo 2, Editorial PUC, Santiago, 2006, p. 364). En este sentido, son comunicaciones no privadas las que se llevan a efecto por la radio o la televisión. Estas tienen por objeto obtener la máxima difusión; por lo mismo, no tienen expectativa de secreto. Nada tiene que ver en este concepto el que las comunicaciones las realicen o no funcionarios públicos. Las comunicaciones de éstos también están protegidas por la garantía que se analiza. El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular. Por ello, este derecho puede invocarse en distintos ámbitos, como el laboral, en el matrimonio, la cárcel. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no se extiende a los propios sujetos que intervienen en ellas. La impenetrabilidad, el secreto, la opacidad, es respecto de terceros ajenos a la misma, de aquellos que no son ni emisores ni receptores. Así, por ejemplo, si un tercero se entera de una comunicación privada y hace uso indebido de ella, se afecta el artículo 19 N° 5° (SCS Rol 2502/2012, 11.05.2012). Por lo tanto, es condición esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados (Fernández Rodríguez, José; Secreto e intervención de las comunicaciones en internet; Editorial Thompson Civitas, Madrid, 2004, p. 98 y siguientes). No es relevante el número de los destinatarios. Pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad.

El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter

confidencial o privado de lo que se transmite (Martín Morales, Ricardo; El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones; Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 33);...

TRIGESIMOCTAVO. Que la Constitución también establece que la inviolabilidad puede romperse “en los casos y formas determinados por la ley”.

En esta expresión se contienen las garantías que la Constitución establece para que pueda levantarse la inviolabilidad.

En primer lugar, tiene que haber una autorización legal. Esta norma es la única que permite la accesibilidad de las comunicaciones privadas. El propósito de esta exigencia es hacer previsible para los eventuales afectados una apertura de dichas comunicaciones.

En segundo lugar, la ley debe definir “los casos” en que la autorización es posible. Eso implica que la ley debe establecer o listar situaciones y que la autoridad que dispone la autorización debe encuadrarse en estas causales. Por lo mismo, toda resolución que levante total o parcialmente la inviolabilidad, requiere ser motivada. Es decir, debe establecer las razones que llevan a hacerlo y cómo éstas se ajustan a dichas causales o situaciones.

En tercer lugar, es necesario que la ley defina “las formas” en que la autorización se puede dar. Esta expresión apunta, de un lado, a que la ley debe señalar el procedimiento que debe seguirse; del otro, las formalidades que debe adoptar la autorización.

Finalmente, los casos y las formas deben estar “determinados”. Es decir, deben estar establecidos o fijados de modo preciso, no genéricamente.

La Constitución sólo hace excepción a este régimen cuando regula el Estado de Asamblea. Este procede en caso de guerra exterior (artículo 40). Y requiere la declaración del Presidente

con acuerdo del Congreso Nacional (artículo 40). En este estado de excepción, la Constitución permite que el Presidente de la República pueda “interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones” (artículo 43);...

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que, luego de analizado el artículo 19 N° 5°, este Tribunal está en condiciones de responder al cuestionamiento formulado en estos autos. Consideramos que el precepto impugnado vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución, por las siguientes razones.

La primera razón es que consideramos que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19 N° 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado.

Así por lo demás lo ha interpretado la doctrina constitucional (Silva Bascuñán, A.; ob.cit., p. 204; Cea, José Luis; ob.cit., p. 217; Nogueira, H.; ob.cit., p. 538) y la especializada en derecho informático (Álvarez Valenzuela, Daniel; Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas; en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 5, p. 191-202; Arrieta Cortés, Raúl; Derecho a la vida privada: inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas; en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 6, p. 147-157).

Y esta Magistratura, con anterioridad (STC 1894/2011), así también lo ha sostenido;...

CUADRAGESIMOTERCERO. Que no obsta a lo anterior que los correos de que se trata sean de funcionarios públicos, pues éstos no están exentos de esta protección.

En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado.

En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común.

En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo.

Desde luego, porque nadie diría que las conversaciones telefónicas, por el hecho de realizarse por un teléfono que proporciona el servicio, cuya interconexión cancela el mismo, pueden escucharse, grabarse y/o difundirse.

Enseguida, el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distintos propósitos. Así sucede en la actualidad con el celular, el computador portátil, la casa fiscal. Estos bienes están destinados principalmente al cumplimiento de la función pública. Sin

embargo, muchos de estos bienes borran fronteras que antes existían. Un celular permite que el funcionario esté permanentemente ubicable y disponible, esté o no cumpliendo su jornada laboral, esté en su casa o en un lugar de esparcimiento. Hay bienes que entrega el Estado que provocan interconexión permanente. Cuando un funcionario atiende asuntos personales, en forma prudente y razonable, durante su jornada laboral, no está contaminando la labor pública, está respondiendo a la realidad del mundo moderno de estar interconectado. A cambio de eso, la familia de ese funcionario debe aceptar llamadas o comunicaciones en horarios en que ya no labora. Lo que debe rechazarse es que se obtenga beneficio o provecho para fines ajenos a los institucionales, o se use en forma continua o permanente en esas tareas. Si un funcionario, en vez de ausentarse de su trabajo para ir a realizar un trámite bancario, lo puede realizar directamente desde su computador, el Estado gana y no pierde. Si a un padre lo llama su hijo para contarle de un problema, está usando un bien público; pero si logra solucionar ese problema, el funcionario estará tranquilo y concentrado en su labor. Una serie de bienes de la modernidad que se ponen a disposición de los funcionarios no pueden ser interpretados con los criterios de antaño, definidos para otros bienes. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, porque eso afecta la probidad. El cumplimiento de la finalidad de la Administración (“promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país”) así lo exige.

Además, hay que considerar que cabe un uso legítimo de mensajes personales ineludibles.

También hay que considerar que el correo electrónico no es solamente un flujo de ida, donde el emisor es el fun-

cionario, pues también hay correos donde el funcionario es destinatario. Y eso él no lo controla. Tampoco el emisor de estos correos puede verse expuesto a eventuales obligaciones propias del destinatario.

En ese sentido, por lo demás, se enmarca el D.S. N° 93/2006, del Minsegapres, que Aprueba la Norma Técnica para la adopción de medidas destinadas a minimizar los efectos perjudiciales de los mensajes electrónicos masivos no solicitados, recibidos en las casillas electrónicas de los Órganos de la Administración del Estado y de sus funcionarios. Este reglamento establece dos reglas importantes de destacar. Por una parte, el que los órganos del Estado deben instruir a sus funcionarios acerca de la adecuada utilización de las casillas institucionales que se les asignen. Por la otra, se debe propender a que sean utilizadas exclusivamente para fines relacionados con las competencias propias del respectivo órgano. Para que no se puedan utilizar para fines personales o privados, se debe prohibir expresamente. Pero, en este caso, la norma establece que se debe permitir a los funcionarios habilitar y acceder a una casilla personal desde el terminal o equipo computacional que tengan asignados en la institución.

La regla general, entonces, es que, salvo prohibición expresa, las casillas institucionales pueden usarse para comunicaciones personales o privadas.

La regla tiene sentido si se considera que la Administración está sujeta a un régimen “jerarquizado” (artículo 7°, Ley N° 18.575). Dicha jerarquía se expresa, por una parte, en el grado, es decir en la ubicación que tiene un funcionario o un órgano en la estructura piramidal de la Administración; y en la relación de jerarquía. Esta última entrega al superior una serie de potestades respecto del subordinado, dando origen a la relación

jerárquica. Éstas son básicamente las de darle órdenes, revisar lo que hace, controlarlo y sancionar las infracciones a sus deberes, prohibiciones u obligaciones. Ahora, el control que deben ejercer las jefaturas es “permanente”, se extiende “a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”, y “a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos” (artículo 11, Ley N° 18.575). Por lo mismo, la autoridad tendría que controlar los correos de sus subordinados, si pudiera acceder a ellos. Además, afectaría claramente el debido cumplimiento de las funciones del servicio, porque la jefatura tendría que distraerse de su labor principal para lograr tal propósito, dada la cantidad de correos que tendría que fiscalizar;...

SEXAGESIMOSEXTO. Que este Tribunal considera, en consecuencia, que efectivamente el inciso segundo del artículo 5°, impugnado en estos autos, excede, en su aplicación a la gestión pendiente de autos, lo dispuesto en la Carta Fundamental.

La relevancia para el caso concreto de lo anterior es que se ha utilizado este precepto para incluir a los correos electrónicos en información que elabora la Administración.

Ello nos parece que pugna con la Carta Fundamental, pues excede lo previsto en ella, va más allá de lo que el constituyente estimó debe publicitarse.

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en los artículos 1°, 5°, 6°, 7°, 8° y 19 N° 5° de la Constitución Política de la República; y artículos 30 y 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

1° Que se acoge el requerimiento deducido a fojas 1, declarándose la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, en la parte que dispone que es pública “toda otra información que obre en poder de los órganos de la

Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

2° Que se deja sin efecto la suspensión dispuesta a fojas 125, debiendo oficiarse al efecto.” (5)

IMPORTANCIA DE LA TECNOLOGÍA

Como se expuso en un trabajo anterior, una de las caracterizaciones del pasado siglo XX, el llamado “siglo de las luces”, es la revolución informática acrecentada velozmente en lo que va de este siglo. Esta revolución produjo “el tiempo real”, instantáneo, redujo el espacio a la mínima expresión contenida en un aparato electrónico llámese computador, laptop, ipod, celular, tablets; pero además ha masificado la información. (6) Esta revolución tecnológica digital en la que se advierte una competencia agresiva por crear, adaptar o transformar cada vez aparatos pequeños, livianos y laminares con múltiples funciones, alguna de ellas simultáneas (transmisores y receptores de datos multifuncionales), y que en menor tiempo se vuelven obsoletos apareciendo “otros más inteligentes” con avances mayores en rapidez y memoria. Hace aproximadamente tres décadas, con el apareamiento y uso del Internet, el denominado “ciberespacio” pasó a llamarse “cibercultura” que es el proceso de expansión de las TIC -tecnología de información y comunicación- cuyos aspectos distintivos son: interactividad con los aparatos electrónicos, hipertextualidad y la conectividad por medio de aquellos.(7)

Entre algunos aspectos positivos de esta revolución tecnológica, que forma parte del acervo cultural -homeostasis socio cultural como refiere a este acervo, el neurocientífico

estadounidense Antonio Damasio (8)-, y circunscribiéndonos a lo comunicacional, podemos mencionar la formación o creación de diversas redes sociales que ha posibilitado intercambio instantáneo de información, opinión, imágenes; generado relaciones de familiaridad, amistad, solidaridad en pos de procurar logros humanitarios o reivindicativos. El Internet también ha suscitado para sus usuarios, sociabilización del conocimiento, información, educación y formación a través del acceso gratuito -y pagado en ciertos casos- de bibliotecas y museos virtuales, y diversos tópicos culturales, música, teatro, cine y más artes, al igual que costumbres, entornos geográficos y otros. También ha permitido el comercio, banca, operaciones bursátiles electrónica u online. En otro orden, y con las “reservas del caso”, mayor seguridad ciudadana. Pero, obviamente, que estos adelantos tiene su contraparte negativa como el cometimiento de delitos informáticos, o la utilización dolosa y fraudulenta de aparatos electrónicos para ejecución de una serie de acciones u omisiones delictivas. Y aquí vamos a detenernos para en forma somera efectuar algunas disquisiciones respecto a las acciones intrusivas -violatorias a los derechos de privacidad e intimidad- que cometen los destinatarios -se supone conocidos- de datos de voz, escritos, imágenes (fijas o en movimiento) a otros no autorizados por el original remitente; los que hurtan o roban los aparatos que contienen lo antes enunciado y se informan en su provecho o de terceros; los que quebrantando las claves acceden, sin autorización claro, a aquella información y, sea con beneficio económico o de otro orden la “suben” a la red o trasladan a plataformas electrónicas de acceso general. No menos preocupante, en este tema, se advierte que tanto entidades del sector privado, como gubernamentales y públicas, que por su actividad y función, incluso por seguridad, llevan y tienen una amplia gama da da-

tos de las personas, puedan, por acción u omisión ser objeto de manipulación, sustracción o transacción dolosa, y si lo anterior es grave, lo es más aún, la tentación si no ejecución de espionaje del que podemos ser víctima los ciudadanos.

CONCLUSIONES

1 - La intimidad y la privacidad, ya homónimamente consideradas; ya sutilmente diferenciadas, ya estimadas individualmente, constituyen derechos fundamentales del ser humano; por tanto, inalienables, inviolables e imprescriptibles. Así lo reconocen y garantizan diversos instrumentos jurídicos internacionales como la Declaración de los Derechos Humanos y otros que ya se han citado.

2 - Estos derechos han sido objeto de reiterada garantía y protección por altos tribunales de justicia a través de importantísimas jurisprudencias en las que han desarrollado los aspectos fácticos y jurídicos que conciernen a aquellos, y que se hallan reseñados en este trabajo. Verbi gratia, el Tribunal Supremo Español estima afectación a toda intromisión ilegítima, y aplica la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional de España pondera la prevalencia del derecho a la intimidad personal frente al derecho de la información. El Tribunal Constitucional Alemán desarrolla fácticamente lo que concierne a la intimidad y privacidad. La Corte Constitucional Colombiana desarrolla jurídicamente el derecho de intimidad a través de los principios de libertad, finalidad, necesidad, veracidad e integridad. Por su parte el Tribunal Constitucional Chileno en una de sus sentencias más recientes, aplicando los principios *pro homine pro libertate*, y el de igualdad, determina que los ciudadanos que desempeñan

funciones públicas bajo cualquier modalidad tienen los mismos derechos que los que no ostentan esa calidad, entre otros el derecho a la privacidad, específicamente de los correos electrónicos entre funcionarios públicos, bajo el criterio de interpretar la Constitución Política conforme a los avances tecnológicos.

3 - La garantía de protección a los derechos de privacidad e intimidad no puede ser eliminada ni suspendida; únicamente debe tener limitaciones legales -en lo posible fijadas en la constitución- preestablecidas taxativamente; de lo contrario, la ambigüedad conlleva a la discrecionalidad en la interpretación o aplicación; y conocido es, a mayor discrecionalidad mayor arbitrariedad.

4 - Viviendo la realidad de un mundo globalizado, en el que por efecto de la revolución tecnológica fluyen y refluyen en tiempo real infinidad de datos escritos, de voz, así como imágenes fijas o en movimiento; a fin de menguar peligros o aspectos nocivos de violación a la privacidad o intimidad en esos campos -que comprueba la hipótesis planteada-, reconociendo que es un problema global la solución tiene que ser -aunque parezca utópica y de Perogrullo- global. Por ello estimamos que la Organización de las Naciones Unidas debe imponer un código de conducta ética a las empresas multinacionales proveedores de servicios informáticos, y fabricantes de equipos informáticos en procura de salvaguardar los derechos de intimidad y privacidad; y en igual forma para los entes gubernamentales y privados detentores de la información de las personas naturales.

CITAS

(1) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, extractos de las sentencias más relevantes compiladas

por Jürgen Schwabe; Fundación Konrad Adenauer; oficina Uruguay; Montevideo julio 2009. Págs:72,26,77.

(2) Tomado del Internet del portal del Tribunal Supremo Español.

(3) Tomado del Internet del portal del Tribunal Constitucional de España.

(4) Tomado del Internet del portal Corte Constitucional Colombiana.

(5) Tomado del Internet del portal Tribunal Constitucional de Chile.

(6) ACOSTA Cerón Ramiro; Problemas Globales, artículo publicado en la Revista Electrónica Equipo Federal del Trabajo, de Buenos Aires, No.82 del 4 de marzo del 2012.

(7) SANGUINETI Luciano; Ciberculturas, artículo publicado en la Revista Electrónica Equipo Federal del Trabajo, de Buenos Aires, No.70 del 4 de marzo del 2011.

(8) DAMASIO Antonio; Y el cerebro creó al hombre; traducción de Ferran Meler Orti; Ediciones Destino; Colección Imago Mundi; Volumen 182; Barcelona, España 2010. El autor al referirse a la *homeostasis* dice “historia de la regulación biológica dando un salto extraordinario se extendió al espacio socio-cultural en su más amplia concepción...-añadiendo- La homeostasis sociocultural puede ser impulsada y modelada por la neurociencia y psicología, pero el espacio originario de sus fenómenos es el cultural...” pág.54 Y al respecto de las culturas, manifiesta: (...)”Las culturas surgen y evolucionan a partir de esfuerzos colectivos de los cerebros humanos a lo largo de muchas generaciones y algunas culturas llegan a su final en ese proceso. Pero las culturas precisan cerebros que ya hayan sido moldeados por efectos culturales anteriores...” pág.58

EXPERIENCIAS CIENTÍFICAS CON SERES HUMANOS PARA LA PRODUCCIÓN DE MEDICAMENTOS BAJO LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

Narciso Leandro Xavier Baez
Janaína Reckziegel

INTRODUCCIÓN

Las investigaciones con seres humanos con el intuito de estudio y desarrollo de medicamentos para el tratamiento de enfermedades viene siendo registradas desde larga fecha y han traído importantes realizaciones en el área médica, generando esperanza a miles de personas por los avances obtenidos para el tratamiento y hasta cura de enfermedades graves. La necesidad de este tipo de actividad se ha fundado en el hecho de que ni siempre lo que funciona *in vitro*, en culturas celulares, o hasta mismo con animales, funcionará o producirá los mismos efectos cuando son utilizados en el organismo humano.

Con todo, hay registros de investigadores inoculando enfermedades venéreas incurables, trasplantando células cancerígenas, entre otras prácticas del género, en individuos absolutamente sanos, con el intuito de acompañar a las diversas fases del desarrollo de estas enfermedades y, así, encontrar las mejores formas de tratamiento. Estas prácticas han transformado a las personas que participan de estas experiencias en simples conejitos de Indias, tratándolos como objetos sin valor, pues crean situaciones de sufrimiento y degradación física y moral.

La situación se vuelve más compleja y difícil de ser resuelta a medida que estos experimentos ocurren por actos voluntarios de los participantes, sea porque reciben una buena cantidad de dinero en cambio, sea porque necesitan del experimento para tratar la propia enfermedad o la enfermedad de un ente querido. La cuestión pasa, por lo tanto, por la comprensión y delimitación de los límites éticos de estas investigaciones, bajo la óptica de los derechos humanos fundamentales y de la propia dignidad humana, expresada por la autonomía de la voluntad.

La dificultad de enfrentamiento de este tipo de situación ocurre porque no hay todavía un claro entendimiento sobre lo que son los derechos humanos fundamentales, pues existen muchas dudas sobre lo que un bien debe poseer para ser reconocido como perteneciente a esta clase de derechos y hasta qué punto ellos deben ser relativizados en respecto a la autonomía de la voluntad de sus titulares. Este vacío teórico dificulta la resolución de situaciones prácticas como la arriba descrita y justifica la necesidad de investigaciones sobre la epistemología de los derechos humanos fundamentales, como forma de entendimiento de sus límites y aplicaciones, volviendo claro y objetivo al proceso de identificación de los límites que deben ser impuestos en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en disposición de derechos humanos fundamentales.

El presente trabajo tiene por propósito desarrollar esta discusión, a través del estudio de la extensión filosófica y jurídica de los derechos humanos fundamentales, con el intuito de encontrar una forma objetiva de evaluar casos concretos y distinguir una práctica basada en la autonomía de la voluntad a la de una violación a la dignidad humana. Para tanto, se estudia la epistemología de los derechos humanos fundamentales y las

características éticas de los bienes jurídicos que componen esta categoría de derechos. Con base en este estudio, se construye entonces un concepto ético de derechos humanos fundamentales, utilizando la situación de los experimentos médicos con seres humanos, para demostrar la utilidad de esta definición para la solución de casos concretos.

El aporte teórico de este estudio se pauta en la investigación bibliográfica, consubstanciada en una lectura crítica de obras doctrinales, artículos jurídicos y otras publicaciones pertinentes, incluidas, así, las respectivas legislaciones, y utilizándose el método deductivo para la consecución de los objetivos propuestos.

1. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS INVESTIGACIONES MÉDICAS CON SERES HUMANOS

La utilización de seres humanos en pruebas para el desarrollo de nuevos tratamientos médicos recibe diversas denominaciones. Se habla en ensayo clínico, estudio clínico, investigación clínica, entre otros nombres, cuyo objetivo común es la obtención de nuevos conocimientos científicos sobre terapias, medicamentos, procedimientos o métodos de abordaje de problemas que afectan a la salud del ser humano.¹

El mayor marco histórico de que se tiene registro del uso en larga escala de seres humanos en investigaciones médicas ocurrió durante la Segunda Guerra Mundial, donde miles de personas presas en campos de concentración nazis fueron sometidas a crueles formas de estudio, siendo tratadas como

¹ GUILHÉM, Dirce; SCHÜKLENK, Udo. (org). Ética e pesquisa: Experiência de treinamentos em países sul-africanos. Brasília: Letraslivres, 2005. p. 111.

objetos sin valor intrínseco, como si hubiesen perdido la calidad inherente que las hacía integrantes de la especie humana.²

Estas experiencias fueron registradas especialmente en campos de concentración nazis de Ravensbrück, con las investigaciones conducidas por el Dr. Herta Oberheuser, y en el Campo de Auschwitz, con pruebas perpetrados por el médico Joseph Mengele y Dr. Eduard Wirths. Entre las diversas prácticas adoptadas, se destaca una, que consistía en colocar prisioneros desnudos a temperaturas bajo cero, hasta que se congelasen, cuando entonces los investigadores les pegaban en sus miembros con varas para confirmar el congelamiento. Después, los cuerpos eran descongelados para que fuesen utilizados en técnicas experimentales con finalidades militares.³

Otros relatos, que ocurrieron también en la Segunda Guerra Mundial demuestran prisioneros raciales, políticos y militares colocados a disposición de médicos para todas y cualesquier tipos de experimentaciones (con gemelos; sobre congelamiento; malaria; gas mostaza; agua del mar; esterilización; venenos; bombas incendiarias; altas altitudes, entre otras).⁴

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Militar Internacional, en Nuremberg juzgó a varias personas, entre ellas médicos como Rudolph Brandt, Waldemar Hoven, que fueron considerados criminales de guerra por los brutales

² ARENDT, Hannad. *A Condição Humana*. 10. Ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 58.

³ BOGOD, David. *The Nazi Hypothermia Experiments: Forbidden Data?*, *Anaesthesia*, Volumen 59, número 12, página 1155, Diciembre de 2004.

⁴ Introduction to NMT Case 1: U.S.A. v. Karl Brandt et al.. Harvard Law Library, Nuremberg Trials Project: A Digital Document Collection. Página visitada em 2008-03-23.

experimentos realizados en seres humanos en los campos de concentración nazis y condenados a prisión y a muerte.⁵

En 1947, estos hechos horribles llevaron al Tribunal Militar Internacional, instaurado después del fin de la Segunda Guerra Mundial para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos en los campos de concentración nazis, a condenar a pena de muerte a médicos involucrados en estas investigaciones y a elaborar un documento llamado *Código de Nuremberg*. Este documento fue el primer marco ético de límite entre las investigaciones médicas con seres humanos, pues estableció diez principios definidores de legitimidad de estos experimentos, entre los cuales se destacan: las normas del consentimiento informado y de la ilegalidad de la coerción; reglamentación científica; además de defender la beneficencia como uno de los hechos justificables sobre los participantes de los experimentos.⁶

El consentimiento informado se refiere que el ser humano puede escoger libremente en participar o no de investigaciones farmacológicas sin interferencias como: mentira, coerción, fraude, o fuerza, intimidación, amenaza, (coerción), debiendo tener conocimiento y comprensión suficiente para tomar su decisión, siempre primando por la beneficencia, o sea, buscando obtener un mínimo de riesgos y el máximo de beneficios en las investigaciones realizadas.

Con todo, el intento de promoción de una conducta ética traída por el Código de Nuremberg no fue inmediatamente seguida por los países, después su elaboración, pues solamente pasó

⁵ ARENDT, Hannah. Responsabilidade e Julgamento. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 100/101

⁶ THE UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. The Nuremberg Code. Research: banco de dados. Disponível em: < http://www.ushmm.org/research/doctors/code_expl.htm > Acesso em: 23 março 2011.

a integrar la relación médico-paciente en las décadas de 1960 y 1970, a través de la Declaración de Helsinque, redactada en 1964, por la 18ª Asamblea Médica Mundial, realizada en Finlandia.⁷

Las Directrices Éticas Internacionales para investigaciones médicas involucrando a Seres Humanos solamente fueron implementadas en 1982, a través del Consejo para Organizaciones Internacionales de Ciencia Médica (CIOMS), en colaboración con la Organización Mundial de Salud (OMS). En 1993, fueron revisadas, incluyendo la búsqueda del consentimiento de menores, siempre que fuese posible, pues se reconoció la necesidad de revisión y aprobación del protocolo de investigación por una “comisión de revisión ética”. Y la revisión realizada en el 2000, trata del uso de control por placebo, proponiendo que cualquier método nuevo debe ser probado con métodos profilácticos y terapéuticos, afirmando que, “la investigación médica sólo es justificada se hubiera una probabilidad razonable de que las poblaciones entre las cuales la investigación es realizada obtuviesen beneficios a través de los resultados”, y exige acceso a los beneficios para todos los participantes del estudio, trayendo a escena la necesidad de una protección adicional a personas con autonomía disminuída y precaución en relación al médico (investigador) sobre la relación a sus propios pacientes en la investigación.⁸

En Brasil, solamente en 1996, es que el Consejo Nacional de Salud editó resolución para fijar los requisitos legales para la realización de investigaciones clínicas en el País⁹, con

⁷ VIEIRA, Sonia; HOSSNE, Willian Saad. Pesquisa Médica: A Ética e a Metodologia. São Paulo: Pioneira. 1998. p. 37.

⁸ Ibidem, p. 38.

⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde /MS sobre Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisa envolvendo seres humanos. Diário Oficial da União, 10 de outubro de 1996.

base en los cuatro pilares de la Bioética: 1) autonomía, caracterizada por el consentimiento libre y aclarado y protección a los vulnerables; 2) beneficencia, presente cuando se tiene el máximo beneficio, con el mínimo riesgo; 3) no maleficencia, que significa que la investigación no puede generar daños a los individuos; 4) justicia, la cual es establecida cuando se alcanza igual consideración de los intereses involucrados con ventaja significativa para el sujeto de la investigación y mínimo carga para los vulnerables.¹⁰ Adicionalmente, la Resolución brasileña se diferencia de la línea internacional al vedar la remuneración de los voluntarios sanos.¹¹

Esta breve revisión histórica muestra que desde la confección del Código de Nuremberg se ha trabajado la idea de que las investigaciones médicas con seres humanos deben observar ciertos límites éticos, en especial en lo que respecta a los derechos de autonomía del paciente.

No se puede negar que estas investigaciones han traído significativas ventajas para la humanidad: como la prevención del escorbuto; la vacuna contra la viruela y la rabia; el descubrimiento de la insulina; los estudios sobre fiebre amarilla y dengue; las investigaciones en anestesiología, entre otras.¹²

Con todo, la legislación nacional e internacional que se propusieron disciplinar el tema, no dejaron claro hasta ahora cuál es el límite ético que debe ser observado en estas investigaciones, en lo que se refiere a la autonomía de los individuos en ellas involucradas, limitándose a resaltar esta

¹⁰ DURANT, Guy. *A Bioética: natureza, princípios, objetivos*. Trad. Porphírio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 1995. p. 20.

¹¹ OLIVEIRA, Fátima de. *Bioética: uma face da cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997, p. 48.

¹² ENTRALGO, P. L. *História Universal de La Medicina*. v. 3. Barcelona: Salvat, 1973, p. 62.

independencia y a establecer genéricamente que la experiencia no puede pasar los límites de la dignidad humana.

Este vacío legislativo conduce a dos puntos que deben ser aclarados para que las investigaciones con seres humanos no vengan a violar a los derechos humanos fundamentales. El primero es respecto a los límites de la autonomía en la participación voluntaria de las personas en estos experimentos, la cual no puede ser entendida como ilimitada, so pena de generar situaciones degradantes. El segundo aspecto, está en la conceptualización de la dignidad humana, o sea, en la comprensión de su contenido y dimensiones, de forma a que se pueda entender cuáles son los *límites* que esta dignidad impone a las investigaciones con seres humanos.

La aclaración de estos cuestionamientos pasa por el entendimiento de la epistemología de los derechos humanos fundamentales y de sus dimensiones de actuación para la realización de la dignidad humana, pues solamente a través de la clareza de esta óptica es que se podrá desarrollar un criterio objetivo de verificación de cada caso concreto, entendiéndose los límites que deben ser impuestos a la autonomía de la voluntad.

2. LA EPISTEMOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

Al comenzar el análisis de la epistemología de los derechos humanos fundamentales se debe tener en cuenta que no existe todavía un acuerdo semántico en la doctrina sobre la terminología y el alcance conceptual de esa categoría, la que es frecuentemente utilizada como sinónimo de *derechos humanos, derechos individuales, derechos subjetivos públicos, derechos del hombre, libertades fundamentales, libertades públicas*, apenas

para citar los más conocidos.¹³ Además de eso, la expresión es comúnmente empleada para definir el fenómeno de la positivización de los derechos humanos en la esfera constitucional interna de los Estados, confundándose con lo que la mayor parte doctrinal especializada llama de *derechos fundamentales*.¹⁴

A fin de establecerse un pacto semántico, necesario a la comprensión del contexto teórico aquí propuesto, se deben entender a los derechos humanos como a un género, dentro del cual se encuentran las especies: derechos humanos fundamentales y derechos fundamentales. Los derechos humanos fundamentales constituyen un nivel esencial de actuación de los derechos humanos, responsable por la protección de la dignidad humana en su dimensión básica, la cual será detallada adelante, mientras que los derechos fundamentales¹⁵ representan la positivización de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados.

Pero, ¿por qué separar a las categorías *derechos humanos* y *derechos humanos fundamentales*? La necesidad de esta distinción está en el hecho de que los derechos humanos (género) viene siendo construídos históricamente¹⁶, en diversos niveles de actuación.

Se habla hoy día en derechos humanos ambientales, derechos humanos económicos, derechos humanos culturales,

¹³ La propia Constitución Federal Brasileña de 1988, utiliza de manera indiscriminada las expresiones derechos y garantías fundamentales (art.5, §1º), derechos humanos (art. 4º, II), derechos y garantías individuales (art. 60, §4º) y derechos y libertades constitucionales (art. 5º, LXXI).

¹⁴ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 31.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.36.

¹⁶ LEAL, Rogério Gesta. Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 51

entre otros¹⁷, los cuales vienen siendo implementados asimétricamente dentro de los límites sociales, económicos, políticos y culturales de cada Estado. Este desarrollo asimétrico demuestra que esta categoría está desarrollándose en varios niveles de actuación: que van desde la protección de las necesidades humanas básicas hasta la más sofisticada forma de realización cultural, económica y social de la dignidad humana.

2.1. Derechos humanos como género

Para que se puedan comprender adecuadamente a los derechos humanos fundamentales, se debe primero estudiar su origen, o sea, al *género* derechos humanos. Cuando se busca la definición de derechos humanos se encuentran inúmeras propuestas, las cuales van desde su asociación al derecho natural¹⁸ hasta su utilización como una *norma mínima*¹⁹ que sirve para legitimar a los regímenes jurídicos de los Estados y reducir el pluralismo entre los pueblos. La más diseminada conceptualización, sin embargo, es la de que ellos constituyen un conjunto de derechos inherentes a todos los seres humanos, que los poseen por el simple hecho de pertenecer a la especie humana.²⁰ Ellos serían, así, derechos morales innatos²¹ que deben ser reconocidos a los individuos, sin distinción de cualquier naturaleza, independientemente de pactos personales o normas

¹⁷ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

¹⁸ CARPINTERO-BENÍTEZ, Francisco. Historia del derecho natural: um ensayo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

¹⁹ RAWLS, John Bordley. O direito dos povos. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 105.

²⁰ DONELLY, Jack. Universal Human Rights in Theory and Practice. 2. ed. New York: Cornell University, 2003, p. 10.

²¹ ISHAY, Micheline. The history of human rights: from ancient times to the globalization era. California: University of California Press, 2004, p. 03.

legales.²² Hay también los que simplifiquen la cuestión para afirmar que los derechos humanos son aquellos inseridos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgada por la Organización de las Naciones Unidas en 1948.²³

Las propuestas arriba listadas no ofrecen, sin embargo, una explicación satisfactoria de como reconocer a un determinado bien como siendo integrante de la categoría derechos humanos. Esto se da por que estos conceptos se limitan a indicar algunos rasgos del instituto como: *sus titulares* (al afirmar que son derechos innatos a los seres humanos), *sus principales características* (al establecer que son derechos morales, supra legales, que existen independientemente de pactos o reglamento jurídicos) y, por fin, *apuntan algunos ejemplos* (como los derechos inseridos en la Declaración Universal de la ONU) sin explicar el motivo por el cual los derechos allí inseridos deben ser considerados como derechos humanos.

La búsqueda por una conceptualización objetiva para esta clase de derechos no podría comenzar por otro lugar sino por la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Organización de las Naciones Unidas, pues fue el primer instrumento de derechos humanos proclamado por una organización global internacional²⁴ y, además de eso, representa para muchos investigadores²⁵ un consenso general sobre la validez de un sistema de valores humanamente fundados. Obsérvese,

²² DIAS, Maria Clara. Direitos Humanos. In: BARRETO, Vicente (Coord.). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 246/7.

²³ PEREZ-LUÑO, Antônio Enrique. Concepto y concepción de los derechos humanos: anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001, p. 47.

²⁴ BUERGENTHAL, Thomas. SHELTON, Dinah. STEWART, David. International Human Rights. 3 ed. St. Paul: West Group, 2002, p. 35.

²⁵ BOBBIO, Norberto. Era dos Direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25/6.

sin embargo, que la cuestión a ser comprendida en este análisis no está en el proceso de positivización de los derechos humanos en sí, pero en el entendimiento del por qué ciertos valores fueron elegidos para ser inseridos en esta Declaración y qué éstos poseen de tan importante a punto de haber sido objeto de preocupación y proclamación por una comunidad entera de Estados en la esfera internacional.

La comprensión de los derechos inseridos en la Declaración Universal exige el análisis de algunos hechos ocurridos años antes a su promulgación. En el período de 1940 a 1945, la segunda gran guerra mundial hizo experimentar a la humanidad la crueldad de los campos de concentración nazis y el efecto devastador de las armas nucleares en Hiroshima y Nagasaki.²⁶ Ante la crisis instaurada en la esfera social, política y económica, al fin de este período devastador, las naciones comprendieron la necesidad de la formulación de un esfuerzo internacional para el mantenimiento de la paz y del respeto a la vida humana.²⁷ Así, se buscó elaborar una declaración conjunta sobre los derechos del hombre que fuese capaz de conciliar y servir de inspiración para el respeto a la humanidad y, al mismo tiempo, abierta lo suficiente para ser comprendida y ajustada a los pueblos, teniendo en cuenta sus diferentes niveles de cultura.²⁸

En 1947, durante los preparativos de la redacción de este documento, la UNESCO envió un cuestionario con con-

²⁶ HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos - O breve século XX*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 56-60.

²⁷ CHACON, Mario Pena; CRUZ, Ingrid Fournier. *Derechos Humanos y Médio Ambiente*. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. e MILARÉ, Edis (coord). *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 39, ano 10, p. 192/3, 2005.

²⁸ RODLEY, Nigel S. *The Evolution of United Nations' Charter-based Machinery for the Protection of Human Rights*. In: BUTLER, Frances (Ed). *Human Rights Protection: Methods and Effectiveness*. Dordrecht (Netherlands): Kluwer Law International, 2002, p. 187.

sideraciones y problemas de carácter general y especial para escritores y pensadores de diferentes naciones, con la finalidad de buscar en las doctrinas filosóficas y en las morales adoptadas por diferentes grupos, argumentos que pudiesen dar base teórica al conjunto de derechos que pretendía incluir en la Declaración Universal.²⁹ La principal cuestión que se buscó responder en aquella época fue: “*En el mundo actual, cuáles son las bases teóricas, el alcance práctico y las garantías eficaces de derechos específicos o libertades tales como las siguientes: (...)*” y pasa a listar: libertades de conciencia, de culto, de palabra, de reunión, de asociación, de ir y venir, de vivir libre de todo temor, de igualdad de oportunidades económicas, sociales y educativas, de enseñanza, de trabajo, de acceso a la subsistencia y de todos los demás derechos y libertades.³⁰ Entre las respuestas recibidas vinieron declaraciones de Mahatma Ghandi, Benedetto Croce, Aldous Huxley, Jacques Maritain, Teilhard de Chardin, John Lewis, Harold Laski, Salvador de Madariaga, entre otros, las cuales UNESCO pretendía sintetizar y utilizar como base filosófica para la justificación e interpretación racional de los derechos que serían insertados en la Declaración de los Derechos Humanos.³¹

Sin embargo, por ocasión del regreso de las respuestas al cuestionario, el tema se mostró más complejo de lo que la Comisión de la UNESCO para las Bases Filosóficas de los Derechos Humanos podría imaginar, pues tanto las manifestaciones recibidas, como las mismas posiciones adoptadas por los

²⁹ CROCE, Benedetto. *Declarações de Direitos* – Benedetto Croce, E. H. Carr, Raymond Aron. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 07.

³⁰ *Ibidem*, p. 08.

³¹ UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973, p. 9-18.

integrantes de la comisión evidenciaron la división del tema entre aquellos que reconocían a los derechos humanos como derechos naturales (inherentes a los seres humanos y anteriores a la misma sociedad y a las leyes) y otra corriente que vía el instituto como resultado de un proceso histórico, variable y relativo, dependiendo del contexto cultural adoptado por cada sociedad.³² La dificultad vivida en la época por la comisión, según Jacques Maritain, embajador que lideraba la delegación francesa en esta discusión, registró antagonismos ideológicos tan inconciliables que en ciertos momentos había concordancia de todas las partes involucradas sobre la lista de derechos que debería ser reconocida como derechos humanos, pero no se llegaba al consenso sobre por qué estos derechos deberían ser reconocidos como pertenecientes a esta categoría.³³ Estas dificultades llevaron a este embajador francés a afirmar que solamente cuando se consiguiese superar la sencilla enumeración de derechos, por *valores clave* que fuesen capaces de fundamentar su ejercicio es que se alcanzaría un criterio práctico para ser usado con el fin de asegurar el respeto a esta categoría.³⁴

No obstante todas las dificultades encontradas, la Comisión de la UNESCO consiguió el consenso en por lo menos un elemento que debería servir de base y medida para todos los derechos que pretendiesen ser reconocidos como humanos, lo que fue sintetizado en el primer párrafo del preámbulo de la Declaración Universal, reconociéndose expresadamente que la: “(...) *dignidad inherente a todos los miembros da familia humana y de sus derechos iguales e inalienables constituye el fundamento de*

³² BARRETO, Vicente. O Fetiche dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20-21.

³³ UNESCO, 1973, p. 9.

³⁴ Ibidem, p. 17.

la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo".³⁵ Con eso, la *dignidad humana* pasó a ser el *fundamento*, la base, la justificación teórica de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo, sirviendo como piedra angular de los 30 artículos inseridos en aquel pacto internacional. Todavía, al reconocer la dignidad humana como base de los derechos humanos surgió el problema de su definición, hecho que hizo con que Benedetto Croce, en la época de la redacción de la Declaración Universal de la ONU, defendiese la necesidad de realización de un debate formal, internacional y público dentro del cual la lógica, la cultura y la doctrina posibilitesen un *acuerdo* sobre los principios que serían utilizados como fundamento de la dignidad humana.³⁶ Aunque este debate haya parcialmente ocurrido durante las reuniones de la Comisión de la UNESCO para Bases Filosóficas de los Derechos Humanos, el enfrentamiento de las diversas morales traídas a discusión no permitió un acuerdo capaz de construir una definición valorativa, capaz de elucidar lo que es dignidad humana y, por consecuencia, los derechos humanos quedaron sin un fundamento claro en la Declaración Universal. Como consecuencia de esto, los derechos inseridos en la Declaración Universal fueron listados de forma genérica, esperando, como dijo Maritan³⁷, una futura construcción de *valores clave*, capaces de garantizar su comprensión y aplicación.

La solución para este conflicto no está, por lo tanto, en el intento de creación de una moral universal, pero en la utilización de un instrumento teórico que permita el diálogo entre diferentes morales, para, a partir de ahí extraerse los puntos

³⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos - Versión Comentada. México, DF: Amnistía Internacional - Sección México, 1998, p. 23.

³⁶ UNESCO, op. cit., p.16.

³⁷ Ibidem, p. 17.

de contacto que puedan ser utilizados como fundamento de los derechos humanos. Y desde ese punto, el uso de la **ética** se destaca como alternativa más viable para establecer este diálogo y traspasar las barreras morales que hasta ahora han impedido la realización de los derechos humanos.³⁸ Esta elección se justifica por el hecho de que la ética es una rama de la filosofía que tiene por objeto de estudio a los valores morales, que por su vez son materia prima de los derechos humanos³⁹, pues son ellos los que norlean el sentido de realización de la dignidad humana en cada grupo social. Por otro lado, esta afirmación también lanza el desafío de entender de qué forma será posible desarrollar argumentos **éticos** para conceptualizar a los derechos humanos, ante la *diversidad moral* existente en la sociedad contemporánea.

Esta aparente traba es disipada cuando se establece una clara distinción entre los sentidos de las palabras ética y moral, comprendiéndose la connotación que el fundamento ético representa en esta construcción conceptual. La ética, como un área de la filosofía, es la ciencia de la conducta humana⁴⁰ que tiene por objeto de estudio a las acciones humanas.⁴¹ La moral, por su vez, es el objeto de estudio de la ética, pues se caracteriza como el conjunto de normas de conducta o de costumbres que son adoptadas por cierto grupo social.⁴² En ese contexto,

³⁸ SALDAÑA, Javier. Notas sobre la fundamentación de los derechos humanos. Boletín Mexicano de Derecho comparado. Universidad Nacional Autónoma de México, México, n. 96, p. 960, septiembre-diciembre, 1999.

³⁹ SHESTACK, Jerome J. The Philosophical Foundations of Human Rights. In: SYMONIDES, Janusz. Human Rights: concepts and standards. London: UNESCO, 2000, p. 31.

⁴⁰ ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Edson Bini. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 34.

⁴¹ BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Ética Jurídica. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7.

⁴² NALINI, José Renato. Ética geral e profissional. 2 ed. São Paulo: Revista dos

cabe a la ética discutir a las diversas morales, buscando establecer una forma más amplia del comportamiento humano, extrayendo de los hechos morales los fundamentos comunes a estos aplicables.⁴³

Como ejemplo de esta heterogeneidad podemos citar la moral Cristiana, la moral judaica, la moral islámica, entre otras, que establecen, de diferentes formas, valores utilizados como directrices de conducta para las sociedades que las adoptan. Dentro de esta diversidad axiológica, compete a la ética trabajar con las diversas morales, encontrando puntos de unión y de contacto entre ellas, constituyendo y elaborando sus críticas.

Por todos estos argumentos, es que el uso de la fundamentación ética se muestra tan apropiado para la elaboración de una definición de derechos humanos⁴⁴, pues su capacidad de diálogo con diversas morales facilita la aproximación intercultural y el establecimiento de valores que forman el núcleo conceptual de esta categoría de derechos, alejando, con su uso, el riesgo de su inaplicabilidad en ciertos contextos culturales.

2.2. La dignidad humana como fundamento ético de los derechos humanos

La construcción de una definición ética de los derechos humanos debe empezar por la identificación del elemento nuclear que forma esta clase de derechos, buscándose, para tanto, encontrar el valor ético que es común a todos los bienes que son cualificados y elevados a la categoría de derechos humanos.

Tribunais, 1999, p. 73.

⁴³ GUISÁN, Esperanza. Introducción a la ética. Madri: Cátedra, 1995, p. 34.

⁴⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. Teoría General de los Derechos Humanos. México: UNAM, 1993, p. 82.

En este sentido, como se vio anteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU reconoció en el primer párrafo de su preámbulo un valor ético que debería ser utilizado como base de todos los derechos allí consignados, cual sea: la dignidad humana. En el mismo sentido, las diversas teorías que buscan fundamentar a los derechos humanos⁴⁵ relacionan, por diferentes argumentos y caminos, que estos derechos son formas de realización de la *dignidad humana*, poniendo en relieve que es éste el elemento ético nuclear de esta clase de derechos⁴⁶, pues ellos tienen como raíz el valor intrínseco a la dignidad encontrada en los seres humanos.⁴⁷

Para Kant⁴⁸, la dignidad humana es una calidad congénita e inalienable de todos los seres humanos, la cual impide su cosificación y se materializa a través de la capacidad de autodeterminación que los individuos poseen por medio de la razón. Este atributo, con todo, es también reconocido a los individuos desprovistos de condiciones de autoguiarse, como, por ejemplo, los niños de tierna edad y las personas que sufren problemas mentales, una vez que también ellos poseen el derecho de recibir un tratamiento digno por su existencia.⁴⁹ Por estas características, la dignidad humana no depende de reconocimiento jurídico

⁴⁵ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETTO, Vicente. Direitos Humanos e Globalização. In: _____. (Orgs). Direitos Humanos em Evolução. Joaçaba: Editora Unoesc, 2007, p. 18.

⁴⁶ FERNANDEZ, Eusébio. Teoría de la Justicia y Derechos Humanos. Madrid: Debate, 1991, p. 78.

⁴⁷ FLOOD, Patrick James. The Effectiveness of UN Human Rights Institutions. Westport: Praeger Publishers, 1998, p. 09.

⁴⁸ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009, p. 134-135, 140-141

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jerferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 309-310.

para existir⁵⁰, pues es un bien innato y ético, colocándose por encima, incluso de las especificidades culturales y sus diversas morales, visto que tiene la capacidad de persistir mismo dentro de aquellas sociedades que no la respetan, ya que su violación evidencia enfrentamiento a la capacidad de autodeterminación del ser humano y de su propia condición de ser libre.

Por otro lado, autores como Benedetto Croce⁵¹ y Pérez-Luño⁵², atribuyen un contenido creciente y variable al concepto de la dignidad humana, pues entienden que ella es delimitada dentro de cada momento histórico, teniendo como norte a las necesidades humanas externadas por los valores morales adoptados por cada sociedad.

Las ponderaciones de Kant, Benedetto Croce y Pérez-Luño demuestran que la dignidad humana es mejor comprendida cuando es separada en dos niveles: **1)** el primero, el cual se denomina en este trabajo de *dimensión básica*, dentro de la que se incluye la teoría de Kant, y donde se encuentran los bienes jurídicos básicos y esenciales para la existencia humana, los cuales son necesarios para el ejercicio de la autodeterminación de cada individuo, impidiendo su cosificación; **2)** el segundo, denominado en este estudio de *dimensión cultural*, el que abarca a las teorías de Benedetto Croce y Pérez-Luño y donde están inseridos los valores que varían en el tiempo y en el espacio, los cuales buscan atender a las demandas sociales de cada tiempo, en cada sociedad, de acuerdo con sus posibilidades económicas, políticas y culturales.

⁵⁰ MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. León: Universidad de León, 1996, p. 21

⁵¹ CROCE, op. cit., p. 17-19.

⁵² PÉREZ-LUÑO, Antônio Enrique. Derechos humanos em la sociedade democratica. Madrid: Tecnos, 1984, p. 48.

Con base en estas premisas, se ve que la *dimensión básica* de la dignidad humana representa una calidad propia del individuo que va a demandar el respeto por su vida, libertad, integridad física y moral, pues son derechos elementares que impiden la cosificación del ser humano.⁵³ Su violación es fácilmente constatada, pues estará caracterizada en cualquier situación en que una persona venga a sufrir la reducción de su *status* de sujeto de derechos, para el de mero instrumento o cosa, dejando de ser un fin en sí mismo.

La *dimensión cultural*, por su vez, representa las formas y condiciones con que la dignidad humana, en su *dimensión básica*, es implementada por cada grupo social a lo largo de la historia. En este nivel de análisis, se abre espacio para las peculiaridades culturales y sus prácticas, variables en el tiempo y en el espacio, pues se busca una comprensión ética de las finalidades de cada grupo social, a fin de construirse significados que tengan capacidad de ser entendidos interculturalmente.⁵⁴

Habiéndose entendido a la dignidad humana y su relación con los derechos humanos, se puede entonces afirmar que los *derechos humanos (género) son un conjunto de valores éticos, positivados o no, que tienen por objetivo realizar la dignidad humana en sus dimensiones: básica (protegiendo a los individuos contra cualquier forma de cosificación o de reducción de su status como sujetos de derechos) y cultural (protegiendo a la diversidad moral, representada por las diferentes formas como cada sociedad implementa el nivel básico de la dignidad humana).*

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37/38.

⁵⁴ HÖFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 77/8.

El concepto elegido asocia a los derechos humanos a un *conjunto de valores éticos*, justamente para permitir la discusión filosófica de las diferentes morales existentes, extrayéndose de ellas los fundamentos comunes que van a servir para una aproximación cultural, la cual, al mismo tiempo en que exige el respeto universal de los valores protegidos por estos derechos, a través de la observancia de la *dimensión básica* de la dignidad humana, preserva las peculiaridades morales adoptadas por cada grupo social para el desarrollo de la *dimensión cultural* de esta dignidad.

La definición propuesta también deja de abarcar detalles morales o legales, con el fin de evitar el riesgo de volverse inaplicable en ciertos contextos culturales o legislativos. Eso se justifica porque cualquier intento de conceptualizar a los derechos humanos a través de la opción de ciertos valores morales acarrearía en una relativización de esta categoría, visto que la construcción de una moral únicamente válida o absoluta es algo difícilmente alcanzable dentro del cuadro multicultural contemporáneo. La definición también omite referencia a cualquier régimen de derecho, puesto que los derechos humanos son supra legales, o sea, ellos independen de un reconocimiento jurídico de leyes o tratados para que existan. Vea, por ejemplo, la libertad, la cual es considerada en diversas culturas, incluso por la propia Declaración Universal de la ONU, como perteneciente a la clase de derechos humanos. De acuerdo con el concepto propuesto en este trabajo, se puede concluir que la libertad fue reconocida como derecho humano por ser una forma de protección de la *dimensión básica* de la dignidad humana, visto que tiene como propósito evitar la cosificación de los individuos, garantizándoles libre locomoción, expresión de pensamiento, de creencia religiosa, entre otros. Ahora imagine si una hipotética sociedad no reconociese a la libertad dentro de su sistema jurídico y per-

mitiese la esclavitud. En este caso, sin embargo bajo el aspecto legal interno de este grupo social no hubiese habido cualquier violación, pues ésta es la orden normativa establecida, habría la violación de un derecho humano, pues la dimensión básica de la dignidad humana estaría siendo atingida, a medida en que las personas estarían reduciendo su status como sujeto de derechos, volviéndose meros objetos de las voluntades ajenas.

De este modo, se ve que el concepto aquí propuesto apunta un camino para el análisis de cada caso concreto el cual facilita al proceso de identificación de los derechos humanos a través del siguiente parámetro: un *derecho* solamente será *humano* cuando contenga en su base valores éticos que representen formas de realización de la dignidad humana, sea en la dimensión básica, sea en la dimensión cultural. A propósito, esta conclusión es confirmada tanto por el análisis del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, como por los 30 artículos en ella inseridos. En el preámbulo se tiene el reconocimiento expreso de que los derechos allí previstos tienen como base la dignidad humana. Adicionalmente el análisis aislado de cada uno de los artículos muestra que todos ellos representan valores éticos elegidos y reconocidos como derechos humanos por representar formas de realización de la dignidad humana.⁵⁵

Dentro del género *derechos humanos*, se encuentra la categoría *derechos humanos fundamentales*, los que deben ser entendidos como el conjunto de valores éticos, positivados o no, que visan proteger a la dimensión básica de la dignidad humana. El uso

⁵⁵ BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Dimensões de Aplicação e Efetividade dos Direitos Humanos In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, FLORIANÓPOLIS, Desafios da Contemporaneidade do Direito: diversidade, complexidade e novas tecnologias. p. 7129-7131.

de esta expresión se muestra apropiado, visto que es en esta dimensión que se encuentra el rol de bienes jurídicos básicos, esenciales y *fundamentales* que todos los miembros de la especie humana deben compartir en igualdad de condiciones, sin objeción de cualquier naturaleza.⁵⁶ De este modo, se ve que esta base de derechos se caracteriza como base mínima necesaria para que cada sociedad edifique las demás dimensiones de actuación de los derechos humanos, las cuales representan a las diferentes formas culturales de realización de la dignidad humana.

Resáltese que esta distinción entre los *derechos humanos* y los *derechos humanos fundamentales* no pretende relativizar el respeto a las demás dimensiones de los derechos humanos, pero defender el respeto universal de un conjunto básico de derechos, los cuales representan a la dimensión fundamental de actuación de los derechos humanos, los que, una vez implementados y respetados, sirvan como fundamento para la especificación cultural de la dignidad humana, de acuerdo con las peculiaridades de cada grupo. Es, por lo tanto, dentro de este nivel de incidencia de los derechos humanos que se podrá construir la base teórica necesaria para la aplicación universal de la norma, tan fuertemente buscada por la comunidad internacional en las últimas décadas⁵⁷, sin correr el riesgo de relativizaciones por razón de especificidades culturales.

⁵⁶ FLORES, Joaquín Herrera. A (Re)invenção dos Direitos Humanos. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 29.

⁵⁷ Desde el fin de la 2º Gran Guerra Mundial se nota un esfuerzo internacional con intuito de ajustar un conjunto mínimo de derechos, relativos a la dignidad humana, capaces de alcanzar a todos los seres humanos. Esta acción puede ser reconocida por el análisis de las declaraciones y pactos internacionales surgidos en el período de 1948 hasta 1966: Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales y en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles.

3. EL CONCEPTO ÉTICO DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES COMO HERRAMIENTA DE RESOLUCIÓN DE CASOS CONCRETOS: LÍMITES ÉTICOS EN EL USO DE SERES HUMANOS EN INVESTIGACIONES MÉDICAS.

Con la comprensión de la doble dimensión de la dignidad humana y sus correspondientes niveles de actuación de los derechos humanos, se puede extraer una primera premisa, en el sentido de que las investigaciones médicas con seres humanos solamente pueden ser desarrolladas cuando respetan la dimensión básica de esa dignidad (derechos humanos fundamentales). En otras palabras, se admiten actividades que no vengán a reducir a los individuos a mero objeto o instrumento de voluntades ajenas.

Además de eso, debe haber también un límite a la manifestación de la voluntad de los participantes de investigaciones científicas, en el sentido de no permitir que, por opción propia, se sujeten a cualquier práctica propuesta por los investigadores. Aunque, una de las presuposiciones de la dignidad humana sea el respeto a la autonomía y a la libertad de opción de los seres humanos, se ve que las peculiaridades de los hechos que envuelven estas investigaciones médicas, requieren una relativización de esa libertad.

No se puede admitir, por ejemplo, que el individuo se proponga, voluntariamente, a inutilizar una parte de su cuerpo en una experiencia médica, para recibir una gran cantidad en dinero, en países donde se admite la remuneración a las personas participantes en investigaciones médicas, pues esta práctica estaría reduciendo parte del cuerpo de un ser humano

a un mero objeto de comercio.⁵⁸ Eso representaría, dentro de la teoría aquí propuesta, una violación de la dimensión básica de la dignidad de este individuo, aunque él haya practicado este acto de forma autónoma y voluntaria.

Además de eso, se debe atentar que presiones inadecuadas o inducción parcialmente involuntaria pueden ocurrir cuando los participantes de la investigación son vulnerables a las influencias indebidas o fácilmente manipulables. Es el caso de prisioneros, personas pobres o muy enfermas, minorías raciales, mentalmente incapacitados, subordinados jerárquicos, etc., que muchas veces se sujetan a procedimientos degradantes por no tener otra opción para garantizar la propia sobrevivencia.⁵⁹

Este alerta es fundamental en el abordaje del tema, visto que mientras algunos países como en Brasil se prohíbe expresamente la remuneración por la participación en investigaciones médicas científicas (Resolución CNS 196/96)⁶⁰, en otros, como los Estados Unidos se anuncia abiertamente criterios de remuneración atractivos para estas actividades. La recompensa financiera excesiva a voluntarios es considerada como una forma de manipulación, pero esa es una de las áreas más nebulosas y difíciles de interpretar en la ética médica, y en investigaciones

⁵⁸ ANDORNO, Roberto. Liberdade e Dignidade da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73.

⁵⁹ SABBATINI, Renato. "Cobaias Humanas" e Experimentação Médica. Campinas: Jornal Correio Popular, 1999. Disponível em: <<http://www.sabbatini.com/renato/correio/medicina/cp990702.htm>>. Acesso em: 05/03/2011.

⁶⁰ Resolución CNS 196/96 establece en los términos y definiciones que:

- II. 12 - Indemnización - cobertura, material, en reparación a daño inmediato o tardío, causado por la investigación al ser humano o a ella sometida.
- II. 13 - Resarcimiento - cobertura, en compensación, exclusivas de gastos provenientes de la participación del sujeto en la investigación.

farmacológicas (bioequivalencia⁶¹ de medicamentos, o estudios de dosis/efecto).⁶²

Actualmente, la mayor parte de los códigos de ética de los países reconoce como válida y justa una recompensa financiera a los voluntarios por su participación, tanto en términos de transporte, tiempo perdido, etc., como en tolerancia al malestar y al peligro. Entretanto, son extremadamente vagos con relación a lo que definen como una “recompensa razonable”, o sea, no tan pequeña que desaliente al reclutamiento de voluntarios, y ni tan grande que afecte su juicio; pasando el pago ser una especie de coerción sutil, que lo induzca a participar violando al postulado de la voluntariedad.

Otra cuestión altamente subjetiva, es la de que la compensación puede ser proporcional al peligro, riesgo y malestar sufridos por los pacientes, o sea, lo que sería “justo y razonable” es enormemente variable de lugar para lugar, entre clases sociales y en diferentes contextos económicos. Lo difícil es calcular el valor “justo y razonable” que el código exige. ¿Cómo punir a una institución o a un investigador con base en criterios tan subjetivos? En verdad, el monto que un investigador estipula pagar a un voluntario es una decisión basada más en el “mercado”, en la “política” y en las finanzas.⁶³ Todavía, hay que suponerse que algunos voluntarios participen de investigaciones determinados por su autonomía y libre opción para disponibilidad su cuerpo para el experimento científico.⁶⁴

⁶¹ La Bioequivalencia se refiere a dos medicamentos que son farmacéuticamente equivalentes, a los cuales sus efectos son similares a respecto de la eficacia y seguridad. In: BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Resolución 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, op. cit.

⁶² SABBATINI, op. cit.

⁶³ SABBATINI, op. cit.

⁶⁴ BOURGUET, Vicent. O ser em gestação reflexões bioéticas sobre o embrião humano. Trad. Nicolás Nyini Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 131

Más allá del abordaje de la temática a partir de la (in)viabilidad de una compensación financiera, la discusión teórico-práctica preponderante reside, conforme los fundamentos ya abordados, en la búsqueda de un equilibrio entre la libertad individual (término que en el ámbito de la Bioética igualmente se suele sustituir por “autonomía”) y la dignidad humana, paradigmas esos que suscitan, en las palabras de ANDORNO⁶⁵, “el conflicto real o aparente” a que se reduce la mayoría de los grandes debates del área.

En ese sentido, la participación voluntaria de un individuo (consentimiento libre y aclarado) en investigaciones que vengan a causar alguna especie de daño a su salud motivada, por ejemplo, por la reacción del organismo a los medicamentos experimentales que le fueron suministrados, sobrepasando el riesgo mínimo y esperado inherente a los procedimientos de esta naturaleza⁶⁶, resulta en violación de la dignidad humana o, al contrario, ¿esta restaría incólume bajo el resguardo de la propia autonomía de la voluntad?

Rescatándose la matriz kantiana, aunque la autonomía consista en fundamento precipuo de la dignidad⁶⁷, oportuno es resaltar que no se restringe esa última a aquella, o sea, apenas se puede inferir que “el respeto a la autonomía forma parte de lo que la dignidad humana exige”, siendo conceptos distintos,

⁶⁵ ANDORNO, op. cit., p. 73.

⁶⁶ Eso porque caso no fuesen respetados los requisitos legales mínimos previstos en la Resolución 196/96, del Consejo Nacional de Salud que se pauta, incluso en los pilares de la Bioética, de entre ellos los posibles riesgos, su minimización y el debido consentimiento, la indagación ora postulada se volvería inocua de plano en función de la flagrante ilegalidad del evento.

⁶⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 66

pero que deben armonizarse so pena de ilegitimidad, aquí considerada en las dos acepciones: jurídica y ética ⁶⁸.

En lo que se reporta al reconocimiento de la autonomía de la voluntad, ANDORNO⁶⁹ afirma que se trata de un fenómeno significativo que vino a contraponerse no sólo al “antiguo paternalismo médico” en que se subyugaba de forma demasiada a la aptitud decisoria del paciente, sino a la tendencia intrínseca a ese concepto de considerarlo mero objeto.

Al así discurrir sobre el tema, el autor aclara, sin embargo, que el énfasis en la autonomía igualmente requiere limitación capaz de preservar lo que define como “esfuerzo ético”, una vez que se “cae en el relativismo moral cuando ella es erigida al nivel de principio supremo o exclusivo de la relación médico-paciente, sin ninguna vinculación con bienes objetivos que trasciendan a los sujetos en cuestión”.

La interpretación con éxito corrobora la concepción traída por KANT⁷⁰:

El principio de la autonomía es, por lo tanto: no escoger de otro modo sino de tal modo que las máximas de su voluntad también estén comprendidas al mismo tiempo como ley universal en el mismo querer. Que esa regla práctica sea un imperativo, esto es, que la voluntad de todo ser racional esté necesariamente unida a ella como condición [...]

En otros términos, al individuo no se le faculta exponer su integridad física de modo desproporcional, simplemente porque es ésa la voluntad soberana por él externada, igno-

⁶⁸ ANDORNO, op. cit., p. 90-91.

⁶⁹ Ibidem, p. 77.

⁷⁰ KANT, op. cit., 2009, p. 285.

rándose las implicaciones para su salud, tampoco aceptable, con base en los preceptos éticos y normativos correlatos, a la respectiva concordancia por parte de los profesionales involucrados. Tanto lo es que la reglamentación de la práctica de investigaciones y experimentos con seres humanos se fundamenta, como ya alegado, en cuestiones relativas a la prevención del daño y a la minoración de los riesgos, visando proteger a la dignidad humana, concomitantemente, en su dimensión particular y universal.

En ese contexto, la autonomía debe ser entendida como la capacidad de autodeterminación del individuo, desde que el contenido decisorio de la acción esté desprovisto de cualquier resquicio de cuño irracional o arbitrario hasta porque “en su significado más profundo, la libertad no consiste en poder actuar caprichosamente, haciendo incluso aquello que resulta perjudicial a sí mismo o a los demás”⁷¹, como ilustra la situación hipotética en análisis.

La ocurrencia del daño a la salud, consonante a los parámetros explicitados, implica la violación de la dignidad y, por eso, el aporte en la condición autónoma del hombre, por sí sólo, no se muestra suficiente para revestir el acto de legitimidad, atributo ése necesario y esencial en el campo de la Bioética y del propio Derecho.

La ciencia debe ser un instrumento a favor de la humanidad y no la humanidad un objeto de uso de la ciencia. El límite de validez de la utilización de seres humanos en las experiencias científicas para la producción de medicamentos es la dignidad humana en el conjunto de la existencia. Si hay respeto a la dignidad humana, viva la ciencia. Si hay manipulación de la

⁷¹ ANDORNO, op. cit., p. 74.

dignidad, que cesen las prácticas que hacen del ser humano el laboratorio biológico de los experimentos.

CONSIDERACIONES FINALES

Las concepciones ético-jurídicas indisociables al campo de la Bioética asumen posicionamiento preponderante en el análisis de la realización de investigaciones involucrando a seres humanos. Eso porque los avances médico-científicos conquistados a lo largo del proceso evolutivo de las áreas afines acabaron por suscitar también una serie de cuestionamientos relacionados al binomio costo-beneficio de esta práctica.

Si modernamente ella se destaca sobre todo por la posibilidad de aumento de la calidad de vida, por medio del descubrimiento de nuevas sustancias medicamentosas o tratamientos con potencial curativo de enfermedades graves, en otros tiempos fue marcada por una serie de violaciones a los derechos humanos fundamentales, cuyo referencial histórico se dio por ocasión en la Segunda Guerra Mundial, en un fenómeno que no se puede descartar, aunque ahora manifestado bajo otros parámetros.

Considerándose que las normas disciplinantes en ámbito patrio e internacional, no determinan, de forma objetiva, la real limitación ética para los experimentos de esa naturaleza, los excesos persisten, aunque no tan palpables en cuanto a aquellos noticiados en la época de la guerra, ya que hoy más comúnmente caracterizados no por la ofensa física notoria, pero por la afronta a la condición digna del hombre (sin que se esté subyugando, es claro, que ésta también restaba perjudicada en la primera hipótesis).

Se trata aquí de la falta de respeto a las directrices precipuas contempladas en la norma correlativa que se restringen a proclamar la observancia de la autonomía del paciente de modo a mantener indemne a la dignidad humana, entonces considerada e su dimensión básica (calidad propia del individuo formada por los bienes jurídicos esenciales que impiden su cosificación) y cultural (valores mutables conforme las demandas sociales a que se reportan, manteniendo el intuio de implementar la primera dimensión).

En los términos, las experimentaciones científicas solamente gozan de legitimidad y son jurídica y éticamente aceptables cuando los pacientes a ellas se someten de forma voluntaria, teniendo consciencia de los probables riesgos, bien como la necesaria cesación del procedimiento si eminente la ocurrencia de daños u otros eventos que huyen a la normalidad y proporción del método empleado hasta porque deber inherente al profesional responsable es, respetar los pilares de la Bioética, previstos, incluso, en la Resolución 196/96 del Consejo Nacional de Salud, los cuales sean: autonomía , beneficencia , no maleficencia y justicia.

En ese contexto, ilegítima también se concluye cualquier investigación en que el individuo sea tratado como mero instrumento científico, con la minoración de su *status* de sujeto de derechos, aunque él mismo así lo haya consentido, una vez que la autonomía de la voluntad, aunque merecedora de reconocimiento jurídico en la calidad de principio, también es uno de los fundamentos de la dignidad humana y, por eso, a ella debe armonizarse.

En virtud de la ausencia de criterios objetivos, el análisis de casos concretos bajo la égida De la teoría de la ética de los derechos humanos fundamentales, mismo pauta en la

relativización de la libertad de elección, se muestra posible y eficaz, en especial si consideradas las particularidades de la incidencia imprescindible de la Bioética en los experimentos médicos involucrando a seres humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. Ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

_____. *Responsabilidade e Julgamento*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2007.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Dimensões de Aplicação e Efetividade dos Direitos Humanos In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, FLORIANÓPOLIS, *Desafios da Contemporaneidade do Direito: diversidade, complexidade e novas tecnologias*.

_____; BARRETTO, Vicente. Direitos Humanos e Globalização. In: _____. (Orgs). *Direitos Humanos em Evolução*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2007.

BARRETO, Vicente. *O Fetiche dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoria General de los Derechos Humanos*. México: UNAM, 1993.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOGOD, David. "The Nazi Hypothermia Experiments: Forbidden Data?", *Anaesthesia*, Volumen 59, número 12, página 1155, Diciembre de 2004.

BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Trad. Nicolás Nyini Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde /MS sobre Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisa envolvendo seres humanos. Diário Oficial da União, 10 de outubro de 1996.

BUERGENTHAL, Thomas. SHELTON, Dinah. STEWART, David. *International Human Rights*. 3 ed. St. Paul: West Group, 2002.

CARPINTERO-BENÍTEZ, Francisco. *Historia del derecho natural: um ensayo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

CHACON, Mario Pena; CRUZ, Ingrid Fournier. Derechos Humanos y Medio Ambiente. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. e MILARÉ, Edis (coord). *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 39, ano 10, p. 192/3, 2005.

CROCE, Benedetto. *Declarações de Direitos – Benedetto Croce, E. H. Carr, Raymond Aron*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS – Versión Comentada. México, DF: *Aministia Inernacional* – Seccion México, 1998.

DIAS, Maria Clara. Direitos Humanos. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 2. ed. New York: Cornell University, 2003.

DURANT, Guy. *A Bioética: natureza, princípios, objetivos*. Trad. por Porphírio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 1995.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jerferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENTRALGO, P. L. *História Universal de La Medicina*. v. 3. Barcelona: Salvat, 1973.

FERNANDEZ, Eusébio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate, 1991.

FLOOD, Patrick James. *The Effectiveness of UN Human Rights Institutions*. Westport: Praeger Publishers, 1998.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (Re)invenção dos Direitos Humanos*. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GUILHÉM, Dirce; SCHÜKLENK, Udo. (org). *Ética e pesquisa: Experiência de treinamentos em países sul-africanos*. Brasília: Letraslivres, 2005.

GUISÁN, Esperanza. *Introducción a la ética*. Madri: Cátedra, 1995.

HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos – O breve século XX*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ISHAY, Micheline. *The history of human rights: from ancient times to the globalization era*. California: University of California Press, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Fátima de. *Bioética: uma face da cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997.

PEREZ-LUÑO, Antônio Enrique. *Concepto y concepción de los derechos humanos: anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.

_____. *Derechos humanos em la sociedade democratica*. Madrid: Tecnos, 1984.

_____. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion*. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

RAWLS, John Bordley. *O direito dos povos*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RODLEY, Nigel S. The Evolution of United Nations' Charter-based Machinery for the Protection of Human Rights. In:

BUTLER, Frances (Ed). *Human Rights Protection: Methods and Effectiveness*. Dordrecht (Netherlands): Kluwer Law International, 2002.

SABBATINI, Renato. “Cobaias Humanas” e Experimentação Médica. Campinas: Jornal Correio Popular, 1999. Disponível em: <<http://www.sabbatini.com/renato/correio/medicina/cp990702.htm>>.

SALDAÑA, Javier. Notas sobre la fundamentación de los derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho comparado*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, n. 96, p. 960, septiembre-diciembre, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHESTACK, Jerome J. The Philosophical Foundations of Human Rights. In: SYMONIDES, Janusz. *Human Rights: concepts and standards*. London: UNESCO, 2000.

THE UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. *The Nuremberg Code*. Research: banco de dados. Disponível em: <http://www.ushmm.org/research/doctors/code_expl.htm>

Experiencias científicas con seres humanos para la producción de medicamentos bajo la perspectiva de los derechos humanos fundamentales

UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973.

VIEIRA, Sonia; HOSSNE, Willian Saad. *Pesquisa Médica: A Ética e a Metodologia*. São Paulo: Pioneira. 1998.

RETÓRICA JURÍDICA Y AUTORIDAD

João Mauricio Adeodato

1. PERSPECTIVA EMPÍRICA DE LA RETÓRICA Y ANTROPOLOGÍA NO ONTOLÓGICA

Es útil comenzar con una distinción conceptual entre perspectivas empíricas y perspectivas normativas. No que esta distinción sea indispensable al estudio de la autoridad en la retórica, pero solo porque este texto va a tomarla en consideración.

Una teoría empírica se destina al pasado y busca describirlo como parece a aquel que la expresa; es una perspectiva menos ambiciosa, pero en realidad no exenta de divergencias, sobretudo en cuanto a su presunta característica de abstenerse de juicios de valor. Una teoría normativa tiene como vector el futuro, a lo cual busca prescribir optimizaciones, mejoras en la visión de su autor, quiere modificar, dirigir, influenciar el entorno y la conducta de las personas. Una tercera variante, que se puede llamar de escatológica, es aquella que pretende emplear el pasado para describir el futuro, o sea, prever algo que todavía no existe a partir de la observación de aquello que ocurrió.

La actividad retórica, que comienza con el habla y la comunicación humanas, es tan antigua como nuestra propia humanidad. El antropólogo Arnold Gehlen define el ser humano en esta dirección¹. Es difícil definir cualquier objeto, determinar las características sin las cuales perdería su identidad, aún más

¹ GEHLEN, Arnold. A. GEHLEN. *Der Mensch – seine Natur und seine Stellung in der Welt*. Wiebelsheim: Aula-Verlag, 2009, S 135.

un objeto complejo como un ser humano: “animal racional”, “animal político”, “animal que se reí”.

Se dirá que otros animales también se comunican. Gehlen dijo que solo en el caso de comunicación humana, el lenguaje se aleja de su emisor, aquel que habla, y se gana una identidad propia, que el emisor no más controla. Filósofos fuera de sospecha de acusación de retóricos, como Georg Friedrich Hegel y Nicolai Hartmann, con su lenguaje característico, metafísica, ya dijeron antes que el “espíritu objetivo”, resultado de la exteriorización del espíritu “subjetivo” o “personal”, se gana “vida propia e independiente”. Así se percibe el fenómeno de modo mítico, en el antiguo relato bíblico sobre la Torre de Babel, cuando Dios castigó la arrogancia humana con el lenguaje de volverse ininteligible entre los propios seres humanos.

Una de las características más importantes del ser humano es esta necesidad biológica de formar una imagen del mundo y de sí mismo, delante de otros seres humanos, logrado mediante el lenguaje. Esto porque es un ser incompleto y tiene como tarea constituir a sí mismo, es un ser con toma de posición ante el mundo.

Ello significa que, diferentemente de otros animales, el ser humano no vive en el presente, sino para el futuro, por esto es un ser deficiente, cuya reducción del instinto provoca una inundación de estímulo que solo se puede hacer frente a través del lenguaje, la cual va a constituir literalmente una fantasía, en la acepción de un mundo que el propio ser humano produce. De ahí su relación indirecta con el entorno, enfatizada por Hans Blumenberg: por ello, el ser humano es un ser “pobre”².

² BLUMENBERG, Hans. H. BLUMENBERG. *Anthropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik*, in: *Wirklichkeiten, in denen wir leben – Aufsätze und eine Rede*. Stuttgart: Philipp Reclam, 1986, S. 104-136.

Así que, como Gehlen afirma pronto en la introducción de su obra principal, la antropología constituye el “último capítulo de la zoología”, y necesita determinar lo que caracteriza un ser humano como un ser humano. No le es suficiente definiciones biológicas como poseer 46 cromosomas. Concluye que, aunque muchos animales se comuniquen, la especificidad del ser humano es que solo él percibe los sonidos que emite como algo externo a sí mismo y solo esto puede ser propiamente llamado de lenguaje, la cual va a constituir “su mundo” (entorno). En otras palabras, los sonidos que él mismo produce también son percibidos como sensación, estímulo, y mundo exterior, y por ello el ser humano se comporta al mismo tiempo de modo activo y pasivo delante de sonidos que él propio articula, en una actividad alienada. Debido a esta autoconstitución por medio del lenguaje, el concepto de causa necesita desaparecer totalmente de la antropología filosófica.

Ser pobre de instintos significa que la conducta del ser humano no depende del entorno, pues mediante el lenguaje él se abstrae de la situación momentánea en que se encuentra insertado y hace a sí mismo; es un producto de su propia tarea. El lenguaje, incluso el lenguaje de sí mismo – el pensamiento – lo descarga de la inmediatez del contexto (entorno) a que los otros animales están atrapados, pues el ser humano no vive a partir de reflejos condicionados, sino envuelto en símbolos lingüísticos, a través de los cuales crea y domina el entorno. El lenguaje posibilita la descarga de presión de “aquí y ahora”; lo libera de sus propios apetites y lo hace éste ser dirigido al futuro, pues su acción se desarrolla autónomamente y es en alto grado independiente de los estímulos, es libre de la situación y descargada del entorno. Aún más, el lenguaje y el pensamiento

constituyen una capacidad uniforme que garantiza relativamente la percepción de cada uno ante las percepciones de otros seres humanos circunstantes³.

2. RETÓRICA REALISTA COMO HITO TEÓRICO

La “retórica realista” propuesta en este análisis se basa en tres tesis básicas, todas pensadas en oposición a las tesis dominantes en la cultura occidental contemporánea, respecto a la retórica; inspiradas en el filósofo cético helenista Sextus Empiricus. Sus obras siempre tienen títulos “en contra” (*adversus*) de las diferentes ciencias que quiere combatir, denominadas “en contra de los filósofos ontológicos”, “en contra de los retóricos aristotélicos” y “en contra de los filósofos ontológicos y los retóricos aristotélicos”.

Antes, como *suposición metodológica*, claudican aquí las definiciones omnicomprensivas, pues no hay correspondencia entre el pensamiento y la comunicación, de un lado, y eventos reales, de otro. La “facultad de conocer” o “razón” humana hace frente al mundo real circundante a través de generalizaciones lingüísticas, que se dividen en significantes y significados. Los eventos reales son individuales, y por ello inaprensivos por el ser humano, dado que su acto de conocimiento implica necesariamente una abstracción de los elementos contingentes que componen los eventos reales, es decir, una construcción de “géneros” o “clases” de objetos, los cuales, en homenaje a Platón, se puede llamar de ideales, obviamente sin la connotación ontológica propuesta por él mediante las expresiones de idea (*ιδέαι, idéai*) y forma (*εἶδη, eídê*).

³ Idem, S. 196.

Como jamás hay correspondencia completa entre estas ideas humanas y los eventos reales, debido a la incompatibilidad entre el general y el individual, se propone aquí una estrategia metodológica (inspirada, entre otras, en los tipos ideales de Max Weber⁴) de carácter meramente aproximativo, generalizaciones que reconocidamente reúnen eventos únicos en significaciones ideales. De esta forma, se debe entender a todas las distinciones conceptuales retóricas, como simulación y disimulación, mentira y amenaza, persuasión y convencimiento como tipificaciones generalizadas sobre eventos únicos, en los cuales ellas efectivamente se entrelazan. El pensamiento de Weber revela sus orígenes kantianos, pues considera incognoscible a la realidad en sí misma; en su individualidad concreta, es la irracionalidad del individual⁵.

La *primera tesis*, “en contra de los filósofos ontológicos”, así se expresa: la retórica no es el arte falso y engañoso a que a veces es por perjuicio reducida, tampoco consiste solo en mentiras y ornamentos para enredar a los incautos, ingenuos o simplemente ignorantes – aunque el estudio de estas estrategias pertenezca en importancia a la retórica. Ella también se ocupa, por ejemplo, de los discursos que apelan a la verdad y a la justicia, a la persuasión sincera y a la igualdad, así como a la autoridad, que también es una estrategia retórica.

Ya Aristóteles se convence de la importancia de la retórica, al reconocer que hay asuntos humanos importantes, en los cuales la verdad del silogismo apodítico exigida por Platón, aunque fuera deseable, no tiene lugar. Así busca diferenciar

⁴ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft – Grund der verstehenden Soziologie*. Tübingen: J. C. B. Mohr/Paul Siebeck, 1985, § 1º, I, S. 4 s.

⁵ La expresión es de HARTMANN, Nicolai. *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*. Berlín: Walter de Gruyter, 1946, S. 234 s.

la retórica erística de los sofistas de su propia, la cual se caracterizaría pela persuasión, en el sentido de un convencimiento auténtico, obtenido por las vías de *logos* (λόγος), del *ethos* (ἔθος) y de *pathos* (πάθος).

De este modo, como quería Aristóteles, la retórica también incluye el estudio de caminos (ὁδός) programados por exigencias de sinceridad y consenso. Él reúne claramente retórica y virtud moral, al hacer *ethos* acompañar la virtud (ἀρετή, *areté*) y la ponderación o prudencia (φρόνησις, *phrónesis*), aunque los sofistas cuestionen el carácter necesario de esta correlación. De la misma manera que Aristóteles insiste para que no se pueda utilizar la retórica sin una buena ética, opiniones contrarias ven la retórica como un instrumento para cualesquier fines. Esta controversia atesta el problema de la relación milenaria entre retórica y *ethos*, y de ahí entre retórica y autoridad.

La *segunda tesis* propuesta aquí, “en contra de los retóricos aristotélicos”, defiende que la persuasión puede ser la vía retórica más importante, por su eficacia y permanencia en el tempo, hasta por su dignidad ética, pero no es absolutamente la única, pues un estudio realista de la retórica también necesita ocuparse de otras vías por las cuales un orador logra hacer prevalecer su discurso. Así que cuida de procedimientos como seducción, ironía, mentira, fuerza (entendida como diversas formas de amenazas), simulación, disimulación de todas las estrategias, en suma, presentes en la comunicación humana y reveladas por los sofistas, las cuales se manifiestan mediante figuras retóricas, como anfíboles, antonomasias, aporías, apócrisis, catacresis, lítotes, hipérboles, etc. Sobre todo, esta tesis es importante al filósofo retórico preocupado con el derecho, pues es al mínimo ingenua o idealista la perspectiva normativa

de reducir la argumentación de juristas a la persuasión, principalmente en el moderno derecho dogmáticamente organizado.

El estudio de otras vías, que no la persuasión, no tiene necesariamente el objetivo antiético, imaginado por Aristóteles, para engañar a otros y vencer a todo costo; muestra sí como evitar ser engañado y vencido cueste lo que cueste, por ejemplo. Es trivial entre los estudiosos la afirmación de que las estrategias retóricas, cualesquier que sean, son menos eficaces delante de quien conoce la retórica⁶. Esto porque las estrategias retóricas utilizan exactamente los prejuicios del sentido común sobre la evidencia da realidad para obtener los efectos deseados. En esta percepción *estratégica*, la retórica realista se aleja de las concepciones edificantes y normativas que concentran el estudio del discurso exclusivamente en el consenso, en la cooperación, en la persuasión o en el afecto, sobre todo en lo que atañe a la retórica jurídica.

La autoridad es una de estas estrategias. Antes de estudiarla, se observen otras estrategias retóricas, en una exposición solo ejemplificativa que no pretende ni de lejos agotarlas.

Al intentar una diferenciación que no parece estar en Aristóteles, se logra una decisión por *convencimiento* cuando se cree sinceramente en su adecuación. En términos más generales, en el convencimiento se acepta el comando normativo por su propio contenido, por aquello que el emisor transmite y el receptor del mensaje comprende. Dice más respecto al *logos* del discurso. La *persuasión* es muy semejante, pero difiere, y es más frágil que el convencimiento, pues puede implicar una adhesión por conveniencia, estrategia, falta de mejor opción, y

⁶ LAUSBERG, Heinrich. *Elemente der literarischen Rhetorik*. München: Max Hueber Verlag, 3. durgesehene Auflage, 1967, § 3.

argumentos pueden bombardear al oyente. En otras palabras, no ser acompañada de la íntima aceptación del argumento que la sinceridad caracteriza. Se debe observar la distinción de la lengua alemana entre *überzeugen*, con raíz de “testimoniar” y *überreden*, con la raíz de “hablar”.

La retórica realista y empírica, al hacer distinción entre violencia efectiva y *amenaza de violencia* (o *fuerza*), y decir que solo la segunda pertenece a la actitud retórica, hace clara distinción entre evento (violencia efectiva) y lenguaje (amenaza de violencia). La amenaza es comunicación, debe ser comprendida por el emisor y el receptor. La coercitividad de derecho consiste justamente en esta amenaza de violencia, que no es irresistible como la violencia efectiva, pues se puede enfrentar por el riesgo, que es comunicacional, o sea, retórico.

Claro que hay límites a la eficacia de esta coercitividad y que la persuasión constituye una comunicación más eficiente, de ahí el idealismo normativo de Arendt y Alexy. Todo el derecho quiere tener, al lado de amenaza de coacción, la pretensión de persuadir, es lo que Alexy llama la pretensión a la “corrección” o a la “justicia”. El derecho puede, por ejemplo, obligar el padre a pagar la pensión alimenticia, pero jamás a amar su hijo.

Amenaza de violencia implica un sentido de fuerza, como una capacidad de provocar una consecuencia deseable o indeseable a alguien, una posibilidad de violencia que de modo algún tienen carácter necesariamente físico. La fuerza introduce, al código del poder, otro esquema binario: el fuerte y el débil. No hay, obviamente, una relación automática y directa entre derecho / no derecho, fuerza / debilidad, aunque la identificación sea siempre tentadora (justicia es la voluntad del más fuerte, dijo Trasímaco). Una teoría del poder y del derecho, solo

basada en la fuerza o en la amenaza, también es demasiado simplista, pero esto no significa que se pueda excluirlas de los estudios retóricos.

En el derecho, la violencia necesita racionalizarse por la comunicación clara de fuerza, saber quién la detiene y de donde la violencia puede venir a emanar, en otras palabras, racionalizada por la retórica. Esto porque la violencia es un componente ineludible de la naturaleza humana, su estado bruto siquiera conoce límites, como es posible observar en los éxtasis sádicos que la historia exhibe a todo tiempo y local.

En todas las sociedades humanas, la violencia es un dato. Históricamente, incluso, cuanto más compleja es la comunidad, más grande es la importancia y la independencia de la violencia como base del poder constituido. El poder, en el fondo, no se apoya solo en la amenaza de violencia, sino que también en el prestigio, en el conocimiento, en la lealtad. Sin embargo, no se puede ignorarlo un dato: a la medida que la complejidad social aumenta, la amenaza de violencia tiende a sobreponerse a otros componentes del poder. Pero el control de la violencia acarrea su amenaza potencial y no su empleo efectivo. No obstante, sin esta amenaza, el prestigio (*ethos*), el conocimiento (*logos*) y la lealtad (*pathos*) no son suficientes para garantizar el derecho.

Pero quien engaña también obtiene adhesión a sus decisiones. La mentira viabilizada por el silogismo erístico no se confunde con la persuasión, pero es uno de los medios retóricos de obtener poder. En la *Ética a Nicómaco* (1127a13 ff.)⁷ Aristóteles busca diferenciar el afán de ostentación (*ἀλαζονεία*, *alazoneía*) de la ironía (*εἰρωνεία*, *eironeia*), en el contexto de defender el dis-

⁷ Aristotle. *Nicomachean ethics*, trad. W. D. Ros (Great Books of the Western World, vol. 8). Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993, p. 374 ff.

curso socrático como irónico, pero sin confundirlo con el cebo, a la medida en que la ironía sería éticamente menos reprochable que ambas. Se subraye el horizonte del discurso de Aristóteles, también en el fragmento referido, que trata sobre diferencias presentes en el carácter de los seres humanos y tienen siempre la verdad como posibilidad indiscutible y aspiración a alcanzarse. El cebo, por su parte, tiene un sentido propio al aparecer también asociado a la idea de carnada, como ocurre en la pesca, ofrece algo aparentemente deseable a la audiencia, aunque con carácter falso y después probablemente perjudicial a ella.

En la tradición retórica la *simulación* y la *disimulación* son especies de *ironía* y siempre aparecen estrictamente asociadas, incluso complementarios, aunque diferenciadas por la relación entre el mensaje emitido y la intención del autor. La simulación ocurre cuando el orador afirma algo en que él mismo no cree; la disimulación, al revés, busca ocultar o negar algo en que el orador cree. El punto común consiste en que el destinatario del mensaje necesita percibir de algún modo la ironía, pero sin saber las reales intenciones del orador, pues de lo contrario se trata de mentira pura y simple, y no de simulación o disimulación. La estrategia es que el emisor del mensaje no desea que se conozca a su propia posición, pues considera que así debilitará su estrategia discursiva.⁸

La *mentira*, otra vía retórica, consiste en la facultad de no cumplir promesas, pues, incluso cuando se refiere a eventos pasados, tiene una función de obtener ventaja en el futuro. El concepto es por veces ampliado más allá de las relaciones humanas, cuando también se habla sobre una especie de disi-

⁸ LAUSBERG, Heinrich. *Elemente der literarischen Rhetorik*. München: Max Hueber Verlag, 3. durgesehene Auflage, 1967, §§ 426-430.

mulación biológica: “mismo fuera del mundo animal, donde quiere que se necesite luchar por la existencia, impera, de forma absoluta, una ley: el engaño y la fraude.” En cuanto a la mentira retórica (humana), el siquiatra va a recolectar la hipótesis de que las profesiones crean “tipos especiales” de mentirosos, en una especie de profesionalización de la mentira o, al menos, de los tipos antropológicos de mentirosos:

La caza, el turismo, la vida militar, crearon la figura característica del ostentador; la religión, la política y la diplomacia, la del hipócrita; la medicina nos dio la figura del charlatán, y el comercio, el tipo del estafador.⁹

También en Hannah Arendt, se consideran a la facultad de actuar y la capacidad para mentir atributos humanos estrictamente conexos, pues ambas modifican la realidad y tienen esta libertad. Es en la libertad de actuar sobre el mundo que la mentira se asemeja a la política y al derecho, es decir, la mentira es una forma de acción, pues ambas dependen de la libertad. Esto porque la mentira, para tener función política, necesita parecer plausible: depende de la creencia en la verdad, a la medida en que necesita parecer verdadera para funcionar como mentira.

En la retórica normativa de Aristóteles, que, de acuerdo con su ética, busca a la persuasión, el argumento puede basarse en diversas estrategias, como lugares comunes, paradigmas, indicios y verosimilitudes, pero jamás en cebo o amenaza de violencia, pues la retórica es el campo de entimemas, no de los erismas sofísticos.

⁹ BATTISTELLI, Luigi. *A mentira*, trad. Fernando de Miranda. Sao Paulo: Saraiva, 1945, p. 21.

La *tercera tesis*, “en contra de los filósofos ontológicos y los retóricos aristotélicos”, es la siguiente: retórica es filosofía, aunque no investigue la verdad, que considera inalcanzable. “Verdad” es aquí entendida como un enunciado de aceptación obligatoria, convincente. Sí, pues la filosofía ontológica se basó de tal modo en la historia del pensamiento occidental que los propios retóricos pasaron a considerar que su tarea no pertenecía a una explicación filosófica del mundo, una manera de percibirlo, de actuar en ello.

Desde la Antigüedad hasta nuestros días la visión dominante, tanto de parte de los filósofos ontológicos como de los propios retóricos¹⁰, es que la retórica se separa de la filosofía en los orígenes del pensamiento griego. Sin embargo, de modo distinto la separación parece haber ocurrido dentro de la propia filosofía, entre perspectivas retóricas y ontológicas. En otras palabras, la apropiación de la filosofía por las ontologías, aunque claramente mayoritaria, jamás fue unánime. Muchos retóricos, de sofistas como Isócrates a céticos como Sextus Empiricus, veían a sí mismos y eran vistos como filósofos. Observe la misma etimología de la palabra “filosofía”: amor (*filo*) a la sabiduría (*sofia*) y no a la verdad (*aletheia*). Y seguramente la retórica siempre se la consideró como una forma de sabiduría.

Este éxito de las ontologías como defensa de la verdad tiene profundas y variadas explicaciones, que se pueden rastrear, como la necesidad atávica por seguridad, desde un punto de vista antropológico, el deseo de control de las diversidades éticas por parte de los bien exitosos monoteísmos, de una

¹⁰ BALLWEG, Ottmar. Phronetik, Semiotic und Rhetorik, in: BALLWEG, Ottmar. Rhetorische Rechtstheorie – Theodor Viehweg zum 75. Geburtstag. München: Alber, S. 27-71.

perspectiva histórica y política, y los éxitos de la ciencia en el dominio de una naturaleza hostil, en lo que atañe a la técnica.

Tal filosofía retórica entiende que el relato vencedor crea la realidad. El relato vencedor no es el consenso, mucho menos el consenso “racional”, pues es posible obtenerlo por muchos otros medios, en términos de la segunda tesis antes indicada. La retórica material no significa solo que el aparato cognoscitivo del ser humano condiciona el conocimiento del mundo, como sugirió Kant, o mismo intermediado por el lenguaje, como quiere la lingüística convencional. Significa decir que *la propia realidad es retórica*, pues toda percepción sucede por el lenguaje. La retórica material compone la relación del ser humano con el medio entorno, se forma a partir del conjunto de relatos sobre el mundo que constituye la propia existencia humana y su entorno. La propia pregunta sobre alguna “realidad ontológica” por tras del lenguaje no tiene cualquier sentido, pues el ser humano es lingüísticamente cerrado en sí mismo, en un universo de signos, sin acceso a cualquier “objeto” más allá de esta circunstancia. Tal *filosofía retórica* parte de la antropología puesta en el punto 1 anterior.

Esto no implica que la realidad sea subjetiva, al menos en el sentido de dependiente de cada individuo. De lo contrario, el mayor o menor grado de “realidad” de un relato va exactamente a depender de otros seres humanos, de la posibilidad de *controles públicos del lenguaje*. En este sentido hay demonios, hoyos negros, *quarks*, ego y superego. Solo que estas reglas de control de la retórica material son condicionadas, circunstanciales y tanto más mutables y ambiguas, cuanto más complejo y diferenciado sea el medio social. Por ello, la retórica realista no defiende subjetivismo o arbitrariedad del lenguaje individual. El lenguaje tiene una función de control y la ejerce al reducir

la complejidad, luego, no es posible ser errante, al modo de cada uno, necesita presentar regularidades; pero estas regularidades son muy variables, imprevisibles, construidas para las exigencias del momento.

Una retórica realista también se aparta de cualquier forma de objetivismo, aún con relación a los “hechos” más triviales. Si la obediencia a determinados cálculos matemáticos en la construcción del puente hace que permanezca segura (y la desobediencia provoque su caída), es muy probable que la creencia en estos cálculos se vuelva el relato vencedor. Del mismo modo como decir que Napoleón murió en la Isla de Santa Helena. Pero esto no es inexorable, evidente como la verdad. Si la retórica estratégica, es decir, intereses, consensos, amenazas, mentiras, cebos, disimulaciones, en suma, todas las formas de narrativas humanas – o sea, relaciones retóricas – constituyeren la “realidad” de los relatos vencedores en otra dirección, es posible derrotar totalmente las descripciones científicas y sus “evidencias empíricas”.

Esta visión de la retórica se inspira, sobretodo, en Friedrich Nietzsche, que la pone en tres niveles: retórica como *dýnamis* (δύναμις), como *téchne* (τέχνη) y como *epistéme* (ἐπιστήμη)¹¹. Éste también es el camino elegido por Ottmar Ballweg¹². En el sentido propuesto aquí es así posible emplear la palabra retórica de tres diferentes formas, es decir, dinámica (material, existencial), técnica (práctica, estratégica) y epistemológica (analítica, científica).

¹¹ NIETZSCHE, Friedrich. Rhetorik. Darstellung der antiken Rhetorik; Vorlesung Sommer 1874, dreistündig. Gesammelte Werke. Band 5. München: Musarion Verlag, 1922, S. 291.

¹² BALLWEG, Ottmar. Entwurf einer analytischen Rhetorik, in SCHANZE, Helmut (Hrsg.). Rhetorik und Philosophie. München: Wilhelm Fink, 1989.

3. NACIMIENTO DE LA RETÓRICA Y REDUCCIÓN ARISTOTÉLICA DE LA RETÓRICA A LA PERSUASIÓN

Se admite que la retórica nació en la antigua Grecia, alrededor de 485 AC, más exactamente en la ciudad siciliana de Siracusa, como una consecuencia indirecta de la tiranía de Gelón y su sucesor Hierón I, los cuales expropiaron tierras de diversos ciudadanos para concederlas a miembros de su guardia personal. Con la destitución de los tiranos y el retorno de la aristocracia, los expropiados colocaron una serie de demandas ante el nuevo gobierno, con el objetivo de recuperar sus posesiones. Como en la Sofística de Atenas, muchas de estas personas contrataban oradores para representar sus intereses en estos procesos, lo que demuestra que el origen de la retórica en Occidente es judicial y sin vínculo a la literatura o a la poesía, pero está asociada al espacio público de la palabra libre y a los efectos del discurso sobre las relaciones sociales.

Atento a los efectos prácticos de una argumentación eficiente, uno de estos oradores, Córax de Siracusa, elabora un sistema de estrategias destinado a influenciar en los tribunales y asambleas, y garantizar la eficiencia persuasiva del discurso. Para parte de los historiadores, uno de sus discípulos, Tísias, divulga este tratado por Grecia y añade sus propias contribuciones; para otros, Córax sería solo un alias de Tísias, pues *korax* o *korakoc* significaba “el cuervo” en griego antiguo, o sea, el creador de la retórica sería Tísias, el cuervo¹³.

Entonces la historia muestra que, en sus orígenes, además de no ser monopolio de argumentación judicial, se debe comprender la fundamentación de la retórica jurídica tampoco

¹³ RUIZ DE LA CIERVA, María del Carmen. Los géneros retóricos desde sus orígenes hasta la actualidad. Revista *Rhêtorikê* #0, 2007, S. 1-40.

exclusivamente como ornamento, reducción creada posteriormente y utilizada para desacreditarla: la aptitud para producir resultados estuvo desde siempre asociada a la argumentación retórica. En efecto, solo es posible hablar en persuasión cuando la estrategia funciona, produce el resultado deseado, aunque preferiblemente con regodeo¹⁴. Así deben caminar juntos eficacia y presupuesto, útil y agradable.

Tampoco se deben separar teoría y práctica:

Y, cuando los ancianos dijeron que la retórica es el arte de hablar bien, lo hicieron a la consciencia de que, para hablar bien es necesario pensar bien, y de que el pensar bien presupone no solo tener ideas, ideas nobles, ideas lógicas, estructuradas y estéticamente bien arregladas, sino que también un estilo de vida, un vivir en conformidad con lo que se piensa y cree¹⁵.

En Aristóteles, también se considerada la retórica una *dynamis* (*δύναμις*), o sea, una competencia teórica y práctica para percibir los medios más adecuados para obtener los efectos deseados, hacer la comunicación conformar el entorno, hacer ideas reales. A la retórica realista, la argumentación debe ser eficaz y el objetivo final de todo proceso de construcción de la realidad es hacer que determinada interpretación prevalezca, es decir, se vuelva “realidad”.

Diferente de Platón, Aristóteles se ocupó de la retórica. En su época, la retórica ya se había desarrollado demasiado con el humanismo de la sofística y del propio socratismo. Sin

¹⁴ CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. Tratado de Elocuencia, in Obras poéticas y literarias (2 v.), coleccionadas por el Comendador Antonio Joaquim de Mello. Recife: Typographia Mercantil, 1875 (ed. fac simile), t. I, p. 65.

¹⁵ ALEXANDRE Júnior, Manuel. Eficacia retórica – la palabra y la imagen. Revista *Rhêtorikê* #0, 2008, p. 1-26, p. 4.

embargo, al revés del desprecio genérico vuelto por Platón al convencimiento y a la seducción por palabras, Aristóteles reconoce que determinados asuntos humanos no admiten juicios de verdad o falsedad, pero así mismo son de gran importancia. Verdadero y falso siguen constituyendo el criterio ontológico de la filosofía y de la ciencia, pero, cuando no es posible, este terreno de opinión (*doxa*), del probable, del ejemplar, del indicio es el campo de la retórica. Esta imposibilidad de llegar a la verdad puede estar presente en función del tema en discusión, de la ignorancia o impaciencia del auditorio, de la escasez de tiempo para probar todas las premisas, entre otros motivos comunes en los discursos humanos.

Incluso al reconocer la importancia de la retórica, Aristóteles no quería confundirse con los sofistas, con su contemporáneo Isócrates, por ejemplo, que se consideraba y era considerado filósofo. Para ello, Aristóteles buscó aliar la retórica a la buena ética y ahí su táctica es reducir la retórica al convencimiento y persuasión. Así, fija los medios de persuasión en *ethos*, *pathos* y *logos*.¹⁶ De ellos, *ethos* es el antepasado más asociado a la idea de autoridad, que todavía estaba por nacer.

Por ejemplo, en Homero, *kairos* (καίρο) tiene inicialmente un significado espacial, estar en el local correcto para determinada acción; después evoluciona metafóricamente para el momento propicio o adecuado de decir algo, así como en la medida correcta, en general al abarcar estos tres méritos del discurso: oportunidad, adecuación y proporción. En la filosofía ontológica, la idea de debida proporción también pasa a asociar *kairos* a la justicia.

¹⁶ ARISTOTLE. Rhetoric. Trad. W. Rhys Roberts. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 8, Book I, 2, 1356a1-5 y 14-16, p. 595.

Etimológicamente, la palabra *ethos* ya parece resultar de la evolución de dos palabras griegas, semejantes, pero distintas: de un lado *ethos* (ἔθος, *éthos*), que significa “costumbre”, “uso”, “hábito”, y de otro *ethos* (ἦθος, *ěthos*), que significa “carácter”, “forma de pensar”. En griego arcaico un término no se distinguía de otro¹⁷. Tras la diferenciación, todavía hoy se perciben estos dos sentidos en la palabra “ética”: uno social y otro personal.

Ethos asigna un carácter que resulta del hábito, pero se percibe en la apariencia, en los rasgos, y las características, en la mirada, en el porte. Inicialmente, con este sentido más físico, es el lugar donde se tiene el hábito de vivir (habitar), a lo cual se está acostumbrado, lo que puede incluso aplicarse al entorno de los diversos animales; después pasa a asignar uso, costumbre, maneras, formas de comportamiento personal y social. Una tercera acepción es de disposición de carácter, en el sentido de inclinación a determinadas actitudes y opciones humanas, como tener un *ethos* soñador, colérico o melancólico. Un cuarto, quizá posterior, se refiere a la impresión producida por un orador en los circunstantes, lo que ya va a aproximarse del sentido de *pathos*¹⁸.

La palabra “ética” ya viene significar el conjunto de conocimientos relacionados a *ethos*. Pero no es solo la doctrina o asignatura para estudio de *ethos*, sino que también este propio *ethos*, en el sentido de asignar al mismo tiempo el metalenguaje (*estudio* del carácter humano) y el lenguaje objeto (el *carácter humano*, como se presenta). Otros autores prefieren denominar

¹⁷ PELLEGRIN, Pierre. *Le Vocabulaire d’Aristote*. Paris: Ellipses, 2001, p. 23 s.

¹⁸ LIDDEL, Henry George y SCOTT, Robert (comp.). *A Greek-English Lexicon*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 480 y p. 766. BAILLY, Anatole. *Dictionnaire Grec Français* (rédigé avec le concours de E. Egger). Paris: Hachette, 2000 (27e. ed.), p. 581 y p. 894.

esta ética objeto de “moral”, al reservar la expresión “filosofía moral” al conocimiento del objeto¹⁹.

Es importante retener que, en este plan de meta lenguaje, se procesó una diferenciación más: la palabra “ética” expresa, en una perspectiva empírica, el *estudio de los fines*, que efectivamente guían la conducta y el *estudio de los medios* que conducen a estos fines, todos llamados “valores”. Por otra parte, en una perspectiva normativa, se refiere al *estudio de formas de controlar y guiar* estos medios y fines. Por ejemplo, por la primera perspectiva, el conocimiento ético muestra que individuos inseguros o con un historial de rechazo social tienden a cercarse de aduladores; por la segunda perspectiva, el conocimiento ético afirma que se debe evitar tanto a aduladores como inseguros – o quien elogia, a depender de la ética. Así la autoridad está en el campo de la ética.

Uno de los argumentos a favor de siempre definir la ética como normativa, como perspectiva gnoseológica o metalenguaje más adecuado, es que el abordaje empírico descriptivo ya estaría con cargo a la sociología, antropología, sicología y otras ciencias²⁰.

Para desviar del problema e incluir ambas las perspectivas, se aplica aquí al concepto de *ethos* la tripartición retórica sugerida por Ottmar Ballweg al concepto de ética.

Ethos material consiste en opciones que las personas y colectividades efectivamente toman, como al decir que la ética de aquel determinado entorno no admite la pena de muerte o el aborto. *Ethos* de retórica práctica es siempre normativo, pues reúne las estrategias de diferentes individuos y comunidades

¹⁹ CHAUÍ, Marilena. Convite a la filosofía. São Paulo: Ática, 2001, p. 339 s.

²⁰ NERI, Demétrio. Filosofía Moral – Manual Introductorio. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2004, p. 27-29.

para hacer cumplir sus concepciones sobre cómo el *ethos* material debería ser, y qué dirección y opciones debería tomar. La retórica analítica constituye la actitud empírica ante el *ethos*; ella describe las relaciones entre retórica material y práctica, y qué estrategias éticas son más o menos bien exitosas en la constitución del *ethos* material.

Pathos, plural *páthē*, significa pasión, emoción, sentimiento. Fuera de los círculos filosóficos, se empleaba la expresión en el lenguaje común y asignaba cualquier forma de sentimiento, aunque más en el sentido de sufrimiento pasivo, en oposición a “hacer” activamente. En la *Retórica* de Aristóteles, *pathos* está asociado al oyente y *ethos* al orador, aunque esta asociación haya disminuido y hasta desaparecido en autores posteriores. El concepto de *pathos* pasa así a asignar cualquier emoción de dolor o alegría, mediante la cual las personas se modifican de tal modo que sus decisiones se vuelven diferentes de lo que serían en su estado habitual, sin la interferencia de la persuasión por la vía de *pathos*. En el Renacimiento, la retórica de *pathos* se sistematiza como parte de la tópica, al reunir los denominados “argumentos patéticos”.

Pero, además de estos estados del alma tener sus significados, *pathos* asigna la expresión o articulación de estos sentimientos y también, lo que más interesa como sentido retórico. Indica una *calidad del discurso*, que consiste en despertar en el oyente los sentimientos que el orador desea provocar. Ahí está el punto más importante: *pathos* que despierta *pathos* por artes de retórica. Esta transmisibilidad patética del discurso se da cuando el orador logra una disposición opuesta a aquello que desea atacar (indignación, *deeiinosis*, *indignatio*) o apego a aquello que desea defender (compasión, conmisericordia, *eleinología*, *miseratio*).

El sentido más literal de *pathos* es de cualquier sensación, incluso el dolor físico; de ahí se metafórica para sentimientos más abstractos como “pasión”, “emoción”, “sentimiento”, para la propia demostración exterior de estos sentimientos y su expresión en palabras y actos, y finalmente llegar a la significación de una estrategia para despertar y controlar estos sentimientos en otras personas a través del discurso. Defiere de *ethos*, aunque ambos dependan de características del individuo: en su deseo de despertar no solo simpatía, empatía, sino que también desprecio e indignación. Es más momentáneo e intenso, mientras *ethos* es más duradero y suave.

La importancia que los oradores dan a *pathos* parece haber sido muy grande en la retórica sofística en la época de Aristóteles, pues él hizo críticas a los discursos excesiva o exclusivamente circunscritos a *pathos*. Así mismo, en su ética, pese se considerar los sentimientos como irracionales, Aristóteles destaca la importancia de *pathos* y ve una relación estrecha entre *pathos* y *ethos*, pues los “afectos” necesitan de control por virtud de carácter y alcanzar un término medio deseable racional y prudentemente a *metriopatía* entre los extremos maléficos de las pasiones, pues “... la virtud se refiere a las pasiones y acciones, en las cuales el exceso es una forma de fracaso...”²¹.

Hoy, el adjetivo “patético” todavía muestra la vitoria de este control apolíneo sobre el dionisiaco, de Aristóteles a Kant, que aparece siempre con sentido excesivo, peyorativamente. Esto porque, como ya advertían los antiguos retóricos, aunque sin las ilaciones de Aristóteles, el gran peligro de *pathos*

²¹ ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. W. D. Ros. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 8, II, 5-6, 1106b20-25, p. 352.

es el exagero, es transformar la indignación o la compasión en afectación. Esto vuelve o *pathos* vacío y exagerado, y lo transforma en *bathos*.

Así *bathos* (*βᾶθος*) adquirió el sentido de una tentativa fracasada, incompetente, de atraer la simpatía emocional, y de ahí el sentido actual de “patético”, como tristemente digno de pena, ridículo. Por no lograr la proporcionalidad adecuada, el estilo pertinente al momento, el sublime se transforma en pueril. Etimológicamente fiel sería el adjetivo “batético”, mas éste no se ha formado en el lenguaje moderno. Desde la antigüedad, la retórica percibió y discutió esta frontera tenue entre *bathos* y *pathos*.

La asociación entre *pathos* y *ethos*, en Aristóteles, está en el contexto de considerarlos formas de persuasión retórica, junto con *logos*, según dicho. Y los raciocinios demostrativos de *logos* no tenían el prestigio que la ciencia “lógica” vino a prestarlos en la modernidad. Hay una consciencia clara, ya en la antigua Grecia, de que ciertos asuntos humanos, así como determinados tipos de auditorio, poco tienen a hacer con la razón “lógica”. Así mismo, este motivo analítico, tal como entendido hoy, cuyas conclusiones tienen carácter obligatorio e imprescindible, constituía solo uno de los aspectos de la palabra.

El término *logos*, plural *lógoi*, pasó a traducirse como “razón” o “ciencia”, pero originalmente parece tener significado “lenguaje”. El primero sentido de *logos* (en la forma verbal *légein*) es hablar, decir, al asignar en principio solo el propio acto, no obstante después también el resultado de la acción, o sea, el habla en sí. La segunda connotación adquirida por la palabra es la de reunir, coleccionar, como en *katálogos*. Estos sentidos permanecen asociados a la palabra *logos* desde su

aparición, así como los de razón, argumentación, definición, oración, verbo, pensamiento, etc., muchos de ellos con frecuente empleo en la retórica²².

El sentido de *logos* mantiene cierta oposición con lo de *érgon*, que significa resultado, efecto, efectividad, realidad. La distinción entre *logos* y *érgon* aparece en Anaxágoras y los sofistas la hacen equivaler a aquella entre *nomos* y *physis*, respectivamente, al prestar así un carácter también normativo a *logos*. Solo después surge la lógica en la acepción actual, pero queda compitiendo con varios otros sentidos durante largo tiempo. Aunque el estudio metódico del pensamiento racional-deductivo, Aristóteles lo llame de *analítico* y no de *lógica*, expresión esta empleada al arte de disputa argumentativa; para el filósofo, es la analítica y no la lógica que se opone a la retórica. En la misma dirección, sofistas como Isócrates definían la retórica como el arte de *logos*.

Em otras palabras, *logos* es lenguaje en sentido de desempeño, con todas sus estrategias y matices, y no asigna solo el sistema de reglas dirigentes del pensamiento. Solo posteriormente se separaran *logos* lógico de la "razón" y los ámbitos de opinión y autoridad, entre otros. Por ello, Protágoras ya defendió el *disoi logoi*, al afirmar que, en cualquier discurso, es posible mantener opiniones contrarias. De ahí porque todas las cosas son al mismo tiempo buenas y malas, justas e injustas, verdaderas y falsas. Este es el *logos* de la retórica, el original, clásico, diferente del sentido que le prestó Aristóteles, de contenido demostrativo, de prueba en la argumentación.

²² UEDING, Gert (Hrsg.). Historisches Wörterbuch der Rhetorik, Band 5. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994, S. 624 s.

4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE AUTORIDAD

El concepto de autoridad parece haber sido creado en la antigua Roma y no tiene correspondiente en la clásica Grecia. Desde el surgimiento de la expresión *auctoritas*, con relación a la autoridad importa más de *quien* emana el mensaje de lo que propiamente su contenido, lo que se dice. Así, al pensar en el universo conceptual de Aristóteles, la idea se asocia a *ethos* del orador, considerado fundamental en la argumentación:

Una vez más que la retórica existe para influenciar en la toma de decisiones – los oyentes deciden entre un orador político y otro, y un veredicto legal es una decisión – el orador necesita no solo intentar volver demostrable el argumento de su discurso y digno de crédito; él también necesita hacer su propio carácter parecer correcto y colocar sus oyentes, que van a decidir, en la disposición de espíritu adecuada.²³

En la esfera pública, la autoridad va a tener gran importancia como alternativa a la persuasión para suministrar el fundamento del poder legítimo, al distinguir legalidad y legitimidad, o poder y violencia, o poder de dominio. Sí, pues no es en la etimología de la palabra “legitimidad”, que tiene el mismo origen que “legalidad” (*legitimus-a-um*), pero sí en la de autoridad, que se encuentra la contribución de romanos a la distinción, autoridad concebida como instancia de legitimidad de poder.

Para tanto, diferente de los griegos, los romanos partían de una experiencia política concreta, la convicción do carácter

²³ ARISTOTLE. Rhetoric. Trad. W. Rhys Roberts. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 8, Book II, 1, 13776b 20-25, p. 622.

sagrado de la fundación de la ciudad, que permanece como un vínculo obligatorio a todas las futuras generaciones.²⁴ Esto significa que la *auctoritas* de los fundadores de la ciudad orienta y legitima el poder efectivamente ejercido por las nuevas generaciones, expresándose mediante la tradición. Los nuevos hechos, desde que según los principios establecidos por los antepasados, viene aumentar (*augere*) su gloria: cuanto más cerca del pasado, más antigua la referencia, y más grande su autoridad.

Aunque involucre en leyendas, la fundación de Roma constituía un dato político concreto en el presente, a todos los ciudadanos y al poder ahora ejercido, y va más allá del mero respeto a los más viejos sugerido por Aristóteles. La obligatoriedad de este fundamento en Roma era auxiliada por la estrecha asociación entre política y religión, entre la fundación de la ciudad y el *religare* propiciado por la autoridad. Como hilo conductor, al conectar la acción política presente al pasado sagrado y a la autoridad emanada de él, los romanos cultivaban la tradición, a través de la cual el pasado se revelaba y penetraba en el presente.

Con la participación de los gobernados en las decisiones, bajo la vigilancia del senado romano, toda ley romana era legítima y legítimos eran todos aquellos actos practicados según ella. No se cogitaba de una ley ilegítima o injusta, pues que no había otras instancias a que reportarse para comprobar la legitimidad de la ley. Sancionada por la fuente de poder – el pueblo – y por la fuente de autoridad – el senado de Roma – toda ley era, por definición, legítima. La palabra *legimitas* parece surgir por primera vez en textos medievales y así mismo muy raramente; *Legitima Auctoritas* es expresión la que se

²⁴ ARENDT, Hannah. What is authority?, in ARENDT, Hannah. Between past and future – eight exercises in political thought. New York: The Viking Pres, 1980 (9th enlarged edition), p. 120.

opone *Regale Perceptum*, así como *Legitima Potestas* es opuesta a *Tyrannica Usurpatio*.²⁵

Los griegos descubren aquella libertad política más obvia, que se da entre ciudadanos libres e iguales, pero solo con los romanos se estableció una desigualdad política sin que fuera eliminada la facultad de acción, un pueblo en el sentido de ciudadanos desiguales, pero libres. La idea de gobierno no se opone a la autoridad ni la relación de autoridad es una relación entre iguales; de lo contrario, el concepto de autoridad permite a los romanos asumieren la relación gobernantes / gobernados sin destruir el espacio público.

En latín común, ya era clara la relación etimológica entre autoridad y autor, aquel que crea algo. Su uso corriente pronto pasa a la dialéctica y al lenguaje jurídica, sobre todo para la credibilidad de la prueba ante el tribunal²⁶.

El cristianismo, en la estera de la filosofía helenista, principalmente en los términos de la influencia de Epictetus (50-130?), despolitiza la noción de libertad y prácticamente la identifica con el libre arbitrio o la liberación de los propios deseos, una facultad del ser humano en su soledad interior, en la línea de la doctrina victoriosa de Pablo de Tarso (1?-60?). Conscientemente, Epictetus busca “... divorciar de la política la noción de libertad, llegar a una formulación a través de la cual fuera posible ser esclavo en el mundo y todavía ser libre.”²⁷ Mientras la libertad

²⁵ STEMBERGER, Dolf. Typologie de la Légitimité, in L'idée de légitimité - Annales de philosophie politique, vol. 7. Paris : Preses Universitaires de France, 1967, p. 87-96.

²⁶ UEDING, Gert (Hrsg.). Historisches Wörterbuch der Rhetorik, Band #. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994, p. 1117 s. Conferir en la entrada „auctoritas“

²⁷ ARENDT, Hannah. What is freedom?, in ARENDT, Hannah. Between past and future - eight exercises in political thought. New York: The Viking Pres, 1980 (9th enlarged edition), p. 147. ARENDT, Hannah. The life of the mind. New York-London: Harvest-HJB, 1981, p. 73-84.

clásica es una suposición de la acción política, la Iglesia pasa a predicar que la libertad admite gradaciones: si el esclavo puede ser libre, la verdadera libertad, en última instancia, no se puede tomarla de nadie. Bajo cualesquier circunstancias de dominación de hecho, siempre resta al cristiano la opción de adherir, en el fondo de su ser, a la verdadera religión.

Esta libertad cristiana, enteramente diversa de la libertad griega o romana, parte de la voluntad de cada uno: no se trata más de la libertad de poder actuar en un contexto político que legítimamente lo propicia, sino que de un mero querer ser libre individual; por ello la gran preocupación del apóstol Pablo con el concepto de voluntad.

En el caos político que marca el occidente en la decadencia de Roma, la Iglesia emergente retiene algo de la experiencia de la fundación. Del mismo modo que la autoridad de los fundadores de la ciudad legitimaba el poder político, la Iglesia también pasa a apelar a un momento histórico, único, la fundación del reino de Deus en la tierra por Jesús de Nazaret.²⁸ En los asuntos seculares, la Iglesia mantiene la separación entre ejercicio del poder y fuente de legitimidad, al erigirse heredera de la tradición de Roma: la *potestas* pasa a los príncipes, pero, así como el senado romano daba el apoyo de los mayores al poder del pueblo, la Iglesia es quien legitima estos poderes seculares por detener la *auctoritas* del representante de Dios en el mundo.

La autoridad involucra la obediencia, pero excluye coercitividad y coacción, o sea, la obediencia se basa en una relación de jerarquía que excluye la igualdad y la persuasión, pero también rechaza cualquier momento de fuerza o violencia.

²⁸ ARENDT, Hannah. What is authority?”, in ARENDT, Hannah. Between past and future – eight exercises in political thought. New York: The Viking Press, 1980 (9th enlarged edition), p. 125-127.

La persuasión, actividad política por excelencia en la clásica Grecia, es para Arendt la única de estas experiencias humanas que presupone la igualdad de condiciones entre las partes, al referirse predominantemente al contenido del mensaje informado. Otra es la forma de provocar adhesión a cierto parámetro de conducta contenida en la autoridad, traída al mundo político por los romanos; ella presupone una desigualdad entre las partes, en función no del contenido del mensaje, pero sí de la propia situación del emisor, mutuamente reconocido competente para exigir aquella conducta.

Al incluir *ethos* y *pathos* como vías de persuasión, Aristóteles muestra así un concepto más amplio que de Hannah Arendt, a quien la persuasión se reduce a la esfera de *logos* y presupone igualdad entre las partes.

Definir la retórica a partir de un concepto de persuasión más o menos restringido es la visión de los retóricos “tradicionales”, aquí llamados debido al prestigio adquirido posteriormente por la tradición que Aristóteles inauguró. Ella domina hasta hoy las llamadas “teorías de argumentación”, como la “nueva retórica” de Chaïm Perelman²⁹, y la teoría de argumentación “racional” de Robert Alexy³⁰, sin olvidar del propio Theodor Viehweg³¹. Según el relato histórico más consistente, sin embargo, es Aristóteles quien contraría la tradición original, la cual ya se encontraba bien desarrollada cuando de la elaboración de su *Retórica*. Al apelar a la tradición anterior, Nietzsche dijo:

²⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*. Paris: Preses Universitaires de France, 1958.

³⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation – die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983.

³¹ VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. München: C. H. Beck, 1974.

“Si alguien esconde una cosa detrás de un matorral, a continuación la busca en ese mismo sitio y, además, la encuentra, no hay mucho de qué vanagloriarse en esa búsqueda y en ese descubrimiento; sin embargo, esto es lo que sucede con la búsqueda y descubrimiento de la “verdad” dentro del recinto de la razón. Si doy la definición de mamífero y a continuación, después de haber examinado un camello, declaro: “he aquí un mamífero”, no cabe duda de que con ello se ha traído a la luz una nueva verdad, pero es de valor limitado; quiero decir: es antropomórfica de cabo a rabo y no contiene un solo punto que sea “verdadero en sí”, real y universal, prescindiendo de los hombres.”³²

En el estudio de la retórica, siempre se ve la autoridad como modo de persuasión, de Cícero a Quintiliano, reconociéndose en su portador dignidad, respeto, experiencia de vida, sabiduría, prudencia, entre otras características que hacen aceptar el mensaje a la causa de quien la emite. Pero la actividad retórica, según visto, va mucho más allá.

³² NIETZSCHE, Friedrich. Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne, in NIETZSCHE, Friedrich. Nachgelassene Schriften 1870-1873. COLLI, Giorgio; MONTINARI,azzino (Hrsg.). Kritische Studienausgabe – in fünfzehn Bände, vol. I. Berlin: Walter de Gruyter, 1988, S. 873-890, S. 883.

SOBRE OS AUTORES

ALMA PATRICIA DOMÍNGUEZ ALONSO

Doctora en Derecho. Investigadora de la Universidad de Castilla-la Mancha. Profesora de la Universidad de Castilla-la Mancha.

ANDRÉ FILIPE PEREIRA REID DOS SANTOS

Doctor en Ciencias Humanas a través del Programa de Postgrado en Sociología y Antropología de la Universidad Federal de Rio de Janeiro (UFRJ). Profesor/investigador del Programa de Postgrado Stricto Sensu en Derechos y Garantías Fundamentales de la Facultad de Derecho de Vitória (FDV).

CARLOS LUIZ STRAPAZZON

Estadio posdoctoral (PUC-RS), bajo orientación de Doctor Ingo W. Sarlet. Doctor en Derecho Constitucional (UFSC). Profesor investigador de la Universidad del Oeste de Santa Catarina.

CAROLINA NUNES DE FREITAS

Máster en Derechos y Garantías Fundamentales en la Facultad de Derecho de Vitória (FDV). Especialista en Derecho Constitucional PUC-MG. Graduada en Derecho y en Comunicación Social con habilitación en Periodismo (FAESA). Miembro de Biogepe - Grupo de Investigación y Extensión en Políticas Públicas, Derecho a la Salud y Bioética. Becada de Fapes y Abogada.

EDILENE DE SOUZA DA SILVA NEVES

Con Maestría en Educación por la Universidad Federal del Estado de Espirito Santo (UFES); Coordinadora de Pesquisa de Campo del NEI – Núcleo de Estudios Indiciarios de la Universidad Federal del Estado de Espirito Santo (UFES). Miembro del BIOGEPE Grupo de Estudios en Pesquisa y Extensión en Políticas Publicas, Derecho a la Salud y Bioética en la Facultad de Derecho de Vitoria y Profesora de Sociología de la Facultad Novo Milenio.

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER

Libre Docente por la Universidad de Rio de Janeiro (UNIRIO). Doctora en Bioética a través de la UnB. Máster en Derechos y Garantías Fundamentales a través de la Facultad de Derecho de Vitória (FDV). Coordinadora del Grupo de Estudios, Investigación y Extensión en Políticas Públicas, Derecho a la Salud y Bioética (Biogepe). Profesora y Coordinadora del Programa de Postgrado en Derechos y Garantías Fundamentales de la FDV (maestría y Doctorado).

JANAÍNA RECKZIEGEL

Profesora e Investigadora de la Universidad del Oeste de Santa Catarina. Doctoranda en Derechos Fundamentales y Nuevos Derechos por la Universidad Estácio de Sá – RJ. Maestría en Derecho Público. Especialista en “Mercado de trabajo y ejercicio del magisterio en preparación para Magistratura” y en “Educación y docencia en enseñanza superior”. Graduada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Oeste de Santa Catarina. Abogada y Profesora Universitaria.

JOÃO MAURICIO ADEODATO

Libre docente, doctor y máster a través de la Facultad de Derecho de la USP. Postdoctor en la Universidad de Mainz a través de la Fundación Alexander von Humboldt. Profesor Titular de la Universidad Federal de Pernambuco. Profesor del Programa de Postgrado Stricto Sensu de la Facultad de Derecho de Vitória (FDV).

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Castilla-la Mancha (España).

M^a ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA

Catedrática de Derecho Civil Universidad de Castilla-La Mancha. Vicerrectora de Cultura y Extensión Universitaria da Universidad Castilla-La Mancha.

MARÍA CARDOSO BISOLI

Académica de Derecho en la Facultad de Derecho de Vitória (FDV).

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Coordinador Académico Científico del Centro de Excelencia en Derecho y del Programa de Pós Graduação de la Universidad del Oeste de Santa Catarina. Pos Doctor en Mecanismos de Efectividad de los Derechos Fundamentales, Universidad Federal de Santa Catarina, Doctor en Derechos Fundamentales y Nuevos Derechos, Center of Civil and Human Rights, de la University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos, y Universidad Estácio de Sá, Rio de Janeiro. Maestría en Derecho Público. Especialista en Proceso Civil. Juez Federal del Tribunal Regional Federal de la 4^a Região desde 1996.

RAMIRO ACOSTA CERÓN

Licenciado en ciencias públicas y sociales (Universidad Central del Ecuador, Quito) Doctor en jurisprudencia y abogado de los tribunales de la república (universidad central del ecuador, quito). Estudios de posgrado en proyectos de desarrollo social, diploma de 700 horas de asistencia (Universidad Católica Santiago de Guayaquil en convenio con el inedes). Doctor a nivel de posgrado, en ciencias internacionales (universidad central del ecuador quito). Diplomado a nivel superior en técnica legislativa y formación de la ley (pontificia universidad católica de quito). Especialista a nivel superior en derecho empresarial. Magíster en derecho empresarial.

ROBISON TRAMONTINA

Doctor en Filosofía por la Universidad Católica de Rio Grande do Sul (PUC-RS). Profesor de la Maestría en Derechos Fundamentales, Universidad del Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Asistente Editor Espaço Jurídico Journal of Law (EJLL). Socio efectivo de la Asociación Brasileña de Editores Científicos (ABEC).

VINÍCIUS ALMADA MOZETIC

Abogado. Coordinador de la Facultad de Derecho de la Universidad Oeste de Santa Catarina - UNOESC, campus Xanxerê. Maestría en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul (UNISC). En la actualidad es profesor de UNOESC-Chapecó. Miembro del grupo de investigación sobre la Sociedad de la Información del Programa de investigación y maestría de carácter científico em derechos fundamentales de Unoesc.