

COORDINACIÓN EDITORIAL

Jaime Cubides Cárdenas
Antonio Fajardo Rico



CUESTIONES DIALÉCTICAS EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PAZ



Instituto Memoria



ORGANIZAÇÃO



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

UCSS



APOIO



© Todos os direitos reservados

Instituto Memória Editora & Projetos Culturais

Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 305, Juvevê

CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.

Central de atendimento: (41) 3016-9042

www.institutomemoria.com.br



Editor: Anthony Leahy

Projeto Gráfico: Barbara Franco

Revisão final realizada pelos próprios autores

O COORDENADOR EDITORIAL é exclusivamente responsável pelo conteúdo (atualidade, legalidade, autorização de uso e autoria) da obra publicada, inclusive recortes, citações, planilhas, ilustrações, imagens e fotos, respondendo em casos de plágio, contrafação, derivação ou apropriação da obra de outrem. O conteúdo da obra não representa, necessariamente, o pensamento da editora, sendo o COORDENADOR EDITORIAL responsável, CIVIL E PENALMENTE, pelas informações e avaliações contidas (opiniões, depoimentos, citações, descrições, etc).

ISBN: 978-85-5523-254-1

CÁRDENAS, J. A. C.

RICO, A. F.

Cuestiones dialécticas en torno a los Derechos humanos y la paz.
Coordenação Editorial: Jaime Cubides Cárdenas, Antonio Fajardo Rico
Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018.

797 p.

1. Direitos Humanos. 2. Paz. 3. Dignidade da Pessoa Humana.
4. Filosofia do Direito. I. Título.

CDD: 340



Autores

ACIANE GROLI CARVALHO

Bacharel em Enfermagem pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - CESCAGE, graduanda em Medicina Veterinária pela mesma Instituição.

AGTTA CHRISTIE NUNES VASCONCELOS

Mestre em Constitucionalização do Direito, pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Membro do Grupo de Pesquisa: Constitucionalismo, Cidadania e Políticas Públicas. Professora da Universidade Paulista (Unip/Faser/Facar. Advogada.

ALAN VARGAS LIMA

Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Docente de la Universidad Privada Franz Tamayo (UNIFRANZ), del Centro de Capacitación Municipal (CCaM) y de la Universidad Salesiana de Bolivia (USB). Autor de distintos Libros sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Sección Nacional (Bolivia), y Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. Responsable del Blog Jurídico: Tren Fugitivo Boliviano.

ANA CAROLINA SILVEIRA ARZA

Egresada de la facultad de ciencias jurídicas y sociales Universidad Nacional de Asunción. Especialista en docencia superior universitaria de la Universidad Nacional de Asunción. Egresada de la Escuela Judicial de Asunción. Consejo de la Magistratura. Diplomada en ciencias penales de la Universidad Nacional de Asunción. Diplomada en derecho penal y procesal penal Consejo de la Magistratura. Especialista en ciencias penales de la Universidad Nacional de Asunción.

ANTONIO CÉSAR BOCHENEK

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – Portugal. Mestre pela PUC/PR - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professor licenciado da ESMAFE/PR e Professor do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - CESCAGE. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Vice-presidente do IPDP - Instituto Paranaense de Direito Processual. Presidente do IBRAJUS - Instituto Brasileiro de Administração da Justiça. Foi Presidente da AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil. Foi Presidente da APAJUFE - Associação Paranaense dos Juizes Federais. Autor do livro “A Interação entre Tribunais e Democracia por meio do Acesso aos Direitos e à Justiça: Análise de Experiências dos Juizados Especiais Federais Cíveis Brasileiros”, Série Monografias do CEJ. Coautor dos livros “Juizados Especiais Federais Cíveis & Casos Práticos”, “Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais”, e “Comentários à Lei dos Juizados Especiais Federais”, todos publicados pela Editora Juruá.

ANTONIO FAJARDO RICO

Abogado de la Universidad de la Amazonia y Administrador de Empresas de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, especialista en gerencia del talento humano de la Universidad de la Amazonia, Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Católica de Colombia. Investigador del Grupo de investigación Observatorio Ambiental y de Paz de la Universidad de la Amazonia. Contacto: gerencia@fajardomurciaabogados.com.

ARMANDO RAFAEL AQUINO BRITOS

Abogado profesor de teoría y derechos constitucionales y profesor de Derecho procesal constitucional de la Fac De derecho de la UNNE Argentina. Doctor en el área de derecho de la UNNE.

CARLOS ROMEO RODRÍGUEZ MAZARIEGO

Magister en Derecho Corporativo Internacional de la Universidad Autónoma de Guadalajara. Especialista en Derecho Corporativo de la misma casa de estudios. Profesor Investigador de Base Asociado “B” Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Jefe del área de Cobranza Judicial del PCJ Grupo Salinas.

CHARLISE PAULA COLET GIMÉNEZ

Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Professora dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus

Santo Ângelo. Coordinadora do Curso de Graduação em Direito da URI. Líder do Grupo de Pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", registrado no CNPQ. Advogada. Atua no estudo do Crime, Violência, Conflito e Formas de Tratamento de Conflitos - conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa. E-mail: charliseg@santoangelo.uri.br.

CLEVERTON CREMONESE DE SOUZA

Abogado y profesor universitario. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro de la directiva de la Asociación Brasileña de Derecho Procesal Constitucional y de las Asociaciones Argentina, Paraguaya y Panameña de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Instituto Paranaense de Direito Processual. Autor de diversos artículos y capítulos de libros en el área de Derecho Procesal Constitucional.

EDGARDO TORRES LÓPEZ

Juez Superior de la Corte de Lima Norte/Peru. Presidente de la segunda sala civil. Fundador del Congreso de la Paz - CONPAZ. Miembro E-Justicia latinoamericana. Maestro en Derecho. Docente Universitario. Autor de innumerables obras en Perú y en el Exterior, en especial en Brasil organizó Coletânea Derechos Humanos en Homenaje al Humanista Melitón Torres Tovar, publicada por la editorial Instituto Memória en 2017.

EDWIN ADOLFO MOROCCO COLQUE

Abogado por la Universidad Privada del Norte – Sede Trujillo (Perú). Magister en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales de la misma casa de estudios. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Docente en Argumentación Jurídica, Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Universidad Privada del Norte (Perú) y la Universidad Católica de Trujillo (Perú). Presidente del Instituto Interdisciplinario de Derechos Humanos y Constitucionales (IDHC) de Perú.

EDWIN FELIZ BRITO

Licenciatura en Derecho de la Universidad de la Tercera Edad (UTE). Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad de Salamanca España. Técnico Superior Mercadeo de la Universidad Católica Santo Domingo. Profesor Cátedra Derechos Humanos e Introducción al Derecho Constitucional Academia para Cadetes Policía Nacional.

ELSA NORMA DELGADO RUEDA

Egresada de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Penal de la misma casa de estudio, Magister en Derecho Penal Internacional de la

Universidad de Granada de España, Consultora-Asesora independiente, Magister Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás- Universidad de Salamanca España, Escritora para la Revista Inter temas de la Universidad de Toledo Prudente de Brasil, Escritora de Opinión para el Periódico Argumentos, Directora Interinstitucional de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

ERIKA ZANONI FAGUNDES CUNHA

Doutoranda em Zoologia (UFPR), mestrado em ciências veterinárias pela Universidade Federal do Paraná e graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente é diretora do Hospital Veterinário do Centro de Ensino dos Campos Gerais (CESCAGE).

FRANCISCO ACEVEDO MOREL

Abogado por la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de la Materia Derecho Procesal Civil II de la Universidad Nacional de Asunción, Filial Benjamín Aceval; Especialista en Docencia Superior Universitaria por la Universidad Nacional de Asunción año 2012; Maestrando y Doctorando por la Universidad Nacional de Rosario; Egresado de la Escuela Judicial Promoción XV; Curso de Especialización en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por la Universidad de Bolonia en la ciudad de Bolonia-Italia.

FREI NILO AGOSTINI

Fraile franciscano (O.F.M.), docente en Curso de Posgrado Stricto Sensu en Educación en la Universidade São Francisco, campus de Itatiba, Estado de São Paulo, Brasil. Doctor en Teología por la Universidad de Ciencias Humanas de Strasbourg (Francia).

GERMÁN ORTEGA

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Estudiante regular del programa de cursos para el doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Magister en Derecho Público de la Universidad de Konstanz y de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Alta Dirección del Estado de la Escuela de Alto Gobierno. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Contacto: elprofegor@gmail.com.

GONZALO PÉREZ SALAZAR

Coordinador y profesor de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Monteávila. Director del Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Especialista en Derecho Administrativo y candidato a Doctor en Derecho (a la espera de defensa de

tesis doctoral). Conferencista nacional e internacional. Consultor Jurídico y representante judicial del Banco del Caribe. Correo: gperez@uma.edu.ve.

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

Doutor em Direito, Estado e Cidadania, pela Universidade Gama Filho (UGF), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC/CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sendo ainda pesquisador em estágio pós-doutoral junto ao Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB), na área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento. Mestre em Direito, Estado e Cidadania, pela Universidade Gama Filho (UGF), sendo ainda Especialista em Direito Constitucional Processual pela Universidade Federal de Sergipe (FAPESE/UFS). Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado em Constitucionalização dos Direitos/PRODIR) e da graduação da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado em Direitos Humanos/PPGD) e da graduação da Universidade Tiradentes - UNIT/SE. Membro da Academia Sergipana de Letras Jurídicas (ASLJ). Coordenador do grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cidadania e Políticas Públicas. Promotor de Justiça em Sergipe.

ILTON GARCÍA DA COSTA

Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Líder do Grupo de Pesquisa/ Investigação em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS da UENP, Mestre em Administração pelo UNIBERO, Avaliador Institucional e de Cursos pelo Ministério da Educação e Cultura MEC – INEP, Membro do Comitê de Área da Fundação de Apoio à Pesquisa/ Investigação do Estado do Paraná – Fundação Araucária, ex Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil OAB SP, Presidente da Comissão de Estágio da OAB SP, membro de Comissão de Direito e Liberdades Religiosas, Membro da E-Justicia Latinoamérica, Ex Diretor Planejamento de Banco, Especialista em Mercados Futuros Bovespa/USP, Especialista em Formação Profissional – Alemanha, Matemático, Advogado. E-mail: iltoncosta@uenp.edu.br.

IVANALDO OLIVEIRA DOS SANTOS

Filósofo, doutor em estudos da linguagem pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), realizou estágio pós-doutoral em estudos da linguagem na Universidade de São Paulo (USP) e estágio pós-doutoral em linguística na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Atualmente é professor do Departamento de Letras Estrangeiras e do Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). E-mail: ivanaldosantos@yahoo.com.br.

JAIME CUBIDES CÁRDENAS

Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magister en Derecho de la misma casa de estudios, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires- Argentina. Docente asociado e Investigador y Líder del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co .

JOSÉ ADOLFO PÉREZ DE LA ROSA

Magister en Derecho Procesal Civil y Mercantil de la Universidad Autónoma de Guadalajara. Especialista en Derecho Civil de la misma casa de estudios. Licenciatura en Derecho| Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades.

JOSÉ SEBASTIÃO FAGUNDES CUNHA

Pós-Doutor e mestre em Direito. Docente universitário do CESCAGE. Desembargador (Juiz Superior) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná/Brasil.

JUAN ALBERTO CASTAÑEDA MÉNDEZ

Presidente del Instituto de Investigación Apex Iuris (Perú), Socio fundador del Grupo Consultor Jurídico Incpius Sac. Investigador y Docente en Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho. Miembro de la Comisión de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional del Colegio de Abogados de La Libertad.

JUAN MANUEL MOREL PÉREZ

Abogado egresado de la Universidad autónoma de Santo Domingo (UASD), egresado de la especialidad en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Instituto Superior para la Defensa (INSUDE) del Ministerio de Defensa de República Dominicana, Magister en Seguridad y Defensa Nacional de la misma casa de estudios. Magister en Derecho civil y procedimiento civil contemporáneo de la Universidad Abierta para Adultos (UAPA). Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, de las Asociaciones de derecho procesal constitucional de Ecuador y Panamá.

JULIÁN CAMILO FORERO AGUDELO

Abogado egresado de la Universidad Cooperativa de Colombia, Maestrante en derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar. Investigador del Grupo Nuevos Ciudadanos e integrante de los semilleros Aleph y Derecho Procesal Constitucional. Correo electrónico de contacto: .

JUSTO RAMOS ARRÚA

Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Diplomado en Didáctica Superior Universitaria por la Universidad del Norte, Paraguay. Es egresado de la Escuela Judicial del Paraguay. Magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina. Candidato a Doctor en Derecho en la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina con tesis doctoral pendiente de presentación. Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral para la Circunscripción Judicial de la Cordillera, cargo que ejerce en la actualidad.

KATTY EFIGENIA TAPIA CARRASCO

En Derecho egresada de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), Primada de América, año 2007, con Maestría en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), Primada de América, año 2015. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Instituto Superior para la Defensa, General Juan Pablo Duarte y Díez (INSUDE) del Ministerio de Defensa de la República Dominicana, año 2017. Abogada Adscrita a la Consultoría Jurídica del Defensor del Pueblo de la República Dominicana. Ha participado en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y el Instituto Colombo-Panameño de Derecho Procesal, año 2014.

LAFAYETTE POZZOLI

Advogado, Pós-doutorado em Filosofia do Direito e do Estado pela Università "La Sapienza", Itália. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC-SP. Professor na Faculdade de Direito e foi Chefe de Gabinete na PUC-SP. Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão, Coordenador e professor no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado – no UNIVEM – Marília – SP. Foi sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro do Instituto Jacques Maritain do Brasil. Sócio fundador da AJUCASP – União dos Juristas Católicos e São Paulo. Consultor avaliador do INEP/MEC para Cursos Jurídicos. Foi membro do Tribunal de Ética da OAB/SP - TED-1. Foi Professor Assistente no Curso de TGD, ministrado pelo saudoso Professor André Franco Montoro - Pós-Graduação PUC-SP.

LUIS ABRAHAM PAZ MEDINA

Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho de Puebla. Maestro en Derecho Contractual, Notarial y Registral por la misma Institución, Doctor en Derecho por el Instituto Universitario Puebla, Campus Tabasco. Miembro del Sistema Estatal de Investigadores del Consejo Estatal de Ciencia y Tecnología del Estado de Tabasco, actualmente es Profesor Investigador de

Carrera tiempo completo de base, con reconocimiento Perfil Prodep dentro del Programa para el Desarrollo Profesional Docente por parte de la Subsecretaría de Educación Superior de la Secretaría de Educación Pública del Gobierno de la República; en la División Académica Multidisciplinaria de los Ríos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

LUIS ARTURO RAMÍREZ ROA

Ingeniero Industrial y Abogado Colombiano, especializado en Derecho Administrativo. Candidato a Magister en Derecho Penal, de la Universidad Santo Tomás y Salamanca. Magister en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Nacional Lomas de Zamora (Buenos Aires), Candidato a Doctor en Derecho en la Universidad Nacional Lomas de Zamora. Miembro de la Asociación colombiana de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro fundador de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro Fundador del Colegio de Procesalistas Latinoamericanos. Coautor de Varias Obras Colectivas de Derecho Procesal Constitucional. Profesor Universitario, conferencista Nacional e Internacional en asuntos constitucionales, penales y administrativos. E-mail: luisarturoramirezroa445@gmail.com; Facebook: Luis Arturo Ramírez Roa. Twitter: @RAMREZARTURO.

LUIS ENRIQUE ABADIA GARCÍA

Doctorando en Derecho y Magister en Derecho Procesal Constitucional de la UNLZ - Argentina; Magister en Derecho Público y Especialista en Derecho Constitucional - U. Externado de Colombia; Maestrando y Esp. en Derecho Procesal Contemporáneo - U. de Medellín; Esp. en Derecho Procesal Penal - U. Cooperativa de Colombia; Especialista en Derecho Laboral y Seguridad social- U. Libre de Pereira. Docente Universitario U. del Chocó y U. Cooperativa de Colombia; Gerente Seccional I Medellín Auditoría General de la República.

MARÍA CAMILA MORENO TORRES

Investigadora auxiliar, del grupo de investigación “Persona, Instituciones y exigencias de Justicia” reconocido y categorizado como Tipo A1 por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio- Jurídicas (CISJUC), adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación COLCIENCIAS, e integrante del Semillero de investigación “Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos” del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de la misma casa de estudios. Contacto: mcmoreno24@ucatolica.edu.co.

MARISOL GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

Licenciada en Derecho por la Escuela Libre de Derecho de Puebla. Maestra en Derecho Fiscal por la misma Institución, Doctora en Derecho por el Instituto Universitario Puebla, Campus Tabasco. Durante siete años fungió como Notario Público Adscrito de la Notaría Pública número 1 y del Patrimonio Inmueble Federal con residencia en la Ciudad de Tenosique, Tabasco, Miembro del Sistema Estatal de Investigadores del Consejo Estatal de Ciencia y Tecnología del Estado de Tabasco. Actualmente es Profesora Investigadora de Carrera Tiempo Completo de Base en la División Académica Multidisciplinaria de los Ríos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

MAYARA PELLEZ

Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional - IMED. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional - IMED. Integrante do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade - RS. Integrante do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos – RS. Docente Titular do Curso de Direito da Faculdade UNISOCIESC em Blumenau (SC), nas disciplinas de Direito Ambiental, Filosofia Jurídica e Direito Penal. Docente da Pós-Graduação em Direito da Faculdade Avantis, Balneário Camboriú (SC). Autora de obras jurídicas e artigos científicos em periódicos de Direito, em âmbito nacional e internacional. Endereço para acessar CV: <http://lattes.cnpq.br/4364613932101832>. Email: maypellenz@hotmail.com.

NASLY ROCÍO CÁRDENAS RODRÍGUEZ

Profesional en Relaciones Internacionales y Estudios políticos de la Universidad Militar Nueva Granada. Trabajo de investigación presentado para optar por el título de Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Conflictos Armados de la Escuela Superior de Guerra “General Rafael Reyes Prieto”.

OREANA DÍAZ SÁNCHEZ

Abogada por la Universidad de Margarita Venezuela, con estudios en Derecho Procesal Civil por la misma casa de estudios, en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Monteávila Venezuela y en Derecho Humanos y Derechos Humanitario según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la Red Latinoamericana para la Investigación de los Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Argentina-Actualidad). Miembro del Equipo Internacional de Investigación y Capacitación Jurídica Latin Iuris, Ecuador, Directora General del Observatorio de Derechos y Dignidad Humana (Venezuela), Coordinadora Académica del Centro de Investigación y Promoción de Cultura Jurídica (Venezuela).

PABLO ANDRÉS MURILLO POSSO

Abogado Universidad del Chocó, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo, Candidato a Magister Derecho Procesal Contemporáneo, Asesor de Asuntos étnicos Defensoría del Pueblo.

PAOLA ALEXANDRA SIERRA ZAMORA

Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de Valencia. Doctorado (en curso) en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la misma casa de estudios. Joven Investigadora financiada por COLCIENCIAS por la Convocatoria N° 775 Nacional de Jóvenes investigadores e innovadores por la paz 2017, asociada a la Universidad Católica de Colombia. Integrante del Grupo de Investigación “Personas, Instituciones y Exigencias de Justicia” reconocido en A1 por Colciencias con código COL0120899 del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas dela Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

PLAUTO CAVALCANTE LEMOS CARDOSO

Director del Instituto de Derecho de Integración de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC). Escritor, abogado, docente e investigador en las áreas de Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho & Política y Derecho & Literatura. Investigador de la REDIPAL, profesor del posgrado de la Universidad de Bologna en Argentina, profesor invitado del posgrado de Derecho Constitucional de la Fundación Getúlio Vargas-Rio / red conveniada nacional, profesor invitado de la Cátedra Teoría del Estado de la Universidad Palermo (UP) en Argentina, profesor del Departamento de Derecho público de la Facultad Pitágoras en Belo Horizonte/MG. Alumno del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – UBA, Argentina. Master of Laws – LL.M en Litigation en la Fundación Getúlio Vargas – FGV/Rio, Brasil. Master en Literatura Inglesa en la Universidad de Sussex, Inglaterra y Especialista en Lingüística Aplicada en la Universidad de Brasilia - UnB. Graduado en Derecho en la Universidad Cândido Mendes – UCAM, Río de Janeiro y en Letras en la Universidad Federal de Minas Gerais, UFMG. Miembro del Colegio de Profesores de la Academia Brasileña de Derecho Constitucional (ABDConst), miembro del Instituto de los Abogados Brasileños (IAB) y de la Comisión de Derecho Constitucional del IAB. Miembro de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Minas Gerais/MG.

PLINIO PEREIRA FILHO

Doutorando em Letras pelo PPGL/UERN e membro do Grupo de Estudos do Discurso (GRED) da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Brasil.

RAQUEL CRISTINA FERRARONI SÁNCHEZ

Possui Graduação em Pedagogia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1992), Mestrado e Doutorado em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2007) e Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016). Atualmente, é Docente do Programa de Mestrado em Direito, Docente dos Cursos de Pós-Graduação lato sensu e stricto sensu e Pró-reitora de Graduação do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Avaliação Institucional e de Aprendizagem e em Didática do Ensino Jurídico, atuando, também, nos seguintes temas: processos de aprendizagem, projetos pedagógicos e gestão

SEBASTIÁN SUÁREZ PINILLA

Auxiliar de investigación del grupo de investigación “Persona, Instituciones y exigencias de Justicia” reconocido y categorizado como Tipo A1 por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio- Jurídicas (CISJUC), adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación COLCIENCIAS, e integrante del Semillero de investigación “Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos” del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de la misma casa de estudios. Contacto: jssuarez96@catolica.edu.co.

STHEPHANI PRESTES DE CASTRO

Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - CESCAGE, graduanda em Medicina Veterinária pela mesma Instituição.

SUELYN TOSAWA

Mestre em Direito pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Bacharel em Direito pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná, Membro do Grupo de Pesquisa GPCERTOS – Constitucional Educacional Relações de Trabalho e Organizações Sociais, Email: suelyntosawa@gmail.com.

THIAGO DE MELLO AZEVEDO GUILHERME

Professor Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais - Instituição Toledo de Ensino (2005). Mestre em Direito Constitucional -

Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - pela Instituição Toledo de Ensino. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação. Advogado.

VALTER FOLETO SANTIN

Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP, Campus Jacarezinho, Brasil), Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil), Pós-doutor pelo programa do Ius Gentium Conimbrigae (Coimbra, Portugal). Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. E-mail: valtersantin@apmp.com.br ou santin@uenp.edu.br.

VICTORIA STEFFANY MONTOYA RODRÍGUEZ

Abogada Summa Cum Laude y Maestra en Docencia Universitaria. Estudios sobre Derecho Internacional de los DDHH por la PUCP. Estudios de Epistemología en las Ciencias Sociales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez adscrita a Moot Court de DDHH en Costa Rica, Brasil, Colombia, Jamaica y Perú. Ponente en diversos Encuentros Internacionales de Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Género y DDHH. Directora General del Instituto de Investigación Interdisciplinaria Apex Iuris. Abogada del Ministerio de la Mujer y Gerente del Grupo Consultor Inpcius

WILLIAM YEFFER VIVAS LLOREDA

Doctorando en Derecho y Magister en Derecho Procesal Constitucional de la UNLZ – Argentina; Maestrando y Especialista en Derechos Procesal Contemporáneo de la U. Medellín; Esp. Derecho Procesal Penal – UCC de Colombia; Maestrando en Derechos Humanos y Derecho de los Conflictos, Esp. Derecho Contencioso Administrativo – U. Externado de Colombia; Docente Universitario Universidad del Choco, Universidad Militar Nueva Granada.



Presentación

El presente libro denominado “Cuestiones dialécticas en torno a los derechos humanos y la paz”, se socializará como resultado de investigación del “V Congreso Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y III Congreso para la Paz”, el cual se realizará los días 11 y 12 de septiembre de 2018, en el auditorio las Torres de la Universidad Católica de Colombia, en Bogotá.

El perfil trazado para la edición de esta valiosa obra forma parte de la línea de investigación Fundamentación e Implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como Tipo A1 por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; con principal participación y colaboración de distintas Universidades de América Latina, y de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, mediante el semillero de investigación “Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos”, dirigido por el Doctor Jaime Cubides Cárdenas.

Dentro de la presente obra, además de su aporte académico, corresponde a la evidencia de la investigación llevada a cabo sobre los cuestionamientos acerca de los derechos humanos en torno a la paz, la cual obtiene plano categórico dentro este escrito; así como el fortalecimiento de las teorías constitucionalistas. Tiene como finalidad evidenciar enfoques, alternativas y puntos de vista frente al paradigma de los conflictos y la paz que vive cada país dentro y fuera de América Latina, teniendo como resultado reflexivo, los impactos sobre la adopción de medidas, en miras a la limitación de modelos que permitan la construcción de un Estado democrático en paz.

Debido a lo indicado, permitió articularlo en cuatro partes y cuarenta capítulos, divididos en cuestiones sobre conflicto y paz, cuestiones constitucionales y convencionales, cuestiones ambientales y cuestiones político-sociales, destinados al análisis de aspectos históricos, el manejo y desarrollo de problemas actuales y las perspectivas sobre los derechos humanos y sus tendencias contemporáneas sobre la paz.

Jaime Cubides Cárdenas

Antonio Fajardo Rico

Coordinadores Editoriales



Índice Temático

PARTE I

CUESTIONES SOBRE CONFLICTO Y PAZ

Capítulo I	IMPACTOS Y REPERCUSIONES DEL CONFLICTO EN SUDÁFRICA EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 26
	Jaime Cubides Cárdenas
	María Camila Moreno Torres
	Antonio Fajardo Rico
Capítulo II	A PAZ, O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE E O DIREITO COMO FUNÇÃO PROMOCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 44
	Lafayette Pozzoli
Capítulo III	COSA JUZGADA FRAUDULENTA EN LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ 56
	Julián Camilo Forero Agudelo
Capítulo IV	¿POR QUE OS ACORDOS DE PAZ FRACASSAM? UM DIÁLOGO ENTRE SANTO AGOSTINHO E NORBERTO BOBBIO 75
	Ivanaldo Oliveira dos Santos

Capítulo V	O NECESSÁRIO RECONHECIMENTO DA MEDIAÇÃO COMO FORMA COMPLEMENTAR DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: OS DESAFIOS DA CONCRETIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA 94
	Charlise Paula Colet Gimenez
Capítulo VI	A PAZ COMO EXPERIÊNCIA DA ALTERIDADE E O CAMINHO DE SÃO FRANCISCO DE ASSIS 113
	Frei Nilo Agostini
Capítulo VII	EL DERECHO A LA VERDAD COMO FUNDAMENTO DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: UN DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL INTERAMERICANO 126
	María Victoria Steffany Montoya Rodríguez
Capítulo VIII	O DEVER DE PROIBIDADE ESTATAL COMO O INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL ... 135
	Agta Christie Nunes Vasconcelos
	Henrique Ribeiro Cardoso
Capítulo IX	TRATADOS Y CONVENIOS QUE REGULAN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DE CARA A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS 152
	Katty Efigenia Tapia Carrasco
Capítulo X	EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE VERDAD Y JUSTICIA A LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO COLOMBIANO 164
	Jaime Cubides Cárdenas
	Johan Sebastian Suárez Pinilla
	Paola Alexandra Sierra Zamora

PARTE II

CUESTIONES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES

Capítulo XI	LA TUTELA JUDICIAL DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU AUTONOMIA AL DEBIDO PROCESO 188
	Juan Manuel Morel Pérez
Capítulo XII	INCONSISTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PRINCIPIOS Y VALORES 200
	Gonzalo Pérez Salazar
Capítulo XIII	EL PARADIGMA DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD: ALCANCES Y LÍMITES A SEIS AÑOS DE SU IMPLEMENTACIÓN EN MÉXICO 217
	Carlos Romeo Rodríguez Mazariego
	José Adolfo Pérez de la Rosa
	Luis Abraham Paz Medina
	Marisol González Hernández
Capítulo XIV	APLICAR LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO REGLA Y NO COMO EXCEPCIÓN ES VIOLATORIO DE LOS D.D.H.H. 240
	Elsa Norma Delgado Rueda
Capítulo XV	LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y EL NUEVO PARADIGMA EN EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL PARAGUAYO 257
	Francisco Acevedo Morel

Capítulo XVI	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN BOLIVIA: APUNTES PARA OPTIMIZAR EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL A NIVEL NACIONAL ACORDE AL CONTEXTO INTERAMERICANO	272
	Alan E. Vargas Lima	
Capítulo XVII	O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL	301
	Cleverton Cremonese de Souza	
Capítulo XVIII	CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LOS ACTOS DE PODER POLÍTICO: EL INDULTO HUMANITARIO A ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI	321
	Edwin Adolfo Morocco Colque	
Capítulo XIX	EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS	341
	José Adolfo Pérez de la Rosa	
	Luis Abraham Paz Medina	
	Marisol González Hernández	
Capítulo XX	CRIATURAS DE LA CONVENCIONALIDAD	361
	Juan Alberto Castañeda Méndez	
Capítulo XXI	DERECHO AL RECURSO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL	378
	Justo Ramos Arrúa	
Capítulo XXII	SISTEMA NACIONAL DE FACILITADORES JUDICIALES: EL ACCESO A JUSTICIA COMO EJE TRANSFORMADOR DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA EN AMERICA LATINA	404
	Ana Carolina Silveira Arza	

PARTE III

CUESTIONES AMBIENTALES

Capítulo XXIII	EL AMPARO AMBIENTAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH Y LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	413
	Luis Enrique Abadía García	
	Pablo Andres Murillo Posso	
	William Yeffer Vivas Lloreda	
Capítulo XXIV	A SUSTENTABILIDADE E ÁGUAS NA UNASUL: O QUE A JUSTIÇA ECOLÓGICA TEM A NOS DIZER?	440
	Mayara Pellenz	
Capítulo XXV	SERVIÇO PÚBLICO E DIREITOS HUMANOS	458
	Valter Foletto Santin	
Capítulo XXVI	ENSAIOS DE UMA COSMO VISÃO TELEOLÓGICA PARA ELABORAÇÃO DE UMA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA DA TAA (TERAPIA ASSISTIDA POR ANIMAIS)	472
	Erika Zanoni Fagundes Cunha	
	José Sebastião Fagundes Cunha	
Capítulo XXVII	LA 4ª GENERACION DE DERECHOS. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COMO META-GARANTÍA	503
	Armando Rafael Aquino Britos	
Capítulo XXVIII	INCLUSÃO SOCIAL ATRAVÉS DAS INTERVENÇÕES ASSISTIDAS POR ANIMAIS (TAA)	526
	Aciane Grolli Carvalho	
	Erika Zanoni Fagundes Cunha	
	Sthephani Prestes de Castro	

PARTE IV

CUESTIONES POLÍTICO-SOCIALES

- Capítulo XXIX NECESIDAD DE PROMOVER MODELOS DE ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL FRENTE A REGÍMENES AUTOCRÁTICOS 537**
Oreana Díaz Sánchez
- Capítulo XXX A CONSTANTE BUSCA PELA FORMAÇÃO HUMANISTA PARA O ENSINO JURÍDICO 563**
Raquel Cristina Ferraroni Sanches
- Capítulo XXXI O TRABALHADOR ESTRANGEIRO INFORMAL E OS ASPECTOS EXCLUDENTES DA ECONOMIA NEOLIBERAL 576**
Ilton Garcia da Costa
Suelyn Tosawa
- Capítulo XXXII LA MUERTE COMO BALUARTE DE LA DIGNIDAD EN EL FLAGELO DE LA CIUDADANÍA 596**
Plauto Cavalcante Lemos Cardoso
- Capítulo XXXIII PROPUESTA LA EUTANASIA, EXTENSIÓN A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA 608**
Edwin E. Feliz Brito
- Capítulo XXXIV “PARADISE NOW”: RESENTIMENTO, VINGANÇA E A BUSCA DA JUSTIÇA AQUI E AGORA 617**
Thiago de Mello Azevedo Guilherme
- Capítulo XXXV ROL ESENCIAL DE LAS FAMILIAS EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO 635**
Edgardo Torres López
- Capítulo XXXVI MULTICULTURALISMO E OS TRIBUNAIS: APONTAMENTOS SOCIOLÓGICOS 645**
Antônio César Bochenek

Capítulo XXXVII LOS DERECHOS CIVILES AMPARADOS POR LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES: LA ESCLAVITUD OCULTA EN EL TRABAJO FORZOSO DE AMALIA	653
Germán Ortega	
Jaime Cubides Cárdenas	
Capítulo XXXVIII LA DESNATURALIZACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA COLECTIVA EN EL POSCONFLICTO COLOMBIANO 2011-2017	662
Nasly Rocío Cárdenas Rodríguez	
Capítulo XXXIX O DIREITO DE DIZER – INTERDISCURSO EM CARTAS DE CAMPOS DE CONCENTRAÇÃO	688
Ivanaldo Oliveira dos Santos	
Plinio Pereira Filho	
Capítulo XL LOS DERECHOS HUMANOS FUENTE ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA VERDAD	707
Luis Arturo Ramírez Roa	
REFERENCIAS	725
ANEXO	779



Parte I

CUESTIONES SOBRE CONFLICTO Y PAZ

Capítulo I

IMPACTOS Y REPERCUSIONES DEL CONFLICTO EN SUDÁFRICA EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS¹

Jaime Cubides Cárdenas²

María Camila Moreno Torres³

Antonio Fajardo Rico⁴

¹ Capítulo resultado de investigación del Proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, perteneciente a la Línea de Investigación: “Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos” del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

² Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magister en Derecho de la misma casa de estudios, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires-Argentina. Docente asociado e Investigador y Líder del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co.

³ Investigadora auxiliar, vinculada al grupo de investigación “Persona, Instituciones y exigencias de Justicia” e integrante del Semillero de investigación “Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos” del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de la misma casa de estudios. Contacto: mcmoreno24@ucatolica.edu.co

⁴ Abogado de la Universidad de la Amazonia y Administrador de Empresas de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, especialista en gerencia del talento humano de la Universidad de la Amazonia, Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Católica de Colombia. Investigador del Grupo de investigación Observatorio Ambiental y de Paz de la Universidad de la Amazonia. Contacto: gerencia@fajardomurciaabogados.com.

Sumario: 1. Introducción. 2. Conflicto en Sudáfrica. Inicio del Apartheid. 3. Consecuencias judiciales y políticas del apartheid en Sudáfrica. 4. Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica. 5. Resultados y conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

Dentro de este texto se busca reflejar algunos elementos sobre el conflicto en Sudáfrica desde los inicios del Apartheid; el objetivo es contextualizar al público sobre las violaciones a derechos humanos que se realizaron con este régimen bajo la segregación racial y las consecuencias jurídico-políticas que se tuvieron luego del posconflicto. Como instrumento básico de este proyecto, debemos analizar a la Comisión de la Verdad como mecanismo de resolución del conflicto, y las directrices negociadas que llevaron a la construcción de un nuevo país en paz, donde se emergiera mediante una nación que reconociera la diversidad, con igualdad de oportunidades que superase las diferencias políticas y económicas y se tuviera ideales de reconciliación.

En este marco, los orígenes del conflicto en Sudáfrica se remontan al régimen denominado Apartheid, mediante el cual buscaban controlar la población a través de la segregación racial, legalizada e institucionalizada por leyes, donde dividían a la población blanca de la población negra, donde los primeros manejaban todo el poder allí; de esto se derivó, que se convirtiera en un sistema político a favor de la población blanca disfrutando de privilegios económicos, culturales y sociales, y discriminado y colocando en situación de inferioridad a la población negra, creando distintas leyes estrictas, con las cuales prohibían la libertad de desplazamiento, la educación, la poca atención médica, entre otras.

Posteriormente a la crisis de violencia sufrida en Sudáfrica, y el fin del Apartheid, surgieron las dinámicas y establecimiento de mecanismos contra el racismo, tras años de lucha de la población negra; como resultado de esto, se abren procesos de diálogo y se inician procesos de negociación, con la finalidad de lograr la paz que se necesitaba y conseguir la reconciliación, para esto se instauró la Comisión de la Verdad.

De esta forma, obtendría un primer plano la búsqueda de la verdad, donde se pudieran esclarecer los hechos sobre las violaciones a derechos humanos, acerca de lo sucedido a sus familiares desaparecidos o de conocer sobre otro tipo de abusos cometidos en el pasado, y evitar que estos actos se repitieran; el perdón, la reconciliación y la restauración obtuvieron protagonismo. Dentro de este caso, la Comisión de la Verdad, tuvo su origen bajo la necesidad de la comunidad, que pedía que se tomaran medidas judiciales ante dichas violaciones y se ejerciera un tipo de justicia que no pusiera en peligro los acuerdos obtenidos entre las principales fuerzas políticas que dieron fin al Apartheid. A raíz de estos compromisos se deriva que la Comisión de la Verdad presenta características únicas en su tipo, como la realización de audiencias públicas y el otorgamiento de amnistías e indultos (Ventura, 2012).

En razón a las violaciones sufridas en Sudáfrica durante el tiempo que duró vigente el Apartheid, surgió la necesidad de poner fin a dicho régimen que se caracterizó como un sistema político inhumano, donde la población negra fue la que sufrió el impacto de esto, por ende, se buscó juzgar a los grupos armados y personas involucradas y responsables de los crímenes. Se decidió instaurar como mecanismo de arreglo principalmente que fuera la rendición de cuentas, para esto, se creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación, que se estableció en Sudáfrica después de culminado el Apartheid, para que las personas que quisieran acogerse a este mecanismo asumieran su responsabilidad públicamente, y así poder reparar los daños sufridos a las víctimas. De este modo, se plantea la siguiente pregunta de investigación ¿Se vulneró el Sistema Internacional de Derechos Humanos en cuanto que las comisiones de verdad otorgadas luego del Apartheid en Sudáfrica produjeron amnistías?

Para responder la anterior pregunta, este texto se dividirá en tres ejes temáticos, en el primero se realizará una breve contextualización del conflicto en Sudáfrica a partir del Apartheid y las violaciones a derechos humanos ocurridas allí; posteriormente, tratará las consecuencias jurídico-políticas que modificaron el sistema en Sudáfrica, y como tercer eje temático, se desarrollará la aplicación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación para finalizar con el resultado de la investigación y unas conclusiones.

2 CONFLICTO EN SUDÁFRICA. INICIO DEL APARTHEID

Dentro de este acápite se abordará para mayor entendimiento la historia del conflicto en Sudáfrica y mostrar el inicio de lo que fue el denominado “Apartheid” que fue lo que originó el problema a tratar dentro de este escrito. Para empezar, la palabra “Apartheid” tiene por significado en lengua afrikáans⁵ “separación”; de este modo se llamó la política de segregación racial entre la minoría de población blanca gobernante y la población negra desarrollada en Sudáfrica. Esta política adoptaba medidas de discriminación todas en favor de la población blanca y en perjuicio de la población negra, se reflejaba en las desigualdades que traía consigo, entre estas se encontraban leyes que disponían los lugares de asentamiento, los trabajos que podían realizar, la posibilidad exclusiva de ejercer el derecho al voto, la prohibición de matrimonios interraciales, entre otras (Ndiaye, 1992). Cabe mencionar que la segregación racial hacia la población negra ya se existía allí, fue hasta 1948 con el frente del Partido Nacionalista⁶, los descendientes holandeses Bóeres llegaron al poder, donde empezó a tener respaldo jurídico con la adopción de leyes mencionadas anteriormente; y año tras año se evidenció la gravedad del asunto, a tal punto que la segregación fue declarada oficial y llegó a abarcar sitios cotidianos como playas, buses, hospitales, parques, colocando una línea infranqueable entre la población blanca y negra, siendo de inferior calidad los servicios prestados a éstos. De acuerdo a lo impuesto por el Congreso Nacional Africano, este régimen se fundamentaba en cuatro ideas (Thompson, 2001). La primera de estas, dividía a la población sudafricana en 4 grupos raciales: blancos, de color, indios y africanos; la segunda, se decía que los blancos eran la raza civilizada y por lo tanto podían tener el control de todo el Estado; en la tercera, primaban los intereses de la población blanca que de la población negra, de tal forma que el gobierno no estaba obligado a brindar los servicios básicos y satisfacer las necesidades básicas del resto de las razas, como se mencionaba anteriormente; la cuarta y última; la raza blanca formaba una sola nación, donde podían hablar Afrikaans o Inglés, mientras que los otros grupos pertenecían a distintas

⁵ Es uno de los Idiomas oficiales de Sudáfrica, cuenta con 11 idiomas oficiales, entre estos se encuentra también inglés.

⁶ Fue el partido de Gobierno en Sudáfrica el cual ganó las elecciones en el año 1947, el cual obtuvo el poder y se mantuvo hasta el año 1994.

naciones. Lo anterior se puede sintetizar en que el progreso de los africanos constituía una amenaza para el sistema del apartheid. (Benítez, 1981, p. 40).

Durante el apartheid, el antecedente principal que regía los derechos correspondientes a la ciudadanía sudafricana era que, los derechos estaban investidos en la comunidad y que son conferidos al individuo por virtud de su pertenencia a esa comunidad (Reitzes, 1995, p. 3). Todas estas represalias en contra de la población negra hicieron que se presentaran graves violaciones a derechos humanos que se vieron evidenciadas con los años posteriores a la ascendencia al poder del Partido Nacionalista.

2.1 VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS DURANTE EL APARTHEID

El mayor auge del Apartheid se tuvo a principio de los años 60' cuando los movimientos de la población negra empezaron a luchar en contra de las fuerzas que los abatían; en algunos casos tuvo paso a lucha armada en contra de éste régimen, y en muchos de estos casos, las víctimas eran civiles, como lo fue en Sharpeville (Sudáfrica) donde la policía abrió fuego durante una manifestación *pacífica* que se llevaba a cabo en contra del Apartheid y su régimen, donde murieron 69 personas. (Amenós, 2008). De este modo, las violaciones a derechos humanos ocurridas durante este tiempo fueron ascendiendo; dentro de dichas violaciones se encuentran masacres, torturas, encarcelamientos prolongados de activistas, y aquellas que se derivan de la segregación racial. (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2013). Por ello, es necesario traer a colación, que los derechos humanos considerados como Universales son garantizados a través de la ley y por tanto son parte del derecho internacional tradicional. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2011).

Frente a esta situación, distintas medidas se adoptaron en busca de contrarrestar dichas vulneraciones, una de estas fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos, siendo un documento internacional con la necesidad de ser creado para garantizar y evitar violaciones a los derechos humanos (Amnistía Internacional, 2011). La intervención de las organizaciones internacionales en conflictos que se llevan a cabo en algunos países

es esencial, con el fin de garantizar los derechos de sus habitantes (Welch, 2008). Por otro lado, se encuentran las resoluciones dictadas por parte de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), mediante la cual países miembros se comprometen a tomar medidas para garantizar el respeto a los derechos humanos de todos los seres humanos. Mediante la resolución 2142 se busca abolir la discriminación racial y se conmemora el Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial. Bajo esta línea argumentativa, a través de la resolución 3068 acerca de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo al Crimen del Apartheid, se le permite a la Asamblea General de la ONU adoptar medidas con la finalidad de frenar y sancionar el Apartheid a nivel internacional.

Así mismo, con las resoluciones 1598 y 1663 se considera el Apartheid como un peligro para mantener la paz en los países y es así como en 1962 se decide implementar el Comité Especial contra el Apartheid. Como consecuencia de esto, para contrarrestar lo ocasionado por este régimen en la resolución 12 del Consejo Económico y Social se toma al Apartheid como una violación a los derechos humanos, de manera que, se crea un Grupo Especial de Expertos para investigar las violaciones a derechos humanos ocurridas allí (Downing, 2004).

Con la resolución 35/206 se estableció que cualquier tipo de colaboración al régimen del Apartheid en Sudáfrica sería un acto de oposición hacia el pueblo de Sudáfrica y de igual manera se contemplaría como una ofensa contra la ONU y hacia la comunidad internacional. Posteriormente, y adentrándonos al tema que nos interesa para este estudio, con las resoluciones 1904 y 2106 empieza a dar énfasis en la condena a la segregación racial y Apartheid, así como cualquier práctica de ese tipo en territorios donde rija la ONU. En virtud al artículo 7 literal J del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se contempló al Apartheid⁷ como crimen de lesa humanidad; así mismo, en 1968 con la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, se clasifica al Apartheid dentro de esta categoría con el fin de evitar actos de este tipo en otros países en un futuro.

⁷ Para mayor comprensión, en virtud al Estatuto de Roma, se entiende por crimen de Apartheid como todo "Acto inhumano cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen".

3 CONSECUENCIAS JUDICIALES Y POLÍTICAS DEL APARTHEID EN SUDÁFRICA

Dentro de este acápite, se realizará un análisis sobre las consecuencias que trajo consigo el Apartheid dentro de Sudáfrica, y se mostrará los mecanismos que se llevaron a cabo para tratar de resarcir los daños y empezar una era de paz; culminando el año 1991, dos acontecimientos importantes marcaron la historia en Sudáfrica, se logró la abolición del Apartheid, y durante este mismo año se firmó un Acuerdo de Paz, y se creó el Acuerdo Nacional por la Paz. Posteriormente, en las elecciones presidenciales en 1994 que se llevaron a cabo allí, Nelson Mandela⁸ llegó a la presidencia y fue el primero en permitir la mezcla de razas en la organización del gobierno. (Thompson, 2001). Posteriormente, en 1996 se creó una nueva Constitución Política en Sudáfrica, la cual se buscó que se basara en los derechos humanos, la cual fuera incluyente y primara la democracia que regía en ese país. Esta nueva Constitución es considerada alrededor del mundo como progresista, debido al énfasis que se les otorga a los derechos humanos de la población dentro de ésta (South Africa Info, The Constitution of South Africa). Como consecuencia de la posición tomada por parte del Presidente Nelson Mandela evidenció una transición política dentro de Sudáfrica, la cual no tuvo un camino fácil que atravesar, debido que la población negra tenía resentimientos (Raco, sf).

Por otra parte, la Corte Internacional de Justicia en África buscó la creación de una Comisión que defienda los derechos humanos en este continente, es así que en 1979 se creó la Carta Africana de los Derechos Humanos, tema que se abordará en el desarrollo de los siguientes acápites.

3.1 ACUERDO NACIONAL DE PAZ

Para contrarrestar la crisis vivida por el régimen del Apartheid, los partidos políticos sudafricanos negociaron en 1991 el Acuerdo Nacional de Paz (en adelante ANP), con el objetivo de frenar y

⁸ Fue líder de la lucha contra la segregación racial en Sudáfrica y fue el mayor activista contra el Apartheid.

prevenir la violencia. Este proceso no tuvo un desarrollo pacífico ni completamente efectivo al primer intento; la preocupación y desconfianza en el Gobierno por parte de las personas sudafricanas incrementaba. Al respecto, las Iglesias fueron quienes tomaron la iniciativa, mediante el Consejo de las Iglesias de Sudáfrica decidieron convocar a una Conferencia de Paz la cual tuvo respuesta negativa; sin embargo esa iniciativa tuvo aspectos favorables, como lo fue la confesión de culpabilidad durante el Apartheid por parte de la Iglesia Reformada Holandesa, o mejor conocido como el Partido Nacional en oración; dichas confesiones dieron paso a la Declaración de Rustenburg⁹. Así mismo bajo intentos fallidos por parte de un grupo de dirigentes empresariales progresistas, se dio paso para establecer una Comisión Preparatoria, la cual buscaría que el proceso de paz se encarrilara. Dicha Comisión representó un gran acontecimiento, debido a que, por primera vez, se reunieron las direcciones de las principales fuerzas políticas; y posteriormente, se logró el mayor de los acontecimientos, la firma del acuerdo, éste fue firmado por 27 dirigentes políticos, sindicales y gubernamentales (Barnes, 2004).

La estructura del ANP se dividía en dos partes, la primera hacía referencia a la Comisión Nacional de Paz, compuesta por representantes de todos los partidos firmantes y miembros de la Comisión Preparatoria, y su finalidad era supervisar la aplicación del acuerdo en su conjunto y resolver cualquier obstáculo político a su buen funcionamiento; por otra parte de su estructura, se contaba con el Secretariado Nacional de Paz, cabe mencionar, que dentro de esta estructura general también se contaba con estructuras regionales y locales (Fisas, 2010).

3.2 JUSTICIA TRANSICIONAL EN SUDÁFRICA

Antes de abordar lo que fue la justicia transicional en Sudáfrica, para mayor entendimiento en este estudio es necesario profundizar acerca de lo que se entiende por ello. La justicia transicional (en adelante JT), se concibe cada vez más como un paradigma jurídico que consta de cuatro mecanismos o componentes (Rettberg, 2005):

⁹ Buscaba denunciar el Apartheid y reclamaba una Constitución democrática y un equitativo reparto de la riqueza en Sudáfrica.

- Acciones judiciales contra autores individuales de crímenes, ya sea mediante tribunales nacionales o internacionales.
- La promoción de iniciativas de búsqueda de la verdad para esclarecer abusos pasados y construir la memoria histórica, entre estas están las comisiones de la verdad y entidades investigadoras.
- Las reparaciones tanto material como inmaterial, a favor de las víctimas de violaciones de derechos humanos.
- La reforma inmediata de instituciones importantes para la gobernabilidad democrática, incluyendo la investigación de antecedentes, la remoción de los culpables de sus cargos y su exclusión de los puestos públicos.

De este modo, la JT normalizada nos ubica en una disyuntiva que ha hecho carrera en la tradición de la filosofía política y moral y que ronda a numerosos intelectuales hasta la actualidad: la justicia o injusticia de la guerra (Walzer, 2005). De esto se puede inferir, que a pesar de los múltiples esfuerzos de la justicia sudafricana de llevar a cabo las medidas para cumplir con los anteriores componentes y tener una JT de forma efectiva, analizándolos objetivamente, se pueden enumerar los intentos fallidos que a pesar de estar adoptados dentro del ordenamiento jurídico no tuvieron el arraigo que se esperaba.

En el contexto de JT en Sudáfrica haciendo énfasis a sus contenidos fundamentales, se puede mencionar que, se evidenció en gran manera las coyunturas del cambio político y social, que tuvo lugar en la salida de un régimen autoritario como lo fue el Apartheid al cambio de un régimen democrático o el tránsito de la guerra a la paz. Como se ha ido mencionando a lo largo del desarrollo de este estudio, el Apartheid se caracterizó por las graves y masivas violaciones a derechos humanos que vivió el país por casi medio siglo bajo el régimen de segregación racial; frente a esto, con el Presidente Nelson Mandela en 1995 inició oficialmente la ley de Promoción de la Unidad Nacional y Reconciliación, y se dio paso seguido a la creación de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (en adelante CVR).

4 COMISIÓN DE LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN EN SUDÁFRICA

Dentro de este eje temático se busca hacer un retroceso sobre la CVR llevada a cabo en Sudáfrica y mostrar el impacto y las consecuencias que generó después de terminado el régimen del Apartheid con la posesión del nuevo presidente, en perjuicio de las víctimas, del sistema judicial, y en el sistema internacional de los derechos humanos; antes de entrar a fondo en lo que fue la CVR en Sudáfrica, es menester mencionar, que las Comisiones de la Verdad son organismos temporales constituidos para investigar un tipo de violaciones en un periodo de tiempo determinado, producir un informe final y formular recomendaciones de reformas (Hayner, 2006). De este modo, como se mencionó anteriormente, el nuevo gobierno sudafricano estableció la CVR, las directrices de esto fueron acordadas durante las negociaciones, y concretizando estas quedaron en que los supervivientes y víctimas de violaciones graves a los derechos humanos recibirían reparaciones por parte del Estado, y los autores de los delitos recibirían amnistía una vez realizado el recuento completo y veraz de sus violaciones (Seidman, 2013). Dicha Comisión fue diseñada por el primer parlamento sudafricano, con el objetivo de promover la unidad nacional y la reconciliación dentro del territorio, mediante la coadyuvancia de contribuir en el armado de una memoria para hacer posible dicha finalidad. Esta Comisión en Sudáfrica no se creó como una simple creación para finiquitar un conflicto, sino que fue un pilar fundamental en la reconstrucción de un país, donde tuvo un giro totalmente contrario a la situación que se estaba viviendo en Sudáfrica, fue la construcción de un Estado nuevo.

En relación con lo expuesto anteriormente, se puso en marcha una transición entre la violencia sufrida dentro de este país durante tantos años, y la paz que tanto se anhelaba; la Constitución interina de 1993 fue el pacto de paz o compromiso político entre la minoría de las fuerzas del apartheid y la mayoría marginalizada y desprovista del derecho a voto liderada por el Congreso Nacional Africano (Cejas, 2007, p. 27). Se trataba de construir un puente entre el pasado de una sociedad profundamente dividida, caracterizada por rivalidad, conflicto, innumerables sufrimientos e injusticia, y un futuro fundado en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia y la coexistencia pacífica y el desarrollo de oportunidades

para todos los sudafricanos, sin consideraciones de color, raza, clase, creencia o sexo (Constitution of the Republic of South Africa Act, 1993, sec. 232-4). En palabras de Gauck (2013) “Sudáfrica sintió, por tanto, la presión de impedir o minimizar la violencia en la transición y de respetar la necesidad de justicia de los oprimidos, al mismo tiempo que debía proteger a los que aún estaban en el poder frente a actos de venganza. La solución fue la reconciliación, en lugar del castigo. Amnistía a cambio de verdad” (p. 218).

La Promoción de la Unidad Nacional y Reconciliación mediante el Acta N° 96 de 1995 estableció que la CVR quedaría con las siguientes funciones:

- A) Establecer, a través de investigaciones y audiencias el más completo cuadro posible acerca de las causas, la naturaleza y la extensión de las graves violaciones a los derechos humanos que fueron cometidas desde el primero de marzo de 1960 hasta la actualidad, incluyendo los antecedentes, las circunstancias, los factores y el contexto de dichas violaciones, así como, de las perspectivas de las víctimas y las perspectivas de las personas responsables –según la Comisión– de cometer violaciones;
- B) Facilitar la garantía de la amnistía a las personas que realizarán una completa exposición de todos los datos relevantes relacionando los actos realizados con los objetivos políticos y cumplimentando todos los requerimientos del Acta;
- C) Establecer o hacer conocido el destino de las víctimas y recuperando la dignidad humana y civil de esas víctimas garantizándoles la oportunidad de expresar su definición acerca de las violaciones de las cuales resultaron víctimas y recomendando medidas de reparación dirigidas a ellos;
- D) Compilar un reporte lo más amplio posible de las actividades y hallazgos de la Comisión a través de las actividades (a), (b) y (c) y que contenga recomendaciones de medidas para la prevención de futuras violaciones de los derechos humanos.

Es claro advertir, que dichas comisiones son creadas para ayudar a una comunidad que haya sufrido graves violaciones a

derechos humanos, y mediante esta superar la crisis y los traumas dejados por la violencia, y lograr la reparación de las víctimas. En este caso, se buscaba que salieran a la luz las verdades sobre los actos realizados durante el Apartheid y también marcar un precedente sobre la lucha y resistencia contra este régimen. La CVR fue creada mediante una ley del Parlamento¹⁰, a diferencia de las demás Comisiones creadas en África y en algunos casos de América Latina, que fueron creadas mediante distintos mecanismos.¹¹

Cabe señalar, que las Comisiones de la Verdad en general, tienen la obligación de emitir un informe final que debe ser hecho público y puesto a disposición de la ciudadanía para que todo el mundo lo conozca, y emitir unas recomendaciones de atención a las víctimas y para que lo sucedido no vuelva a repetirse. (Soria, 2014). Para abordar el funcionamiento de la CVR en Sudáfrica, es menester precisar que enmarca su labor en tres factores: el primero, como función de investigar los delitos mediante el Comité sobre las Violaciones a Derechos Humanos, el segundo factor, como reparación, ofrecería compensación a las víctimas mediante el Comité sobre la Reparación y por último otorgar amnistía a los transgresores a cambio de confesiones veraces mediante el Comité sobre la Amnistía. (Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report, 2006). De lo anterior se puede inferir que la CVR realizada en Sudáfrica tiene un papel importante marcando un precedente, debido a que tiene cualidades únicas, de las cuales otorga facultades extraordinarias con capacidad para juzgar las violaciones a derechos humanos y a su vez pueda conceder amnistías.

Esto se ve reflejado a causa de la Constitución interina sudafricana y luego en la definitiva, donde se estableció que todos los actos cometidos por motivos políticos, incluidos los del Apartheid, serían amnistiados, sin embargo dejaron un vacío legal sin la indicación de cómo se realizaría esto; solo fue hasta la creación de una ley a finales de 1995 en la que estipulan que los posibles responsables deberán pasar por la CVR y confesar voluntariamente los delitos cometidos, teniendo la posibilidad que les concedieran la

¹⁰ The Promotion of National Unity and Reconciliation Act, n.34 de 1995.

¹¹ En Argentina y Chile la CVR fue creada mediante iniciativa propia del Ejecutivo (Decreto 187 del 15 de diciembre de 1983 y decreto 355 del 24 de abril de 1990, respectivamente). Otro mecanismo mediante el cual fue creada la CVR fue a través de Acuerdos de Paz, cómo lo fueron en los casos de Guatemala y El Salvador.

amnistía sobre todo lo confesado, y a su vez, se instauró que sobre aquello que no confiesen, después podrán ser juzgados por los delitos faltantes¹² (Espinoza, Ortiz y Rojas, 2003, p. 225).

Antes de abordar en concreto el tema de las amnistías otorgadas por la CVR, es necesario hacer mención a las víctimas de violaciones a derechos humanos, y la participación dentro de la CVR, la finalidad allí mediante el Comité para la Rehabilitación y la Reparación era que se pusiera en marcha una política de reparación para restaurar las vidas de las víctimas y sobrevivientes. Sin embargo, en muchos casos la reparación fue prácticamente simbólica, la reparación real se dio bajo un proyecto denominado “affirmative action y black empowerment” que ha permitido que la población negra dentro del territorio sudafricano tenga más igualdad de derechos y medios económicos para integrarse tanto a la nueva sociedad democrática como a la economía (Ventura, 2012). El Departamento de Justicia y Desarrollo Constitucional hace un llamamiento a las víctimas del Apartheid que fueron declaradas como tales por la CVR para solicitar asistencia con los aranceles para la educación y la formación básica y superior, anualmente se realiza esto y la fecha de cierre de las solicitudes es el 30 de septiembre (Official Truth and Reconciliation Commission Website).

La Comisión recibió 21.296 declaraciones provenientes de víctimas y 7.127 solicitudes de amnistía. El papel de la CVR durante la transición democrática no solo radicó en la construcción de los cimientos de la memoria oficial de la nueva Sudáfrica. Su labor incluyó también la elaboración de una serie de recomendaciones necesarias para garantizar cambios reales que percibiera la población sudafricana. Se presentó un primer reporte ante el presidente Mandela en octubre de 1998. El reporte final, publicado en 2002, contenía 250 recomendaciones. Entre ellas, una política substancial de reparación que preveía indemnizaciones financieras para cada una de las víctimas, así como la edificación de monumentos públicos conmemorando el sufrimiento de las víctimas. (Millán, 2015, p. 440).

¹² Dicha Comisión funcionó entre el año 1995 y el 2000, y en 1996 dio comienzo a las primeras audiencias públicas, presentando su informe final en 1998, pero continuó vigente dos años más, a fin de concluir las audiencias de amnistía y para ayudar a implementar un programa de Reparación.

4.1 AMNISTÍAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Antes de abordar el tema de las amnistías, es necesario precisar sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos (en adelante SIDH), está integrado por una amplia red de tratados, protocolos y organismos internacionales, regionales y nacionales, que son la base de la protección internacional de los derechos humanos. El órgano principal de este Sistema es la Organización de Naciones Unidas, y el elemento Internacional, surge con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Bregaglio, sf, p. 92).

Hecha esta salvedad, es menester definir qué es una amnistía, las cuales se entienden como medidas jurídicas que tienen como efecto, la posibilidad de impedir el enjuiciamiento penal y, en algunos casos, las acciones civiles contra ciertas personas o categorías de personas con respecto a una conducta criminal específica cometida antes de la aprobación de la amnistía, o la anulación retrospectiva de la responsabilidad jurídica anteriormente determinada.¹³ (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2017, p.1).

Las amnistías por regla general especifican una categoría o categorías de beneficiarios, como los miembros de las fuerzas rebeldes, los agentes estatales o los exiliados políticos. Las amnistías suelen especificar con mayor frecuencia y cada vez más crímenes determinados o circunstancias determinadas en las cuales se obstaculizan el enjuiciamiento penal y/o las acciones civiles (Organización de Naciones Unidas, 2009, p. 11). Para ejemplificar esto, se consideró que un decreto de clemencia de Zimbabwe violaba la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos al eximir de su alcance el homicidio, el robo, la violación, las lesiones indecentes, el estupro, el hurto, la posesión de armas y toda otra infracción que implique fraude o deshonestidad.¹⁴

¹³ La palabra amnistía deriva de la palabra griega amnesia, que es también la raíz de amnesia. La raíz griega connota el olvido más bien que el perdón de un crimen que ya ha sido objeto de una condena penal. Véase Diane F. Orentlicher, "Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime", Yale Law Journal, vol. 100, Nº 8 (1991), pág. 2537

¹⁴ Véase Zimbabwe Human Rights NGO Forum c. Zimbabwe, párr. 52.

Es claro advertir, que los Estados han adoptado a lo largo del tiempo, diversos Convenios¹⁵ que los obligan a acoger las medidas necesarias para prevenir y poner fin a todo acto contrario a sus disposiciones¹⁶. En razón a esto, los Estados pueden adoptar determinadas medidas durante y después de los conflictos armados para fomentar la reconciliación y la paz, una de las cuales es la amnistía; acorde con esto, los objetivos de las amnistías son alentar la reconciliación social y contribuir al restablecimiento de las relaciones normales en la vida de una nación afectada por un conflicto armado (CICR, 1987, pp. 4617-4618).

Sin embargo, dentro del Sistema Internacional de Derechos Humanos, se genera una incompatibilidad de las amnistías con este, en la medida que diversos tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario requieren expresamente que los Estados partes velen por el castigo de determinados delitos, como aquellos que se extiendan como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad¹⁷, en el marco del sistema de infracciones graves establecido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional I de 1977 los Estados Partes están obligados a imponer sanciones penales efectivas a las personas que cometan u ordenen cometer cualquiera de dichas infracciones graves durante un conflicto armado ya sea internacional o no; también deben investigar otros crímenes de guerra sobre los que tengan jurisdicción y, si procede, enjuiciar a los imputados.¹⁸

Como se observa a continuación, también se ha considerado que las amnistías son incompatibles con los tratados de derechos humanos que no se ocupan expresamente del enjuiciamiento pero que se ha interpretado de manera coherente que requieren que los Estados partes inicien procedimientos penales cuando haya

¹⁵ Entre ellos se incluyen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

¹⁶ Ejemplificando esto, ver Convenios de Ginebra de 1949, y el Protocolo Adicional I de 1979

¹⁷ Véase la definición en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Arts.7-8.

¹⁸ Norma 158 del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario

violaciones graves. Las amnistías relativas a violaciones graves de derechos humanos y del derecho humanitario pueden violar también el derecho internacional consuetudinario¹⁹.

Una amnistía que exonerara a los crímenes de lesa humanidad del castigo y/o de los recursos civiles sería también incompatible con las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en varios tratados generales de derechos humanos que no mencionan expresamente este crimen internacional, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero que se ha interpretado que exigen que se castiguen como crímenes de lesa humanidad (ONU, 2009, p. 13). Crímenes que durante el tiempo que estuvo vigente el régimen del Apartheid se cometieron, tales como la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género; por otro lado, haciendo mención brevemente sobre los crímenes de guerra, también se cometieron tales como el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, al negarle a la población negra la atención médica. Las leyes y concesiones de amnistías aparecen como consecuencia como un obstáculo para la implementación de medidas de prevención, debido que la principal medida de prevención consiste en el procesamiento y la sanción de los responsables de las violaciones a derechos humanos (Espinoza, et al.).

5 RESULTADOS Y CONCLUSIONES

El proceso de transición de Sudáfrica, y la CVR realizada, tuvieron gran impacto a nivel internacional, considerándose como un precedente marcado en la historia de los conflictos y un ejemplo a

¹⁹ Los tribunales internacionales han tenido pocas oportunidades de referirse a la cuestión de si una amnistía puede violar las obligaciones de los Estados derivados del derecho internacional consuetudinario. Una decisión de 1998 de una sala del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, sugiere, sin embargo, que una amnistía relativa a la tortura (y, por implicancia, respecto de otras conductas cuya prohibición tenga en derecho internacional la condición de norma perentoria) sería "internacionalmente ilícita", Fiscal c. Anto Furundžija, caso N° IT-95-17/1-T, fallo de 10 de diciembre de 1998, párr. 155. Véase también Fiscal c. Morris Kallon y Fiscal c. Brima Bazzy Kamara, párr. 82.

seguir; de acuerdo con esto, las Comisiones de la Verdad deben defender el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado a conocer la verdad, obtener justicia y recibir reparaciones; en definitiva, después de culminada la función de la CVR y siendo posteriormente material de estudio por parte de muchos doctrinantes, es de destacar que la legislación sudafricana se comprometió para eliminar todas las formas de discriminación y ha apostado por la construcción de una sociedad más igualitaria (Vivas, 2016, p. 56).

Queda por mencionar que, pese a los esfuerzos realizados por parte del gobierno sudafricano para que la CVR funcionara y fuese efectiva, el proceso no fue completamente de esa forma, tuvo partes defectuosas, empezando con la concesión de la amnistía, o sobre aquellos que no recibieron la amnistía ni fueron juzgados, ni el no juzgamiento de las empresas transnacionales que apoyaron el Apartheid.

Es cierto, que el primer paso para que pueda haber justicia después de graves violaciones a derechos humanos, es la constante búsqueda de la verdad, y la voluntad de las personas que cometieron los crímenes de confesar dichos actos, para que pueda llevarse a cabo satisfactoriamente las reformas judiciales que se requieren en la construcción de un nuevo sistema como sucedió en Sudáfrica; sin embargo, después de vivir una era de crímenes, discriminaciones y violaciones a los derechos humanos, en cabeza del gobierno recae la responsabilidad sobre la apresurada toma de decisiones de buscar la paz, sin importar o analizar las consecuencias de esto.

Con el ideal de reconciliación y un nuevo régimen, y con la creación de leyes para finiquitar el conflicto, se deja a un lado a los principales afectados de esa era de violencia: las víctimas; fomentar el derecho a la verdad significa intentar conseguir que los mecanismos que establezca un Gobierno para cumplir con su obligación funcionen bien y respondan a las expectativas de las víctimas y del conjunto de la sociedad. (ICTJ, 2014). Las víctimas del Apartheid siguen enfrentando graves dificultades para reclamar justicia y una reparación digna, tras las violaciones sufridas durante décadas. A día de hoy, el Gobierno sudafricano sigue sin escuchar las demandas de las víctimas.

El éxito de una Comisión de la Verdad se medirá también en función que adopte un enfoque centrado en las víctimas y sus familiares, es decir, un enfoque que les proporcione una oportunidad

de referir su caso. Al momento de conceder las amnistías se está dando culminada la etapa de reparación para con la víctima, y aniquila la posibilidad de una eficaz prevención y no constituye garantía de no repetición, lo que para las víctimas se considera como una injusticia y una total ausencia de reparación.

Es entendible que las Comisiones de la Verdad son producto de negociaciones, sin embargo, dentro de esas negociaciones se están sacrificando y sobrepasando los límites en búsqueda de finiquitar el conflicto y lograr la paz, adquiriendo características especiales como lo evidenciamos en el caso de las amnistías concedidas en Sudáfrica. Los gobiernos deben garantizar y luchar contra la impunidad, y no conceder privilegios desmedidos sobre crímenes con gran magnitud de gravedad.

Ahora bien, cuando las investigaciones que deben hacer los Estados revelan graves violaciones a derechos humanos, que encajen como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, deben velar que sean sometidos a la justicia; centrándonos en el caso de Sudáfrica, después de finalizado el régimen del Apartheid donde se evidenciaron innumerables graves violaciones a derechos humanos, el Gobierno sudafricano optó por instaurar la CVR, con la capacidad de juzgar dichas violaciones, concediendo amnistías a los responsables de tales actos, de este modo, igual que sucede cuando no se inicia una investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones y el otorgamiento de las amnistías si se considera como una violación al SIDH.

Capítulo II

A PAZ, O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE E O DIREITO COMO FUNÇÃO PROMOCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Lafayette Pozzoli¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. Dignidade da pessoa humana na prática social. 4. Princípio constitucional da fraternidade. 5. Fraternidade cidadã é parceira da dignidade da pessoa humana e da paz. 6. O direito como função promocional da pessoa humana. 7. Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

O artigo trabalha os princípios constitucionais da fraternidade e da dignidade humana em que vemos não serem os mesmos

¹ Advogado, Pós-doutorado em Filosofia do Direito e do Estado pela Università "La Sapienza", Itália. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC-SP. Professor na Faculdade de Direito e foi Chefe de Gabinete na PUC-SP. Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão, Coordenador e professor no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado – no UNIVEM – Marília – SP. Foi sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro do Instituto Jacques Maritain do Brasil. Sócio fundador da AJUCASP – União dos Juristas Católicos e São Paulo. Consultor avaliador do INEP/MEC para Cursos Jurídicos. Foi membro do Tribunal de Ética da OAB/SP - TED-1. Foi Professor Assistente no Curso de TGD, ministrado pelo saudoso Professor André Franco Montoro - Pós-Graduação PUC-SP.

dogmatizados conceitualmente, exemplificados por meio de alguns tipos legais, porém, deve-se permitir suas análises com toda subjetividade que lhe é próprio. Diante do aspecto subjetivo do que vem a ser dignidade humana, pode-se compreender que o direito à vida, como um direito protegido pelo ser humano, está em um mesmo nível de valor da dignidade humana. Isto porque não é possível dar o direito a vida sem preservar um mínimo de dignidade ao ser humano que é detentor deste direito.

É possível a aplicação destes princípios subjetivos uma vez que podemos analisar cada ato do universo jurídico com uma carga de valores próprios de uma sociedade ou de uma parcela desta sociedade, baseando-as nas condutas morais e éticas de cada sociedade que são possíveis de serem encontradas na mera compreensão das práticas sociais. É seguindo este raciocínio que a fraternidade, resguardada pela dignidade da pessoa humana, se torna uma categoria importante no processo de efetivação dos direitos aplicados sob a égide de uma função promocional da pessoa humana.

Enfim, quando é aceita a dignidade humana com uma carga valorativa intensa e realmente praticada e aceita no universo jurídico, estamos diante de um direito que não prima pelo texto que foi escrito, seja ele atual ou retrogrado, mas, um direito que busca a paz entre os seres humanos e que lhes gera o instinto de vida fraterna.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está disposto no Título I da Constituição Federal Brasileira, no artigo 1º, in verbis:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III. a dignidade da pessoa humana

Contudo, a aplicação deste princípio não está determinada, não encontramos no texto Constitucional norma regulamentadora do referido princípio, entendendo-se assim, que o artigo 3º, da Carta

Magna, demonstra exemplos de quais seriam os direitos de garantia da dignidade da pessoa humana, vejamos:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- Garantir o desenvolvimento nacional;
- Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Nessa seara, não há de olvidar-se que estamos diante de um rol meramente paradigmático que o legislador apresentou para nortear o que deve entender a hermenêutica jurídica no tocante a dignidade humana.

Assim, torna-se inevitável a aplicação do princípio da proporcionalidade na tentativa de valorar os direitos entendidos como de dignidade do ser humano e o direito mais preservado pela racionalidade humana que é o direito a vida. Nesse embate, entendemos que tais direitos não devem ser distintamente valorados, sendo que estão no mesmo nível de igualdade por sua importância fundamental, sendo que, com uma análise humanística, podemos concluir pela não existência de uma vida humana se esta não é provida de um mínimo de dignidade. Neste sentido, bem afirma Edson Fábio Garutti Moreira:

O ser humano é “pessoa” por não ser objeto nem animal, mas ser dotado de racionalidade e vontade, e é “pessoa humana” porque também é dotado de uma individualidade, isto é, forma um todo completo em si, uma vez que possui valores humanos e um espírito digno de respeito e liberdade (2001, p. 23).

Seguindo este entendimento é de grande valia sustentar que tal tipo de dignidade é inerente ao comportamento humano, mas que a dignidade prescrita na Constituição Federal Brasileira de 1988 reporta-se a um atributo próprio do ser humano, como um “valor de todo o ser racional” e em virtude disso é que uma pessoa não pode ser privada de seu direito fundamental - a vida. Isto remete

sistematicamente à necessidade da discussão jurídica da dignidade humana, como sendo a garantidora da vida humana.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PRÁTICA SOCIAL

Como visto acima, o ser humano moderno elegeu como direito de principal proteção e cuidado, o direito a vida. Com toda razão, de que valeriam códigos, leis e normas de conduta na esfera jurídica, se não existir uma vida a ser tutelada, um sujeito. Assim, uma vez que o direito à vida é indisponível, surge a questão no sentido de que, do que valeria uma vida por si só? Ou ainda, existe uma vida se ela não tem um valor ou sentido de ser?

É com tal raciocínio que conseguimos chegar ao ponto em que é indispensável para se falar em proteção a vida, sem fazer dela uma carga de valores particulares ou sociais.

Portanto, no intuito de agregar à vida esse valor, que é inerente ao ser humano, surge a necessidade de salvaguardar a dignidade humana, para que haja sentido na proteção desse bem tão precioso que é a vida humana. O Professor Fernando Ferreira dos Santos ensina que:

A proclamação do valor distinto da pessoa humana terá como consequência lógica a afirmação dos direitos específicos de cada homem, o reconhecimento de que, na vida social, ele, homem, não se confunde com a vida do Estado[...] (1999, p. 20).

Tendo como referência a dignidade do ser humano, é fácil identificar seu critério subjetivo, já que cada ser humano possui sua própria dignidade, não perante o Estado, mas perante sua sociedade, o que assim, passa a ter, a dignidade humana, valor em “pé de igualdade” à vida do ser humano, vez que, um não tem sentido sem o outro. É nesta direção que discorre o Professor Fernando Ferreira dos Santos:

Consequentemente, cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado (1999, p. 92).

Podemos exemplificar de várias formas o que seria uma vida digna que, mesmo se já estudado ser inerente a cada ser humano em si, pode ser facilmente protegida, no seu mínimo, pelo detentor do direito que é o Estado.

Enfim, o ser humano digno é aquele que tem valores agregados à sua vida, valores esses instituídos pela sociedade em que vive bem ou por si próprio, que o Estado pode e consegue muitas vezes reconhecer, a exemplo do disposto no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira. Assim ensina Willis Santiago Guerra Filho:

Ademais, o respeito a dignidade humana, à qual se reporta a ideia democrática, requer uma concepção diferenciada do que seja 'segurança', 'igualdade', 'justiça', 'liberdade' etc., onde o ser humano jamais pode ser tratado como 'objeto' e 'meio' de realização de qualquer desses valores, mas sim os sujeitos a que eles se referem e à promoção de quem essa realização tem por finalidade.

Não há que se falar assim, que cabe apenas à particularidade de cada ser humano sua defesa à dignidade, mas ao detentor do direito, o Estado, cabe a responsabilidade de garantir ao cidadão sua dignidade humana como forma de fazer valer sua "autoridade democrática", lastreada na legitimidade.

4 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE

A dignidade humana, como vimos anteriormente, pode ser entendida de diversas formas, considerando a cultura de cada povo, da mesma forma, há que se falar em um fio condutor que perpassa o todo da história humana caracterizando o princípio da dignidade humana com a vida de cada ser humano.

Não podemos falar em dignidade sem proporcionar a igualdade entre os seres humanos. Igualdade material e não igualdade no sentido formal da palavra, conforme afirma Lafayette Pozzoli, em seu livro:

Por outro lado, o conceito material de igualdade apresenta uma conceituação no campo social e observa regra semelhante ao conceito formal, pois a igualdade está em tratar desigualmente os desiguais. A presença do valor "justiça" é uma constante; assim, ao

afrontar o princípio da igualdade tratando igualmente os desiguais, estaria gerando uma visível situação de injustiça.[...]

A paz, assim como a justiça, tem em vista o bem de cada pessoa e de todos, numa exigência de ordem e verdade. Estando a paz sob a mira da ameaça, atinge simultaneamente a justiça. (2001, p. 106-108).

O princípio constitucional da fraternidade poderá dar a efetiva igualdade entre as pessoas, eliminando o direito à igualdade baseado em um poder soberano, a quem todos estão subordinados, porque o direito à igualdade deixa de ser efetivo em decorrência das desigualdades que ele mesmo impõe, a começar pela subordinação dos povos a um poder soberano, um poder desigual.

Pensando neste sentido, o princípio da dignidade humana, como fundamento do Estado e garantidor da vida, é possível dizer que estamos diante de uma humanização do direito, ou ainda, de um direito mais digno.

Tal entendimento sobre a preocupação com a dignidade da pessoa humana, nada mais é do que falar de um direito fraterno.

A fraternidade, por mais que esteja em nossas culturas, sua relação com a religião, aqui, fica claramente apresentada como o grande objetivo da organização jurídica. A ordem jurídica, fundada no princípio da igualdade e da paz, voltada para a dignidade da pessoa humana, é o ordenamento da fraternidade. O ser humano não deve ser visto apenas como um ser que existe, mas deve ser visto essencialmente como um ser que vive em sociedade.

A fraternidade não deve ser vista apenas como uma ordem suprema ou mística, mas, principalmente, como uma necessidade para uma melhor convivência em sociedade. É assim que leciona Carlos José Teixeira de Toledo:

Na medida em que vivemos em um mundo globalizado, não só econômica, mas culturalmente, o valor da tolerância e do respeito à alteridade se faz cada vez mais necessário, devendo o Estado, na qualidade de árbitro dos valores sociais, desfazer-se de qualquer liame religioso que impeça o correto exercício de sua função em prol do verdadeiro interesse público (2004, p. 240).

Então, ao tratarmos da fraternidade, no universo jurídico, como uma essência da ordem jurídica, precisamos nos atentar para

as medidas em âmbito jurídico que devem assegurar ao ser humano digno um direito fraterno.

O exemplo de maior amplitude e historicamente marcado na vida humana, foi sem sombra de dúvidas, a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, maior documento jurídico produzido pela humanidade no século XX, cujo conteúdo demonstra claramente um único objetivo universal que é o da busca da paz, o que faz com que o ordenamento jurídico tenha intrínseca ligação com o que afirmamos ser fraternidade. Sobre este assunto, afirma Lafayette Pozzoli:

A referida declaração, objeto de um estudo mais específico no item seguinte, consigna no seu texto o reconhecimento da dignidade da pessoa humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como constitutivos do fundamento da liberdade, da justiça e da paz. Foram elementos importantes que tornaram os direitos da pessoa humana protegidos, para que a pessoa não se veja levada ao supremo recurso da revolta contra a tirania e a opressão (2001, p. 110).

A fraternidade é uma nova possibilidade de integração entre os povos e nações, fundamentada no cosmopolitismo, em que as necessidades vitais serão suprimidas pela amizade, pelo pacto jurado conjuntamente.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o compromisso dos seus ideários foi praticamente universalizado. Conforme dispõe no seu art. 1º, “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns aos outros com espírito de fraternidade” e no art. 29, item 1, outra importante disposição: “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

A ideia de “jurar em conjunto” é também um requisito básico e que dá fundamento para que um novo humanismo brilhe. Este novo conceito tem vínculos com um futuro mais fraterno, em que os acordos são estabelecidos entre os iguais. Não é mais o direito comandado por um “Pai-soberano”. Um novo conceito ou novo/velho pressuposto, muitas vezes esquecido ou contaminado é a amizade, a fraternidade, que no mundo moderno nada mais que se faz do que acelerar seu processo ambivalente, representada pelo paradoxo inclusão/exclusão.

Certamente que estas reflexões sobre as questões suscitadas poderão contribuir para a construção de um novo paradigma para o sistema do direito em especial e, também, para o sistema da política.

Vale aqui reproduzir o preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988, em que o constituinte teve inspirações fundamentadas nos valores que permeiam a sociedade brasileira, notadamente a parte que faz referência a uma “sociedade fraterna”. In verbis:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (Grifo nosso).

5 FRATERNIDADE CIDADÃ É PARCEIRA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PAZ

Nos últimos tempos é possível constatar que muitos relacionamentos entre pessoas (e também entre alguns Estados) têm sofrido pequenos abalos.² Talvez isto venha ocorrendo devido ao fato de que nos aproximemos mais fortemente do processo de globalização, intensificando a dimensão da comunicação social.

Para analisar a questão, tomemos, de maneira analógica, o seguinte exemplo: existe uma perfeita ordem no universo e que - tudo indica - parece contrastar com uma assim chamada desordem que costuma reinar entre as pessoas e povos, como se as suas mútuas relações não pudessem ser reguladas senão pela força! Aliás, uma concepção errônea, mas frequente, que leva muitos a julgar que as relações de convivência entre as pessoas e a sua respectiva comunidade política possam reger-se pelas mesmas leis das forças e

² Vale lembrar que a ONU proclamou o ano de 2009 o Ano Internacional da Reconciliação.

dos elementos “irracionais” do universo. Mas a verdade é que, sendo leis de gênero diferente, deve-se buscar apenas onde as inscreveu o Criador de todas as coisas, a saber, na natureza humana.

São, de fato, essas leis que indicam claramente como adequar, na convivência humana, as relações das pessoas entre si e as dos cidadãos com as respectivas autoridades públicas. As relações entre os diversos Estados, bem como as das pessoas e comunidades políticas com a comunidade mundial, cuja criação é hoje urgentemente postulada pelo bem comum universal que tem na fraternidade um instrumento de grande valia.

Em uma convivência humana bem constituída e eficiente é fundamental o princípio de que cada ser humano é pessoa, isto é, natureza dotada de inteligência e vontade livre. Por essa razão possui direitos e deveres em si mesmo, que emanam direta e simultaneamente de sua própria natureza. São direitos e deveres universais, invioláveis e inalienáveis.

O Estado de direito garante a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana por meio da ordem jurídica. Assim, falar em paz é falar da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, que representa um conjunto de aspirações proclamadas como ideal comum de todos os povos que buscam a paz. Nela foi resumido o conjunto de valores presentes nos quatro cantos do planeta, tornando-a um documento histórico e de maior importância, produzido em meados do século XX.

A referida declaração consigna no seu texto o reconhecimento da dignidade da pessoa humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como constitutivos do fundamento da liberdade, da justiça e da paz. Foram elementos importantes que tornaram os direitos da pessoa humana protegidos, para que a pessoa não se veja levada ao supremo recurso da revolta contra a tirania e a opressão.

Objetivando mais facilmente alcançar a paz entre as nações, para que os Estados-membros da ONU pudessem convalidar em seus respectivos ordenamentos jurídicos da Declaração, foram aprovados em 1966 os Pactos: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional dos Direitos

Civis e Políticos³. Com isto os Estados-membros assumiram a condição de coadjuvantes partícipes da paz.

Os respectivos pactos, ou melhor, os Direitos Humanos, foram concebidos como proposta de um sistema de vida integral que abarcasse todos os seus âmbitos: cultural, econômico, político e social, tanto no âmbito individual como coletivo, e aplicável a todos, sem qualquer discriminação. Este um desejo de sobrevivência cada vez mais profundo à medida que cresce a ameaça. Não se contentam em proclamar a sede da vida dos seres humanos, mas tentam permitir concretamente a sobrevivência. Enfim, o exercício da cidadania pode intensificar o processo de discussão de um projeto de desenvolvimento que aponta para o bem comum, coisa salutar desde que seja observado o respeito à dignidade da pessoa humana a todos, sem distinção.

Resta uma análise da efetividade da fraternidade com sua correlação com a dignidade da pessoa humana. Para tanto, devemos investigar o direito com a sua função promocional da pessoa humana.

6 O DIREITO COMO FUNÇÃO PROMOCIONAL DA PESSOA HUMANA

Assim, o que caracteriza o direito positivo, no mundo contemporâneo, é uma contínua mudança. Por isso mesmo torna-se difícil identificar o jurídico só pelo conteúdo. Daí a necessidade de conhecer, identificar e qualificar as normas como jurídicas pela sua forma. A este respeito, Hans Kelsen deu uma contribuição teórica, de admirável rigor, ao elaborar, no âmbito da sua teoria, o princípio da dinâmica do direito, graças ao qual uma norma é válida não porque tem um certo conteúdo, mas sim porque foi formalmente criada de acordo com as normas previstas no ordenamento, e dentre elas as do preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988, como visto no item anterior.

Com isto não é difícil identificar no direito um instrumento promocional da pessoa humana, não sendo tão somente um direito

³ O Brasil já convalidou em seu ordenamento jurídico os respectivos pactos em 24 de janeiro de 1992. Vale recordar que os pactos foram adotados pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da ONU, em 16 de dezembro de 1966.

punitivo, mas um direito fraternal. É neste sentido que afirma Franco Montoro:

O fim do Direito é ordenar a vida da sociedade, orientando a conduta de seus membros e a atividade de suas instituições. Para esse objetivo, ele estabelece normas e procura garantir a eficácia das mesmas, atribuindo consequências positivas a seu cumprimento e negativas ou punitivas à sua violação. Ver no Direito apenas o aplicador de sanções punitivas é diminuí-lo. (1999, p. 252). (Grifo nosso).

É a nova forma de ver/analisar/aplicar o direito. Aliás, o uso de estímulos positivos, de maneira preponderante o fraternal, em relação aos aspectos negativos passa a ser uma característica das diversas ciências, não se circunscrevendo tão somente ao direito, afinal os humanistas, o humanismo, estão presentes nos diversos setores da sociedade.

Por derradeiro, é com as indicações acima ponderadas que fomos buscar supedâneo no contexto da teoria geral do direito formal para poder compreender melhor o tipo de norma que trata dos direitos humanos e fundamentais e, notadamente do direito fraternal, considerando tal direito com a sua efetiva aplicação, ou seja, o exercício da cidadania.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É neste sentido que a fraternidade deixou a muito de ser uma preocupação somente para os teólogos e filósofos. O constituinte brasileiro de 1988 trouxe para o texto constitucional a fraternidade como princípio jurídico, propiciando ter um direito como função promocional da pessoa humana. O direito fraterno hoje é um direito do ser humano como pessoa digna, que deve o Estado garantir tal segurança como condição para a paz.

Cabe notadamente aos juristas posicionar e lutar por este direito, mas também, uma tarefa-dever de todos os cidadãos. O direito fraterno é racional, é lógico e totalmente possível como demonstrado e, por isso, merece a atenção de todos os cidadãos e, notadamente, a classe dos agentes no universo do direito que são os

maiores responsáveis pelas mais diversas doutrinas existentes no mundo jurídico.

A defesa por um direito fraterno é a garantia de que teremos uma ordem jurídica voltada para o ser humano na sua dignidade. Com isso, ter-se-á a conquista de um direito cada vez mais justo, atingindo a máxima eficácia no controle social pleno para o qual foi criado.

O começo da concreta efetivação de uma norma jurídica se dá com a sua plena correlação com os valores existentes na sociedade, num processo de conscientização. Assim, como analisado, no contexto há que ser observado o princípio da fraternidade, lastreado como um farol que ilumina todo o Ordenamento Jurídico que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Em síntese, vale ressaltar, um direito promocional e voltado para a proteção e segurança da dignidade da pessoa humana, que muito ajuda na construção de uma cidadania responsável na busca de uma sociedade solidária e fraterna, sem exclusões de qualquer segmento social.

Capítulo III

COSA JUZGADA FRAUDULENTA EN LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ

Julián Camilo Forero Agudelo¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Desarrollo.
3. Conclusiones

1 INTRODUCCIÓN

Para poder dar inicio a la presente ponencia, se debe precisar la expresión de “cosa juzgada” a la luz de la doctrina, para luego, desarrollar el concepto de fraudulencia: en este orden de ideas, “para Hitters, la cosa juzgada es: la influencia que ejerce cierta providencia sobre las posibles declaraciones posteriores de cualquier otro órgano; y podríamos definirla como la imposibilidad de variar una sentencia una vez que ha quedado firme” (Chacón, 2015). Partiendo de la anterior definición, la cosa juzgada se puede enfatizar como el procedimiento encaminado al debido proceso, por tanto, se puede iniciar desde el momento en el que se enfatiza como es el proceder del mismo y cómo a través de instrumentos internacionales se materializa, y cómo es justificable su aplicabilidad para cada uno de los Estados, y cómo determinar de forma objetiva, si atenta o lesiona en el proceso a las víctimas frente a la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), que con ello, se busca

¹ Abogado egresado de la Universidad Cooperativa de Colombia, Maestrante en derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar. Investigador del Grupo Nuevos Ciudadanos e integrante de los semilleros Aleph y Derecho Procesal Constitucional. Correo electrónico de contacto: juliancamilo.78@gmail.com. Cvlac: http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?co_d_rh=0001639725.

determinar la procedencia de la denominada “ cosa juzgada Fraudulenta (Corte Constitucional, expediente T-2.620.501, 2012).

En el derecho actual, se ven circunstancias frente a la credibilidad de las intuiciones, ya que, para muchos, hoy se somete a represarías de injusticias, por el mal proceder de las mismas; por tanto, la acción constitucional se convierte en una herramienta de forma inapropiada para el ordenamiento jurídico, terminado con el objeto de las mismas y creando desafíos en el Estado Social de Derecho, ya que se deben mitigar el estado fraudulento de las decisiones judiciales (Palacios, s. f). Por tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos² (en adelante, Corte IDH) ha creado un concepto enfatizado en la relación de la cosa juzgada con el debido proceso partiendo de lo siguiente: en el art 25 los Estados partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos (CADH, 1978); por tanto el Estado debe garantizar en igualdad de oportunidades a las víctimas frente a la vulnerabilidad de los derechos violentados, partiendo de este enfoque, siendo restablecidos bajo un lineamiento del debido proceso o la defensa procesal (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006).

La Corte IDH, ha generado un precedente conceptual referente a la cosa juzgada fraudulenta, siempre que los procedimientos realizados evidencien que se evade la responsabilidad por las violaciones de los Derechos Humanos por falta de independencia o imparcialidad de los juzgadores y en detrimento de las garantías judiciales se le connotara de esta manera, lo que para estos casos, se trae a colación el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacional, lo que permite el examen de la cosa juzgada fraudulenta, como lo ha sido para los casos de Gutiérrez Soler Vs. Colombia, Almonacid Arellano Vs. Chile, Durand y Ugarte Vs. Perú, Palmeras Vs. Colombia, entre otros. Respecto de lo que se pretende dar seguridad jurídica a los procedimientos, recreando la esencia de la justicia en la sociedad.

² La Corte IDH parece tener mayor relevancia por la densidad de casos que atiende, en razón de la naturaleza de la región en donde se desarrolla. No obstante, esto no determina que sus sentencias tengan mayor o menor validez que las de la CEDH, pero su jurisdicción la lleva a tener más experiencia en relación con esta especial materia (Vivas et al, 2012, p. 139).

2 DESARROLLO

En el contexto del Estado Social de Derecho, es el Estado quien debe ser veedor principal en las diferentes instituciones que imparten justicia, y del mismo modo, deben desarrollar mecanismos ágiles (Corte Constitucional, Sentencia SU 627, 2015); con el fin de que al crear diferentes pautas normativas frente a situaciones que surjan del vivir social permitan desarrollar posturas frente al actuar de las mismas con el fin principal del actuar judicial sin presiones y con una estabilidad que permite la posibilidad de una garantía judicial con el objeto de fortalecer las instituciones y las condiciones de operador jurídico.

Por tanto, el Estado Social de Derecho debe convenir a sí mismo para conducir y solucionar las demandas y requerimientos de la sociedad, basándose en la normativa internacional que soporta los Derechos Humanos debe exaltar con el derecho interno; como en un solo intento de complementación (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso de Pabla KY vs. Finlandia, 2004), los ordenamientos internos y el entorno internacional deben ir consolidando una cultura de legalidad, capaz de permear la estructura jurídica hasta sus más hondas raíces y en esta tarea, es menester un cuerpo de jueces y juezas que demuestren cada día su probidad en los fallos jurisdiccionales; y consideramos que solo así se puede combatir el flagelo de la cosa juzgada fraudulenta, revirtiendo su sintomatología, negación de justicia, corrupción, arbitrariedad e imparcialidad judicial, provocando una respuesta efectiva y dispuesta a atender las nuevas demandas judiciales que tanto exige nuestro continente latinoamericano.

Han existido diversos debates frente la humanización del proceso judicial enfatizado al desarrollo mismo del estado ya que se puede ver desde dos perspectivas diferentes como medio o como fin (Corte Constitucional, 2012), en el amplio sentir del Estado Social de Derecho, la posibilidad de discutir casos buscando ver una sentencia injusta con el fin de repararlo y ver una justa encaminados a una precisión jurídica con ello llevar una garantía jurídica para la no violación del derecho constitucional por tanto en todo momento debe precisarse que la calidad constitucional no puede ser controlada por ninguna acción judicial..

Actualmente, Colombia está viviendo una transición frente a la terminación del conflicto³ armado interno llevado entre el Estado y el ex Grupo guerrillero FARC-EP, en el que se establece una serie de prerrogativas para garantizar el fin del conflicto armado interno⁴, con la firma del acuerdo, se creó la Justicia Especial para la Paz (en adelante, JEP), encargada del control y vigilancia frente a los desmovilizados de las FARC-EP y las diferentes funciones que se le asignan a través del acto legislativo de su creación. Sin embargo, desde el momento de suscripción del acuerdo de paz en el 2016, a la fecha, no se ha dado la regulación procedimental para el tratamiento de los casos que se llevarán en la JEP, por cuanto, la Corte Constitucional⁵ y el Congreso de la República tienen la palabra para aclarar el limbo normativo en el que se encuentra la JEP. Aunque las funciones de sus magistrados han estado ligadas al acto legislativo 01 de 2017, a través del cual se creó el “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”. Cabe resaltar que la revisión del acto legislativo 02 de 2017, que otorga estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo final entre el Gobierno y las FARC EP, aun cuando se declaró en octubre de 2017 su constitucionalidad a través de un comunicado de prensa, no se conoce el texto completo lo que en otras palabras genera inseguridad jurídica al no existir de momento una normatividad que regule sustancialmente los procedimientos, ante esto, el 24 de abril fue radicado el Proyecto de Ley 225/18 Senado y 239/18 Cámara por el Ministro de Justicia y del Derecho, Enrique Gil Botero, y el del Interior, Guillermo Rivera, siendo aprobado en primer debate el proyecto ley que adopta reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz, cabe rescatar

³ En la década del ochenta, cuando los grupos insurgentes y el Gobierno central comenzaron los acercamientos para entablar diálogos, acuerdos y negociaciones, aparece el concepto de conflicto como parte explicativa de la situación de confrontación entre las guerrillas y las Fuerzas Militares y puede llevar a la terminación del mismo (Llano, 2011, p. 22).

⁴ El origen del conflicto armado en Colombia se sitúa en la guerra de la independencia de España. El triunfo de los Ejércitos libertadores no resolvió todas las causas políticas y sociales que habían llevado al levantamiento armado; por el contrario, provocó el establecimiento de una nueva clase social conformada por los españoles americanos que asumieron la dirección del Estado. Muchos de los generales se convirtieron en los nuevos terratenientes y otros militares en mediadores históricos entre el Estado y la sociedad para fundar una democracia formal (Sánchez et al, 2017, p. 13)

⁵ La Corte Constitucional (órgano de cierre de la jurisdicción constitucional) dicta dos tipos de sentencia según el asunto que la Constitución le ha encomendado: sentencias de constitucionalidad (sentencias C) y sentencias de tutela (sentencias T y sentencias S. U.) (Pulido, 2008, p. 129).

que una de las Reglas de Procedimiento de la JEP, trascendental en la administración de justicia transicional⁶ y que hace parte del informe aprobado, es el concepto en materia de extradición. De conformidad con el artículo 19 del Acto Legislativo 01 de 2017, la Sección de Revisión podrá decretar y practicar únicamente las pruebas que sean estrictamente necesarias y pertinentes para establecer la fecha de comisión de la conducta en materia de extradición. Este es un concepto que, según el Gobierno, se ha mantenido vigente desde la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2017 (Ministerio de Justicia, 2018).

Aunado a lo anterior, la JEP ha creado un normograma de seguimiento, en el cual se da a conocer cada avance, sin embargo, aun con ello no se ha expuesto la ley procedimental de efectos de poner en marcha esta figura.

DISPOSICIONES INTERNAS

Sala Plena de la JEP

Tipo de norma		Título	Expedido por	Síntesis o aplicación específica
Acuerdo	001 del 9 de marzo de 2018	Por el cual se adopta el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz.	Sala Plena JEP	Establece las normas para el funcionamiento interno de la JEP y su relacionamiento con otras entidades del Estado.

⁶ Los procesos de justicia transicional mediante los cuales se consolidan los nuevos Estados que se realizan en los contextos de posconflicto tienen por objeto restablecer las condiciones naturales de las instituciones estatales, camino de la verdad, la justicia y la reparación (Martínez y Cubides, 2016, p. 142).

Acuerdo	002 del 5 de junio de 2018	Por el cual se modifica el artículo 42 del Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz	Sala Plena JEP	Se modifica el Reglamento General de la JEP adoptado según el Acuerdo ASP No. 001 del 9 de marzo de 2018, específicamente en el Artículo 42 - Movilidad temporal, estableciendo los criterios para la asignación de magistrados y magistradas a las distintas salas y secciones de la JEP.
Salas y secciones de la JEP				
Tipo de norma		Título	Expedido por	Síntesis o aplicación específica
Circular	01 -03 del 16 de marzo de 2018	Rotación de los diferentes despachos de los asuntos que van hacer discutidos en la SAI	Sala de Amnistía o Indulto	Se describe el modelo que la Sala de Amnistía o Indulto implementará para la rotación de proyectos de decisión entre los despachos de los magistrados.
Protocolo	001 del 03 de mayo de 2018	Por el cual se adopta el Protocolo sobre atribuciones, expedición y firma de providencias	Sala de Amnistía o Indulto	Se determinan algunas reglas para el funcionamiento interno de la Sala de Amnistía o Indulto

Lineamiento	Lineamientos 01-03 de 2018	Redacción y escritura formal de las providencias judiciales y demás decisiones de la SAI	Sala de Amnistía o Indulto	Se establecen reglas para garantizar la uniformidad en las providencias judiciales y demás documentos proferidos por la Sala de Amnistía o Indulto
Lineamiento	Lineamientos 02-05 de 2018	Para el reparto a la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz	Sala de Amnistía o Indulto	Se señalan reglas para el reparto interno de los asuntos que son competencia de la Sala de Amnistía o Indulto
Protocolo	001 del 13 de abril de 2018	Por el cual se adoptan los trámites ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP	Sala de Definición de Situaciones Jurídicas	Adopta el Protocolo pedagógico de los trámites ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas respecto a los siguientes temas: víctimas, defensa, procedimiento para libertad, transitoria, condicionada y anticipada, privación de libertad en Unidad Militar o Policial, régimen de condicionalidad y

				seguimiento, renuncia a la persecución penal, cesación del procedimiento o por delitos en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios públicos internos, sustitución de la sanción penal. Incluye el Anexo 1, que establece aspectos generales de la SDSJ. Hay un anexo al Protocolo.
Anexo al Protocolo 001 de 2018 de la SDSJ	001 del 13 de abril de 2018	Anexo al protocolo 001 del 13 de abril de 2018	Sala de Definición de Situaciones Jurídicas	Anexo pedagógico en el que se explican las funciones de la JEP y la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.
Anteproyecto Protocolo	Abril de 2018	Propuesta de protocolo de presentación de informes elaborados por organizaciones de víctimas, indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palanqueras, Rrom y de	Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas	Propuesta de protocolo de presentación de informes que está siendo objeto de discusión con las organizaciones de víctimas.

7

		derechos humanos		
Protocolo	001 del 18 de abril de 2018	Protocolo No. 001/18 de la Sección de Revisión para el trámite de las solicitudes relacionadas con la garantía de no extradición	Sección de Revisión de Sentencias	Establece el trámite de las solicitudes relacionadas con la garantía de no extradición presentadas ante la Sección de Revisión del Tribunal Especial para la Paz el cual puede desarrollarse en dos fases: i) fase previa que termina bien sea con un auto que avoca conocimiento o con la decisión de rechazo, y ii) fase de conocimiento en la cual se resolverá de fondo la solicitud relativa a la

⁷ Cuadro tomado de https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/NORMOGRAMA%20JEP.xlsx?Web=1.

				aplicación de la garantía de no extradición y las demás pretensiones o medidas

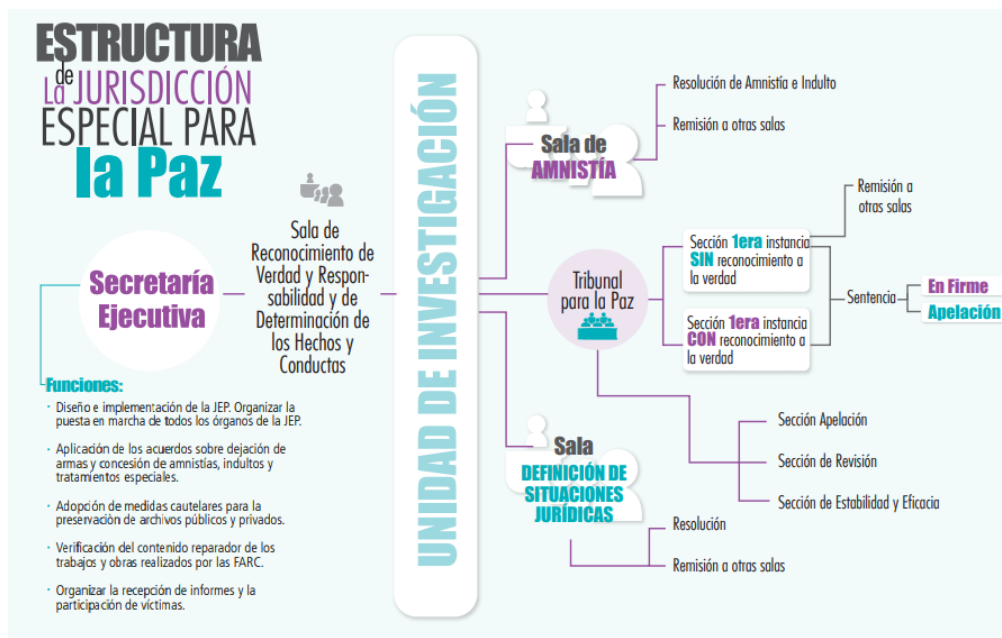
Ahora bien, se hace hincapié en este punto frente a la cosa juzgada fraudulenta, por cuanto la regulación inadecuada de dicha figura podría generar consecuencias adversas a las finalidades inherentes de un proceso transicional, entre las cuales se cuenta de consolidar la democracia sobre la base del restablecimiento de los derechos de aquellas personas que fueron victimizadas en el contexto de un conflicto que se quiere superar. Adicional a ello, las obligaciones internacionales del Estado colombiano respecto de la investigación, juzgamiento y sanción a quienes fueron responsables de infracciones al DIH, crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos implican que la regulación interna debe respetar los estándares fijados en el ámbito internacional (Chacón, 2015).

En caso contrario, los procesos judiciales que se adelanten con fundamento en parámetros menores a los internacionales pueden incluso llegar a ser interpretados como una forma de evadir la responsabilidad y, en el caso extremo, conducir a la aplicación de la figura de la “cosa juzgada fraudulenta”. De ahí que una regulación débil, insuficiente, vaga o ambigua redundaría en la disminución de una garantía clave dentro de cualquier ordenamiento jurídico la seguridad jurídica.

Frente a la seguridad jurídica implementada con la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz mediante la cual se juzgará a los guerrilleros de las FARC-EP, que se acogieron al proceso de paz, se les establecerán su responsabilidad por tanto se debe tener vigilancia ya que es evidente los vacíos jurídicos que existen frente implementación de procedimientos por cuenta de la JEP (Tribunal Europeo para los Derechos Humanos, Caso Morris vs. Reino Unido, 2002).

A continuación, se evidencia la estructura de la JEP mediante recuadro obtenido en la secretaría ejecutiva transitoria de la

jurisdicción especial para la paz, con posterioridad a la ilustración se procede a describir dicha estructura.



2.1 SALA DE RECONOCIMIENTO DE VERDAD Y RESPONSABILIDAD Y DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y CONDUCTAS (SRVR)

La presente sala, recibirá toda la información y los reconocimientos de responsabilidad e identificará los casos más graves y representativos, sin que su competencia se limite a ellos, teniendo como funciones:

Primero, recibir informes de todas las investigaciones y sentencias de la justicia ordinaria por conductas cometidas en el contexto y en razón del conflicto armado, así como de las organizaciones de víctimas y de derechos humanos colombianas,

decidir si los hechos y conductas atribuidas a las distintas personas son competencia de la JEP por haber sido cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado.

Segundo, una vez recibida la información anterior, recibirá los reconocimientos de verdad y responsabilidad, estos podrán hacerse de manera individual o colectiva. En caso de reconocimientos colectivos, una vez las responsabilidades sean individualizadas, cada persona podrá aceptar responsabilidad o manifestar su desacuerdo con dicha individualización, se contrastará y cotejara los reconocimientos con la información recibida, donde se presentará una resolución de conclusiones ante el Tribunal con énfasis en la identificación de los casos más graves y representativos, la individualización de las responsabilidades, en particular de quienes tuvieron una participación determinante, los reconocimientos de verdad y responsabilidad, la calificación jurídica, y la identificación de las sanciones correspondientes.

Tercero, se debe Remitir a la unidad de investigación y acusación los casos en los que no haya reconocimiento de responsabilidad para que ésta, de existir mérito, inicie el procedimiento correspondiente ante el Tribunal, así mismo, se remitirá a la Sala de Amnistía e Indulto el listado de recomendaciones de personas que deberán ser beneficiadas con dichas medidas.

Cuarto, Remitir a la sala de definición de las situaciones jurídicas los listados de quienes no serán objeto de amnistía e indulto, ni serán incluidos en la resolución de conclusiones.

2.2 SALA DE AMNISTÍA E INDULTO

De conformidad con lo establecido en la Ley de amnistía y desde el inicio de los procedimientos, esta Sala tendrá las siguientes funciones:

Primero, otorgar amnistía o indulto en casos de personas condenadas o investigadas por delitos amnistiables e indultables, de oficio o a petición de parte y siempre conforme a lo establecido en la ley de amnistía.

Segundo, decidir sobre la procedencia de amnistías e indultos atendiendo las recomendaciones de la SRVR.

Tercero, interpretar la ley de amnistía e indulto y producir doctrina al respecto.

Cuarto, en el evento en que la petición verse sobre conductas no indultables o amnistiables, remitir el caso a la SRVR.

2.3 SALA DE DEFINICIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS

Esta Sala definirá la situación jurídica de quienes no sean objeto de amnistía o indulto, ni hayan sido incluidos en la resolución de conclusiones de la SRVR. Para tal efecto esta Sala adoptará las resoluciones necesarias para definir la situación jurídica de estas personas, incluyendo aplicar mecanismos de cesación de procedimientos y de renuncia al ejercicio de la acción judicial.

2.4 UNIDAD DE INVESTIGACIÓN Y ACUSACIÓN

Frente a los casos en los que no haya habido reconocimiento de responsabilidad, esta unidad tendrá las siguientes funciones:

Primero, investigar y de existir mérito, acusar ante el tribunal para la paz.

Segundo, decidir sobre las medidas de protección a víctimas y testigos y la adopción de medidas de aseguramiento y cautelares en caso de ser necesario.

Tercero, remitir casos a la sala de Definición de situaciones jurídicas o a la sala de amnistía e Indulto, cuando considere que no es necesario investigar o acusar.

Cuarto, deberá contar con un equipo de investigación técnico forense y con un equipo de investigación especial para casos de violencia sexual.

2.5 TRIBUNAL PARA LA PAZ

El Tribunal para la paz será el órgano de cierre de la JEP. Dicho Tribunal tendrá cinco secciones con las siguientes funciones:

Primera sección, será de primera instancia en los casos de reconocimiento de responsabilidad

Segunda sección, evaluará la correspondencia entre las conductas reconocidas, los responsables de las mismas, las descripciones jurídicas de las conductas y las sanciones propuestas a partir de la Resolución de Conclusiones de la SRVR.

Cuarta sección, tendrá la función de imponer las sanciones correspondientes y fijar las condiciones y modalidades de ejecución de las mismas.

Quinta sección, supervisará y certificará el cumplimiento efectivo de sus sentencias con el apoyo de los órganos y mecanismos de monitoreo y verificación del SIVJNR que se designen para tal efecto, los cuales deberán presentar informes periódicos sobre el cumplimiento.

Ahora bien, respecto de la sección de primera instancia, en los casos de ausencia de reconocimiento de responsabilidad, se deberá:

- Conocer de las acusaciones de la unidad de investigación y acusación.
- Someter a juicio contradictorio a quienes no reconozcan responsabilidad y hayan sido incluidos en la resolución de conclusiones.
- Proferir sentencias, y en caso de que sean condenatorias, imponer las sanciones ordinarias o alternativas correspondientes.

Por otra parte, la sección de apelación, tendrá como función:

- Decidir sobre los recursos de apelación respecto de las decisiones de las Salas y Secciones de la JEP.
- Decidir sobre los recursos de las víctimas por vulneración de derechos fundamentales, contra las sentencias de las secciones.

Respecto de las funciones de la sección de revisión, esta deberá:

- Decidir sobre las sanciones correspondientes de quienes ya hubieren sido condenados por la justicia ordinaria y determinar si se reúnen las condiciones y si ya hubo cumplimiento efectivo de las mismas.
- Revisar, a petición del condenado y de manera excepcional, las sentencias ordinarias por conductas cometidas en el contexto y en razón del conflicto armado, cuando se alegue inexistencia del hecho o error manifiesto en la calificación jurídica.
- Revisar las resoluciones o sentencias de la JEP cuando haya mérito para ello.

A solicitud de cualquier Sala o Sección, cuando existan dudas, determinar si las conductas relativas a la financiación han sido o no conexas con la rebelión.

- Decidir sobre las solicitudes de comparecencia de una persona ante la JEP.
- Resolver los conflictos de competencia entre los órganos de las JEP.

Frente a la Sección de estabilidad y eficacia y posterior a que el Tribunal para la Paz haya concluido sus funciones, se establecerá esta sección con el fin de:

- Garantizar la estabilidad y eficacia de las resoluciones y sentencias adoptadas por la JEP.
- Resolver los casos que surjan con posterioridad a la terminación del cumplimiento de las funciones del Tribunal, por hechos cometidos con anterioridad a la firma del Acuerdo Final.

Cada uno de los órganos previamente señalados, deberá seguir procedimientos especiales que, por ende, tienen una finalidad específica en donde enunciarán de manera precisa la sanción con el fin de satisfacer los derechos de las víctimas. Por esto, el Tribunal Especial para la Paz en sus sentencias su contenido debe ser claro, expreso y exigible y con ello los efectos que la misma dejara.

Habiendo señalado lo anterior, las sanciones serán de tres tipos:

En primer lugar, respecto de las sanciones propias, estas se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la SRVR. Tendrán una función restaurativa⁸ y reparadora del daño causado, y respecto a determinadas infracciones muy graves tendrán un mínimo de duración de 5 años y un máximo de 8 años. Adicionalmente, comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento. Para quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos la sanción será de 2 a 5 años. Por otra parte, tendrán, restricción efectiva, esto significa que haya mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal, de tal modo que esté en condición de supervisar oportunamente el cumplimiento, y certificar si se cumplió. La JEP determinará las condiciones de restricción efectiva de libertad que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la sanción.

En segundo lugar, las sanciones alternativas impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de Primera Instancia, antes de proferir la sentencia. Tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. Para quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos la sanción será de 2 a 5 años.

En tercer lugar, las sanciones ordinarias impondrán a quienes no hayan reconocido responsabilidad y sean condenados por parte del Tribunal. Cumplirán las funciones previstas en las normas penales. En todo caso la privación efectiva de libertad no será inferior a 15 años ni superior a 20 años en el caso de conductas muy graves.

⁸ “la justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes”, lo que genera que las partes involucradas en un hecho punible resuelvan sus conflictos de forma integral, no en procura de un castigo sino tratando de remediar el daño causado a las víctimas; esta se contrapone a otros tipos de justicia como la retributiva, caracterizada de antaño por dar un mal por otro mal, la cual “no resuelve ni previene el delito o los daños causados contrapuesta a la restaurativa por no reconocer que el crimen daña a las víctimas y que por lo tanto debe buscarse restablecer sus derechos (Domingo, Márquez, 2007, citado en: Becerra, 2009, p. 285).

En atención a todo lo anterior, como un sistema de poderío de la JEP, no hay claridad frente a si respetara el principio de la cosa juzgada, ya que en los acuerdos que materializan la desmovilización de las FARC EP y el Acto Legislativo que crea la JEP, no se puede identificar con exactitud ya que no se precisa todo frente al sistema que se va manejar y la política base que enfatiza su creación y todos los principios constitucionales emanados de la Carta Constitucional del 91, toda vez que como establece el proyecto de su creación, debe ser una garantía para las víctimas ya que se atiende a un deber jurídico de hacer respetar los derechos de las víctimas y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado, por tanto probarse de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada (El Tiempo, 1992).

Es así que en sentencia SU627/15, nos dice que:

La cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (Fraus omnia corrumpit); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación (Corte Constitucional, Sentencia SU627, 2015).

Por tanto, se especifica en la ley 1820 de 2016

Artículo 13. Seguridad Jurídica. Las decisiones y resoluciones adoptadas en aplicación de la presente ley tienen efecto de cosa juzgada material como presupuesto de la seguridad jurídica. Serán inmutables como elemento necesario para lograr la paz estable y duradera. Estas sólo podrán ser revisadas por el Tribunal para la Paz.

En relación con lo anterior, la JEP administra justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a

conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos.

Por tanto, todas las herramientas jurídicas que tiene la JEP, podrán ser objeto de revisión siempre y cuando dos magistrados de la Corte Constitucional escogidos por sorteo y dos magistrados de la JEP, es así, que pese a la libertad que tiene esta jurisdicción especial se, podrá resaltar que las instituciones encargadas de vigilar e impartir justicia en el ordenamiento jurídico y del denominado Estado de derecho, ya que vigilaran todo lo que ellos desarrollan y que en el momento eventual que algún proceso no es de su competencia o simplemente por tanto hay un reconcomiendo a la verdad y a la responsabilidad.

Es así que la Corte IDH a través de diversos pronunciamientos como “cosa juzgada fraudulenta”, que puede ir en contra de los derechos de las víctimas a conocer la verdad, a la justicia y reparación integral, por haberse sustraído al infractor de su responsabilidad mediante una decisión que se fundamentó en un procedimiento irregular, que no fue independiente o imparcial y culminó con una decisión favorable (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso de Pabla KY vs. Finlandia, 2004).

3 CONCLUSIONES

Existe un activismo estatal en pro de dar nuevas fórmulas de acuerdos de paz, sin embargo, aún no se ha evidenciado la efectividad, tras el estudio documental desarrollado y la interpretación utilizada para el mismo se puede dar a manera de recomendación que las políticas públicas deben tener previa pedagogía en aras de que tenga legitimidad.

Es notorio que pese a que ya existe un Acuerdo de Paz y a su vez un despliegue normativo aún no está en funcionamiento la JEP, lo que puede causar traumatismos para los Excombatientes de las FARC con el no cumplimiento de lo pactado por cuenta del Estado.

Por lo tanto en el caso de la jurisdicción especial los responsables de sancionar deben ser la jurisdicción ordinaria para que atreves de medios expeditos la victimas conozcan la verdad, ya que si existe reconocimiento de responsabilidad pero el indulto hace

pensar que no se sabrá la verdad a cada una de las víctimas, o en su defecto crear un control posterior para la revisión de las sentencias, evitando la cosa juzgada fraudulenta, estimando la gran violación de derechos humanos que hubo por parte de la guerrilla hoy extinta (Corte IDH, Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala- Fondo, 2004).

Capítulo IV

¿POR QUE OS ACORDOS DE PAZ FRACASSAM?

UM DIÁLOGO ENTRE SANTO AGOSTINHO E NORBERTO BOBBIO

Ivanaldo Oliveira dos Santos¹

¿Por que os acordos de paz fracassam?

Um diálogo entre Santo Agostinho e Norberto Bobbio

“Podemos dizer da paz o que dissemos da vida eterna, a saber, que é o fim de nossos bens” (Santo Agostinho, *Cidade de Deus*, Livro XIX, 11).

“[...] resta se perguntar o que os homens pediram ao direito, ao longo dos séculos da sua história, que não seja o estabelecimento da paz e da ordem, e que coisa possam pedir-lhe, uma vez que seja vedado a eles pedir-lhe ordem e paz” (Norberto Bobbio, *Paz e propaganda de paz*).

Sumario: 1. Introdução. 2. Santo Agostinho e a paz. 3. Bobbio e o problema da paz. 4. Por que os acordos de paz fracassam? Um diálogo entre Santo Agostinho e Norberto Bobbio. 5. Conclusão.

¹ Filósofo, doutor em estudos da linguagem pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), realizou estágio pós-doutoral em estudos da linguagem na Universidade de São Paulo (USP) e estágio pós-doutoral em linguística na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Atualmente é professor do Departamento de Letras Estrangeiras e do Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). E-mail: ivanaldosantos@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Este estudo foi apresentado, na condição de comunicação oral, durante o *Congreso Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario* e o *III Congreso para la Paz* que ocorreram, na Universidade Católica da Colômbia. Uma menção especial deve ser feita as comemorações, em 2018, dos 70 anos de promulgação da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* e dos 100 anos do fim da Primeira Guerra Mundial.

A perspectiva ou a ausência da paz é um problema que é debatido desde a antiguidade. No entanto, apesar de todo esse longo caminho de debates e reflexões, o ser humano ainda não avanço, na sociedade contemporânea, a tal sonhada paz, estado de paz ou – para usar uma expressão universalizada por Kant a paz perpétua.

Um bom exemplo do problema da paz foi o chamado *breve século XX* (Hobsbawm, 1995). Um período histórico marcado por intensos, sangrentos e dolorosos conflitos armados e, por conseguinte, pela ausência da paz. Apesar de ter sido um século marcado pelo desenvolvimento da técnica-ciência e do avanço das artes, foi um período da história marcado por um constante ambiente de conflito, de guerras – algumas dessas guerras eram guerras não declaradas, como é o caso da *guerra fria* (Gaddis, 2006) – e de negociações, nem sempre bem-sucedidas, em torno do tema da paz.

Dentro da problemática da paz emerge um tema de suma importância. Trata-se dos acordos de paz. Acordos que, por razões diversas, diminuem, trazem algum nível de trégua ou, até de forma mais radical, colocam um fim a um conflito militar, sociocultural ou de outra natureza.

O problema é que a humanidade tem um longo histórico de acordos de paz que fracassam, que são abandonados e desfeitos. Por exemplo, tivemos o fracasso dos acordos de paz envolvendo as duas potências militares e econômicas da Grécia antiga, ou seja, Atenas e Esparta. O fracasso desses acordos culminaram na Guerra do Peloponeso e, por conseguinte, na decadência econômica e militar dos cidades-estados gregas. Outro histórico acordo de paz fracassado é o acordo que selou a paz entre Roma e Cartago, entre o entre os séculos II e I a. C., e, com isso, colocou a um fim a segunda guerra púnica. O fracasso desse acordo conduziu a realização da

terceira guerra púnica e, com isso, a vitória militar dos romanos e o colapso de Cartago.

Na sociedade contemporânea tem-se a história do Tratado de Versalhes, em 1919, que colocou um fim a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Não se trata de debater sobre se os termos do acordo eram ou não justos, se beneficiavam algum país ou grupo de países. No entanto, o fracasso do Tratado de Versalhes conduziu o mundo a viver os horrores e as matanças produzidas durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

Além do caso do fracasso do Tratado de Versalhes, podemos citar, na sociedade contemporânea, o fracasso das negociações de paz entre Israel e palestino (Demant, 2001), o fracasso das missões das Organizações das Nações Unidas (ONU) na África Austral (Castelo Branco, 2003) e o fracasso das negociações de paz na região de Darfur no Sudão (Nascimento, 2009).

Do ponto de vista histórico, jurídico, filosófico, diplomático e de outras naturezas é importante haver uma reflexão em torno das técnicas jurídicas, da argumentação e dos fins éticos que devem guiar a construção de um acordo de paz. No entanto, se pensarmos a história da humanidade, com seu gigantesco histórico de acordos de paz fracassados, talvez seja mais importante, na sociedade contemporânea, se debruçar sobre as razões que conduzem ao fracasso desses acordos e, com isso, tentar, mesmo que de forma parcial e limitada, a construção de mecanismos éticos e diplomáticos, jurídicos e filosóficos que possam evitar que um acordo de paz seja desrespeitado, abandonado e, por conseguinte, que possa haver um retorno ao estado de guerra, de violência, de terror, de angústia e de negação radical da plenitude da vida humana.

O caso específico dos dias que vivemos é necessário citar, com satisfação, dois acordos de paz que, em tese, deseja-se que não sejam abandonados, que não fracassem.

O primeiro acordo é o pacto de desmobilização da guerrilha das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), que foi assinado em 24 de novembro de 2016, após 53 anos de conflito, entre o governo da Columbia e a direção geral da guerrilha (Yanakiew, 2016).

Trata-se de um acordo que, apesar de haver *balanços diferentes entre o governo e a guerrilha* (DN Lusa, 2018), traz a feliz promessa de haver, a médio e longo prazo, estabilidade política e,

por conseguinte, desenvolvimento sócio-econômico entre os países que compõem a região Sul da América Latina (cf. Teixeira Júnior, 2017).

Apesar das críticas e dos problemas internos, é possível afirmar que o acordo entre o governo da Colômbia e as FARC trouxe um conjunto de benefícios para a sociedade civil colombiana. Durante o curto período de vigência do acordo milhares de pessoas deixaram de morrer, ou não precisaram fugir, e centenas foram poupadas de ferimentos e mutilações. A Colômbia sofre menos desde a vigência do pacto. Quando começaram os diálogos, a guerra civil deixava, em média, 3 mil mortos ao ano entre civis e combatentes, segundo a Unidade para as Vítimas (UV). Em 2002, por exemplo, foram 19.640 vítimas diretas do conflito. Em 2017, esse número caiu para 78, segundo essa instituição oficial. De todas as consequências do conflito, a mais impactante em números é a do deslocamento: 7,4 milhões de vítimas em cinco décadas, segundo o Alto Comissariado da ONU para os Refugiados (ACNUR). Em 2012, havia 233.874 deslocados ao ano e, hoje, são 48.335, uma redução de 79%, segundo a UV. A Colômbia é o segundo país, atrás apenas do Afeganistão, com mais afetados por minas antipessoais. Em 2012, houve 770 vítimas. Em 2017 o número de mutilados ou feridos chegou a 58 - uma queda de 92%, segundo a UV. (cf. France Presse, 2017).

Sobre o acordo de paz entre o governo da Colômbia e a direção geral das FARC, o cardeal colombiano Darío Castrillón afirmou que é um processo de pacificação que “nos entusiasma”. Já o Papa Francisco reiterou recentemente seu “apoio ao objetivo de alcançar a concórdia e a reconciliação de todo o povo colombiano, à luz dos direitos humanos e dos valores cristãos que estão no centro da cultura latino-americana” (Silva y Sánchez, 2016).

O segundo acordo é o recente processo de diálogo visando à paz entre a Coreia do Norte e o mundo, entre a Coreia do Norte e a Coreia do Sul (cf. Cunha, 2018), um acordo que é mediado pelo presidente dos EUA, Donald Trump (cf. France Presse, 2018). Um acordo que, de um lado, visa a desnuclearização do Coreia do Norte e um acordo de paz duradoura entre as duas Coreias e o mundo (cf. Ansa, 2018; Eco, 2018). Do outro lado, visa garantir, a médio e longo prazo, a pacificação da região da Oceania e da extrema Ásia e garantir que a Coreia do Norte possa, com a ajuda internacional, superar décadas de fome e de crises humanitárias e, com isso,

adentrar numa época de desenvolvimento econômico, tecnológico e humanístico (cf. Folha, 2018).

É preciso se refletir, do ponto de vista ético-filosófico e jurídico-diplomático, os motivos ou alguma intuição humana que conduza ao fracasso dos acordos de paz. Tanto, do ponto de vista histórico, um acordo como o Tratado de Versalhes, como, do ponto de vista da contemporaneidade, o acordo entre o governo da Colômbia e as FARC, como o acordo entre o mundo civilizado e a Coreia do Norte. É por esse motivo que o objetivo do presente estudo é refletir sobre o tema do fracasso dos acordos de paz. Para dar sustentação a reflexão procura-se promover um diálogo entre dois pensadores separados do ponto de vista histórico, mas unidos em torno da problemática da paz. O primeiro pensador é o cristão Santo Agostinho e o segundo é o pensador contemporâneo Norberto Bobbio.

Por fim, a título de reflexão conclusiva, afirma-se que diante de acordos de paz, como os acordos experimentados pela Colômbia e pela Coreia do Norte, uma junção estratégica entre as proposta de Bobbio e Santo Agostinho, um pensador contemporâneo e outro um cristão medieval, poderá resultar que, de forma positiva, numa ampliação da cosmovisão em torno da problemática da paz e, por conseguinte, que esses acordos ao invés de entrarem na longa tradição do fracasso dos acordos de paz no mundo, possam finalmente ser vivenciada como acordos que trouxeram aos indivíduos a paz existencial, familiar e social (a paz em Santo Agostinho) e a paz jurídica, diplomática, política e econômica (a paz em Bobbio).

2 SANTO AGOSTINHO E A PAZ

Santo Agostinho tratou do tema da paz em vários dos seus escritos, como, por exemplo, nas *Confissões* e em algumas das suas mais importantes cartas. No entanto, o livro onde mais aparece o tema da paz, conformando, com isso, uma teoria sobre a paz, é a *Cidade de Deus*. Neste livro o bispo de Hipona apresenta sua famosa tese da cidade celeste, a qual é construída e prefigurada pela Igreja e pelos cristãos. Dentro dessa construção ele traz a luz uma teoria sobre a paz. Uma teoria que afirma, dentre outras coisas, que a paz é uma missão confiada aos homens de boa vontade que, dentro de

suas casas, cidades e zonas rurais, devem cuidar uns dos outros, devem ter em mente, sempre em primeiro lugar, está a serviço do outro, do mais próximo e, muitas vezes, abandonado (*Cidade de Deus*, XIX, XIV). A consequência desse processo é que a paz, um bem tão almejado pelo ser humano, começa com o indivíduo, efetiva-se na vida familiar e ganha destaque na vida social.

Hinrichsen (cf. 2012, p. 44) defende a tese que – ao contrário de uma certa tradição que vê a *Cidade de Deus* como um manifesto sobre a missão evangelizadora e santificado da Igreja e do fim último do homem – o tema central dessa obra é a paz. No entanto, a paz é vista não como a simples ausência da guerra, tal como tradicionalmente era concebida pela *pax* romana, mas uma sofisticada tentativa de encontrar uma definição adequada para a paz. Uma definição que emerge da dialética das duas cidades, ou seja, a cidade terrestre, fundada sobre a força e a violência, e a cidade celeste, baseada no equilíbrio espiritual e na harmonia social. Essa dialética tem por base e, ao mesmo tempo, culmina em Jesus Cristo, o “Príncipe da Paz” (Isaías 9, 6).

Dentro da dialética das duas cidades, a cidade eterna e a cidade terrestre, Santo Agostinho afirma, na *Cidade de Deus* (XIX, XI), que a paz é a aspiração mais nobre de todos os indivíduos. Mesmo num período de guerras e confrontos sociais violentos, a paz é a meta a ser alcançada. Na guerra os líderes militares e os guerreiros no campo de batalha desejam encontrar a paz. Nas palavras de Agostinho: “todo o homem procura a paz, mesmo fazendo a guerra, mas ninguém procura a guerra ao fazer a paz. Mesmo aqueles que pretendem perturbar a paz em que estão não odeiam a paz, mas antes desejam mudá-la a seu gosto (*Cidade de Deus*, XIX, XII, I).

Em Santo Agostinho a paz verdadeira, a paz duradoura, estável e eterna só será alcançada na cidade celeste, ou seja, no paraíso bíblico, um lugar onde “não haverá mais morte, nem pranto, nem lamento, nem dor” (Apocalipse 21, 4). Por isso, na cidade terrestre, ou seja, no cotidiano humano não haverá a plena paz, não haverá 100% de paz.

Não significa que Santo Agostinho está tendo uma postura pessimista. Que ele nega a possibilidade de haver paz no cotidiano humano. Apesar de ter vivenciado as guerras e conflitos sociais do período da decadência do império romano, uma decadência que, para a sociedade dos séculos IV e V d. C., representava

simbolicamente quase o fim do mundo, ele aponta a possibilidade de uma paz real, efetiva dentro do cotidiano. No entanto, não será a paz perpétua, a paz perfeita. Isso acontece porque a paz no cotidiano é sempre algo provisório e constantemente negada pela situação precária da existência humana. O ser humano tem anseios, erros, falhas, dúvidas e angústias. Tudo isso conduz para que, de tempos em tempos, a paz seja abandonada pelo indivíduo e, por conseguinte, no ambiente familiar e social. Essa situação de precariedade existencial e, por isso, de uma paz momentânea está presente em todos os indivíduos e em todas as estruturas sociais, inclusive dentro da Igreja onde estão os “herdeiros de Deus, e co-herdeiros de Cristo” (Romanos 8, 17). Por isso, a paz na cidade terrestre é “mais anseio do que acontecimento, e mesmo para os congregados da fé, a paz se apresenta como primícias da vida futura, antecipada na esperança, pois é impossível sua existência em plenitude em meio à provisoriedade das coisas mortais” (Hinrichsen, 2012, p. 46).

Não se deve ler Santo Agostinho apenas como um teórico da paz eterna, da paz celestial. É necessário ter em mente que, na perspectiva agostiniana, a paz eterna é fruto da dialética das duas cidades, a cidade eterna e a cidade terrestre. Por isso, apesar da verdadeira paz ser constituída somente na cidade eterna, ou seja, no paraíso bíblico, a paz já é possível ser vivenciada na cidade terrestre, ou seja, no cotidiano humano. O conceito de paz em Santo Agostinho é fruto da dialética das duas cidades. É importante conhecer esse conceito. Em suas palavras:

A paz do corpo é a composição ordenada das suas partes; a paz da alma irracional é a tranquilidade ordenada dos seus apetites; a paz da alma racional é o consenso ordenado da cognição e da ação; a paz do corpo e da alma é a vida e a saúde ordenados do ser animado. A paz do homem mortal com Deus é a obediência ordenada na fé sob a lei eterna; a paz dos homens é a concórdia ordenada; a paz da casa é a ordenada concórdia de seus habitantes no mundo e na obediência; a paz da cidade é a concórdia ordenada dos cidadãos no mundo e na obediência. A paz da cidade celeste é a comunidade absolutamente ordenada e absolutamente harmoniosa no gozo de Deus e no gozo mútuo em deus. A paz de todas as coisas, a tranquilidade da ordem. (*Cidade de Deus*, XIX, XIII).

Santo Agostinho apresenta um dos conceitos de paz mais complexos e amplos de toda a história das ideias. Mesmo na

modernidade, com a teoria da paz perpétua em Immanuel Kant e o debate sobre a paz promovido por Norberto Bobbio, não houve um conceito de paz tão amplo como o conceito agostiniano. De um lado, Agostinho apresenta a paz como sendo uma harmonia individual e existencial. Uma harmonia que se inicia obrigatoriamente no indivíduo, mas que se expande para a família e outros níveis da estrutura social. Em grande medida, essa paz só será possível se o indivíduo vivenciar os valores éticos e espirituais. Do outro lado, Agostinho adverte que existe a *paz de todas as coisas*, ou seja, a paz da cidade celeste pressupõe a realização da paz dentro da cidade terrestre, mesmo que, nesta cidade, a paz não seja perfeita. Por isso, a *paz de todas as coisas* pressupõe a ordem e o equilíbrio entre os cidadãos, a paz dentro da cidade e entre as cidades até, num último plano, atingir a civilização.

Agostinho constrói uma relação direta entre a paz e à *vera justitia*, fundamentada no princípio da *divina ordem* que consiste, como determina a Sagrada Escritura, em *dar a cada um de acordo com o seu merecimento*.

Na perspectiva agostiniana quando não se segue o preceito bíblico de *dar a cada um de acordo com o seu merecimento* termina-se caindo na subversão da ordem – neste caso uma ordem de origem divina, pois em Agostinho tem-se o princípio de que “Deus opera tudo em todos” (I Coríntios 12, 6) –, onde os indivíduos injustos passam a orientar a família, as estruturas sociais e até mesmo a governar o Estado.

Neste sentido, existe uma subversão da ordem divina que guia o ser humano para o bem-comum para uma ordem meramente humana, fundamentada no egoísmo e na injustiça. Para Agostinho, quando isso acontece não existe paz ou quando existe é uma mera ilusão da paz, uma ilusão passageira e efêmera. É baseado neste raciocínio que deve entender as seguintes palavras de Agostinho: “Os maus combatem pela paz dos seus e, se possível, querem submeter todos, para todos servirem a um só [...]. Odeiam a justa paz de Deus e amam a sua própria, embora injusta” (*Cidade de Deus*, XIX, 12).

O preceito de *dar a cada um de acordo com o seu merecimento* conduz a Santo Agostinho a demonstrar a importância da *pax temporalis* (paz temporal), ou seja, a paz que, apesar de não atingir a plenitude da paz celestial, traz tranquilidade, ordem e harmonia ao mundo material, ao cotidiano humano.

Como demonstra Costa (cf. 1998, p. 191), em Agostinho o Estado tem uma função ético-moral, dentro de uma dimensão teleológica, enquanto instrumento ou meio, capaz de garantir a *pax temporalis* dos homens com vista a alcançar a plenitude da felicidade, a qual só será atingida na vida eterna. Dentro deste contexto, o ser humano é o fim, enquanto meta imediata do Estado, uma vez que a finalidade imediata do Estado é promover a *pax temporalis*. Mas, ao mesmo tempo, ele é fundamento, pois o Estado não é outra coisa se não a união da multidão de pessoas.

Em Agostinho, apesar de o Estado ser capaz de praticar atos maus e injustos ele não é, em si mesmo, maligno ou diabólico. Pelo contrário, enquanto elemento capaz de estabelecer a *pax temporalis*, o Estado é necessário e útil como instrumento moral capaz de controlar a maldade humana. Por isso, o Estado, juntamente com a família e a Igreja, compõe a *civitas*, ou seja, o conjunto das estruturas sociais que devem estabelecer a *pax temporalis* e, com isso, preparar o ser humano para desfrutar da paz eterna, a paz celestial. (cf. Costa, 2006, p. 8).

No entanto, não se deve imaginar que Santo Agostinho cai em algum idealismo ingênuo. Um idealismo que prega uma sociedade sem punições, sem lei, sem ordem. Pelo contrário, Agostinho apresenta um realismo cristão, um realismo religioso. Um tipo de realismo que afirma que, devido à natureza pecaminosa do ser humano – como afirma o Apóstolo Paulo: “todos pecaram e destituídos estão da glória de Deus” (Romanos 3, 23) – é necessário estabelecer o conjunto do ordenamento jurídico, um conjunto composto por leis, punições e as estruturas punitivas, como, por exemplo, o sistema penitenciário. O conjunto do ordenamento jurídico tem por missão garantir a ordem e a harmonia social e, com isso, a *pax temporalis*.

Santo Agostinho não é um crítico radical do império romano e, por conseguinte, da *pax romana*. Ele parte do princípio bíblico que afirma que *todo poder emana de Deus* (cf. João 19, 11). Por isso, o poder do império romano é legítimo. Logo, a *pax romana* também é legítima. O que Agostinho chama a atenção é que, de um lado, o império romano não se preocupou em edificar a paz celestial, a paz eterna. Por isso, a *pax romana* é uma paz incompleta, imperfeita e condenada à decadência. Do outro lado, no início o império romano conseguiu promover a *pax temporalis*, uma paz necessária para a edificação da paz individual, espiritual e, em último nível, da paz

celestial. Essa promoção se deu por meio do desenvolvimento do comércio, da indústria, da agricultura e da implantação da ordem e da lei por meio do direito romano. No entanto, o império afastou-se da *pax temporalis* e passou a promover a injustiça e a ser um agente da desordem social. Isso conduziu o império à ruína e à decadência.

Agostinho percebe o império romano como um momento necessário dentro da universal história humana e, por conseguinte, na história da busca e da implantação da paz. No entanto, não se deve ficar preso às estruturas do império. Neste sentido, o império romano é uma fase que antecede a grande fase humana da busca e consolidação da paz. Essa fase é representada pela pregação de Jesus Cristo e o advento da Igreja. Em Agostinho existe uma espécie de *teoria da implantação da paz por etapas*. Nesta teoria existe o mundo antigo carregado de conflitos e com o advento da *pax* da Babilônia, depois vem o império romano e a *pax* romana que demonstra que a paz é possível e, num último estágio, vem a Igreja e a estrutura do Estado pós-império romano. Neste último estágio existe a ampliação da noção de paz e, com isso, pode-se vislumbrar a verdadeira paz, ou seja, a paz celestial.

3 BOBBIO E O PROBLEMA DA PAZ

Norberto Bobbio é um pensador jusfilosófico contemporâneo que expôs “diversos aspectos teóricos e práticos da problemática da paz e do pacifismo²” (Salatini, 2017, p. 55). É possível se afirmar que o “corolário lógico e político da teoria da paz e do pacifismo bobbiano seria a teoria do federalismo, sobre o qual Bobbio escrevera igualmente inúmeros textos” (Salatini, 2017, p. 62). Dessa forma, Bobbio “[...] objetiva pensar a paz, não como suspiros entre guerras, mas como condições permanentes de solução de conflitos que não tenham a via armada como opção, e sim pelas

² Não é intenção de o presente estudo apresentar e refletir sobre a discussão, formulada por Norberto Bobbio, sobre a pacificação e o pacifismo. No entanto, afirma-se que, para Bobbio, por “pacifismo se entende uma doutrina, ou até mesmo só um conjunto de ideias ou de atitudes, bem como o movimento correspondente, marcados por estas duas características: a) condenação da guerra como meio apto para resolver as contendas internacionais; b) consideração da paz permanente ou perpétua entre os Estados como um objetivo possível e desejável” (Bobbio, 1992a, p. 876).

possibilidades de construção da paz perpétua, no sentido kantiano” (Vieira, 2005, p. 326).

Em grande medida, fundamentado em Hobbes, Bobbio vê a paz como algo necessário para a conservação – se não da vida humana do ponto de vista meramente biológico – da vida humana como um como uma relação sócio-existencial. Por isso, ele defende o princípio que a paz “almeja, geralmente, conservar um *status quo* particularmente satisfatório” que, por isso, “existe um exemplo histórico ilustre e eficazmente paradigmático de construção política fundada sobre o pressuposto de que o instinto fundamental do homem seja o instinto vital e, portanto, que a lei suprema da sua conduta seja a conservação da paz: é o estado hobbesiano” (Bobbio, 2015, p. 138).

Bobbio defende uma tese, de matriz federalista e humanista, para a paz. Em suas palavras:

Para alcançar a paz social dentro de um Estado não é necessário transformar a estrutura social e jurídica do Estado, mas apenas renovar por dentro o homem, de modo que seja sempre mais dotado de espírito de colaboração em relação aos seus semelhantes?”, concluindo, criticamente que “esperar a paz não da limitação da soberania absoluta, mas da boa vontade dos Estados é como aguardar a resolução dos conflitos econômicos não da reforma da propriedade ‘absoluta’, que é própria do regime capitalista, mas da boa vontade dos proprietários (Bobbio, 2016, p. 257).

Bobbio vê com desconfiança, com certo ceticismo, a boa vontade que, por ventura, os Estados e lideranças políticas e governamentais, de forma isolada, possam ter em relação ao tema da paz. Para ele:

Poder demonstrar a incoerência dos adversários, lá onde sustenta que ou a aspiração à paz é real e basta, portanto, a boa vontade dos Estados, ou tal aspiração não existe e então tanto menos será possível transformar a atual postura internacional, porque não se vê qual força poderia promover as reformas necessárias, tenho a suspeita que se se aceitasse por bem, acabar-se-ia por justificar o mais insolente conservadorismo e por inclinar-se na mais resoluta apologia da absoluta imobilidade (Bobbio, 2016, p. 257).

Bobbio desconfia dos movimentos revolucionários (revolução russa, revolução sandinista, etc) que, em muitos aspectos, espalharam um misto de medo e esperança em muitos espaços e setores da modernidade. Para ele, se a “paz tem função essencialmente conservadora, surge uma suspeita legítima de que não pode ser sinceramente pacifista quem não tem interesse em manter o *status quo*” (Bobbio, 2015, p. 138). Esses movimentos revolucionários, ao chegarem ao poder, têm a tendência de negarem o princípio fundante da revolução, ou seja, a constante mudança, a ruptura, até radical, com as estruturas tradicionais da sociedade. Com isso, tais movimentos “então é claro que também para este novo movimento da paz, por mais que seja constituída, em grande parte, por adeptos de teorias revolucionárias, a paz tem uma função essencialmente conservadora”. Isso acontece porque “onde aconteceu a revolução, o revolucionário se torna, necessariamente, defensor da conservação do *status quo*” (Bobbio, 2015, p. 139).

Na interpretação de Bobbio, se até os revolucionários terminam, por necessidades diversas, incluindo a estratégia de permanecerem no poder político, aderindo à idéia da paz ou a necessidade da existência da paz, então é um claro sinal que a paz é algo muito útil, muito eficaz para o ser humano. Para ele, uma das razões para a paz ser algo tão eficaz é que ela traz a superação da guerra, logo a guerra que é historicamente um feroz inimigo de toda e qualquer forma de desenvolvimento. Em suas palavras:

Poderia se dizer, do mesmo modo, que para a defesa da paz não é tão necessário demonstrar as próprias intenções pacíficas execrando o recurso à violência, declarando preferir as soluções de compromisso etc., mas é necessário eliminar as causas da guerra e, para eliminá-las, é necessário, antes de tudo, estar de acordo sobre o fato que a guerra depende desta mais que daquela causa (Bobbio, 2015, p. 141).

Baseado e até mesmo por causa da distinção entre a *paz* e a *guerra* ou a *paz como ausência de guerra*, Bobbio é conduzido a discutir sobre um conceito sobre o que seja, em linhas gerais, a paz. Para ele, a “milénar literatura sobre o tema da guerra e da paz pode ser encontrada infinitas definições de guerra, enquanto se encontra, com frequência, uma única definição de paz, como fim, ou cessação, ou conclusão, ou ausência, ou negação da guerra, qualquer que seja a sua definição” (Bobbio, 2000a, p. 510). Bobbio divisa dois

significados específicos do termo paz: 1) a paz negativa, significado mais abrangente, que “indica um estado nas relações internacionais antitético ao estado de guerra”, e 2) a paz positiva, significado mais restrito, “quando é usado para indicar o fim ou a conclusão de uma determinada guerra” (Bobbio, 2000a, p. 516).

Baseado nos dois significados em torno da problemática da paz, Bobbio constrói dois postulados do que a paz (um acordo de paz, um tratado de paz, uma proposta de paz perpétua, etc) deve conter.

O primeiro é a paz como estabelecimento da ordem e a ausência da guerra. Fundamentado em Hobbes, Bobbio vê o binômio guerra e paz, um binômio que orienta grande parte da história humana, como a condição natural do ser humano e, por isso, como a imperiosa necessidade de fundação do Estado. No entanto, é necessário que, além da organização do Estado, enquanto estrutura burocrática, exista o Bobbio vai classificar de *estado civil*, ou seja, a aceitação, por arte do homem civilizado, que a guerra apenas produz barbárie e destruição e, por conseguinte, é necessário, para o próprio desenvolvimento humano, o arbítrio da lei, da ordem e do Estado. Em suas palavras:

O estado de natureza é um estado de guerra uma vez que é um estado sem direito, no qual as leis positivas não existem ainda e as leis naturais existem, mas não são eficazes; o estado civil é o estado no qual os homens, através de um acordo de cada um com todos os outros, instituem um sistema de leis válidas e eficazes com o objetivo de fazer com que cesse a guerra de todos contra todos, instaurando a paz, [...], trata-se, portanto, de um estado pacífico exatamente porque é um estado jurídico e a passagem de um estado ao outro ocorre através de um ato jurídico que é o contrato, [...], portanto, enquanto o estado de natureza é um estado de guerra causado pela ausência de direito, o estado civil é um estado de paz porque consequência de um ato jurídico (Bobbio, 2000b, p. 565).

O segundo é a paz como condição para a realização de valores. Para Bobbio na sociedade moderna existe uma contradição em torno do termo *paz*. De um lado, historicamente, algo que remonta a antiguidade grego-romana, a paz está relacionada a um conjunto de nobres valores, como, por exemplo, a justiça, a liberdade e o bem-estar. Do outro lado, na modernidade, a paz passou a ser percebida de forma um tanto negativa, a paz seria um valor de sociedades e

nações militarmente fracas, tecnologicamente atrasadas. Com isso, a paz, passou a ser percebida como sinônimo de fraqueza e de atraso. Para ele, é necessário repensar essa contradição. A paz precisa ser, ao mesmo tempo, sinal de valores éticos e humanísticos superiores, mas também sinal de desenvolvimento e de cooperação entre os povos. Em suas palavras:

A paz é considerada geralmente como condição, apenas como uma das condições para a realização de outros valores, habitualmente considerados superiores, como a justiça, a liberdade e o bem-estar e que todos aqueles que consideraram a guerra como causa do progresso, consideraram a paz como causa, se não do retrocesso, ao menos do não-progresso; viram nela a chave explicativa daquelas civilizações que no século passado foram chamadas, em contraposição às da progressiva Europa, de 'estacionárias' (Bobbio, 1992, p. 915).

Os dois postulados sobre o que a paz deve conter ajudam a Bobbio a fundamentar uma proposta de paz. Trata-se da proposta da paz por meio da federação de Estados. Para Bobbio, de um lado, o ser humano não pode ficar preso ao estado da natureza, pois, se trata, como demonstrado por Hobbes, de um movimento de barbárie de todos contra todos, uma guerra constante, onde não existe espaço para a civilidade ou qualquer outro movimento de nobreza humana. Do outro lado, Bobbio vê com ceticismo a idéia que os Estados modernos, frutos, em grande medida, do iluminismo, sejam realmente Estados maduros, plenamente humanizados e distribuidores dos mais elevados valores éticos. Por isso, ele propõe a constituição de uma federação de Estados como guia e, ao mesmo tempo, guardiães da paz. São federações que, em sua essência, são uniões de povos diferentes que são obrigados a não se intrometer nos problemas internos uns dos outros. É uma federação que não dá origem a um Estado acima dos demais Estados criando, com isso, um superestado, mas assume a figura de uma associação, na qual os componentes têm o firme propósito de juntos, manterem uma colaboração entre iguais, com o intuito de criar e manter a paz. Em suas palavras:

Sendo esse estado injusto, os Estados têm o dever de sair do mesmo e fundar uma federação de Estados, segundo a ideia de um contrato social originário, ou seja, 'uma união dos povos por meio da qual eles sejam obrigados a não se intrometer nos problemas internos uns dos

outros, mas a proteger-se contra os assaltos de um inimigo externo'; [...], essa federação não institui um poder soberano, ou seja, não dá origem a um Estado acima dos outros Estados, ou superestado, mas assume a figura de uma associação, na qual os componentes permanecem num nível de colaboração entre iguais (*societas aequalium*), como se dos dois contratos que, segundo a doutrina tradicional do jusnaturalismo, eram necessários para a formação do Estado, o *pactum societas* e o *pactum subiectionis*, tivesse que ser efetivado, para resolver os conflitos entre os Estados, somente o primeiro e de forma alguma o segundo (Bobbio, 1997, pp. 159-160).

Baseada na proposta de Kant, de uma paz perpétua, Bobbio dá como exemplo da construção e da manutenção da paz numa federação de Estados a “república universal dos Estados confederados, [...], representa uma verdadeira e própria alternativa, que se pode dizer democrática pela sua inspiração e por seus possíveis desenvolvimentos, à idéia medieval do império universal”, e que, por conseguinte:

Desenvolvimentos parciais desta república universal contraposta ao império universal foram a Sociedade das Nações após a primeira guerra mundial e a Organização das Nações Unidas após a segunda: mesmo na fórmula preferida ‘nações unidas’, os Estados que concorreram para a formação da nova confederação universal revelaram em quais precedentes se tinham inspirado (as províncias unidas, os Estados Unidos) (Bobbio, 1997, p. 103).

4 POR QUE OS ACORDOS DE PAZ FRACASSAM? UM DIÁLOGO ENTRE SANTO AGOSTINHO E NORBERTO BOBBIO

Inicialmente é necessário ver que, de um lado, a proposta de Bobbio para a paz é bem sofisticada, ou seja, perceber a paz como um conjunto formado pelos nobres valores do ser humano (justiça, liberdade, respeito, etc) e não atrelar a paz a uma visão pessimista da paz (a paz como uma visão de nações derrotadas no campo de batalha, paz como a visão dos povos militarmente fracos, paz como cultura de povos tecnologicamente atrasados, etc). Do outro lado, a proposta de Bobbio de criar federações de Estados para promover e garantir a paz é algo praticado desde o mundo antigo – com a Liga do Peloponeso, liderada por Esparta, e a Liga de Delfos, liderada por Atenas – e nunca deu certo. Na sociedade moderna tem-se, por

exemplo, o fracasso da Liga das Nações. A própria Organizações das Nações Unidas vive atualmente uma grande crise que pode gerar o mesmo nível de fracasso experimentado a Liga das Nações. Apesar das boas discussões, bons projetos éticos e diplomáticos; as *federações*, no espírito de Bobbio, ao redor do mundo, não conseguiram ou não conseguem manter a paz. Entre essas *federações* é possível citar, por exemplo, a União Européia, a Comunidade das Nações, a Liga Árabe e a Liga do Golfo. Nas Américas é possível citar: a Organização dos Estados Americanos (OEA), o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e a Comunidade Andina. No entanto, de forma um tanto quando frustrante, nenhuma dessas *federações* conseguiu implantar, de forma mais eficaz, a paz.

Diante desse preocupante fato, pergunta-se: ¿estamos condenados a viver eternamente o fracasso dos acordos de paz?

Não se deseja dar uma resposta definitiva a essa inquietante pergunta, mas é necessário desenvolver uma reflexão mais ampla sobre o tema.

Num primeiro plano, não se pode negar ou descartar a rica reflexão, o gigantesco esforço feito por Bobbio para pensar a problemática da paz na sociedade contemporânea. Sem dúvida, as reflexões de Bobbio (a paz como um valor superior, a paz como a soma dos nobres valores éticos humanos, a paz como a negação do fracasso, a paz como um valor positivo, etc) ajudaram a trazer novamente o tema da paz como dentro das preocupações do direito, da filosofia e da diplomacia.

Num segundo plano, é necessário perceber que, apesar das boas intenções, a proposta de Bobbio é insuficiente. Bobbio termina caindo no chamado *erro de Kant*, ou seja, de acreditar que apenas a razão, que apenas as boas intenções éticas, demonstradas por algum sistema racional e jurídico, serão suficientes para a efetivação da paz. Foi exatamente baseada nessa crença que se constituiu, em 1919, a Liga das Nações. No entanto, a Liga das Nações foi um grande fracasso. Ela não evitou a tragédia que foi a Segunda Guerra Mundial e nem todos os conflitos e dramas humanos decorrentes desse conflito em escala global.

Alguém pode perguntar: ¿o que houve de errado com a Liga das nações? O erro não é apenas ligado a Liga das Nações, mas a idéia de *federações*, defendida por Bobbio, ou seja, deseja criar um

sistema integrado de povos, de legislações, de relações políticas e muito mais com o intuito de criar e manter a paz. No entanto, não se leva em consideração o indivíduo – portador de dor e revolta, portador de esperança e de caridade, em síntese uma contradição que hora avança rumo ao aprimoramento e hora retrocede rumo ao abismo da selvageria e da barbárie – e, nem muito menos, se leva em consideração os povos não seguirem exatamente a lógica racional ocidental moderna, uma lógica baseada na técnica-ciência. Os povos seguem suas práticas culturais milenares, muitas dessas práticas são carregadas de posturas antiéticas, seguem seus valores culturais. São povos que, por razões diversas, não estão prontos a se sujeitarem as orientações de *federações*, de tribunais racionais no estilo kantiano.

Diante desse fracasso é necessário voltar-se para Santo Agostinho. Em Agostinho a humanidade aprendeu que a paz é o fim último, o fim mais almejado pelo ser humano. Também aprendeu que, a grande paz, a paz eterna, a paz celestial, começa a ser construída dentro da vida material, da vida terrena e, por isso, dentro do cotidiano humano. No entanto, a paz só se efetivará no cotidiano humano se for o resultado de várias manifestações e experiências de paz, ou seja, a paz individual e existencial, a paz espiritual, a paz familiar, a paz social, a paz do Estado e a paz civilizacional.

De um lado, com Santo Agostinho, aprende-se que, a paz, mesmo numa proposta de paz sofisticada como é o caso da que é desenvolvida por Bobbio, é necessário pensar a realidade do indivíduo. O indivíduo tem que se convocado e, ao mesmo tempo, convencido a participar da paz, a aceitar a paz. De nada adianta os melhores tratados de paz do mundo, se o indivíduo, onde ele mora e vive, não aceita ou não vê com bons olhos a paz. A paz, para dar certo, precisa conquistar o indivíduo. Um processo de paz duradouro precisa compreender e incorporar os dramas existenciais do indivíduo.

Do outro lado, a paz só será realmente construída se instanciais não racionais, não ligadas à técnica-ciência foram incorporadas ao processo de paz. É necessário, por exemplo, que as religiões, que a arte, a poesia e a vida bucólica sejam incorporadas ao processo de paz. Por exemplo, um dos pilares para o sucesso do processo de paz na Colômbia foi a decisiva participação da Igreja Católica tanto no processo diplomático-jurídico de negociação do armistício como também na implantação desse processo.

Para que a sofisticada proposta de paz desenvolvida por Bobbio funcione é necessário, como demonstra Santo Agostinho – é a atualidade das idéias do Bispo de Hipona – que a paz não seja apresentada simplesmente como uma mera possibilidade de crescimento material, tecnológico e econômico. A paz precisa ser percebida como algo superior, como um valor capaz de conduzir o ser humano a se aproximar da divindade ou, mesmo para aqueles que não crêem em Deus, se aproximar de valores leigos e humanos superiores. Uma paz meramente técnica ou jurídica não dará certo. A paz só será vitoriosa se, como apresenta Santo Agostinho, for um valor capaz de, num primeiro nível, acalmar a existência humana, uma existência carregada de desejos sombrios (morte, medo, dor, sangue, violência, etc) e, num segundo plano, for capaz de conduzir o ser humano, no plano pessoal e social, de agregar níveis societários cada vez mais complexos. Níveis que começam pela família (é pura ilusão achar que haverá paz se o indivíduo não perceber que a sua família será protegida ou terá algum tipo de melhoria social), vão crescendo por meio do bairro ou comunidade onde mora até chegar à cidade e, no último grau, chegar até ao Estado, até as cortes políticas e dos magistrados.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo não é uma discussão definitiva sobre o tema do fracasso dos acordos de paz. No entanto, é preciso que, de um lado, esse tema entre na esfera das preocupações dos círculos de intelectuais, magistrados e diplomatas que debatem o problema da paz. É preciso ter consciência que salvar um acordo de paz, muitas vezes, é a diferença entre o desenvolvimento e a decadência econômica, entre salvar milhares e vida, entre a renovação da vida social. Do outro lado, apenas da problemática da paz está sendo rediscutida na sociedade contemporânea – um tema importante para os debates jusfilosóficos atuais –, existem poucos estudos sobre o tema do fracasso dos acordos de paz. O fracasso precisa se pensado. Só poderá haver paz futura, uma paz perpétua se houver algum mecanismo, mesmo que precário, para evitar o fracasso dos acordos, planos e tratados de paz.

Diante da reflexão que foi apresentada na presente discussão, afirma-se que se houver uma junção da proposta formulada por

Bobbio (a paz como valor ético superior, a paz sendo construída por um sistema de *federações*, etc) pela discussão realizada por Santo Agostinho (a paz individual e existencial, a paz como fim último do ser humano, a paz espiritual, a paz familiar, a paz social, a paz do Estado e a paz civilizacional).

Diante de acordos de paz, como os acordos experimentados pela Colômbia e pela Coreia do Norte, uma junção estratégica entre as proposta de Bobbio e Santo Agostinho, um pensador contemporâneo e outro um cristão medieval, poderá resultar que, de forma positiva, numa ampliação da cosmovisão em torno da problemática da paz e, por conseguinte, que esses acordos – e outros que possam ser pensados – ao invés de entrarem na longa tradição do fracasso dos acordos de paz no mundo, possam finalmente ser vivenciados como acordos que trouxeram aos indivíduos a paz existencial, familiar e social (a paz em Santo Agostinho) e a paz jurídica, diplomática, política e econômica (a paz em Bobbio).

Capítulo V

O NECESSÁRIO RECONHECIMENTO DA MEDIAÇÃO COMO FORMA COMPLEMENTAR DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: OS DESAFIOS DA CONCRETIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA

Charlise Paula Colet Gimenez¹

Sumario: 1. Introdução. 2. O acesso a uma ordem jurídica justa. 3. O ideal transformador pela mediação de conflitos. 4. A Política Pública brasileira de Tratamento de conflitos: avanços na concretização da cultura de paz. 5. Notas Conclusivas.

1 INTRODUÇÃO

Estima-se que com o auxílio da globalização, embora esteja preconizada nas Constituições e tratados de direitos à igualdade

¹ Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Professora dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI. Líder do Grupo de Pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", registrado no CNPQ. Advogada.

entre as pessoas, elas se revelam cada vez mais distantes, mais desiguais. Assim, defende-se a necessidade de proteção aos direitos fundamentais da pessoa pela paz em um tecido social pluralista e democrático, o qual permita a reestruturação do sistema de administração da justiça sob a ótica da humanização.

Novas práticas de justiça devem ser realizadas a fim de retirar das pessoas a sensação de alienação social operada pelos poderes do Estado e, em especial, por seus representantes. Nessa ótica, verifica-se que a revolução democrática da justiça² deve superar primeiramente o distanciamento da justiça das pessoas, estabelecendo um elo sólido e permanente, atendendo à sua função social de garantir e concretizar a cidadania de forma que cada um seja mais consciente de seu papel na sociedade, bem como participe direta e efetivamente do desenvolvimento social, político, econômico e cultural do seu espaço, pois sem direitos de cidadania efetivos, a democracia traduz-se em uma ditadura mal disfarçada. O exercício concreto da cidadania requer um empoderamento das pessoas, capazes de lidar com o seu próprio conflito e de gerir sua própria vida, razão pela qual o estudo dos meios complementares de tratamento de conflitos realiza esse objetivo.

Assim, o texto que ora se apresenta, utilizando o método de abordagem dedutivo, e o método de procedimento bibliográfico, objetiva abordar o reconhecimento da mediação como forma complementar de tratamento de conflito no Brasil e os desafios para a sua concretização.

2 O ACESSO A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA

O direito fundamental do acesso à justiça³, aqui compreendido como acesso a uma ordem jurídica justa⁴, não é

² O direito somente pode ser emancipatório diante de uma revolução democrática da justiça, a qual se fundamenta na valorização da diversidade jurídica do mundo como mola propulsora do pensamento jurídico crítico (Santos, 2011).

³ O acesso à justiça está inscrito na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, considerado como direito de primeira dimensão, conforme anteriormente estudado.

⁴ Destaca-se, nessa ótica, o programa de desenvolvimento das Nações Unidas de acesso à justiça sob o argumento de que “*the poor and marginalized are too often*

condicionado à submissão do conflito ao Poder Judiciário, pois representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios por ele oferecidos⁵ (Rodrigues, 2008, p. 248). Por outro lado, acesso à justiça também remete à ideia do acesso a uma justiça adequadamente organizada e assegurada por instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito. Ou seja, “sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” (Cappelletti y Garth, 1988, p. 08).

O conceito de acesso à justiça remonta aos séculos XVIII e XIX correspondendo ao direito ao acesso à proteção judicial do direito formal da pessoa de propor ou defender-se em juízo; e embora fosse considerado um direito natural, direitos naturais não exigiam do Estado uma ação para sua garantia, permanecendo, portanto, em uma posição passiva diante da sociedade. O Estado não tinha como preocupação o afastamento da incapacidade das pessoas em utilizar plenamente a justiça e suas instituições, já que ela somente era obtida por quem pudesse suportar seus custos, os demais, a seu turno, eram considerados únicos responsáveis pela sua própria sorte. Assim, “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva” (Cappelletti e Garth, 1988, p. 09).

Com as reformas do *Welfare State*, o direito ao acesso efetivo à justiça foi ampliado e, por conseguinte, reconhecido o papel ativo do Estado em assegurar os direitos básicos dos cidadãos⁶. Nessa

denied the ability to seek remedies in a fair justice system. UNDP promotes effective, responsive, accessible and fair justice systems as a pillar of democratic governance” (2015, s.p.). Tradução livre: “Aos pobres e marginalizados é, muitas vezes, negada a capacidade de acessar um sistema de justiça justo. O PDNU promove sistemas de justiça eficazes, responsáveis, acessíveis e justos como um dos pilares da governança democrática”.

⁵ Nesse sentido, manifesta-se Watanabe (1998:128) ao afirmar que “[...] o acesso à Justiça não se limita a possibilitar o acesso aos tribunais, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, a saber: (i) o direito à informação; (ii) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; (iii) o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da realização da ordem jurídica justa; (iv) o direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; (v) o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características”.

⁶ Por acesso à justiça, na Europa, consoante Martín (2013, p. 123) refere, deve ser compreendida a garantia “a todas las personas el derecho de acudir a los tribunals,

ótica, o acesso à justiça é um requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que garanta os direitos de todos(as) indistintamente. É, portanto, o mais básico dos direitos humanos (Cappelletti e Garth, 1988, pp. 9-13).

Entretanto, a estrutura e o funcionamento do sistema judicial contemporâneo obstam a sua efetiva realização, seja pelo custo de um processo ou pelo tempo do seu trâmite⁷, revelando que as dificuldades são inversamente proporcionais à de recursos financeiros da parte ou ao seu tamanho/personalidade (pessoa física e grandes empresas).

O movimento do acesso à justiça, a partir de 1965, quando recebeu maior notoriedade, passou por três ondas. A primeira – assistência judiciária, a qual consiste em possibilitar a população de baixa renda, sem condições de suportar os custos de um processo judicial, o acesso ao Poder Judiciário, com a assistência gratuita patrocinada pelo Estado; a segunda – direcionada às reformas para mudanças na representação jurídica para os interesses difusos; e a terceira, denominada de enfoque de acesso à justiça, direciona-se às instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos para ajuizamento de ações, bem como para prevenir disputas na sociedade moderna. As duas primeiras ondas modificaram a compreensão do acesso à justiça, porém o sistema judiciário, diante das constantes mudanças da sociedade e dos novos direitos, exige melhoras⁸. O novo enfoque tem por escopo alterar as formas de procedimento, realizar mudanças na estrutura dos Tribunais ou criar novos, utilizar profissionais de áreas afins e implementar mecanismos privados ou informais de

o a otro órgano de resolución alternative de conflictos, y disponer de tutela judicial cuando se han vulnerado sus derechos". Tradução livre: "a todas as pessoas o direito de recorrer aos Tribunais ou a outro órgão de resolução alternative de conflitos e dispor de tutela judicial quando seus direitos forem violados".

⁷ Nessa esteira, Spengler (2010, p. 212) afirma que "observa-se que o tempo da ritualidade judiciária evoca o tempo do Direito. Assim como o tempo judiciário, o Direito, ao assimilar textos provenientes de épocas diferentes, parece ser insensível ao tempo. Sublima a perenidade para proporcionar à sociedade uma atualidade eterna".

⁸ Nessa ótica, adicionam Sales e Moreira (2008, p. 361) que o Judiciário também não cumpre seu papel, pois o acesso à justiça é limitado à pequena parcela da população, sendo várias as razões, que vão do desconhecimento dos próprios direitos pela população carente; passando pelo enfrentamento da pesada burocracia (custos, inclusive emocionais); além do longo tempo para a resolução dos conflitos; dificuldade para contratar advogados e escassez de defensores públicos; e sobrecarga do Judiciário (número exorbitante de ações), o que explica o sentimento disseminado na população de que ela somente funciona para os ricos".

solução dos litígios, reconhecendo-se a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio (Cappelletti e Garth, 1988, pp. 31-73).

Nesse sentido, insere-se Azevedo (2013, pp. 4-8) ao referir que o acesso à justiça pode ser dividido em três movimentos: a) mero acesso ao Poder Judiciário; b) acesso ao Poder Judiciário com resposta tempestiva; e c) acesso a uma solução efetiva para o conflito por meio de participação adequada do Estado. A primeira fase do movimento coincide com as três ondas anteriormente expostas a partir de Cappelletti e Garth.

Destaca-se, assim, que as mudanças operadas no sistema judiciário o tornaram mais acessível às pessoas, permitindo a participação em processos heterocompositivos estatais mais simplificados. Por conseguinte, a sua abertura resultou no aumento significativo do número de processos em tramitação, revelando, também, o crescimento da população que podem fazer uso desse sistema de justiça⁹.

A seu turno, o segundo período, complementar ao primeiro, tem por escopo dar resposta célere aos processos judiciais ajuizados no Poder Judiciário como demonstra a meta do Conselho Nacional de Justiça do Brasil de sentenciar, no ano de 2010, todos os processos iniciados até 2005. Se, de um lado, alcançou-se um maior acesso ao Judiciário (primeiro movimento), de outro, devido à sua incapacidade física, estrutural e organizacional de responder às demandas ajuizadas em tempo satisfatório às partes, distanciou-se do segundo movimento, cujo objetivo é garantir o acesso à uma justiça efetiva e tempestiva¹⁰.

E, por sua vez, o terceiro e atual período de acesso à justiça corresponde ao desenvolvimento de novas modalidades de soluções consensuais de conflitos, abandonando fórmulas exclusivamente

⁹ Como exemplos desse período, elencam-se as Leis n. 9.099/95 e n. 10.259/01, as quais instituíram os Juizados Especiais Cível e Criminal Estadual e Federal, respectivamente. A Lei n. 9.099/95, em seu artigo 2º, estabelece que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. Ainda, em seu artigo 9º, dispensa-se o acompanhamento de advogado para causas de valor até vinte salários mínimos.

¹⁰ Complementa Canotilho (2002, p. 492) ao afirmar que “a proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma protecção eficaz e temporalmente adequada”.

positivadas, e priorizando “[...] o sistema público de resolução de conflitos como se este fosse legitimado principalmente pela satisfação do jurisdicionado com a condução e com o resultado final do seu processo” (Azevedo, 2013, p. 07).

Nos Estados Unidos da América, o professor da Escola de Direito da Universidade de Harvard, Frank Sander, apresentou a proposta do *Multidoor Courthouse System*, a partir de um centro de resoluções de conflitos, com distintos processos, considerados um a um a partir de suas características específicas, indicando-se a “porta” (e não necessariamente o trâmite regular de um processo) mais adequada ao conflito (Crespo e Sander, 2008). O Brasil, por outro lado, em 2010, por meio da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça¹¹, implementou a Política Nacional de Tratamento de Conflitos, incentivando a adoção da conciliação e da mediação como formas complementares à adjudicação (Conselho Nacional De Justiça, 2010).

As políticas públicas acima citadas demonstram a superação do questionamento acerca de como sentenciar em tempo hábil para como abordar o conflito e os interesses das partes. Trata-se, nesse ponto, de compreender o direito ao acesso à justiça não como acesso ao Poder Judiciário e/ou a uma resposta célere, mas a garantia a uma ordem jurídica justa – direito humano fundamental – que permite a toda e qualquer pessoa, indistintamente, à satisfação de suas necessidades e interesses de forma adequada, eficiente e tempestiva.

Os direitos do ser humano, democracia e paz são três momentos necessários na história dos direitos fundamentais, eis que o reconhecimento e a proteção de seus direitos, não há democracia, e, por conseguinte, não existem condições mínimas para a solução prática de conflitos. Ou seja, a democracia é a sociedade dos cidadãos e os súditos se tornam cidadãos ao passo que têm reconhecidos alguns direitos fundamentais.

¹¹ A Resolução, em suas razões, demonstra visão moderna e ampla do acesso à justiça, ao afirmar que “CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no artigo 5o, XXXV, da Constituição Federal, além de vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”. Por essa razão, Calmon (2015, p. 129), sustenta que “esse é o principal fundamento da Resolução e, embora apresentado como simples “considerando” revela, na verdade, a mais ousada e acertada interpretação já realizada a respeito da garantia constitucional do “acesso à justiça”.

A efetivação dos direitos fundamentais e humanos da pessoa e de seus reflexos no atendimento às expectativas de cada um vincula o Estado de Direito de forma a construir um espaço onde os valores e princípios de cada ser humano sejam protegidos e garantidos. Neste rumo, verifica-se que somente pode-se referir a existência de uma sociedade justa e igual na medida em que são reconhecidos os direitos fundamentais. Haverá paz, uma paz em que a guerra não seja alternativa, somente quando as pessoas não forem deste ou daquele Estado, mas do mundo (Bobbio, 2004, p. 1).

Nessa reflexão, a análise das dificuldades do sistema de justiça contemporâneo e o cumprimento do direito fundamental do acesso à justiça – ou, como aqui preferido, a uma ordem jurídica justa – requer o estímulo e a implementação de práticas pautadas no desenvolvimento de uma sociedade mais harmônica, fraterna e cooperativa a partir da adoção de métodos complementares de tratamento de conflitos.

3 O IDEAL TRANSFORMADOR PELA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Uma ética, cidadã, de ternura, começa a instalar-se socialmente através da mediação. A ética da cidadania reconhece no afetivo sua dimensão fundamental. E uma ética de ternura que destrói, por completo, a antiga e arbitrária dicotomia do público e privado (Warat, 2004, p. 104).

Diante do aniquilamento do sujeito, da submissão ao poder, a da criação do inimigo, do estrangeiro e do aumento dos excluídos, a melhor resposta é a cooperação. A classe de cooperação substituindo a noção de classe operária, o devir cooperativo encarregado de produzir estilos de vida. O devir cooperativo é um ator social ativo, uma multiplicidade que atua diretamente, por fora de toda a ideia de representação. É um devir-auto-organizativo na resolução de seus conflitos comunitários. O devir cooperativo¹² não é

¹² Adiciona, ainda, Warat (Warat, 2010, pp. 15-17), que a expectativa social se encontra a deriva. A exclusão social também está mundializada e, ao invés de desenvolvidos, estão todos envolvidos. A proposta é uma eco-política do desejo, ou seja, uma política da alteridade. Assim, deve-se apostar uma cultura de paz, de alteridade, de mediação, de amor. Em uma cultura que não alimente a soberba que logo vira estátua; uma cultura onde as estátuas tenham serventia apenas para os pássaros; uma cultura de um pluralismo de resistências; e a resistência pode

representável e sua política é constituinte da democracia solidária, cooperativa direta, não limitada por nenhum princípio externo, por nenhuma transcendência, por nenhuma soberania que não seja coincidente com as próprias ações do devir cooperativo (Warat, 2010, p. 35).

O que se deve fazer é construir algo diferente, cooperativo. Algo que tem que ser construído com as ferramentas do século XXI; novas condições de trabalho, novos papéis da política transformadora, revolucionária. Desterritorializar para voltar a territorializar. Deve-se buscar um denominador comum; atuar e intervir no conflito pelo diálogo. Assim, defende-se atuar e mediar, ou seja, atuar e produzir a constituição da comunidade, a qual produz a substância da dignidade humana e da vida.

Na mediação, a verdade do conflito é uma aposta em comum, uma verdade é uma ação cooperativa, pois as pessoas se transformam juntas dentro de seus próprios conflitos. Cabe ao mediador auxiliar as pessoas a redescobrir a comunidade, a reencontrar-se com a paixão de estar-em-comum. A modernidade impôs às pessoas a necessidade de fazer tudo sozinhos, e agora o ser humano necessita aprender a fazer tudo em comum (Warat, 2010, pp. 37-39).

A mediação deve ser pensada não apenas como meio de acesso à justiça, o qual aproxima o cidadão e “desafoga” o Poder Judiciário. Deve ser compreendida enquanto meio de tratamento de conflitos não somente quantitativos, mas qualitativos, ou seja, um meio eficaz, cujo objetivo é proporcionar aos conflitantes uma reaproximação do problema, organizando o “tempo” e as “práticas” do seu tratamento, responsabilizando-se por tais escolhas e jurisconstruindo os caminhos possíveis (Spengler, 2010, pp. 313).

Ao falar-se em mediação, deve-se compreender como um estar no meio entre dois polos diferentes, mas cúmplices e rivais nos quais um depende do outro. Dessa forma, mediação indica um complexo de atividades voltado a ligar dois termos distantes, mas conexos entre si. Mediar significa religar aquilo que está desconexo justamente pelo fato de que compartilham exatamente aquilo que os separa (Resta, 2014, pp. 26).

começar a ser exitosa quando as pessoas começarem a tomar conta de seus próprios conflitos, e de seus próprios desejos.

Por essa razão, a mediação deve ser compreendida como ética da alteridade, a qual reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro, ou seja, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que rechaça o mínimo de movimento invasor em relação ao outro. Nessa ótica, “começamos a entender que cada homem não é uma mônada isolada, que não são fragmentos sem conexão”, pois “cada um é interdependente e produto forçado de interações”. E, “a sociedade é unicamente produto da complexidade desses vínculos” (Warat, 2004, pp. 54-55).

A palavra mediação decorre do latim *mediare*, o que remete à ideia de mediar, dividir ao meio ou intervir (Sales, 2004, p. 24). Por conseguinte, mediação significa centro, meio, equilíbrio, traduzindo-se na ideia de uma terceira pessoa que se encontra entre as partes, não sobre, mas entre elas¹³ (Spengler, 2010, p. 318). Nesse sentido, a mediação constitui-se em uma forma amigável e colaborativa de tratamento de conflitos que busca a resposta mais adequada ao conflito das partes. Ademais, “[...] é considerada um processo complexo que transcende o conflito a ser resolvido. Ela não apenas enquadra o conflito nas normas de direito preexistentes, mas também orienta as partes para a criação de normas relevantes e adequadas” (Sales, 2004, pp. 24-25).

Portanto, a mediação é a arte da interpretação por excelência, preside a decifração das mensagens, decide sobre a compatibilidade linguística, significando a tradução de uma língua para a outra (Resta, 2014, p. 28). Assim, para se falar em mediação, deve-se introduzir uma teoria do conflito mais psicológica que jurídica, pois quando se aborda um conflito sob o viés jurídico, consideram-se seus efeitos jurídicos. “Desse modo o conflito pode ficar hibernando, retornando agravado em qualquer momento futuro” (Warat, 2001, pp. 75-76).

A meta de mediação consiste em responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do seu litígio, unindo-os a partir de uma ética da alteridade; encontrar, com a atuação de um mediador, a garantia do sucesso, aparando as arestas e divergências, compreendendo as emoções reprimidas e alcançando um consenso que atenda aos interesses de cada envolvido e conduza à paz social

¹³ Conforme definem Goldberg, Sander, Rogers e Cole (2012:121), “mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party”. Tradução livre: “a mediação é uma negociação com o auxílio de uma terceira pessoa”.

(Spengler, 2010, pp. 322). Assim, “com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória” (Morais e Spengler, 2012, p. 132).

Por isso, tem-se como objetivos da mediação a solução dos problemas (aqui compreendida como tratamento do conflito); prevenção dos conflitos; inclusão social; e paz social. O tratamento do conflito se dá por meio do diálogo, no qual as partes interagem na busca de um acordo/resultado¹⁴ satisfatório para ambas, possibilitando uma boa administração da dificuldade que existe para cada uma; a prevenção, por sua vez, ocorre diante do restabelecimento das ligações entre as pessoas ou criando vínculos até então não existentes, os quais impedirão a má administração de conflitos futuros.

Já a inclusão social por meio da mediação ocorre pela responsabilização das partes acerca de seus deveres e conscientização de seus direitos, permitindo e possibilitando uma maior participação de todos na sociedade e na realização de escolhas para a sua vida; e, a seu turno, a paz social é alcançada pela mediação por ser alternativa à violência e atingir o seu objetivo a partir do consenso e do atendimento das necessidades de cada envolvido no conflito (Sales, 2004, pp. 27-34).

O conflito, pela utilização da mediação, pode ser tratado a partir do uso de uma pluralidade de técnicas que vão da negociação à terapia, motivo pelo qual Calmon (2015, p. 111) sustenta que “sem negociação não pode haver mediação”. Ademais, afirma-se que a mediação eficaz se apoia nos princípios da negociação, considerada a primeira enquanto uma negociação assistida por um terceiro, denominado de mediador (Martín, 2001, p. 326).

Da mesma forma, a mediação é passível de ser aplicada em diversos contextos¹⁵: mediação judicial; mediação no Direito do

¹⁴ Embora tenha-se o acordo como objetivo da mediação, deve-se salientar que a inexistência do acordo não significa que o processo de mediação restou inexitoso, pois consoante Keppen e Martins (Keppen y Martins, 2009, p. 84) destacam, “mesmo sem acordo ou reconciliação, a mediação ainda deve ser considerada um sucesso se ela causar crescimento moral, autoconhecimento e reconhecimento do outro”.

¹⁵ Pinho (2011, p. 278) sustenta que “a mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso. Cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual é importante, sempre que possível, tentar a combinação de métodos”. E,

Trabalho; Direito de Família, em conflitos escolares, dentre outros, pois tem como norte restabelecer uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento (Spengler, 2010, p. 319). Nessa mesma linha, afirma-se que a mediação tem como ponto positivo a sua flexibilidade e a aplicação em uma variedade de tipos de conflitos, incluindo desde conflitos internacionais até opções de mediação formais em relações industriais, conflitos de vizinhança, etc. (Keppen, 2009, p. 83).

O procedimento da mediação caracteriza-se pela: a) privacidade – é desenvolvido em um ambiente secreto e somente será divulgado se for de vontade das partes; b) economia financeira e de tempo¹⁶ – os conflitos tratados pela mediação tendem a alcançar um resultado em menor tempo do que se tivessem um trâmite judicial regular, o que, indiretamente, acarreta na diminuição dos custos; c) oralidade – a mediação constitui-se em um procedimento informal, no qual as partes têm espaço para dialogar e debater a fim de que juntas encontrem a melhor resposta ao seu conflito; d) reaproximação das partes – a partir de práticas dialogadas e consensuais, trabalha-se o conflito, restaurando as relações entre as partes e, por conseguinte, as reaproximando; e) autonomia das decisões: as decisões tomadas pelas partes, a quem compete a decisão, não necessitam de homologação judicial; f) equilíbrio das relações entre as partes – confere-se a todos os envolvidos igual oportunidade de fala e garante-se a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas (Moraes; Spengler, 2012, pp. 132-135).

Os modelos de mediação apresentam diferenças específicas de estilos e técnicas, variando de acordo com o seu desenvolvimento

complementa, ao referir que “temos insistido na tese de que a mediação deve ser utilizada, prioritariamente, para os relacionamentos interpessoais continuados. Em outras palavras; havendo um conflito, este pode se dar entre duas empresas (*business to business* – B2B); entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica (*business to person* – B2P); ou ainda entre duas pessoas físicas (*person to person* – P2P)”.

¹⁶ Consoante afirma Kressel (Kressel, 201, p. 819), “the record is more equivocal for mediation as an instrument for saving time and money. A few studies report appreciable savings for mediation compared to more adversarial methods, and mediation has been found to reduce court dockets and case overload for government agencies”. Tradução livre: “O registro é mais ambíguo para a mediação como instrumento de economia de tempo e dinheiro. Alguns estudos relatam uma economia significativa para a mediação em comparação com métodos mais contraditórios, e a mediação reduziu súmulas judiciais e sobrecarga de processos para as agências governamentais”.

para a realização dos objetivos e da obtenção do acordo¹⁷ (Goldberg, Sander, Rogers e Cole, 2012, p. 122).

Diante disso, algumas escolas de mediação surgiram, cujas características de uma complementam a de outra. O primeiro modelo, denominado de método de Harvard, ou, também, de modelo tradicional, tem origem na Escola de Direito de Harvard e consiste em um terceiro que auxilia as partes a descobrirem os seus interesses, alcançando uma solução de ganhos mútuos (Luchiari, 2012, p. 24).

Suas principais características são: “a) diferenciar as pessoas do problema; b) direcionar focos nos interesses que estão ocultos por trás das posições; c) inventariar posições para benefício mútuo; d) criar critérios objetivos; e) eleger a melhor alternativa ao acordo feito” (Morais e Spengler, 2012, pp. 143-144). Neste modelo, o mediador atua como facilitador de uma comunicação cujo objetivo é um acordo a partir da colaboração das partes, da integração de seus interesses e do seu comprometimento com o mesmo (Garcez, 2013, pp. 59-62; Luchiari, 2012, p. 24).

No modelo transformativo, idealizado por Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger, em 1994, “a mediação é um processo de intervenção que capta o potencial transformador do conflito e, desse modo, está a serviço de valores próprios de uma perspectiva relacional da sociedade” (Luchiari, 2012, p. 26). Seu foco está, portanto, no esforço de revalorização pessoal e reconhecimento do outro, a partir do auxílio aos conflitantes a obter o seu empoderamento – capacidade de administrar os seus próprios conflitos – e a sensibilidade mútua (Morais e Spengler, 2012, p. 143). O modelo de Sara Cobb, denominado de modelo circular narrativo, por sua vez, tem a comunicação como seu elemento chave, compreendida como um todo no qual estão duas ou mais pessoas e a mensagem que se transmite. O conflito é visualizado enquanto um descompasso entre as narrativas das partes, sendo objetivo da mediação desconstruir as velhas narrativas e permitir que novas possam ser construídas, com a obtenção, ou não, do acordo (Luchiari, 2012, p. 27).

¹⁷ “Mediators’ strategies vary widely even if their goal for the mediation is the same – assisting the parties in reaching settlement (and their goals sometimes differ [...]). Despite differences in approach or emphasis, experienced mediators tend to employ similar practices” (Goldberg, Sander, Rogers, e Cole, 2012, pp. 122-123).

A seu turno, o modelo avaliativo, apresentado por Kimberlee K. Kovach, utilizado nos EUA, deixa de centrar em técnicas de aproximação dos conflitantes, o que exige do mediador habilidades de comunicação e negociação, para se transformar em um procedimento com a matéria de fundo da discussão, razão pela qual o mediador deve possuir conhecimento e experiência acerca do tema debatido (Luchiari, 2012, p. 29; Calmon, 2015, pp. 125-127).

Esse modelo apresenta nove estágios básicos e outros quatro opcionais, quais sejam: a) arranjos preliminares – é o momento de preparo da sessão da mediação, quando devem ser feitos os acertos gerais como, por exemplo, a seleção do mediador, o procedimento adotado, as regras, o pagamento dos honorários e a forma de custeio pelos mediantes, cronograma das atividades, a coleta de informações das partes pelo mediador, bem como é a oportunidade para explicar como funcionará a mediação e esclarecer o objetivo do instituto; b) introdução do mediador – apresentação do mediador às partes, oportunizando, também, que as partes e seus procuradores o façam.

Posteriormente, deve ser descrito o procedimento detalhadamente para que todos conheçam o assunto discutido, bem como seja esclarecido o papel do mediador; c) depoimentos iniciais pelas partes – momento das partes para apresentarem, sem interrupções, os motivos que as trouxeram a situação, devendo, ainda, expressar argumentos em favor do seu ponto de vista. Trata-se da exposição livre das razões dos envolvidos, os quais são estimulados a apresentarem com tranquilidade seus problemas, aspirações e eventuais soluções já projetadas para o conflito; d) arejamento – oportunidade dada às partes para que possam expressar seus sentimentos ao grupo, aliviando frustrações e raivas, o que auxiliará na construção da resposta conjunta; e) obtenção de informações – em caso de insuficiência de informações prestadas pelas partes no estágio anterior, deve o mediador buscar as informações adicionais necessárias para que todos os envolvidos possam ter consciência do problema e dos motivos que os levaram ao processo; f) identificação da causa – trata-se do reconhecimento, pelo mediador, do real motivo pelo qual as partes se encontram em conflito, o que possibilitará o avanço da mediação; g) acerto do cronograma – as partes ou o mediador podem optar por elaborar um novo cronograma de trabalho para as novas etapas; h) reuniões – além das sessões conjuntas, podem ser realizadas sessões individuais com cada uma das partes; i) criação de opções – é o

período no qual são formadas as ideias, opções e alternativas para responder ao conflito das partes; j) teste de realidade – simulação das opções propostas a fim de verificar o seu êxito; k) barganha e negociação – compete às partes alcançar a uma solução final do problema traduzido, o que se dá por meio da negociação; l) acordo – quando do sucesso do diálogo das partes, firma-se o acordo, a partir de um termo escrito, com o objeto do acordo e assinado pelas partes; m) fechamento – é a conclusão do procedimento a fim de simbolizar o término do conflito vivido pelas partes (Moore, 2014, pp. 197-215; Goldberg; Sander; Rogers; Cole, 2012, pp. 123-128; Moraes; Spengler, 2012, pp. 139-141; Luchiari, 2012, pp. 32-35; Sales, 2004, pp. 61-64; Garcez, 2013, pp. 62-66).

Dessa forma, a mediação pode ser visualizada a partir de cinco estágios. O primeiro consiste na orientação dada aos envolvidos-partes e na organização do espaço de reuniões. O segundo, por sua vez, consiste na reunião de abertura, com a identificação dos mediandos e na apresentação da mediação e do seu procedimento. O terceiro estágio ocorre após a definição do conflito, permitindo que reuniões privadas sejam realizadas. A seu turno, o quarto estágio compreende reuniões coletivas e privadas com o escopo de discutir avanços e possíveis propostas de resposta ao conflito. Por fim, o quinto estágio prevê o encerramento do processo de uma maneira positiva, resultando na redação do acordo, se exitosa a mediação (Spengler, 2016, pp. 36-44).

4 A POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: AVANÇOS NA CONCRETIZAÇÃO DA CULTURA DE PAZ

A mediação, como terapia do reencontro amoroso, parte da ideia de que os processos de amor e desamor se encontram na vida de toda pessoa; que os vínculos afetivos formam parte de sua socialização e contribuem para o seu bem estar, ou sua infelicidade no dia a dia, sendo um componente estrutural no desenrolar dos conflitos e na possibilidade de estabelecer com o outro uma diferença neles (Warat, 2004, p. 75).

A mediação, a partir do estudo na seção anterior, configura-se em um espaço de reencontro e possibilita uma resposta inovadora para a sociedade contemporânea, visando a autocomposição do

conflito e o empoderamento das partes com a continuidade das relações que se prolongam no tempo¹⁸. No entanto, suscita resistência quanto a sua utilização e tem sido alvo de críticas pelos operadores do direito por ser um procedimento relativamente novo; por ser uma técnica não disciplinada por lei em alguns países; e, ainda, porque a verdade consensual se opõe à verdade processual, ou seja, trata-se de uma escolha das partes, com a ausência do juiz, na presença do mediador (Moraes e Spengler, 2012, p. 149).

No Brasil, com a Resolução nº 125, instituiu-se a Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, inserindo-se a mediação como método complementar. Entretanto, considera-se o marco legal da mediação no Brasil, a partir da compilação dos Projetos de Lei nº 517/11; 434/11; e 405/11, a Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015, a qual dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, estabelecendo, em seus 48 artigos, o procedimento de mediação, a mediação judicial e a extrajudicial, além da função do mediador e a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

Conforme observado anteriormente, a legislação ora analisada corrobora com a mediação enquanto método complementar de tratamento de conflito, preservando suas características, o que era inexistente no ordenamento jurídico pátrio. A Lei nº 13.140/15 tem dois grandes avanços: o primeiro se refere à substituição da palavra “alternativo” por “adequado”, evitando a confusão de termos, tendo em vista que alternativo pode confundir com “justiça alternativa” e não ser compreendida enquanto “alternativa” para a jurisdição, sinônimo de outra estratégia/possibilidade/opção para abordar o conflito na

¹⁸ Kressel (2014:819) observa que na mediação, “the most positive results are in terms of client satisfaction, settlement rates, and compliance. Thus, on the order of 70 to 90 percent of disputing parties who have tried mediation say they were pleased with the process, and for those who fail to reach agreement in mediation, the satisfaction rate is typically above 75 percent. These results compare favorably with public satisfaction with kindred services, such as the use of attorneys (66 percent) and the role of the courts (40 to 50 percent)”. Tradução livre: “os resultados mais positivos são em termos de satisfação do cliente, as taxas de liquidação e cumprimento. Assim, na ordem de 70 a 90 por cento das partes que tentaram mediação dizem que estavam satisfeitas com o processo, e para aqueles que não conseguiram chegar a um acordo na mediação, o índice de satisfação é tipicamente acima de 75 por cento. Estes resultados se comparam favoravelmente com a satisfação do público com serviços afins, tais como o uso de advogados (66 por cento) e o papel dos Tribunais (40 a 50 por cento)”.

atualidade. Como segundo avanço, destaca-se a proposição da mediação entre particulares e composição de conflitos no âmbito da administração pública, o que diferencia a mediação da conciliação, negociação e demais institutos (Spengler, 2016, pp. 123-124).

Nesse sentido, a nova lei, pela primeira vez, define a mediação, trazendo o conceito no parágrafo único do artigo 1º, como “[...] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Por sua vez, o artigo 2º estabelece que a mediação será orientada pelos princípios da: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; e VIII - boa-fé. Ademais, a consensualidade da mediação resta clara no parágrafo segundo do mesmo artigo, ao esclarecer que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação” (Brasil, 2015).

A Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, a qual institui o CPC, com vigência a partir de 2016, trouxe, também, em seu texto legal, meios consensuais de tratamento de conflitos. Tem, em seu artigo 2º, nos parágrafos 2º e 3º, que “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, e, “§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Da leitura dos parágrafos acima, compreende-se que “a proposta do novo CPC não é tornar obrigatória a mediação ou a conciliação, mas estimulá-la. E tal incentivo deve ser tarefa de todos os operadores do Direito, mesmo quando já ajuizada a ação” (Spengler, 2016, p. 103).

O CPC reserva atenção aos institutos da conciliação e da mediação, nos artigos 165 a 175. No tocante à mediação, volta-se, de forma especial, para a atividade praticada dentro do Poder Judiciário, o que não exclui a mediação prévia ou, ainda, a possibilidade de utilização de outros métodos de tratamento de conflitos, assim como a conciliação ou mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por meio de profissionais independentes (Pinho yPaumgarten, 2015, pp. 23-24). Para isso, estabelece em seu artigo 165 que “os tribunais criarão centros judiciais de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e

audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição” (Brasil, 2015).

O artigo 165, em seus parágrafos¹⁹, traz, de forma inovadora, a diferenciação da atividade do conciliador e do mediador, o que auxilia na divulgação de ambos; delimita o papel desempenhado por mediadores e conciliadores, que sofre confusão e mau uso pelas pessoas quanto ao método adequado; e, ainda, determinada a gama de conflitos que podem ser tratados por cada instituto, bem como as melhores técnicas para serem utilizadas (Spengler, 2016, p. 105).

No entanto, embora tenham avanços, há ressalvas, pois embora a mediação seja uma ferramenta útil, a sua aproximação com o Direito, acarreta, por conseguinte, no afastamento da sua essência, pois “se torna instrumento a compatibilizar o dogma da efetividade da atividade jurisdicional, e passa a ter o dever de funcionar direcionada à justiça” (Pinho; Paumgarten, 2015, p. 28).

Por isso, em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, compreende-se, consoante discorre Warat (2001, p. 88), que a mediação é a sua melhor forma de realização, pois as suas práticas configuram-se em um instrumento de exercício de cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a tomar decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito. A autonomia, a democracia e a cidadania estão presentes na capacidade das pessoas de se autodeterminarem em relação aos outros; autodeterminarem-se na produção da diferença²⁰. A mediação, portanto, tem a capacidade de

¹⁹ § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

²⁰ Nessa ótica, adiciona Martín (Martín, 2011, p. 351) que “a mediação nos permite melhorar nossa própria formação integral (intrapessoal) de vez que se converte em um mecanismo interrelacional (interpessoal, intragrupal e intergrupar), desembocando em uma cultura social que aspira a incorporar a dimensão relacional entre pessoas, grupos e comunidades”.

promoção humana, de tornar o ser humano cada vez mais humano²¹ (Keppen y Martins, 2009, p. 84).

No entanto, a mediação somente se realiza com o terceiro catalisador do conflito, comprometido com a pacificação social e a busca consensual da resposta ao conflito por meio do diálogo das partes. Assim, na continuidade da presente pesquisa, a fim de possibilitar a compreensão da mediação enquanto política pública de tratamento adequado de conflitos, estudar-se-á o modelo de múltiplas portas dos EUA, como expressão da autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos para contribuir na implementação da política pública brasileira de tratamento adequado de conflitos.

5 CONCLUSÃO

O tratamento do conflito tem um papel, inclusive em zonas de guerra, de construção e solidificação da paz em comunidades divididas, como elemento essencial do engajamento humanitário. Igualmente, configura-se em uma ferramenta de desenvolvimento, justiça social e transformação social, pois permite a evolução do ser humano quando compreendido e administrado o conflito. Por outro lado, quando não gerenciado devido à má compreensão de seus limites e da existência do outro – ausência da alteridade, instrumentos de tratamento de conflitos devem ser utilizados a fim de possibilitar que esse encontro de ideias, valores e interesses possa transformar as estruturas sensíveis às dinâmicas das relações humanas.

²¹ Como salienta Kovach (2005, p. 305), “mediation offers a number of potential benefits that are unavailable in traditional methods of dispute resolution. Mediation’s relatively informal and flexible process allows the mediator and participants to take different approaches to creative problem solving. In providing an accelerated resolution, mediation quite often saves parties time and money. Moreover, in reaching a resolution, mediation parties can often avoid much of the emotional drain from engagement in continual conflict”. Tradução livre: “a mediação oferece um número potencial de benefícios que são indisponíveis para os métodos tradicionais de resolução de conflitos. O processo relativamente informal e flexível da mediação permite ao mediador e aos participantes diferentes abordagens para soluções criativas ao problema. Ao possibilitar uma resposta mais rápida ao problema, geralmente a mediação economiza tempo e dinheiro das partes. Ademais, ao alcançar uma solução, as partes podem evitar o desgaste emocional de um conflito a longo prazo”.

No conflito institucionalizado, cabe ao Estado, por meio do Poder Judiciário, decidi-lo, seja por meio de uma sentença, prolatada por um magistrado ou, como é o caso da abordagem ora realizada, de meios complementares que atendam às especificidades do litígio apresentado. Assim, o surgimento das formas de tratamento dos conflitos decorre não somente da busca por alternativas à incerteza do direito, à lentidão/morosidade do processo e aos altos custos, mas, principalmente, em satisfazer aos interesses e necessidades daqueles que se encontram em situação conflituosa. No Brasil, esse reconhecimento é verificado na política pública judiciária – Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça –, instituindo a mediação e a conciliação como métodos voluntários e autocompositivos. Insere-se, também, a Lei nº 13.105/2015, a qual instituiu o novo Código de Processo Civil e disciplinou a mediação dentro do processo civil –, disposta em 19 artigos, cujo escopo é introduzir a mediação e a conciliação como meios autocompositivos de acesso a uma ordem jurídica justa e eficaz, dedicada à prevenção e solução pacífica dos conflitos, bem como a Lei nº 13.140/2015, a qual disciplina a mediação judicial, a mediação extrajudicial e introduz a mediação na Administração Pública.

A mediação, enquanto política pública de tratamento do conflito mais ajustado às partes interessadas, cumpre seu papel a partir de um mediador que exerça sua função em conflitos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando os interessados a compreender as questões e os interesses em debate, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, construir, por si próprios, respostas consensuais que gerem benefícios mútuos, motivo pelo qual o reconhecimento dos interesses envolvidos e das relações entre as partes realizada pela mediação satisfaz adequadamente a resposta ao conflito, empoderando e resgatando a autonomia das pessoas nele envolvidas.

Verifica-se, com o estudo e com as experiências iniciadas no Brasil em 2010 e solidificadas a partir de 2015 com os dois instrumentos legais mencionados anteriormente, que a institucionalização de métodos de tratamento de conflito acarreta na possibilidade de engessamento do processo, que se desenvolve de forma espontânea e que é buscado voluntariamente pelas partes interessadas. Além disso, há o receio de que o procedimento obrigatório não atenda aos interesses das partes, mas sim, única e exclusivamente, corresponda aos interesses dos Tribunais em reduzir seu volume de trabalho.

Capítulo VI

A PAZ COMO EXPERIÊNCIA DA ALTERIDADE E O CAMINHO DE SÃO FRANCISCO DE ASSIS

Frei Nilo Agostini¹

Sumario: 1. Introdução. 2. Experiência, a anterioridade do outro. 3. A alteridade, sem domesticar e submeter. 4. Francisco de Assis, o homem feito paz. 5. O espírito de Assis: as jornadas mundiais de oração pela paz. 6. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O outro, distinto de mim, apresenta-se como um desafio. Em confronto com ele, posso agir de forma agressiva para salvaguardar o meu mundo, especialmente em meio à competitividade à qual somos lançados em nossos dias. De maneira diversa, ante o rosto do outro que me interpela, me é dada a possibilidade de perfazer um caminho de encontro, na rica experiência da alteridade. São Francisco de Assis é o protótipo da humanidade que vai ao encontro, estabelece vínculos, constrói fraternidade e faz desse mundo a casa onde somos convidados a partilhar a vida entre irmãos e irmãs. A postura franciscana esconde uma surpreendente força profética, porque, “superando a mentalidade presente, nos projeta rumo a um futuro mais humano e humanizante” (Merino, 1991, p. 146).

¹ Fraile franciscano (O.F.M.), docente em Curso de Posgrado Stricto Sensu en Educación en la Universidade São Francisco, campus de Itatiba, Estado de São Paulo, Brasil. Doctor en Teología por la Universidad de Ciencias Humanas de Strasbourg (Francia).

Francisco de Assis resgata o dinamismo arcaico, presente em nossas raízes primitivas, lastreando o nosso *ethos*, enquanto identidade mais profunda do humano, fonte borbulhante de vida, identidade e raiz que dá estabilidade ao modo próprio de ser. Através das gerações, o Santo de Assis tem inspirado aqueles e aquelas que se preocupam com os problemas que nos circundam e nos habitam, provocando-os a buscar uma reconciliação universal, incluindo todos os seres da criação.

É uma das poucas figuras históricas na qual o humanum encontrou um dos intérpretes mais privilegiados... Porque mergulhou na radicalidade do mistério humano, ele conserva uma permanente atualidade. Continua a falar, também para os dias de hoje. A crise de nosso *ethos* cultural despertou as consciências acerca da atualidade e da urgência do modo de ser franciscano (Boff, 1975, p. 335).

Nestas palavras iniciais, entrevemos o grande desafio da paz em todos os tempos. Porém, “não há caminho para a paz; a paz é o caminho”. Esta frase atribuída a Mahatma Gandhi indica quão preciosa é a paz como modo próprio de ser, modo de vida, *ethos*, caminho. Nas páginas que seguem, ousaremos balbuciar algumas palavras; é temerário querer instalar-se nos discursos e achar que estes bastam, aportar belas definições e pretender esgotar o assunto, citar autores renomados e instalar-se na autossuficiência de nossas pretensas certezas. Aqui, proponho um itinerário no qual perfazemos um caminho que, antes de tudo, é experiência que adquire real consistência se feita na alteridade. Ou, se quisermos, a experiência da alteridade é um primeiro desafio para a paz como caminho. Em seguida, perscrutamos o modo próprio de ser de Francisco, o Santo de Assis, homem feito paz. Perfazer este caminho é antes nele perfazer-se, crescendo em humanidade, lapidando-nos passo a passo como a pedra na mão de escultor ou o barro na mão do oleiro.

O “espírito de Assis” irradia sobre o mundo uma mensagem de paz capaz de atrair para esta cidade as Jornadas Mundiais de Oração pela Paz. Desde 1986, os diversos Papas e representantes de Igrejas, Comunidades cristãs e Religiões diversas peregrinam até Assis à procura de paz. Destacaremos os conteúdos centrais das orações, discursos e mensagens dos Papas nestas Jornadas.

2 EXPERIÊNCIA, A ANTERIORIDADE DO OUTRO

Hoje vivemos um empobrecimento da experiência que se apresenta limitada, porque administrada. Mesmo impulsionados pelo desejo de emancipação e pretensamente esclarecidos, eis que jogamos um jogo cujas cartas já estão predispostas na mesa. Nos adaptamos para nos autoconservar, numa reprodução do mesmo. Nos submetemos facilmente ao mercado que se porta com indiferença ante o humano, o ecológico, a vida; ele segue modelando as pessoas, na ilusão de serem únicas e iguais, conduzidas pela mão invisível de uma coerção social, na submissão astuciosa da própria coletividade que, manipulada, nega até a condição de indivíduo. Pensamos igual, com comportamentos normalizados, sem perceber que a vida está sendo brutalizada, numa regressão a seres dominados, imaturos. E o capital tende a impor seu poder absoluto; transforma tudo num negócio, incluindo a indústria cultural; dissemina bens padronizados, necessidades iguais, legitimando o que é lixo como arte, bastando que sejam rentáveis ao negócio. E fascinados pelo consumo, atraídos pela “moda” ou modismos, reagimos com um atitude mimética ante a publicidade, nos rendendo ante a força dos meios de comunicação de massa, alimentados agora por uma economia dos desejos.

Numa nova configuração do ser humano, vemo-lo atraído pelo desejo do consumo, no qual o ter e o prazer comandam a vida, instaurando-se uma economia do desejo. Porém, não se trata mais de satisfazer as necessidades básicas, como numa economia de subsistência. Na economia do desejo, o ser humano é arrastado pela insaciabilidade das necessidades, sem balizas, sem limites, sem restrições, sem autocontrole. Importa ter coisas ou dinheiro para satisfazer os desejos, sob a falsa impressão de qualidade de vida, de segurança e de realização humana. Constrói-se um hedonismo materialista, com uma demanda de prazer que parece não ter fim. A promessa de satisfação nunca se realiza. Na verdade, estimula-se o desejo, desperta-se a sede indefinida. Importa ter mais coisas e mais gozo (Agostini, 2018, p. 75).

Identificamos o crescimento do individualismo com traços narcisistas. Há uma perda significativa de referenciais, numa crise que atinge as raízes mais profundas do humano, o próprio ethos, onde se tece o conjunto de evidências primitivas. Perde-se, assim, a unidade de raiz e nos movemos num dissenso. “Imperativos

diferentes e até contraditórios revelam o caráter arbitrário e duvidoso do consentimento. Cai-se na fragmentação da razão, na proliferação das esferas de valor, num desencantamento do mundo e sua dessacralização” (Agostini, 2008, p. 115). O mundo, agora coisificado, apresenta-se como o reino do desfrutamento, incluídas as pessoas. O contraditório desta situação é que as pessoas não se sentem realizadas, instalando-se a angústia, a irritação, fruto de uma experiência da vida empobrecida, fruto de um processo que Lipovetsky (1983) identificou como manifestação “miniaturizada do processo de personificação” (p. 13), numa “dessubstancialização”, numa “lógica do vazio” (p. 15). Os indivíduos se movem em meio a uma “cultura” já morta, revestida de uma beleza transitória, alimentada por um forte narcisismo e marcada pela fugacidade, na qual se encontram largados, na solidão. Caducaram os processos de humanização, escancarando as portas para a barbárie que “se encontra no próprio princípio civilizatório”, como atesta Adorno (2012, p. 120).

Envoltos pelo vazio e sua barbárie que se instala quase imperceptivelmente no atual processo civilizatório, torna-se urgente perfazer novamente o caminho da experiência; esta “supõe uma saída de si para outra coisa, um passo para outra coisa”, segundo Larrosa (2011, p. 8), movido por um “princípio de exterioridade”, de tudo o “que não sou eu” ou de “outra coisa que eu”, ou seja, “outra coisa do que aquilo que eu digo, do que aquilo que eu sei, do que aquilo que eu sinto, do que aquilo que eu penso, do que eu antecipo, do que eu posso, do que eu quero” (p. 5). É preciso ter a coragem de perfazer e perfazer-nos na experiência, na qual existe “algo outro, algo completamente outro, radicalmente outro” que vem, então, identificado como “princípio de alteridade” (Larrosa, 2011, p. 6). Essa experiência faz de mim um “território de passagem”, um sujeito paciente, revelando um “princípio de paixão”, no dizer de Larrosa (2011, p. 8), para que o outro exista, para que ele seja, diga a sua palavra, enquanto proximidade alterativa, como que num “nascer em alguém e não em algo, do alimentar-se de alguém e não de algo” (Silva, 1998, p. 234). Nos encontramos aqui em meio à experiência primordial, anterior a toda origem, que, na expressão de Dussel (1980), consiste na “anterioridade anterior a toda a anterioridade”, descrita como um “aproximar-se” na “responsabilidade pelo mundo do outro” (p. 23). “Antes de ser, está o rosto do outro. Antes do mundo, está a face diante da face. E esta é a proximidade originária – o face-a-face” (Silva, 1998, p. 234).

O que “dá consistência à ética e lhe confere realidade” é o face-a-face, afirma Agostini (2010, p. 94), para sublinhar que “não existe o ser nele mesmo sem o dado referencial que o remete ao outro, no face-a-face” (p. 95). Face ao outro que me interpela e me exige, nasce o compromisso *pelo* outro, num ser *pelo* outro, mais do que com o Outro. Sem cair no subterfúgio de meras palavras, realiza-se a experiência no concreto da existência que me remete ao rosto do outro que é estar junto do face-a-face (Lévinas, 2014). Bauman (1997, p. 88), na esteira de Lévinas, afirma: “Tomo a responsabilidade pelo Outro, [...] sem depender dos méritos do caso ou da qualidade do Outro [...]. Minha responsabilidade, que constitui simultaneamente o Outro como a Face e eu como o eu moral, é incondicional”.

3 A ALTERIDADE, SEM DOMESTICAR E SUBMETER

O desafio por excelência é partilhar o mundo com o outro na experiência da alteridade, residindo aí o coração que nos mantém vivos, a morada da vida em sua real fecundidade, sem o recurso à violência ou a qualquer forma de domesticação ou submissão. Na experiência da proximidade, o outro sofre violência quando não é tolerado em seu modo próprio de ser ou enquanto exterioridade e distinção. Santos (1998) nos traz algumas precisões quando afirma que a “violência significa aprisionar todos os entes, diferentes entre si, numa generalização que os condiciona e os condena a ‘não poder deixar de ser’, a ‘não poder ser outro’ e a ‘não poder ser diferente’” (p. 119). Por isso, a violência, em suas variadas formas, como a guerra e a intolerância, “destrói a identidade e a possibilidade da alteridade de todos os que nela estiverem envolvidos” (p. 97) e, enquanto tal, “dirige as pessoas, lhes infunde um sentido e significado, as faz agir e desempenhar papéis que não são os seus” (p. 97), num ato de domesticação e de submissão.

Uma vez presos a uma ordem de mundo, domesticados e submissos, os entes são proibidos em sua exterioridade, em ser outro enquanto Outro, destruindo sua identidade. O ente, proibido de ser, é transformado em caricatura. Porém, ele guarda uma “uma excedência sempre exterior à totalidade”, para além do jogo de cartas marcadas, para além de toda intolerância, além de toda guerra, captada por Lévinas (1961, p. 7) através do conceito de “infinito”, à medida que

somos exigidos a fazer justiça ao ente que tem o modo de ser de um genuíno ser humano. No “ser para o Outro” não basta fixar-se numa ideia; ir além da ideia que o representa é deixar-se desafiar enquanto “ser diante de” pelo rosto do “outro ser humano” que supera a ideia que eu tenho dele. Para Costa (1998), “o face-a-face supera em originalidade e radicalidade as representações inteligidas e a ideia que se pode ter do infinito do ‘ser humano’ inteligido” (p. 125), ressaltando que a “recepção da ideia do infinito que é ‘o Outro’ e o rosto do Outro no face-a-face” nos proporciona a experiência, qual lição, de “um conteúdo que vem de fora e que traz mais do que o ‘eu’ contém” (p. 125).

O ser humano, desde a base primeira do ethos, tece a sua existência tendo em conta a relação, a proximidade e a comunhão como componentes de sua realidade original; é assim que ele se constitui uma pessoa aberta no cultivo das dimensões fundamentais de sua vida. A sua existência se tece na relação com o outro. O caminho da paz necessita deste postar-se ante o outro, reconhecê-lo parte do diálogo, no face-a-face. A ética, por sua vez, deixa de ser mero discurso e se tece na alteridade, o que lhe confere real fecundidade. Instaura-se a fraternidade que tanto Francisco e Clara de Assis indicaram como o lugar da vivência da paz (Agostini, 2018, p. 93).

Não há ética fora desta dinâmica da alteridade; a ética tem real consistência no encontro real da interação face-a-face com o outro, sem desqualificá-lo, sem deslizar no autoritarismo ou enquadramentos diversos. O diálogo aberto, franco e transparente, assume um lugar central. Este diálogo, fazendo cair por terra qualquer superioridade prévia, transforma-se em encontro e instaura a real comunicação, chegando à comunhão; supera o diálogo bipolar “eu-tu”, que pode ser exclusivista e oneroso, abrindo-se ao polo “ele”; neste, inscreve o compromisso com as outras pessoas, com a comunidade, com causas comuns e diversas, com ideais ou com obras a realizar em vista do bem comum, sempre no respeito da dignidade das pessoas e na partilha do mundo (Agostini, 2018, p. 93-94).

O outro é uma face que me solicita ao cuidado, num “ser para”, antes de qualquer fala; surpreendemos aí uma exigência radical que transforma o humano em serviço, na vivência do amor para além das convenções e das confortantes seguranças dos calculismos formais e da teatralização social (Agostini, 2010, p. 96).

Instaura-se uma práxis dialógica, fruto da experiência do face-a-face enquanto “relação que nos impulsiona à atenção, ao cuidado, à hospitalidade e ao acolhimento responsivo de outrem” (Alves & Ghigi, 2011, p. 253). Realiza-se na história “mediatizados pelo mundo, para pronunciá-lo”, como costuma afirmar Freire (2014, p. 109); porém, a muitos é negado o direito de dizer a palavra, num “assalto desumanizante”, urgindo a reconquista desse direito, sendo “o diálogo uma exigência existencial” para um encontro real entre sujeitos que se solidarizam “endereçados ao mundo a ser transformado e humanizado” (Freire, 2014, p. 109).

4 FRANCISCO DE ASSIS, O HOMEM FEITO PAZ

São Francisco de Assis e coextensivamente Santa Clara de Assis assumem a figura de Jesus pobre e o seu Evangelho como os elementos fundantes de sua forma de vida. Esta enriquece a Igreja com uma espiritualidade em que a própria paz só tem sentido enquanto parte desta *forma vitae* que, coligada à justiça e à salvaguarda da criação, inspiram o caminho da “fraternidade universal”. Reconhecendo o legado dos Santos de Assis, o Papa João Paulo II (1982) nos convida a “redescobrir o seu carisma, a sua vocação; em suma, a legenda divina de Francisco e Clara”. Neles, encontramos uma “resposta altamente dinâmica e construtiva, como demonstrou a incidência eclesial e social do testemunho de Francisco e Clara, que quiseram ser, para todos e sempre, um verdadeiro irmão e uma verdadeira irmã” (Perugini, 1995, p. 132).

Temos em Francisco e Clara de Assis pessoas “feitas paz”, sendo esta uma das notas essenciais de sua *forma vitae*. Igualmente, afirma-se deles que são pessoas feitas oração, pobres, livres, transparentes; vivem o Evangelho de Jesus Cristo com todo o seu ser, numa pobreza evangélica, que é fonte de paz. João Paulo II (1996, p. 98) não teve dúvidas em afirmar: “Esta pobreza evangélica constitui uma fonte de paz, porque graças a ela a pessoa pode instaurar uma justa relação com Deus, com os outros e com a criação”.

O lugar da vivência da paz é feito experiência, *forma vitae*, na dinâmica da alteridade. Não é um saber a mais acumulado. Constitui-se, antes, um encontro real face-a-face com o outro. Nesta fraternidade que se instaura, não há lugar para desqualificar o outro,

para alimentar-se de preconceitos, de vontades próprias deslizando em mesmices ou de refugiar-se no esconde-esconde das máscaras. Cai por terra qualquer superioridade pretensamente estabelecida, fazendo-nos irmãos e irmãs de todos. O diálogo torna-se franco, aberto, transparente porque tecido face-a-face com o outro, sem medo ou subterfúgio ante a diferença do outro, permitindo que ele exista e seja na sua distinção, caindo por terra qualquer superioridade prévia de qualquer das partes. Inaugura-se um modo próprio de ser, sendo o diálogo uma predisposição que se transforma em encontro, instaurando real comunicação, chegando à comunhão. E, sem fechar-se no diálogo estreito do eu-tu, abre-se para a fecundidade do terceiro polo “ele”, onde se inscrevem o compromisso com outras pessoas, com a comunidade, com causas, com ideais ou com obras a realizar em vista do bem comum, no respeito da dignidade das pessoas e na partilha do mundo.

São Francisco de Assis (1988), homem feito paz, vive esta atitude reverente e cortês; sente-se seguro, porque desarmado, de ir junto aos muçulmanos, combatidos pelos cristãos através das cruzadas. O seu biógrafo Celano (1Cel 57) registra que “apesar dos duros e fortes combates”, ele não teve medo de ir até o sultão; com reverência, ouve-o e é ouvido. A experiência feita vida encontra em Francisco uma *forma vitae* fundada na reconciliação com tudo e com todos, fundadora da fraternidade sem que alguém esteja sobre os outros ou excluído. Segundo ele, todos devem ser tratados indistintamente como irmãos. E ao encontrar as pessoas pelo caminho, digam-lhes: “O Senhor te dê a paz” ou “Paz e Bem”. Esta saudação era dita com convicção, era ofertada com o coração, porque já era todo tomado por ela, habitado por ela. Oferecia o que vivia como realidade cotidiana, consequência da pobreza evangélica. Assim desarmado, não havia nada que impedisse o amor a Deus e ao próximo, tão bem expresso diante do leproso. Este modo próprio de viver era parte da própria vocação. Por isso, pregar a paz nasce da convicção feita experiência de vida de que é melhor evangelizar do que combater pelas armas. São muitos os relatos que mostram como Francisco de Assis, em meio a conflitos diversos, busca sempre restabelecer a paz, o que faz do Santo de Assis um artesão da paz.

“Eu sou eu na medida em que sou para o Outro”, afirma Bauman (1997, p. 92). Agostini (2018, p. 94) comenta:

Neste itinerário, a pessoa já não é para si, mas para ou pelo outro. O outro me interpela, me exige; e eu a desço de meus pedestais, descentrando-me e colocando-me a serviço, sem cair no subterfúgio de meras palavras. Ser para o outro não é apenas estar com o outro. Antes, constitui-se em assumir a responsabilidade, no compromisso, na compaixão que remetem a um face-a-face que se dá na prática, na partilha da vida quotidiana, na partilha do mundo.

A dimensão relacional, constitutiva da fraternidade, coloca a paz no coração do caminho, constituinte do itinerário no qual somos convidados a nos perfazer em nossa humanidade. O Papa Francisco (2013) a destaca como “uma dimensão essencial do homem, sendo este um ser relacional” e sublinha que “a consciência viva desta dimensão relacional leva-nos a ver e tratar cada pessoa como uma verdadeira irmã e um verdadeiro irmão; sem tal consciência, torna-se impossível a construção duma sociedade justa, duma paz firme e duradoura”. “Já não escravos, mas irmãos” enfatiza o Papa (2015), apontando para as muitas faces da escravidão que persistem em nossos dias. Acrescenta Francisco que é necessário “promover uma cultura de solidariedade e misericórdia para vencer a indiferença (...) ante o próximo, filha da indiferença em relação a Deus, que assume a aparência de inércia e despreocupação que alimenta o persistir de situações de injustiça e grave desequilíbrio social” (2015, 4, 6).

5 ESPÍRITO DE ASSIS: AS JORNADAS MUNDIAIS DE ORAÇÃO PELA PAZ

No dia 27 de outubro de 1986 e, posteriormente, nos dias 9 e 10 de janeiro de 1993, o Papa São João Paulo II encontrou-se em Assis com líderes de outras Igrejas cristãs e de outras religiões do mundo para rezar pela paz. Quis fazê-lo em torno das figuras de Francisco e Clara, evocando o “espírito de Assis”; voltou a Assis em 2002 para um encontro similar. 25 anos depois do primeiro encontro, nos dias 27 e 28 de outubro de 2011, o Papa Bento XVI também foi à cidade para encontrar-se com líderes religiosos e rezar pela paz; tinha estado em Assis para igual encontro em 2006. O Papa Francisco, por sua vez, renovou a mesma peregrinação nos dias 18 a 22 de setembro de 2016, por ocasião dos 30 anos das Jornadas de Assis.

Em 1986, o São João Paulo II, evocando São Francisco de Assis, afirmava: “Escolhi esta cidade de Assis para o nosso dia de oração pela paz, por causa do particular significado do santo homem aqui venerado – São Francisco – conhecido e venerado no mundo inteiro como símbolo da paz, de reconciliação e de fraternidade” (Pintarelli, 1996, p. 24). Ao concluir a Jornada Mundial de Oração pela Paz em Assis, no dia 27 de outubro, o Papa assim se expressava:

Movidos pelo exemplo de São Francisco e de Santa Clara, verdadeiros discípulos de Cristo, e convencidos da experiência deste dia que vivemos juntos, comprometemo-nos a reexaminar nossas consciências, a escutar mais fielmente a sua voz, a purificar os nossos espíritos do preconceito, do ódio, da inimizade, da avidez e da inveja. Procuraremos ser operadores de paz no pensamento e na ação, com a mente e com o coração voltados para a unidade da família. E convidamos os nossos irmãos e irmãs que nos ouvem a fazerem o mesmo (Pintarelli, 1996, p. 34).

Nos louvores a Deus altíssimo, o Santo de Assis proclama: “Tu és a paz”. Por outro lado, “não há paz sem oração”, lembra o Santo João Paulo II ao falar para as Clarissas (Pintarelli, 1996, p. 98). Eis a novidade de seu testemunho: Francisco e Clara eram pessoas feitas oração, pobres, livres, transparentes para viver o Evangelho de Nosso Senhor Jesus Cristo, numa pobreza evangélica, que é fonte de paz. 25 anos depois, o Papa Bento XVI (2011), atento às novas fisionomias da violência e da discórdia, resume seu discurso com as seguintes palavras:

Disse que existe uma concepção e um uso da religião através dos quais esta se torna fonte de violência, enquanto que a orientação do homem para Deus, vivida retamente, é uma força de paz. Neste contexto, recordei a necessidade de diálogo e falei da purificação, sempre necessária, da vivência da religião. Por outro lado, afirmei que a negação de Deus corrompe o homem, priva-o de medidas e leva-o à violência.

Transcorridos 30 anos da primeira Jornada, o Papa Francisco (2016a) também desloca-se a Assis, com a finalidade de fazer-se presente em mais uma Jornada Mundial de Oração pela Paz. Suas intervenções, marcadas pela brevidade, não deixaram de ser

contundentes, tanto na meditação, como no seu discurso e, no final, no seu apelo a favor da paz. Abre suas intervenções meditando sobre a “sede” como necessidade extrema do ser humano e sua miséria. Como a água é essencial para a vida, também o é o amor. De São Francisco de Assis (1988) lembra as palavras “O Amor não é amado”. E de Jesus na cruz ressalta que ressoam as palavras “Tenho sede” (Jo 19, 28). O Papa Francisco (2016b, meditação) aponta para o “Deus crucificado” e afirma que ele está “sedento de amor”, para enfatizar:

Apagar a sede de amor de Jesus na cruz, através do serviço aos mais pobres dos pobres, foi a sua resposta. Na verdade, o Senhor é saciado pelo nosso amor compassivo; é consolado quando, em nome d'Ele, nos inclinamos sobre as misérias alheias. No Juízo, chamará “benditos” aqueles que deram de beber a quem tinha sede, aqueles que ofereceram amor concreto a quem estava necessitado: “Sempre que fizestes isto a um destes meus irmãos mais pequeninos, a Mim mesmo o fizestes” (Mt 25, 40, meditação).

O Papa Francisco (2016b) é contundente ao falar que muitas vezes damos “vinagre amargo” para Jesus beber e explica que este se materializa “com o silêncio ensurdecador da indiferença, o egoísmo de quem se sente incomodado, a frieza de quem apaga o seu grito de ajuda com mesma facilidade com que muda de canal na televisão”.

Na sua exclamação “tenho sede”, podemos ouvir a voz dos que sofrem, o grito escondido dos pequenos inocentes a quem é negada a luz deste mundo, a súplica instantânea dos pobres e dos mais necessitados de paz. Imploram paz as vítimas das guerras que poluem os povos de ódio e a terra de armas; imploram paz os nossos irmãos e irmãs que vivem sob a ameaça dos bombardeamentos ou são forçados a deixar a casa e emigrar para o desconhecido, despojados de tudo (Francisco, 2016, meditação).

Em seu discurso, o Papa Francisco (2016) lembra que todos os que se encontram em Assis ali se fizeram presente como “peregrinos da paz” e compartilham a sede de paz, bem como o desejo de testemunhá-la e de rezar pela paz, sendo ela um dom de Deus que cabe construí-la com a nossa ajuda. É necessário pôr-se a caminho, encontrar-se uns com os outros e labutar pela paz,

superando a indiferença, que o Papa nomeia de “paganismo” e de “grande doença do nosso tempo”. Nos “desertos do orgulho e dos interesses de parte, das terras áridas do lucro a todo o custo e do comércio das armas”, “a água cristalina da paz” não consegue brotar; ela igualmente não brota quando se “recorre à religião para fomentar a violência”.

O Papa Francisco (2016), ainda em seu discurso, aponta para a necessidade de uma mobilização consciente “para defender a sacralidade da vida humana, promover a paz entre os povos e salvaguardar a criação, nossa casa comum”, numa união entre oração e colaboração concreta. O Papa chama a nossa atenção para a paz ilusória, com a clareza de quem diz:

Não a tranquilidade de quem esquia as dificuldades e vira a cara para o lado, se os seus interesses não forem afetados; não o cinismo de quem se lava as mãos dos problemas alheios; não a abordagem virtual de quem julga tudo e todos no teclado dum computador, sem abrir os olhos às necessidades dos irmãos nem sujar as mãos em prol de quem passa necessidade (Francisco, 2016, discurso).

Lembra Francisco que “paz quer dizer *Perdão*”, “significa *Acolhimento*”, “Paz quer dizer *Colaboração*”, “significa *Educação*”, enfatizando a cultura do encontro, a comunhão e afirmando que “o nosso futuro é viver juntos”. Enquanto artesãos pela paz, sentimos ser a paz uma responsabilidade de todos, universal, para construir um mundo que seja “uma família de povos”. Finalizando com um apelo a favor da paz a partir de Assis, Francisco (2016b) deseja que “cresça o esforço concreto por remover as causas subjacentes aos conflitos: as situações de pobreza, injustiça e desigualdade, a exploração e o desprezo da vida humana”. “A paz é o nome de Deus”, lembra o Papa.

6 CONCLUSÃO

Para sermos uma família de povos, na paz, necessitamos fazer a experiência do encontro com o outro, na clareza de sua anterioridade, o que nos define como seres pelo outro, como um

território de passagem, para que o outro distinto de mim exista, para que ele seja, diga a sua palavra. A partilha do mundo não demanda destruição de identidades, mas o zelo de seu reconhecimento, o cuidado de sua preservação, o compromisso por sua dignidade reconhecida. Nesta dinâmica da alteridade, a vida encontra sua fecundidade, pois é tecida no compromisso com as outras pessoas, com as comunidades, com os povos, numa cultura do encontro. A própria ética tem nesta experiência originária do rosto do outro sua base primeira, na anterioridade do face-a-face.

Em Francisco de Assis, vislumbramos esta experiência como *forma vitae*, sendo ele homem feito paz, projetando uma humanidade reconciliada, porque faz-se encontro, vínculo, fraternidade, sendo este mundo lugar de partilha, a casa de irmãos e irmãs. A experiência em Francisco é compartilhada por Clara é vivida numa sincronia de relações recíprocas, expressão de uma comunhão que nos faz, por um lado, sofrer junto, aguentar, participar, acompanhar e, por outro lado, alegrar-nos juntos e glorificar a Deus. A atitude fundamental é de abertura à vida, numa referência à realidade última, Deus. Suscetíveis de partilhar o amor de Deus (Duns Scotus, 1950-1982, III, d. 19, q. un., n. 6) reconhecemos a natureza, o ser humano e Deus interligados em alto grau simpatia e cordialidade, o que faz do Santo de Assis alguém capaz de colocar-se no meio das criaturas todas, nunca sobre elas ou acima delas. Na experiência franciscana, não basta simplesmente estar-no-mundo, faz-se necessário um aprender a co-estar, a co-existir, a compartilhar numa ontologia da comunhão, da participação e da confraternização universal.

As jornadas mundiais de oração pela paz evocam o “espírito de Assis”, em referência a Francisco e Clara de Assis como pessoas “feitas paz”, sendo esta uma das notas essenciais de sua *forma vitae*. Eram pessoas feitas oração, pobres, livres, transparentes para viver o Evangelho de Nosso Senhor Jesus Cristo, numa pobreza evangélica, que é, como foi dito, fonte de paz. Nestas jornadas, como peregrinos na cidade de São Francisco e Santa Clara, representantes das Igrejas, Comunidades cristãs e Religiões diversas uniram-se para colocar diante de Deus os anseios e as angústias de muitos povos e pessoas. “Temos sede de paz, temos o desejo de testemunhar a paz, temos sobretudo necessidade de rezar pela paz, porque a paz é dom de Deus e cabe a nós invocá-la, acolhê-la e construí-la cada dia com a sua ajuda”, afirma o Papa Francisco (2016, discurso).

Capítulo VII

EL DERECHO A LA VERDAD COMO FUNDAMENTO DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: UN DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL INTERAMERICANO

María Victoria Steffany Montoya Rodríguez¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Desarrollo.
3. Conclusiones

1 INTRODUCCIÓN

1.1 CRÓNICA DE HECHOS CONSTITUCIONALES

Los hechos se sitúan en el caso de la Masacre de Accomarca – que tuvo lugar el 14 de agosto de 1985 – producto de la cual se incoó proceso penal a Roberto Contreras Matamoros por el delito de Asesinato (delito común), mediante el Exp. N° 039-2005, que se tramitó ante el Tercer Juzgado Penal Supraprovincial.

¹ Abogada Summa Cum Laude y Maestra en Docencia Universitaria. Estudios sobre Derecho Internacional de los DDHH por la PUCP. Estudios de Epistemología en las Ciencias Sociales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez adscrita a Moot Court de DDHH en Costa Rica, Brasil, Colombia, Jamaica y Perú. Ponente en diversos Encuentros Internacionales de Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Género y DDHH. Directora General del Instituto de Investigación Interdisciplinaria Apex Iuris. Abogada del Ministerio de la Mujer y Gerente del Grupo Consultor Íncpius

El imputado dedujo excepción de prescripción de la acción penal, que fue declarada fundada por el Juez Penal a cargo de la investigación sobre la base del principio de legalidad –en tanto que los hechos imputados no estaban previstos como delitos de lesa humanidad en el Código Penal de 1924– y el principio de irretroactividad de la ley penal.

Con la apelación de la resolución por el Ministerio Público y el actor civil, la Sala Penal Nacional revocó el auto apelado declarando infundada la excepción, aludiendo que al procesar los hechos como asesinato no importa necesariamente "negarle la condición de graves violaciones de derechos humanos".

En ese contexto, Contreras interpuso Habeas Corpus discutiendo las órdenes de captura y la declaratoria de contumacia, sin desatender la razón subyacente a esta petición: cuestionar la persecución penal por el vencimiento de los plazos prescriptorios.

La demanda fue declarada infundada y habiéndose confirmado la decisión por instancia superior, Contreras acudió al Tribunal Constitucional mediante recurso de agravio constitucional, a efectos de que se declare la prescripción del caso por tratarse de un delito común cuya naturaleza, de conformidad a las disposiciones normativas vigentes, ya habría prescrito.

El Tribunal, en síntesis al análisis que esta crónica precede, estableció que en el cómputo del plazo prescriptorio no podía contabilizarse la renuencia del Estado peruano a investigar las graves violaciones de los derechos humanos, y sin asumir posición en cuanto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, dictaminó que "la acción penal se encuentra todavía vigente" desestimando la demanda.

1.2 METODOLOGÍA

El diseño de investigación empleado para el presente paper, es el de estudio de casos, dentro del enfoque de la investigación cualitativa. Así, se empleó el método dialéctico y jurisprudencial para el análisis de las fuentes teóricas empleadas. El instrumento empleado fue la guía de observación y la técnica fueron los

instrumentos senso perceptuales, para arribar a los siguientes resultados.

2 DESARROLLO

2.1 TRATAMIENTO DE LAS GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Los hechos que abrigan la sentencia materia de análisis, reflejan una hilera de acontecimientos muy similares judicializados en un contexto de grave impunidad, en gran medida circunscrito en el conflicto armado interno y la lucha contra el terrorismo que atravesó nuestro país en la década de los ochenta.

Muestra de ello, se denota por hechos conexos como el que aborda el caso Teodorico Bernabé Montoya, recaído en el Fundamento 19 de la sentencia N° 218-2009-HC-TC, en el cual el Tribunal Constitucional emitió una sentencia en similar criterio a la postura de la resolución que nos ocupa. De otro lado, el caso Orlando Vera Navarrete en el Expediente N° 02798-2004-PHC/TC también recoge un criterio orientado a no tolerar la impunidad de conformidad a lo señalado por Nuñez (2010), por ser una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, así como por el debido cumplimiento de compromisos adquiridos ante la comunidad internacional (p. 65).

De allí que el tratamiento que el Tribunal Constitucional ha dado a estos conflictos jurídicos dirige una política de defensa acérrima de los derechos humanos, en consonancia con la persecución judicial de los crímenes que constituyan graves violaciones de derechos humanos (entre los que se incluirían los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad), incluso respecto a hechos acaecidos con anterioridad a los instrumentos internacionales, estimando un alcance tangencial –por no ser materia directa del presente trabajo– de la protección del derecho a la verdad como desprendimiento de la dignidad humana, tal cual se ha abordado en casos como el contenido en el expediente N° 02488-2002-PHC/TC, caso Villegas Namuche.

En tal sentido, sobre el panorama de análisis convergen dos problemas jurídicos relevantes, de manera general ¿cuál es la teoría con que el Tribunal Constitucional debe interpretar los cánones internacionales de protección a los derechos humanos en la motivación de sus resoluciones judiciales?, y para coadyuvar al planteamiento, de forma específica analizar si ¿debe aplicarse retroactivamente los instrumentos internacionales con el fin de combatir la impunidad por delitos de lesa humanidad?

2.2 LA IMPRESCRIPTIBILIDAD Y LA LUCHA POR DESTERRAR LA IMPUNIDAD

La impunidad es entendida por la Corte IDH como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, ya que su permisión propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares (Corte IDH, 2003, p.51).

Esta concepción derivada del caso *Bulacio vs. Argentina* (2003) reafirma el criterio que la Corte había sentado en el emblemático caso *Barrios Altos vs. Perú* (2001), como una preocupación sostenida en las esferas internacionales de protección a los derechos humanos, cuyo estandarte conllevaría a determinar incluso la exclusión de la prescripción de determinados delitos con el fin de ocasionar impunidad. Asimismo, si bien inicialmente la jurisprudencia no ha sido uniforme en tales términos, existen sentencias que arguyen la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, lo cual ha significado un precedente en esta materia, en concordancia con lo señalado por Pedraza (2007, p. 16).

Ahora bien, en la sentencia objeto de análisis, como se advirtió en párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional no sentó una postura sólida en cuanto a la imprescriptibilidad de la acción penal por tratarse de un delito de lesa humanidad; por el contrario, a lo largo de sus fundamentos afrontó un análisis desde otro enfoque, señalando que una interpretación constitucional de lo concerniente a la prescripción de la acción penal conlleva a no computar el plazo en que no se llevase a cabo una investigación debida, sea que esto se deba a órganos judiciales incompetentes o leyes de amnistía

inconstitucionales; así lo estableció la sentencia N° 218-2009-HC-TC en su Fundamento N° 17. En dicha sentencia, se recurrió a criterios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero únicamente para enunciar información (Fundamento 9) y para señalar criterios livianamente vinculados con la materia controvertida (Fundamento 15), aduciendo la frágil interpretación convencional como parte de razones no determinantes al momento de adoptar el fallo, esto es, como el *obiter dictum* de la sentencia.

En tales términos, la *ratio decidendi* del fallo esgrimido por el supremo intérprete de la Constitución se conformó aseverando la exclusión del cómputo del plazo prescriptorio al período temporal en que el Estado encubrió los hechos delictivos propiciando la impunidad.

Al respecto, cabe hacer una crítica en torno a la posición del TC en la sentencia referida con anterioridad, concerniente al caso Villegas Namuche, en tanto que en dicha resolución se establece como *ratio decidendi* del fallo, el criterio de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por medio del cual se determina que el delito de desaparición forzada debe considerarse como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, y por consiguiente, se dictamina la excepción al principio de legalidad. En esta sentencia, como puede apreciarse, la interpretación convencional asume un rol neurálgico al momento de dictaminar, por tanto, el conflicto jurídico fue resuelto con mayor contundencia en términos de protección de los derechos humanos según estándares internacionales.

2.3 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO *OBITER DICTUM* DE LA SENTENCIA

El control de convencionalidad entendido como un instrumento de control jurisdiccional importa una práctica de contraste directo entre los estándares internacionales de protección de los derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH) y las disposiciones de derecho interno (normativas o jurisdiccionales).

Si bien, autores como Londoño Lázaro (2010) ya han establecido que un Estado a través de su margen de apreciación

decide qué modalidad emplear para ejercer control de convencionalidad (p. 28), se señala además, que es necesario determinar en el caso concreto cual debió ser el uso del canon internacional desde a) la perspectiva de la interpretación pro homine –de los afectados en su derecho a la verdad y no del justiciable, conforme el Magistrado Vergara Gotelli señala en el fundamento 18 de su voto singular– y b) de la lucha por desterrar la impunidad. (Figueroa, 2011, pp. 23-30).

Haciendo una interpretación extensiva, también forma parte de los estándares interamericanos otros Acuerdos Internacionales a los que la Corte Interamericana puede recurrir en virtud del Artículo 29 literal b de la CADH; como en el caso concreto ocurre con la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional al declarar infundada la demanda de agravio constitucional, sobre la base que si bien:

La prescripción de la acción penal se contabiliza desde el momento de la comisión del ilícito, no puede considerarse para el cómputo de dicho plazo el período caracterizado por la renuencia del Estado peruano para investigar graves violaciones de los derechos humanos. (TC, caso 218-2009-HC-TC, 2010, Fundamento 7)

Y al utilizar un Informe de la Comisión Interamericana y el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras en sus fundamentos, solo ha hecho un uso indirecto de los parámetros internacionales dejando de lado el rol fundamental de estos instrumentos al momento de resolver controversias jurídicas. Del mismo modo, en los Votos Singulares aludidos, si bien el control convencional toma una raigambre más protagónica, el sentido no conforma la protección efectiva del justiciable (derecho a la verdad, derecho a la vida) sino una preponderancia del principio de legalidad sin admitir excepción, con lo cual el uso del parámetro internacional en el caso concreto no fue el idóneo para proteger los derechos humanos.

Por el contrario, es de verse que el TC solo hace referencia al control de constitucionalidad, señalando que en este escenario debe desplegarse el control constitucional de la decisión judicial cuestionada, en razón de la presunta afectación al principio de

legalidad y al derecho a la libertad individual del actor del hábeas corpus, lo cual implica realizar una armonización entre la resolución judicial cuestionada y los estándares de motivación conforme a la Constitución.

De esto se colige consecuentemente que los criterios internacionales de protección no han formado parte de la ratio decidendi de la sentencia sino solo han revestido la naturaleza de obiter dictum, esto a diferencia de los pronunciamientos a que se ha hecho referencia con anterioridad.

2.4 LA APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

No es pacífica en la doctrina la discusión en torno a la aplicación retroactiva de la ley penal y también de los acuerdos internacionales, ya que existen disensos marcados que ponderan prioritariamente al principio constitucional de legalidad, estableciéndolo como límite del ius punendi, tal cual señalaba Chang (2011, pp. 326-343) en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

Al respecto, en la línea discursiva del Tribunal Constitucional sobre la sentencia materia de análisis, es notoria la deficiente alusión a los estándares interamericanos, característica que no tiene lugar en el voto singular del magistrado Vergara Gotelli. Sin perjuicio de ello, la conclusión a la que arriba en su pronunciamiento individual, se encuentra lejos de una interpretación conforme, no con el positivismo en sentido lato, sino con los sentidos de interpretación de un instrumento internacional.

El magistrado señala que los delitos de lesa humanidad están revestidos de la cualidad de imprescriptibles, pero a partir de la fecha en que el Estado Parte ha ratificado el instrumento internacional; esto sobre la base de que si bien la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad ha prescrito en su Artículo I que “dichos crímenes son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido”. No obstante, debería tenerse en cuenta que en nuestro país a través de la Resolución Legislativa N° 27998 que aprobó la

adhesión del Perú a dicha convención, se formuló la reserva siguiente:

De conformidad con el Artículo 103 de su Constitución Política, el Estado Peruano se adhiere a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968, para los crímenes que consagra la convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú.

Al respecto, en el sentido de Medina Tapia (2011) debe entenderse que el objeto de la convención en referencia, fue precisamente que el acuerdo internacional fuera aplicado retroactivamente, con la finalidad de que los delitos comprendidos en ella sean juzgados en trascendencia de la época en que fueron cometidos y la situación jurídico penal vigente al momento de dicha comisión. Entonces, de conformidad con los criterios de interpretación prescritos en el Artículo 19 inciso c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un acuerdo internacional no admite reserva que contravenga su objeto y fin (pp. 13-22).

Por tanto, se colige en concordancia con el Artículo 27 de la Convención de Viena, que la reserva efectuada por el Perú, que trae a colación el Magistrado Vergara Gotelli, no constituye óbice para la aplicación de la Convención respecto de hechos anteriores a su vigencia.

Finalmente, nos preguntamos cuál es el rol del ciudadano en la defensa de los dd. hh. en un país como el nuestro, en que los hechos abrigan una hilera de acontecimientos en un contexto de grave impunidad, en gran medida circunscrito en el conflicto armado interno y la lucha contra el terrorismo que atravesó nuestro país en la década de los ochenta, y que ahora ese perfil ciudadano se ha transformado en desidia, desinterés o indiferencia por los actos vejatorios de derechos.

Tenemos la experiencia del caso Gelman vs. Uruguay, donde la CIDH se pronuncia señalando que la amnistía estaba prohibida en nuestro ordenamiento jurídico. Esto se llevó a consulta ciudadana: referéndum, y la ciudadanía dijo no, el país aprobaba la validez de la amnistía reafirmandose que más que derechos humanos y lucha contra la impunidad, pues preferían el cese del conflicto.

Con Colombia, recientemente ocurrió digamos lo contrario, y aunque hay razones para sostener que el acuerdo de paz es perfectamente convencional, lo relevante es dilucidar el poder que tiene la ciudadanía para definir los lineamientos de un país en defensa o no de los dd. hh.

Por tanto, se hace necesario que el rol del ciudadano, sea activo, interventor y participativo, en todos los procesos democráticos y sociales que conciernan a un Estado, pero cuando se trata de protección de derechos humanos, el concepto de soberanía merece ser redimensionado, en tanto que la carga emotiva y de subjetividad que permea en los ciudadanos a través de los procesos de consulta popular, muchas veces no refleja la real decisión de esta o aún peor, refleja constructos sociales negativos para los derechos humanos. Por tanto, se valora y fomenta la participación, con límites necesarios en casos de especial dificultad, pues como diría el poeta Eielson, se puede construir ciudadanía, alrededor de un tintero.

3 CONCLUSIONES

Respecto al problema general, liminarmente cabe detallar que en la sentencia, el quid del asunto debió ser verificar si la imprescriptibilidad debería operar fundamentando su aplicación retroactiva, respecto de la fecha de su vigencia en el Estado peruano y en la vigencia del instrumento internacional, además de esgrimir si tal decisión encontraba respaldo en nuestra Constitución, recurriendo para ello a los criterios interpretativos de orden internacional. No obstante, el Tribunal Constitucional solo utilizó dichos estándares mediante un uso indirecto (interpretativo) del mismo.

En apreciación del problema específico, se considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es coherente con la postura argumentada en el presente trabajo, se señala que sin perjuicio de que la prescripción de la acción penal como regla reviste fines constitucionales, debe exceptuarse de su contenido con los delitos de lesa humanidad, en aras de no propender la impunidad de actos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, además de estar amparados por la interpretación conforme a los fines de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Capítulo VIII

O DEVER DE PROIBIDADE ESTATAL COMO O INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

Agta Christie Nunes Vasconcelos¹

Henrique Ribeiro Cardoso²

Sumario: 1. Introdução. 2. Paz e seus pressupostos: da teoria à efetivação. 3. Proibidade como direito político fundamental. 4. A promoção dos valores da moralidade pública. 5. Conclusão.

¹ Mestre em Constitucionalização do Direito, pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Membro do Grupo de Pesquisa: Constitucionalismo, Cidadania e Políticas Públicas. Professora da Universidade Paulista (Unip/Faser/Facar. Advogada.

² Doutor em Direito, Estado e Cidadania, pela Universidade Gama Filho (UGF), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC/CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sendo ainda pesquisador em estágio pós-doutoral junto ao Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB), na área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento. Mestre em Direito, Estado e Cidadania, pela Universidade Gama Filho (UGF), sendo ainda Especialista em Direito Constitucional Processual pela Universidade Federal de Sergipe (FAPESE/UFS). Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado em Constitucionalização dos Direitos/PRODIR) e da graduação da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado em Direitos Humanos/PPGD) e da graduação da Universidade Tiradentes - UNIT/SE. Membro da Academia Sergipana de Letras Jurídicas (ASLJ). Coordenador do grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cidadania e Políticas Públicas. Promotor de Justiça em Sergipe.

1 INTRODUÇÃO

A palavra “paz” possui um sentido positivo, tradicionalmente aplicado em sentido bélico, como oposto à “guerra”. Modernamente, a paz também aparece associada ao respeito aos direitos humanos³ e fundamentais⁴, como condição de proteção e desenvolvimento dos homens. De igual modo, a pacificação social passa a ser tratada universalmente como direito dos povos a não viverem em conflitos estruturais, nem internos, nem externos.

Cada nação possui importante participação na pacificação mundial. Cabe a elas unirem esforços internacionalmente para desestimular ações de enfrentamento e fomentarem os direitos humanos. Internamente, as nações devem potencializar a proteção às garantias fundamentais de seus cidadãos, ofertando os pressupostos para o acesso a esses direitos. As nações devem, portanto, atuar como estados internamente comprometidos para assegurar a paz social.

A construção da paz social, apesar de sugerir abstração, demanda ações concretas dos estados para salvaguardarem os direitos individuais, sociais, econômicos e políticos. Dentre os deveres estatais, um destaca-se por se relacionar com todos os outros: o dever de probidade, que exige dos operadores estatais, nas variadas formas de organizações governamentais, uma atuação moral, ética e comprometida com o cidadão. Diante deste panorama, o presente estudo se presta a investigar a relação entre a probidade nas administrações dos estados e a pacificação social, tendo por referência a experiência do Brasil, que tem intensificado o combate à corrupção para promoção da integração e da paz nacional.

A pesquisa enfrenta duas possibilidades contrárias entre si: a primeira, de que a probidade da administração pública é condição para pacificação social, vez que uma organização estatal marcada pela corrupção afronta diretamente os direitos fundamentais esvaziando a paz interna; enquanto que a segunda hipótese é a de

³ No presente texto, toma-se por “direitos humanos” a corrente definição de direitos universais, como aqueles essenciais ao homem e salvaguardado no âmbito internacional.

⁴ Conforme amplamente disseminado pela doutrina ocidental, a expressão “direitos fundamentais” é utilizada no presente texto para fazer referência aos direitos humanos recepcionados pelas legislações internas dos Estados.

que as práticas corruptas, atentatórias à probidade da administração não repercutem na efetivação desses direitos tampouco na percepção da paz interna.

Objetiva-se, com este escrito, ampliar a discussão sobre a construção da paz social através da compreensão da corrupção no acesso dos cidadãos aos seus direitos fundamentais. A exposição do tema é pautada pelo raciocínio dedutivo, a partir das noções de paz social e de probidade da Administração Pública. O trabalho está dividido em três partes, além desta introdução e uma conclusão. A primeira parte reflete os conceitos de paz e seus pressupostos para realização interna e externa. Já a segunda parte discute a probidade administrativa como um direito político fundamental. A terceira, e última parte, discute a repercussão da moralidade pública para cumprimento dos deveres estatais de garantia dos direitos do cidadão à paz social.

2 PAZ E SEUS PRESSUPOSTOS: DA TEORIA À EFETIVAÇÃO

A história apresenta a exaltação milenar da guerra sobre a paz, por ser forma de conquista e triunfo. Nas palavras de Norberto Bobbio a guerra refletiria um dos problemas mais inquietantes e fascinantes do homem, vez que embora implique em destruição, antecede profundas fases de desenvolvimento histórico e económico. (Bobbio, 1998, pp. 13-15).

O mesmo autor apresenta dentro de uma perspectiva otimista ser a guerra um elemento insubstituível do progresso da humanidade, responsável pelo avanço dos homens através da superação, sendo, portanto, um bem-meio, ou um mal necessário. (Bobbio, 1998, pp. 47-48).

Desde a mitologia grega confere-se destaque a Ares, deus da Guerra, em detrimento à deusa grega da Paz, Irene. (Pérez, 2004, pp. 9-10). Os contratualistas modernos, por sua vez, embora defendessem o estabelecimento da paz perpétua, tinham suas investigações centradas nas formas de coibir a predisposição do homem à guerra, através da ordem social. (Heck, 2004, pp.71-92). Somente após as guerras mundiais, as atenções centram-se na paz, quando esta passa a ser reconhecida como direito dos povos.

(Bonavides, 2008, pp. 85-87). E não somente como momento de não-guerra. (Bobbio, 1998, pp. 163-165).

As reflexões sobre a promoção da paz acirraram-se na década de 1950 e 1960, durante a Guerra Fria, quando houve significativo temor de retorno a uma guerra mundial com novos ataques nucleares. (Ferreira, 2017, pp. 29-50). Marcos Alan S. V. Ferreira esclarece que neste contexto surgem os “Estudos para a Paz” realizados por cientistas sociais norte-americanos e europeus. (Ferreira, 2017, pp. 29-50). Sob uma perspectiva inovadora, o debate buscava compreender os valores e os bens envolvidos nas disputas bélicas com o fim de desestimulá-las. Tais estudos centraram-se inicialmente nos estados beligerantes, e, somente numa fase posterior, passam a considerar atores não estatais difusos, como guerrilhas internas ou grupos revolucionários independentes.

A compreensão da paz foi importante elemento para promoção de uma cultura de pacificação mundial, responsável por desenvolver estratégias de desnecessidade de enfrentamento armado e de conhecimento de formas de manifestação de paz. Um importante avanço nos “Estudos para a Paz” é a divisão entre paz negativa, que é a ausência de violência direta. (Ferreira, 2017, pp. 29-50). E paz positiva, representada pela ausência ou redução da violência estrutural⁵. Através da elevação de padrões de justiça social. O estabelecimento da paz negativa, por se destinar à satisfação de necessidades mais imediatas do ser humano, demanda maior urgência em seu fomento.

Essas reflexões modernas sobre guerra e paz permitem identificar a beligerância como representação da incapacidade de encontrar alternativa para solução dos problemas, onde os participantes desconhecem mecanismos sociais e institucionais concretos para alcançar a paz. (Marín, & Quintero, 2018, pp. 115-137). Outra consequência da ampliação das significações sobre guerra e paz é que ambas não mais são situações antagônicas, vez que o resultado do fim da guerra não mais corresponde à paz. (Marín, & Quintero, 2018, pp. 115-137).

⁵ Considerando os referenciais estabelecidos pelos históricos “Estudos para a Paz”, a expressão “violência estrutural” será utilizada no presente trabalho para fazer referência às violações aos direitos fundamentais dos cidadãos pelos Estados dos quais fazem parte.

O próprio significado da paz transformou-se ao longo dos tempos, e hoje não significa apenas ausência de conflito armado. Reflete Virgínia Arango Durling ser a paz um valor máximo da existência que representa toda ausência de violência estrutural causada pela negação das liberdades fundamentais e subdesenvolvimento econômico e social. (Durling, 2007, pp. 15-16). Nesta linha, a paz é um direito humano, vinculado a todos os outros, posto que sua não violação é condição de respeito aos demais direitos. (Durling, 2007, p. 27).

A paz no sentido atual depende do respeito aos direitos humanos, tanto pelas nações, quanto por seus cidadãos, sendo possível sustentar que o ser humano só tem dignidade se puder transformar aquilo que tem como potencial em realizações concretas. A violência, de forma ampla, pode ser definida como tudo aquilo que impede esse desenvolvimento do ser humano. (Almeida, 2002, pp. 569-574). A pacificação social, portanto, transcende os compromissos de não enfrentamento bélico, de não utilização de armas nucleares, ou de não confecção de armamento com capacidade de destruição em massa, desenvolvendo-se também através do respeito e da promoção dos direitos fundamentais pelo ser humano.

Sob a perspectiva da paz como direito dos povos, a difusão de uma cultura de paz passa a ter como elementos fundamentais a educação para os direitos humanos, o debate sobre o papel dos governos, as contribuições da sociedade civil, e a responsabilidade dos meios de comunicações. (Durling, 2007, p. 27). Após as guerras mundiais, a Organização das Nações Unidas – ONU capitaneia as discussões sobre a paz, sendo responsável pela edição de diversos documentos para sua promoção.

O primeiro deles foi a Resolução nº 33/73 (1978) denominada Declaração sobre a Preparação da Sociedade para Viver em Paz, que, em seu artigo primeiro, expressa claramente que todas as nações têm o direito inerente à paz. (ONU 1978).

A Resolução nº 39/11 de 1984, conhecida como Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz (ONU 1984). é responsável por expressar que os seres humanos têm o direito sagrado à paz, declarando que proteger tal direito e fomentar a sua realização constitui uma obrigação fundamental de todo Estado, o qual deve promover ações de cooperação bilateral e multilateral com outros Estados. O referido documento ainda consagra a paz como um direito humano coletivo. (ONU 1984). Este recomenda aos Estados a

eliminação de ameaças de guerra, bem como apela aos seus signatários que contribuam para “o exercício do direito dos povos à paz mediante a adoção de medidas pertinentes nos planos nacional e internacional”. (ONU 1984). A Resolução nº 53/243, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1999, referente à Declaração sobre uma Cultura de Paz expressa a preocupação com a violência e conflitos nas diversas partes do mundo, reconhecendo a necessidade de se eliminar todas as formas de discriminação e manifestação de intolerância.

Os documentos da ONU sobre o direito à paz balizaram o tema no conturbado século XX, a par dos tratados e acordos específicos que já se encontravam institucionalizados secularmente. Este direito que se volta a todos os outros como meio e fim é identificado por Paulo Bonavides. (Bonavides, 2008, pp. 85-87). como um direito fundamental de quinta geração, da mesma natureza que a solidariedade, o desenvolvimento e o direito a um patrimônio comum da humanidade. Em linhas gerais, a paz passa a ser sinônimo de respeito aos direitos fundamentais do homem e da livre determinação dos povos. (Duriling, 2007, p.16). Apesar de ainda recente, diversas constituições já o estabeleceram o reconhecimento do direito à paz. No contexto latino-americano é possível citar a Constituição do Brasil, por exemplo, que consagra no artigo 4º, como princípio; a Constituição da Colômbia, em seu artigo 22; a Constituição da Guatemala de 1985 que deste direito no artigo 2º; e a da Venezuela, que o faz no artigo 3º. (Alarcón, 2009). O direito à paz não se confunde com o direito subjetivo à tranquilidade, sendo possível identificar o direito à paz como um direito social, enquanto que o direito à tranquilidade é um direito subjetivo. A Corte Constitucional Colombiana, em razão da peculiar história nacional, possui uma compreensão amadurecida sobre a extensão do direito à paz. Ao proferir a Sentença T-028/1994, estabeleceu a referida distinção, ao definir ser:

[...] desconocimiento del verdadero significado de la paz, suponer que siempre que a una persona le perturbe el efecto del que hacer de otra, se lesione por ello el derecho fundamental a la paz; no hay que confundir la paz constitucional con la tranquilidad subjetiva de uno de los asociados [...].

Quanto à concretização, seguindo as lições de Adam Blackwell e Paulina Duarte. (Blackwell, 2014, pp. 111-112). o direito à paz se manifestará pela ausência/redução da violência nas vertentes direta, estrutural e cultural, onde as últimas resultam de opressão material ou simbólica. A exclusão social se torna uma forma de violência estrutural e cultural que impede milhares de pessoas de alcançarem suas realizações pessoais. A violência estrutural afeta desproporcionalmente os membros mais vulneráveis da sociedade, tais como mulheres, jovens e minorias étnicas. (Blackwell, 2014, p. 113). Tais violências seriam encontradas mais acentuadamente nas Américas, onde são identificadas atividades criminais e problemas de violência, incluindo altos níveis de homicídios, sequestros e outros crimes, além de um preocupante número de encarceramentos.

O próprio reconhecimento da categoria dos direitos humanos está vinculado às transformações da sociedade. Retomando as lições de Norberto Bobbio, este oferece as três principais razões para tanto. (Wolkmer, 2013, p. 125). O aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela; a extensão da titularidade de direitos a sujeitos diversos do homem; e a compreensão de não ser mais o homem um ser genérico. Novas situações passam a demandar o status de direito humano, como é caso da proibidade administrativa, considerada como o dever dos Estados e de seus agentes de atuarem coibindo as práticas corruptas inviabilizadoras da garantia dos demais direitos humanos.

Por tudo quanto dito neste tópico, no momento em que a proteção dos direitos humanos se apresenta como valor central, as atenções da ordem mundial devem concentrar-se na paz. O direito à paz se concretiza com a vida em uma sociedade livre de violência, tanto como forma de solução de conflitos com outros Estados, quanto pela ausência de agressão interna pelo Estado aos direitos humanos.

Assim, em atenção ao problema do estudo que se apresenta, um Estado probo, que não admite práticas corruptas que transgridam direta ou indiretamente os direitos fundamentais do cidadão, será um Estado de paz social.

3 PROIBIDADE COMO DIREITO POLÍTICO FUNDAMENTAL

A correção da atividade pública e sua própria racionalização resultam de larga discussão e análise. As comunidades milenares

forjaram importantes conceitos sobre a administração societária, enquanto os povos medievais revelaram a necessidade de fortalecimento do Estado. Porém, será apenas na era moderna, com o deslocamento dos centros de poder promovido pela industrialização, que a administração pública alcançará sua sistematização.

Dentre as diversas deficiências ligadas à administração pública, a transgressão aos princípios administrativos tem demandado acurada investigação científica. As práticas que corrompem o sistema público compõem o fenômeno descrito genericamente como corrupção. O combate a essas condutas ofensivas demanda o conhecimento dos princípios ofendidos, além dos meios disponíveis para proteção do sistema.

O Código Penal Brasileiro tipifica corrupção em seus artigos 317 e 333, nos quais estão descritas as condutas de oferta e solicitação de vantagem indevida para quem exerça função pública, funcionário ou não. Tratam-se de delitos não hediondos, cujas penas máximas são pequenas em relação à maioria dos demais crimes descritos no código. A população brasileira, porém, em quase sua totalidade entendem a corrupção como prática grave ou muito grave. Essa reprovabilidade advém de uma percepção muito mais complexa do que a proposta pela tipificação penal.

A corrupção é um fenômeno universal. (García, 2003, p. 204). Durante a história da humanidade identificam-se episódios em que a corrupção fora discutida, com maior ou menor intensidade. Como consequência, são atribuídas a ela diversas definições, variáveis em função da época e da sociedade. (Gómez, 2010).

A pluralidade de referenciais dificulta uma conceituação unívoca da expressão corrupção. Em algumas das hipóteses é possível a identificação de sentido específico, porém, de modo geral o termo possui acepção negativa. A própria etimologia da expressão sugere degradação, decomposição, vez que se origina da palavra latina *rumpere*. (García, 2003, p 204).

Aristóteles utiliza a expressão “corrupção” como oposta à “geração” quando de sua reflexão sobre a transformação/movimento da matéria, como se percebe no escrito “Sobre a geração e a corrupção”. (Aristóteles, 2009). As coisas do mundo sempre estariam sendo criadas ou interrompidas. Na referida obra, além da apresentação dos elementos básicos da natureza, quatro circunstâncias de transformação são refletidas abstratamente: a

mistura, o contato, a ação e a paixão. (Aristóteles, 2009, p. 123). Em que pese sua disposição em observar a corrupção enquanto degradação, não se fez indiferente aos desvios da virtude na sociedade, cujo sentido mais se assemelha à aplicação corrente da palavra corrupção.

Em “Ética a Nicômaco” Aristóteles reflete o potencial de corrupção nos homens. (Aristóteles, 1973). A vida humana orienta-se para a eudaimonia, ou seja, a satisfação da felicidade. As paixões, todavia, poderiam distorcer a razão do indivíduo no cumprimento deste fim. (Filgueiras, 2008, p. 34). O que tradicionalmente é entendido como corrupção, para Aristóteles, é um problema ético, resultante da sobreposição da satisfação individual em detrimento do bem comum.

A compreensão aristotélica da corrupção permite identificá-la como uma potência inerente à natureza do poder político. (Filgueiras, 2008, p. 34). Seria a concretização do ato corrupto que transgrediria as formas ideais de governo. A monarquia, governo de um só, se transmutaria em tirania; a aristocracia, que seria o governo dos melhores, daria lugar à oligarquia; enquanto a democracia, marcada pela corrupção, passaria a ser demagogia.

A corrupção sob a perspectiva grega não se mantém estanque até modernidade. A vida não podia mais ser resumida à virtude aristotélica. Tantas outras variáveis passaram a ser identificadas na sociedade, porém, mesmo após diversas pretensões de definição, não existe uma resposta universal a seu respeito. A única lógica ainda constante é a ideia grega de que a corrupção trata da superposição das vantagens privadas sobre o bem comum. (Filgueiras, 2008, p. 27).

A corrupção, analisada pelas modernas ciências sociais, foi admitida como fenômeno das sociedades. Mesmo havendo um enquadramento específico, a discussão sobre a corrupção comporta facetas de outros saberes, como é o caso da ciência política, da economia, da antropologia, da psicologia e do direito. Os próprios referenciais conceituais da corrupção demonstram seu caráter multidisciplinar, sendo possível dividi-los em quatro grupos. (Brei, 1996). Referenciais com foco no mercado, referenciais com foco no interesse público, referenciais postos em regulamentações formais e referenciais lastrados na opinião pública.

As explicações centradas no mercado baseiam-se em teorias econômicas. A origem desta discussão é predominantemente estrangeira. De uma forma superficial, a corrupção é definida como uma instituição extralegal utilizada por indivíduos ou grupos para ganhar influência sobre as ações da burocracia durante a formulação e a implementação de políticas. (Brei, 1996, p. 65). As leis do mercado, e somente elas, regeriam o comportamento, onde os principais referenciais seriam oportunidades, incentivos e custos.

A definição orientada pelo interesse público considera a corrupção a partir de fundamentos ético-morais. Sob esta perspectiva, para a configuração do ato corrupto, é necessário o ganho para o corrupto e o conseqüente prejuízo para a coletividade. (Brei, 1996, p. 67). Para essa definição, é necessário diferenciar o interesse público da ampla noção de bem comum. (Guimarães, 2008). A vagueza do conceito admite múltiplas visões de corrupção, variável de acordo com a amplitude de interesse público prejudicado. Afinal, o que seria interesse? ¿A quem interessaria? Perguntas que não possuem respostas exatas.

Quanto à interpretação a partir da lei e de regulamentações, ela é posta como abuso público. A corrupção é um desvio do dever do agente público definido legalmente, ao fazer ou não fazer algo em função de benefícios pessoais. (Brei, 1996, p. 69).

A deficiência desta definição estaria centrada em sua natureza meramente formal, sendo possível a ocorrência de distorções de interpretações, vez que os valores para os adeptos dessa teoria são indiferentes. Os lobistas, por exemplo, largamente identificados no sistema negocial brasileiro, dificilmente seriam considerados corruptos. (Graziano, 1997). A última conceituação da corrupção seria orientada pela opinião pública. A definição centrada na sociedade privilegia a compreensão desta sobre o fenômeno. (Brei, 1996, p. 71). A experiência empírica é privilegiada. A corrupção é entendida, sob esta perspectiva, como branca, ou tolerável; negra, para qual se busca punição; e cinza, aquela que divide opinião sobre a necessidade de punição. A corrupção seria o que a população pensa dela, embora possua sob este modelo o caráter meramente opinativo – titular apenas da sanção difusa.

Apesar da disposição para conceituação, o fenômeno da corrupção historicamente não ocupa uma posição central para os cientistas sociais. (Filgueiras, 2009, pp. 386-421). A explicação de seu fenômeno na sociedade é discutida de forma isolada, sem

pretensões de superação. Basicamente três teorias sociais se prestam a sua explicação.

A primeira das teorias é a da modernização. Para ela, a sociedade seria um grande sistema com múltiplas partes coordenadas para o bom funcionamento. A corrupção seria a perda de coordenação das partes estruturantes. Os teóricos que encabeçam tais ideias acreditam no potencial da corrupção para estimular o desenvolvimento, desde que mantida sob níveis controlados. (Gómez, 2010). As críticas a esta explicação residem no descompasso entre o paulatino desenvolvimento institucional, e o rápido movimento evolutivo da política. (Avritzer, 2011, p.10). Outra teoria é a da escolha racional. Inicialmente o modelo fora empregado pelas ciências econômicas para explicação do comportamento dos atores no mercado. A corrupção sob esse sistema é explicada como ação estratégica dos atores políticos. Burocratas, políticos e cidadãos buscam maximizar sua renda privada em detrimento de recursos públicos.

A terceira é teoria da cultura política. A cultura seria uma das variáveis necessárias para o entendimento do comportamento político, responsável pela configuração institucional da sociedade. Em um contexto de liberalização e reforma do Estado a corrupção passa ser entendida como uma prática tolerável. (Avritzer, 2011, p.13).. A percepção sobre o fenômeno variará, portanto, de acordo com sua frequência em determinada comunidade. (Gómes, 2010). Quanto mais identificáveis práticas corruptas, mais naturais elas pareceriam aos membros de determinada sociedade.

As teorias sobre a corrupção apresentam marcante influência norte-americana, em razão do contexto em que foram cunhadas. Os referenciais para compreensão da corrupção são marcados por estratégias econômicas e políticas de concorrência de mercado. Tanto assim que é norte-americana a proposta de “equacionalização” da corrupção. Robert Klitgaard, economista, entende a corrupção (C) como resultado da soma do monopólio (M) à discricionariedade (D), subtraída a accountability (A), onde $C = M + D - A$. Desta formulação, extrai-se que haverá tendência à corrupção sempre que existir detenção e poder exclusivo sobre um bem ou serviço, houver também discricionariedade e não existirem instrumentos de controle.

Em sistemas onde existem políticas de desestímulo à corrupção ela seria minimizada. (Klitgaard, 1998, p. 3-6). É sob esta lógica, que a doutrina norte-americana valoriza a experiência do

accountability para o combate à corrupção. A expressão, que não possui tradução exata na língua portuguesa, se refere aos mecanismos de fiscalização e responsabilização dos gestores através de instrumentos de prestação de contas. (Pinho, 2009). As políticas de accountability, a grosso modo, promovem instrumentos para os interesses dos cidadãos sejam concretizados. (O'Donnell, p. 27-54).

4 A PROMOÇÃO DOS VALORES DA MORALIDADE PÚBLICA

A corrupção é globalmente combatida através da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, onde a prática é reconhecida como problema transnacional que afeta todas as sociedades. Em que pese a existência de instrumentos internacionais com finalidade semelhante, este documento prescreve, além da orientação à firme punição de condutas criminosas de corrupção, devota especial atenção à recuperação de bens pelos Estados Partes e o fomento às medidas preventivas. Pode-se concluir que a capacidade de minimizar ou reverter o panorama generalizado de corrupção não se estrutura somente na punição, mas na prevenção e no reestabelecimento da coesão da administração pública.

A universalidade das condutas corruptas admite sua identificação como inerente à natureza humana. A leitura da corrupção não pode ser feita unicamente por teorias que mais a descrevem como fenômeno econômico. Os contornos da corrupção demandam sua compreensão sob uma perspectiva jurídico-sociológica. (García 2003, p. 130). Sendo o controle da corrupção matéria de interesse público fundamental à construção de uma sociedade democrática. (Avritzer, 2011).

Da complexa tarefa de enquadramento legal da corrupção, verifica-se não ser ela mera transgressão à lei. Ao contrário, sua manifestação representa o desrespeito aos valores que resguardam a vida em sociedade e a própria noção de República, compreendendo mais condutas do que as modalidades que os códigos penais possam comportar. Como os demais atos que violam a probidade administrativa, a corrupção desrespeita aos princípios constitucionais administrativos, especialmente o princípio da moralidade administrativa, que possui posição destacada frente aos demais.

A contração e descontração dos princípios de direito decorrem de sua equiparação aos valores, embora não seja possível confundi-los. O princípio possui um espectro menor de interpretação. (Alexy, 2008, p. 45). Tratando-se, ademais, de uma conduta juridicamente exigível, enquanto o valor limita-se à sua dimensão axiológica, e por consequência, especulativa.

A moral, amplamente discutida durante a história da humanidade, alcança destaque e sistematização com o filósofo alemão Immanuel Kant, para quem as regras morais comportam-se como imperativos categóricos, responsáveis por orientar as ações humanas. (Ricoeur, 2003, pp. 591-595). Para Kant a moral é o que permite ao homem distinguir o bem do mal. A correção das condutas seriam identificáveis a partir da possibilidade de universalização das mesmas, de modo a atender à máxima kantiana “age unicamente segundo a máxima que faz que possas querer ao mesmo tempo que ela se torne uma lei universal”.

Direito e moral indiscutivelmente não se confundem, embora possuam pontos de convergências. É inegável que direito enquanto instrumento de coesão social também seja forjado a partir da moral e dos costumes. (Brandão, p. 456). E a moral, por sua vez, porquanto não prescreva sanções, congrega valores expressos por meio de regras e princípios jurídicos.

É sob a referência da moral que na França, em meados do século XX, a noção de moralidade administrativa é formatada. (Giamuzzi, 2002, p. 43). Atribui-se a Maurice Hauriou a responsabilidade por prescrever no Conselho de Estado francês que os atos jurídicos administrativos deveriam estar em conformidade com os princípios basilares da boa administração. Haveria uma zona de policiamento do ato administrativo entendida como zona da moralidade administrativa.

A conceituação para expressão moralidade administrativa somente foi cunhada por Maurice Hauriou vários anos após a mencionada decisão do Conselho, na 10ª edição da obra “Précis”, onde a apresenta como “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. (Brandão, p. 457). O jurista francês orientava o controle da moralidade através da Teoria do Desvio do Poder, onde as exigências da moralidade eram mais amplas que a da legalidade jurídica. Para o autor os atos jurídicos não deveriam ser somente legais, mas também estar protegidos dos desvios de poder, submetidos ao controle de moralidade.

É o contemporâneo francês Henri Welter o responsável por identificar, além do desvio do poder, o erro de fato e o controle dos motivos como hipóteses de ofensa à moralidade administrativa. Ao mesmo também é atribuída a diferenciação da moral administrativa da moral comum, especialmente em sua obra “Le contrôle hiérarchique de l’administracion dans la forme Juridictionnelle”, em 1938. Porém o vanguardismo das ideias de Maurice Hauriou e Henri Welter não impactam em transformações concretas no período, mantendo-se na França o controle da moralidade inserido no âmbito da legalidade. (Giamuzzi, 2002, p. 109).

A ausência de sistematização imediata não esvaziou a força orientadora da noção de moralidade administrativa, principalmente porque de início a noção pós-positivista que respalda a doutrina dos princípios não estava consolidada. O direito insistentemente distinguia-se da moral, e negava quaisquer pontos de intersecção. (Mello, 2004, p. 94-96). Com o princípio da moralidade administrativa passam a estar vedadas condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral médio superior da sociedade. (Freitas, 2004, p. 54). A inserção deste princípio atende justamente à insuficiência da legalidade – de regras - para orientar a atuação administrativa. (Mello, 2004, p. 106). Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente serão corretamente compreendidos a partir da moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Nas exatas palavras da Ministra do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Cármen Lúcia Antunes, “toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta”. (Rocha, 1994, p. 213).

As conclusões sobre a moralidade e sua natureza jurídica de princípio parecem sintetizadas de forma coerente a partir da observação de Cláudio Ari Mello, que entende a moralidade administrativa como a aplicação da razão prática orientada para um bem no campo específico da atividade da administração pública. Porém, do ponto de vista prático, é digna de nota a interpretação sistêmica que José Guilherme Giamuzzi faz da moralidade para administração pública, compreendendo-a como veiculação da boa-fé do Direito Privado para o Direito Público. A importância da boa-fé adviria da proteção à confiança, enquanto elemento componente do Estado de Direito Social. (Giamuzzi, 2002, p. 266).

Wallace Paiva Martins Júnior, sobre o princípio da probidade, conclui que dele se deduz um direito público subjetivo do cidadão em

ter uma administração proba e honesta, com concretização através da disponibilidade de instrumentos de combate à improbidade. (Martins, 2009, p.108).

5 CONCLUSÃO

Dentre as transformações mundiais, a paz não é exceção, vez que seu alcance e manifestação não podem ser mais resumidos a uma bandeira branca de rendição. A evolução do homem permitiu a identificação da paz como o direito de não suportar violência, tanto armamentista, quanto estrutural contra os direitos fundamentais. São os avanços contemporâneos que permitem relacionar a concretização da paz com o respeito do Estado ao dever de probidade.

A corrupção configura-se como um mal nocivo à humanidade por representar o triunfo do interesse de um, ou de poucos, sobre o interesse da coletividade, o que implica necessariamente na violação dos direitos fundamentais do indivíduo, direta ou indiretamente, pela sujeição das sociedades a um sistema econômico manipulado. Desta forma, o Estado enquanto fiador da paz, deve atuar, interna e externamente, promovendo a probidade das relações comerciais entre particulares bem como entre ele mesmo e seus cidadãos. Uma administração pública corrupta inviabiliza a pacificação das sociedades democráticas modernas e a estabilidade política.

Seja qual for o modelo de organização estatal, com maior ou menor grau de liberdade econômica e política, a atuação proba de seus operadores - agentes políticos e servidores públicos - é relevante elemento de coesão social e, porque não dizer, da concretização do direito à paz. Cabe aos Estados no plano interno regular sua economia e seus serviços, e estabelecer os padrões e normas de contratação, tributação e serviços, através de uma regulação eficiente, onde a regularidade de tais viabilizará a concretização de direitos humanos e, portanto, em uma sociedade de pacífica.

No âmbito econômico, em um Estado corrupto, a indevida promoção de vantagens comerciais para alguns grupos em detrimento de outros, ou ainda a atuação negligente na punição de práticas anticoncorrenciais, com possível fechamento de empresas,

perda de empregos e elevação artificial dos preços, pode implicar em ofensa à ordem social.

No âmbito das serviços e atividades públicas, as contratações estatais fraudulentas ou superfaturadas interferem diretamente nos direitos dos prestacionais dos cidadãos. O Estado, em nome de todos, através de seus operadores, gasta mais e presta menos serviços, não concretizando relevantes políticas públicas. Os cidadãos deixam de ter acesso a bens essenciais, relativos a direitos fundamentais do indivíduo.

No âmbito tributário e fiscal, o estabelecimento de carga tributária elevada e injusta, atingindo especialmente os cidadãos com menor capacidade contributiva em privilégio dos grandes grupos econômicos, gera uma iniquidade repudiável.

Só há paz, quando há atuação moral do Estado, uma atuação proba, que afaste os devastadores efeitos de desequilíbrio causado pela corrupção e possa proporcional a proteção ao direito à paz, manifestado pela concretização dos direitos humanos fundamentais. Não se pode confundir uma aparente quietude da população quanto à reivindicação do respeito aos direitos fundamentais com a existência de um Estado verdadeiramente pacífico.

Tomando por exemplo o Brasil, a recente experiência a operação denominada “Lava Jato” que em muito se inspirou na italiana “Operação Mãos Limpas”, estabeleceu um rigoroso procedimento de punição criminal de agentes estatais e privados corruptos, inaugurando no país uma forte discussão sobre a necessidade de salvaguardar da probidade enquanto direito público subjetivo do cidadão. E mesmo que uma operação, apesar de seu vasto alcance, não implique na solução definitiva dos problemas, o cidadão tem mais efetivamente se aproximado de uma sociedade pacificada.

A paz não é, e não pode ser confundida, com condescendência ou omissão, mas se manifesta por essa harmonização estatal, interna e externa, em que haja a correção da atuação estatal, onde até mesmo as formas de reivindicação pelo cumprimento dos direitos devem ser probas e pautadas pela responsabilidade.

A promoção da probidade, da moralidade na administração pública, é dever dos Estados, considerando que a corrupção é causa direta de transgressão da ordem social interna das sociedades.

Através da promoção de uma atuação eficiente pelos agentes estatais os direitos fundamentais dos cidadãos são assegurados e adequadamente protegidos. Pode-se concluir, diante do panorama apresentado, que somente em um Estado que se administre de maneira proba será possível a efetivação de um Estado de paz, onde os direitos fundamentais estejam adequadamente prestados, com baixa tendência a revoltas internas e violências entre os cidadãos.

Em linhas finais, é válida a lembrança das reflexões de Hanna Arendt para quem as guerras não seriam abolidas tão cedo da humanidade, mas os confrontos futuros substituiriam os arsenais por meios políticos (Arendt, 1968), cabendo neste passo o seguinte acréscimo: no século XXI há urgência no estabelecimento da paz interna no âmbito dos Estados nacionais. Que a probidade e a percepção de justiça no exercício das funções estatais sirvam de instrumento para se alcançar a paz.

Capítulo IX

TRATADOS Y CONVENIOS QUE REGULAN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DE CARA A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Katty Efigenia Tapia Carrasco¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Derecho Internacional Humanitario. 3. Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en los Conflictos Armados. 4. Conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

La siguiente investigación busca presentar un desglose del Derecho Internacional Humanitario, definición, composición y aplicación del mismo dentro del desarrollo de un conflicto armado. Del mismo modo, se presenta el concepto de conflicto armado específicamente el concerniente a hostilidades internas. Se puede

¹ Licda. En Derecho egresada de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), Primada de América, año 2007, con Maestría en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), Primada de América, año 2015. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Instituto Superior para la Defensa, General Juan Pablo Duarte y Díez (INSUDE) del Ministerio de Defensa de la República Dominicana, año 2017. Abogada Adscrita a la Consultoría Jurídica del Defensor del Pueblo de la República Dominicana. Ha participado en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y el Instituto Colombo-Panameño de Derecho Procesal, año 2014.

comprobar que los conflictos armados han sido acontecimientos que han provocado en los países que lo han sufrido, dolor, muerte y en el mayor obstáculo para el desarrollo económico – político de una nación.

A través de esta investigación también se busca presentar que el Derecho Internacional Humanitario ha sido capaz de establecer normativas que ayuden hacer que permanezca el valor del trato digno a las personas vulnerables, víctimas de estos procesos tan violentos. Se podría decir que el DIH como es mejor conocido el Derecho Internacional Humanitario, ha buscado desde su nacimiento, la humanización de los combatientes de una guerra o situación interna o externa de índole hostil.

2 DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

2.1 ¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO?

Se puede decir que el Derecho Internacional Humanitario (DIH) forma parte importante del Derecho Internacional Público y el mismo se compone de un conjunto de normas que tienen como punto principal, proteger a las personas que no forman parte o no participan de las hostilidades que puedan surgir dentro de su territorio. El Derecho Internacional Humanitario (DIH) se aplica a toda clase de conflicto armado tanto internacional como nacional o interno, y se encarga de limitar el derecho que tienen las partes involucradas en un conflicto a utilizar métodos de hacer la guerra para proteger a las personas (como es el caso de los prisioneros, heridos y náufragos) y los bienes (monumentos históricos) que puedan verse afectados. (Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR 2005).

2.2 ORIGEN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH)

En la antigüedad, el derecho a la guerra (*ius ad bellum*) ideó un cuerpo de normas mediante las cuales se buscaba asignar ese

derecho a un Estado en determinadas situaciones, ya sea para considerar legítima una guerra o por motivos defensivos. Pero es importante destacar que el Derecho Internacional Humanitario nace de normas basadas en la costumbre que fueron las primeras en regular los conflictos armados. (Brenes, 1992). Su origen guarda una relación muy estrecha con el personal médico que era asignado a los ejércitos en campaña. Para el año 1581 se planteaba la idea de que a los heridos y enfermos debían beneficiarse de las mismas ventajas que sus compañeros cuando estuvieran mejor de salud y que se le asignaran escoltas para conducirlos fuera de peligro.

Para 1743, el médico escocés John Pringle, mejor conocido como el padre del medicina militar, recomendó que los hospitales de ambos bandos involucrados fuesen considerados como santuarios para los enfermos y que fuesen recíprocamente protegidos. Por lo que para junio de este mismo año de 1743 se redactó el primer Tratado y Convenio para los Enfermos, Heridos y Prisioneros de Guerra, acuerdo firmado por Pringle con el Duque de Noailles comandante del ejército francés, durante la batalla de Dettingen en Baviera, para que los hospitales fuesen considerados zonas neutrales y se les protegiera de esta manera a los heridos y enfermos que pudieran tener. (Currea, 2002).

Ya en el año 1800 el Barón Percy intentó aprobar un proyecto que declaraba inviolables los hospitales de campaña y para 1820 se hizo un llamamiento a que todas las naciones firmasen un convenio para reconocer como no enemigos a los combatientes prisioneros, enfermos y heridos y que a los hospitales se les prestara el debido apoyo. (Currea, 2002).

Dichas normas hicieron su aparición en diversos tratados bilaterales o carteles que eran ratificados por grupos beligerantes luego de las batallas. También había reglamentos que los Estados promulgaban para respectivas tropas, del que se puede mencionar el Código Lieber, el cual recibe el nombre de: Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el Campo de Batalla o Instrucciones Lieber. (CICR 2005).

Este código fue creado el 24 de abril de 1863 por el filósofo y político alemán-estadounidense Francis Lieber, quien es además conocido por editar la Encyclopædia Americana, redactó este famoso código que lleva su nombre durante la Guerra Civil Estadounidense de 1863. Dicho documento insiste en el trato humano y ético de las poblaciones en las zonas ocupadas, fue el primer documento en

prohibir la guerra “sin cuartel” al enemigo, ejemplo: la muerte de los prisioneros de guerra, salvo en los casos en que la supervivencia de la unidad que custodiase estos presos se vea amenazada. A través de este código se prohíbe el uso de la tortura como método para extraer confesiones. Describe los derechos y deberes de los prisioneros de guerra y de la captura de fuerzas.

Se encarga de describir el estado de guerra, el estado de los territorios ocupados, los extremos de la guerra, analiza los medios permisibles y no permisibles para alcanzar esos fines; examina la naturaleza de los Estados y las soberanías, de las insurrecciones, rebeliones y de la guerra. El Código de Lieber es considerado como el primer escrito de la costumbre del derecho a la guerra en vigor entre las naciones civilizadas y los pueblos desde tiempo inmemorial y el precursor del Reglamento de La Haya del año 1907, reformulación basada en los tratados de la costumbre de las leyes de la guerra. (Guerrero, 2016).

Posteriormente para 1864, el activista y fundador del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) Henry Dunant, redacta la Convención de Ginebra luego de escribir su libro *Un Recuerdo de Solferino*, donde detalla sus experiencias vividas durante la batalla que lleva ese nombre. Con este tratado buscaba fortalecer una postura ética en la acción. Lo planteado por Dunant ha sido trascendental ya que se materializa el Derecho Internacional Humanitario con la firma en 1864 del Primer Convenio de Ginebra. Este derecho fue consolidándose a través del tiempo y para el 12 de agosto de 1949 se estructuró trascendentalmente con la publicación de los Cuatro Convenios de Ginebra y en 1977 se complementó con los dos protocolos adicionales. (Marcos-Currea, 2002).

Después de analizar lo expuesto anteriormente durante los años pasados, se trae a colación lo que sucede en la actualidad, las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH) tienen una gran fuerza política y moral lo cual provoca una gran responsabilidad internacional al momento de su aplicación.

2.3 TRATADOS QUE CONFORMAN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Luego de observar la historia, origen y evolución del Derecho Internacional Humanitario (DIH), se puede apreciar que el mismo está compuesto por diversos tratados que hacen realidad su existencia dentro de las reglas militares e internacionales al momento de vivir situaciones hostiles. Dentro de los tratados que se pueden mencionar están:

- Primer Convenio de Ginebra de 1864. El cual sirvió para el mejoramiento del destino de los militares heridos.
- La Declaración de San Petersburgo de 1868. Esta prohíbe el uso de determinados proyectiles en tiempos de guerra.
- Convenios de La Haya de 1899. Trata sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y la adaptación a la guerra marítima.
- Revisión del Convenio de Ginebra de 1864. Esto ocurrió en el año 1906.
- Revisión de los Convenios de La Haya de 1899. Esto ocurrió en el año 1907 y se aprobaron nuevos convenios.
- Protocolo de Ginebra de 1925. Se prohíbe el empleo de gases asfixiantes, tóxicos y medios bacteriológicos.
- Revisión de dos Convenios de Ginebra de 1906 y el relativo al trato de los prisioneros de guerra. Esto ocurrió en el año 1929.
- Cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Relativos al trato que se les debe dar durante tiempos de guerra a los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y personas civiles.
- Convención de La Haya de 1954. Se emplea para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.
- Convención sobre la prohibición del desarrollo de armas bacteriológicas o biológicas de 1972. Se prohíbe su almacenamiento y producción.
- Creación de dos Protocolos adicionales en el año 1977. Los cuales mejoran los Convenios de Ginebra de 1949

- con relación a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y no internacionales.
- Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales de 1980. Se encarga de restringir el uso de armas que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y se le añaden tres protocolos más.
 - Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción, almacenamiento y el empleo de armas químicas del año 1993.
 - Protocolo de 1995 sobre armas láser o cegadoras.
 - Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos del año 1996.
 - Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción. Año 1997.
 - Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.
 - Protocolo de la Convención de 1954 sobre Bienes Culturales. Año 1999.
 - Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Año 2000.
 - Enmienda del artículo 1 de la Convención sobre ciertas armas convencionales. Año 2001.

Estos son todos los tratados que conforma el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y que sirven para controlar los conflictos que puedan surgir en un Estado o entre Estados.

2.4 ¿CUÁLES ÁMBITOS CUBRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO?

El Derecho Internacional Humanitario (DIH), está conformado por un grupo de normas que busca limitar por razones humanitarias los efectos de los conflictos armados. Se encarga de proteger a las personas que no se encuentran participando en los combates y se encarga de igual modo de limitar los métodos de hacer la guerra. Este derecho solo se aplica en casos de conflictos armados y no cubre las

tensiones internas o los disturbios interiores, solo se aplica cuando se ha desencadenado un conflicto y va por igual a todas las partes envueltas en el proceso. (Ejército Nacional de Colombia).

El Derecho Internacional Humanitario cubre dos ámbitos muy importantes que son:

- El establecido por el Derecho de Ginebra que se basa en la protección de las personas que no participan o que ya no participan dentro de las hostilidades.
- El establecido por el Derecho de La Haya que se basa en una serie de restricciones de los medios utilizados para la guerra, especialmente en todo lo relativo al uso de las armas y de los métodos de hacer la guerra, como son el empleo de tácticas militares.

El DIH prohíbe aquellos medios y métodos militares que no distinguen entre las personas combatientes y las que no toman parte de los combates, con la finalidad de respetar sus vidas y a la población civil y los bienes civiles. Por tanto, el DIH ha prohibido el uso de muchas armas como son: las balas explosivas, armas químicas y biológicas, armas láser que provocan ceguera y las minas antipersonal. (Ibídem).

3 APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

3.1 ¿QUÉ ES UN CONFLICTO ARMADO INTERNO?

Se presenta en el interior de un país cuando existen fuerzas armadas diferentes a las gubernamentales las cuales se oponen al gobierno o a otras fuerzas armadas por motivos étnicos, políticos o religiosos.

Reciben el nombre de “Guerra Civil” y se caracteriza por el enfrentamiento entre las fuerzas armadas de un Estado y fuerzas disidentes o rebeldes que son dirigidos por un mando responsable y ejercen operaciones militares sostenidas y concertadas al Derecho Internacional establecido para ese tipo de conflicto. Durante el desarrollo de un conflicto armado interno se aplica el artículo 3 común

de los cuatro Convenios de Ginebra, también el artículo 1 del Protocolo II de 1977. (Pietro, 2008).

Es importante aclarar que las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, como por ejemplo los motines, los llamados actos esporádicos y otros actos de tipo análogo no son considerados conflictos armados.

3.2 EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DENTRO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Luego de visualizar diversos puntos de vista y observar los diferentes criterios que se tiene sobre la aplicación de reglas dentro del desarrollo de hostilidades que puedan estar afectando un territorio, es importante destacar que el Derecho Internacional Humanitario tiene como objetivo principal durante el desarrollo de un conflicto armado interno proteger a las personas más vulnerables o que no participen de las hostilidades. Por tanto, El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), se encarga de utilizar herramientas jurídicas que se han establecido para evaluar si el tipo de violencia que se está desarrollando tiene las características necesarias para considerarse como un conflicto armado o no. (CICR).

Según la aplicación del DIH, existen dos condiciones que determinan la existencia de un conflicto armado interno que son: el nivel de organización de los grupos armados y que los enfrentamientos armados alcancen un nivel mínimo de intensidad. Se determina la intensidad de la violencia a través de indicadores como son: la duración y la gravedad del conflicto, tipo de fuerzas gubernamentales que participan, cantidad de combatientes y tropas, armas utilizadas, número de víctimas y el grado de daño causado durante el desarrollo de dichas hostilidades. Del mismo modo, se evalúa el nivel de organización del grupo armado analizando factores como la existencia de cadena de mando, la capacidad de transmisión y de cumplimiento de las órdenes, la estructuración de operaciones militares coordinadas y capacidad de reclutar nuevos combatientes, entre otras características. (CICR)

3.3 LEGISLACIÓN APLICABLE DENTRO DE UN CONFLICTO ARMADO INTERNO

Dentro de los conflictos armados internos, como ya se ha dicho anteriormente, se aplica según el CICR y el DIH, el artículo 3 común a todos los convenios de Ginebra de 1949, se aplican los principios humanitarios contenidos en dicho artículo, el cual tiene como fundamento la protección de la persona en los conflictos armados internos y que se refiere al mantenimiento de la integridad física y mental de las personas que no tengan ningún tipo de participación o dejen de participar en las hostilidades que afectan la nación donde se encuentren.

Del mismo modo se aplica el Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, dicho protocolo busca garantizar la aplicación de normas fundamentales del Derecho Internacional Humanitario como son el trato digno a las personas víctimas de este proceso. (CICR).

3.4 PAÍSES DONDE SE HAN DESARROLLADO CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Durante toda la historia de la humanidad han existido conflictos y guerras que han llevado a la destrucción de pueblos y personas inocentes, tanto en hostilidades internacionales como nacionales, dentro de los países donde se ha podido observar situaciones de violencia u hostilidades que han traído como consecuencia el surgimiento de conflictos armados de tipo interno, se pueden encontrar:

Región de Asia y el Pacífico.

- Filipinas desde 1972. Las guerrillas comunistas y musulmanas combaten a las fuerzas gubernamentales.
- Pakistán desde 1972. Combaten movimientos antigubernamentales y separatistas.
- Afganistán desde 1978. La guerrilla islámica y anticomunista combate a las fuerzas gubernamentales

con un total de más de cien mil víctimas en una guerra que alcanzó una intensidad alarmante conllevando a que se produjeran intervenciones internacionales.

Continente Americano

- Guatemala desde 1967, se producen enfrentamientos con fuerzas gubernamentales contra las guerrillas izquierdistas y los indios mayas, con varias decenas de miles de muertos entre 1967 y 1974.
- Honduras, desde la época de los 70's donde surgen enfrentamientos esporádicos entre el gobierno hondureño y la guerrilla.
- El Salvador desde 1977, aquí se pueden visualizar como protagonistas a las Fuerzas Gubernamentales y grupos de extrema derecha contra la guerrilla del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (FMLN).
- En Colombia desde 1976, aquí operan varios grupos de guerrilleros que a pesar de los diversos acuerdos de paz que se han firmado no han evitado que los conflictos internos se desarrollen.

Como se puede observar, estos han sido algunos de los países que han sufrido conflictos armados internos bien estructurados y que han provocado grandes pérdidas humanas, políticas y económicas.

3.5 PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA

Como se sabe, Colombia está atravesando por un proceso de hostilidades internas desde años, producto de la unión de un grupo de campesinos que manifestaron su desacuerdo a la amnistía y protestan en contra del Estado Colombiano para que este les conceda una reforma agraria, estas protestas fueron organizándose y fortaleciéndose cada vez más llegando a ocupar territorios en diferentes puntos del país. Durante muchos, específicamente desde los inicios de estos conflictos se ha luchado por lograr la realización de un proceso de paz que tuvo que esperar hasta el año 2012 bajo el mando del presidente Juan Manuel Santos para que se iniciara el

acuerdo de paz definitivo entre los grupos armados y el Estado colombiano.

Es importante aclarar que este proceso de paz iniciado en el año 2012, ha pasado por un proceso tedioso debido a la complejidad que envuelve a las guerrillas en Colombia, ya que se trata de diversos grupos organizados que no todos están en pro de este acuerdo, lo que conlleva a que se continúe aun aplicando las normativas del Derecho Internacional Humanitario en todos los procesos hostiles y por ende el gobierno colombiano debe dialogar, lo relevante es observar que el proceso de concretización de un acuerdo de paz está avanzando.

Un punto de relevancia es que sería un gran avance y por ende una liberación para el pueblo colombiano lograr que merme esta complejidad que aún impera en el proceso de lucha por alcanzar un acuerdo que traiga de manera definitiva la paz a este país suramericano. En cuanto a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario compuesto por el artículo 3 común a los convenios y el protocolo II, que por cierto establece este artículo que las naciones en conflicto pueden llegar a firmar acuerdos especiales que permitan establecer soluciones de paz y liberación entre las partes en conflicto; es que este derecho seguirá aplicándose, mientras existan grupos que continúen ejecutando hostilidades, se continuará con los protocolos de control.

Cabe destacar que Jean Pictet, jurista suizo con un profundo conocimiento del Derecho Internacional Humanitario, indicó en uno de sus comentarios con relación al artículo 3 común de los convenios, que las partes envueltas en un conflicto al momento de esclarecer sus pretensiones, es irrelevante la aplicación del Derecho Internacional Humanitario si se firma acuerdo de paz y se podría aplicar el artículo 3 hasta una parte del mismo dentro de las disposiciones que se firmen.

Pictet también aclara que el objetivo que tienen los convenios de Ginebra con su artículo 3° común es que dicho convenio es exclusivamente humanitario, o sea, que no afecta ningún asunto interno de un Estado, solo busca garantizar un mínimo respeto de las normas humanitarias. (Vargas, 2017).

Colombia, ha procedido a tener intercambio de diálogos sobre temas que pueda el gobierno y se pudiera decir que también los grupos beligerantes o FARC, que surjan propuestas políticas de paz

que desde una perspectiva del DIH y su política interna más la participación de diversos sectores sociales, se puede reflejar el interés de las comunidades en ver que todos sus actores políticos y sociales puedan empezar a construir un país con justicia social y paz.

4 CONCLUSIONES

En conclusión, los conflictos armados en la historia de la humanidad se han ubicado dentro de los instrumentos jurídicos internacionales del DIH, en lo que concierne al país que se ha tocado en esta investigación se puede visualizar que Colombia puede precisar que está bajo la presión de un conflicto armado interno. Por ende, el proceso de solución ha sido muy difícil debido a carencias de acciones políticas tanto del Estado colombiano como de los sectores de las FARC y todo el que le siga.

Basando este análisis en el Derecho Internacional Humanitario más las normas internas colombianas, existe un marco legal capaz de encausar una solución de índole pacífica a este conflicto y es la de cumplir estrictamente con los Convenios de Ginebra de 1949 en su artículo 3 común y el Protocolo Adicional II de 1977.

Es bueno sugerir que los jóvenes y toda la población colombiana, merece vivir en paz y que las tensiones puedan ser solucionadas mediante la firma de acuerdos y que se puedan replantear políticas de paz que no solo se concentren en la eliminación de los grupos irregulares sino que se garantice el cumplimiento de los Derechos Humanos y por ende la aplicación eficaz del Derecho Internacional Humanitario mientras continúe el conflicto. Colombia debe actuar y alcanzar junto con esos grupos subversivos la paz anhelada.

Capítulo X

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE VERDAD Y JUSTICIA A LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO COLOMBIANO¹

Jaime Cubides Cárdenas²

Johan Sebastian Suárez Pinilla³

Paola Alexandra Sierra Zamora⁴

¹ Capítulo resultado de investigación del Proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, perteneciente a la Línea de Investigación: “Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos” del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

² Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magister en Derecho de la misma casa de estudios, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires-Argentina. Docente asociado e Investigador y Líder del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co.

³ Auxiliar de investigación del Grupo de Investigación “Persona, Instituciones, Exigencias de Justicia”, reconocido y categorizado como Tipo A1 por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio- Jurídicas (CISJUC), adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación COLCIENCIAS, e integrante del Semillero de Investigación “Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos” vinculado al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de derecho de la misma casa de estudios. Contacto: jssuarez96@catolica.edu.co.

Sumario: 1. Introducción. 2. Crímenes internacionales y víctimas del CAIC. 3. Derechos de verdad y justicia del CAIC a la luz del DIH. 4. Derechos de verdad y justicia del CAIC a la luz de la Corte IDH. 5. Conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano atraviesa un periodo de transición de la guerra o conflicto armado interno hacia la paz; dicho concepto de conflicto surge, como lo menciona el doctor Llano, alrededor de la década de los ochenta, en donde los grupos insurrectos, junto con el Gobierno central, intentaron entablar diálogos, negociaciones o acuerdos de paz; como resultado, aparece el concepto de conflicto, como una manera de poder explicar la situación bélica entre las guerrillas y las Fuerzas Militares (2011). De cara a lo anterior, existe la imperiosa necesidad que dentro del marco de la justicia transicional, se puedan llegar a garantizar los derechos de verdad y justicia a las víctimas ocasionadas por crímenes internacionales en el desarrollo del conflicto armado interno colombiano (en adelante, CAIC); por ello, la presente investigación resulta ser una herramienta idónea para entender las pautas que derivan del derecho internacional público, en especial, como lo afirma el doctor Pulido (2008), aquellas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como tratados de derecho humanitario, o tratados de derechos humanos ratificados por Colombia cuando se traten de derechos reconocidos por la Carta. Lo anterior, a favor de las garantías para dichas víctimas del CAIC. En este orden de ideas, dentro del cuerpo de la presente investigación, se buscará desarrollar la siguiente pregunta: ¿Qué pautas se han estipulado por parte del Derecho

⁴ Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de Valencia. Doctorado (en curso) en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la misma casa de estudios. Joven Investigadora financiada por COLCIENCIAS por la Convocatoria N° 775 Nacional de Jóvenes investigadores e innovadores por la paz 2017, asociada a la Universidad Católica de Colombia. Integrante del Grupo de Investigación "Personas, Instituciones y Exigencias de Justicia" reconocido en A1 por Colciencias con código COL0120899 del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

Internacional Humanitario y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente a los derechos de verdad y justicia de las víctimas de crímenes internacionales, con ocasión del conflicto armado interno colombiano?

Para poder dar respuesta a la anterior pregunta, se abordarán cuatro ejes temáticos, estos corresponden a: en primer lugar se darán unas precisiones generales en torno a los crímenes de lesa humanidad y guerra a la luz del derecho internacional penal, para poder así, determinar los daños ocasionados a las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos; en segundo lugar, se analizarán las posturas del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) en torno a los derechos de verdad y justicia; en tercer lugar, se precisarán algunas pautas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en torno a la verdad y justicia como derechos de las víctimas de crímenes internacionales; finalmente, se darán unas conclusiones.

Para poder lograr lo anterior, se hará uso de los Convenios de Ginebra, el Estatuto de Roma, Jurisprudencia de la Corte IDH, y otros instrumentos pertinentes para abordar los derechos de verdad y justicia para las víctimas del CAIC, por la ejecución de lesa humanidad y de guerra.

2 CRÍMENES INTERNACIONALES Y VÍCTIMAS DEL CAIC

Dentro del presente apartado y en atención a la temática del capítulo, se debe abordar la visión general de los crímenes internacionales, para poder así, determinar los posibles crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra sucedidos dentro del contexto del CAIC, y que repercutieron de tal manera, que generaron un gran número de víctimas que deben ser reparadas dentro del marco de la justicia transicional colombiana, que a grandes rasgos, se entiende como: “las medidas excepcionales y transitorias desarrolladas por los estados para enfrentar graves violaciones de derechos humanos originadas en el marco de un conflicto o un estado de excepción (Abuchaibe, 2011, Citado en: Rodríguez, Chacón, Cubides, 2017, p. 44).

2.1 NOCIONES GENERALES DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Para el presente acápite, resulta pertinente acudir al derecho internacional penal para poder definir los crímenes internacionales de lesa humanidad y crímenes de guerra; por consiguiente, dichos crímenes “son regulados por el Derecho Internacional Penal y que el órgano que los juzgue, cualquiera que éste sea, tanto interno como internacional, debe aplicar el Derecho Internacional Penal, sus principios y normas, sin perjuicio de considerar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario” (Aguilar, 2008). En consecuencia, para poder afrontar las nociones de los crímenes internacionales, se debe acudir en primer lugar a la postura del derecho internacional penal, y de manera complementaria, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos o a los Sistemas Regionales de Derechos Humanos.

Atendiendo a la anterior definición, dentro de las fuentes del derecho internacional penal, se desprende que también se pueden definir dichos crímenes internacionales como: “aquellas conductas ilícitas que se dirigen contra la comunidad internacional, en la medida que vulneran las normas imperativas del Derecho internacional general, quebrantando el orden público mundial” (Fernández, 2010, pág. 20). De cara a las anteriores definiciones, ha sido la comunidad internacional quien en su calidad de garante de los derechos de la población en general, ha determinado la imperiosa necesidad de poder juzgar o establecer la responsabilidad penal individual, frente a las infracciones al derecho internacional penal, o a las violaciones de las fuentes del mismo, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

2.1.1 Crímenes de lesa humanidad

Como se expondrá en el siguiente eje temático, los crímenes de lesa humanidad se han visto presentes dentro el CAIC, por tal razón, es necesario establecer su definición, para poder así, determinar las víctimas que pueden llegar a surgir de dichos actos que afectan a la comunidad internacional; se hace la salvedad, de que la presente investigación no pretende entrar a estudiar en

profundidad dicho crimen a la luz del derecho penal internacional, sino simplemente, esclarecer las generalidades de este.

Consecuentemente, el crimen de lesa humanidad ha tenido una evolución dentro del derecho internacional penal, esto, ya que podemos evidenciar la búsqueda a la protección de derechos como la vida, la libertad, bienestar físico, salud o dignidad humana; lo anterior, en atención a que:

Los crímenes de lesa humanidad son crímenes internacionales cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político, consistentes en los más graves y abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales (Luban, 2004, citado en Ambos, 2012, pág. 3).

De esta forma, se puede denotar la gravedad de los crímenes de lesa humanidad, ya que además de atacar por medios violentos, transgrede Derechos Humanos de un determinado grupo o población. De manera complementaria, Forer y López, afirman que se pueden desprender cinco prerrogativas para entender los crímenes de lesa humanidad: primeramente, el ataque generalizado debe ser realizado de manera colectiva y dirigida contra una gran cantidad de víctimas; secundariamente, deben realizarse una serie de conductas violentas; en tercer lugar, la sistematicidad del acto debe atender a la calidad que pueden tener los autores o perpetradores dentro de un movimiento de resistencia, al ser o no ser uniformados; en cuarto lugar, los actos violentos desplegados por el grupo perpetrador, debe ceñirse a una política determinada; finalmente, se necesita un intención o conocimiento general y participación respecto de los actos desplegados (2010).

Adicionalmente, en atención al derecho internacional penal y el Estatuto de Roma, los crímenes de lesa humanidad son:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g)

Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (...) (Estatuto de Roma, artículo 7-1).

Después de haber enumerado los crímenes de lesa humanidad contenidos en el Estatuto de Roma, en el acápite 2.2 del presente capítulo se explicará porque es importante y necesario acudir al Estatuto de Roma para poder definir y contextualizar dichos crímenes; concluyendo lo anterior, se procede a explicar de manera general los crímenes de guerra.

2.1.2 Crímenes de Guerra

Siguiendo la temática de analizar los crímenes internacionales desde la perspectiva del derecho internacional penal, los crímenes de guerra:

(...) bajo jurisdicción de la CPI se refieren al conjunto de interdicciones de carácter convencional y consuetudinario del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados que amenazan la paz y la seguridad de la humanidad. Dicho de otro modo, es claro que todas las infracciones al Derecho Internacional de los conflictos armados no son crímenes internacionales que atentan contra la paz y la seguridad de la humanidad (...).

No obstante, la adopción final de la noción de crímenes de guerra en el Estatuto de Roma abarca una gran mayoría de “violaciones graves”, “violaciones de excepcional gravedad”, o “infracciones graves”, precisando la consecuencia penal de cada interdicción (Estupiñán, 2012, p. 190)

Frente a lo anterior, se muestra que los crímenes de guerra atacan la paz y la seguridad de la comunidad internacional, y que por tal razón, son violaciones graves al derecho de la guerra; sin embargo, los actos constitutivos de dicho tipo de crímenes, pueden afectar diferentes bienes o determinadas personas como se señala a continuación:

Los crímenes de guerra solo pueden ser cometidos contra los bienes o las personas excluidas del conflicto armado, bien sea por su estado de indefensión (rendidos, prisioneros, heridos) o por su calidad de población civil no involucrada en las hostilidades (Convenios de Ginebra, artículos 50/I, 51/II, 130/III, 147/IV, citado en: Estupiñán, 2012, p. 137).

Si bien ya se ha definido los crímenes de guerra desde una visión general, se procede a analizar el CAIC y los derechos que surgen en favor de las víctimas con ocasión de los actos constitutivos de crímenes internacionales, que específicamente serían, los de lesa humanidad y los de guerra.

2.2 CAIC Y VÍCTIMAS

Dentro de este apartado, resulta oportuno analizar a grandes rasgos, el origen del CAIC, para poder así, determinar los daños que este dejó dentro del territorio nacional; por ello, se destaca que:

El origen del conflicto armado en Colombia se sitúa en la guerra de la independencia de España. El triunfo de los Ejércitos libertadores no resolvió todas las causas políticas y sociales que habían llevado al levantamiento armado; por el contrario, provocó el establecimiento de una nueva clase social conformada por los españoles americanos que asumieron la dirección del Estado. Muchos de los generales se convirtieron en los nuevos terratenientes y otros militares en mediadores históricos entre el Estado y la sociedad para fundar una democracia formal (Sánchez et al, 2017, p. 13).

Es así, que se evidencia que los tópicos previos al desarrollo del CAIC, han tenido gran influencia por parte de las diferentes

influencias políticas, además del inconformismo frente al desarrollo y manejo del gobierno que se llevaba; así mismo:

Respecto de la historia del CAIC: En 1965 emergió el Ejército de Liberación Nacional (Eln), en 1966 se crearon de forma oficial las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc) y en 1967 surgió el Ejército Popular de Liberación (Epl). La aparición de estas guerrillas estuvo enmarcada en el conflicto global surgido después de la Segunda Guerra Mundial (1949) entre un occidente liberal y un oriente socialista, y alentada por el impacto del triunfo de la revolución cubana en 1959 (Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, 2015, p. 457).

Fueron tres los grupos al margen de la ley, que iniciaron o han contribuido desde hace el año de 1965, al desarrollo del CAIC; en tal sentido, para el desarrollo de un conflicto armado, se debe tener un grupo armado al margen de la ley, y otro que haga parte de un determinado Estado; es así, que el desarrollo de un conflicto armado, surge:

(...) entre fuerzas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales, o entre esos grupos únicamente. El derecho de los tratados de DIH también hace una distinción entre conflictos armados no internacionales en el sentido del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y conflictos armados no internacionales según la definición contenida en el artículo 1 del Protocolo adicional II. (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008).

Lo anterior, permite corroborar la postura que se mencionaba primariamente, puesto que el CAIC surgió entre fuerzas estatales y grupos insurgentes como las FARC EP, el ELN y el EPL. Por los anteriores enfrentamientos, el “conflicto colombiano que ha desencadenado violencia directa con graves violaciones de los derechos humanos y de los postulados del Derecho Internacional Humanitario (DIH)” (Calderón, 2016). En vista de lo anterior, se precisa que dentro del desarrollo del CAIC, se han cometido una serie de violaciones a los Derechos Humanos de la población civil, y así mismo, se han infringido normas del DIH, que corresponde a las normas de la guerra; tal situación, ha generado un gran número de víctimas; este último término, ha sido definido por la normatividad colombiana de la siguiente manera:

Víctimas. Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno (Ley 1448, 2011, art. 3).

La Ley 1448 del año 2011, enmarca a las víctimas, como aquellas personas que han sufrido transgresiones en sus Derechos Humanos con ocasión de un conflicto armado, así mismo, dichas transgresiones pueden llegarse a constituir como graves violaciones a los postulados del DIH, o violaciones al derecho de la guerra que han afectado una determinada población civil, así como también, infracciones al Estatuto de Roma dentro del derecho internacional penal.

En atención a las víctimas que se han ocasionado en el desarrollo del CAIC, se encuentran los siguientes datos:

Mientras el Registro Nacional de Desaparecidos tiene documentadas a 24.900 víctimas de presunta desaparición forzada, un informe del Centro de Memoria Histórica asegura que son más de 60.600 (...) Durante 2016 hubo alarma por casos de violaciones colectivas y sus efectos sobre varias generaciones: en ocasiones, abuelas, madres e hijas comparten la trágica historia de una agresión Otra consecuencia que aún sufren miles de personas en Colombia es la presencia de artefactos explosivos improvisados y restos explosivos de guerra. Este tipo de contaminación es un peligro latente en zonas urbanas y rurales que durante décadas han sufrido los efectos de la guerra (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2017).

De conformidad con los anteriores datos, se ha evidenciado la gran cantidad de crímenes de lesa humanidad en contra de la población civil dentro del territorio colombiano. Pese a que dentro de nuestro ordenamiento jurídico no están tipificados los crímenes de lesa humanidad, la Alta Corporación (Corte Suprema de Justicia), asintió en que los jueces y fiscales deben acudir al artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para poder imputar, acusar o condenar delitos nacionales a la luz de dicho Estatuto, que servirá para entender el contexto de dichos crímenes (Forer, 2013). Por tal razón, frente al informe de Registro Nacional de Desaparecidos previamente citado, se han cometido crímenes de

lesa humanidad como se señala en el artículo 7-2 (i)⁵ del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, puesto que, la desaparición forzada, independientemente de la responsabilidad penal individual dentro del derecho internacional penal, se considera un crimen de lesa humanidad, porque dicho acto es cometido dentro del contexto de ataques generalizados o sistemáticos en contra de una población civil y con conocimiento de causa. Por otra parte, existen actos que pueden concebirse como crímenes de guerra, a causa de que en el desarrollo del CAIC, la población civil sufrió graves daños en bienes como la vida o la libertad. Así mismo:

Durante 2016, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) documentó 838 posibles infracciones del DIH y otros principios humanitarios que afectaron a 18.671 personas en Colombia. La mayoría de los registros son casos de personas que desaparecieron antes de 2016 y cuyas familias se acercaron a la Organización en busca de apoyo (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2017).

El anterior informe por parte del Comité Internacional de la Cruz Roja, corrobora la información de que el crimen de lesa humanidad que más se ha cometido, corresponde al de desaparición forzada como ya se explicó previamente. Al mismo tiempo, se han cometido crímenes de guerra, al atacar zonas urbanas o rurales en donde se encontraba población civil, pero además, afectando iglesias y hospitales como en el caso de Bojayá:

La historia de horror se repitió el 2 de mayo del 2002, durante un enfrentamiento de las Farc con paramilitares. Esa vez, el escenario fue la iglesia de Bojayá⁶, Chocó, detrás de la cual se escondían los paramilitares, y las M-60 fueron cambiadas por armas no convencionales: cilindros bombas y pipetas que volaron la iglesia del

⁵ Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado (Estatuto de Roma, art. 7-2 (i)).

⁶ En este municipio, también falta reparación. El Comité de Víctimas de Bojayá documenta 32.000 hechos victimizantes y 11.000 afectados por el conflicto. Cada persona recibió hasta tres violaciones a sus derechos. “Sin embargo ni siquiera 100 han sido reparadas” (Pareja, 2016).

pueblo con más de un centenar de niños, mujeres y hombres no combatientes en su interior que murieron por las explosiones. Una de las pipetas impactó primero un puesto de salud y otra más hizo blanco en el altar. Solo pasadas 72 horas, los guerrilleros permitieron el acceso de los organismos de socorro, que entre los escombros hallaron a 96 personas, algunas mutiladas pero aún vivas (...). La Fiscalía calcula que hay cerca de dos mil acciones que encajan en delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra e infracciones al Derecho Internacional Humanitario (El Tiempo, 2016).

Frente a todos los anteriores actos, se evidencia la gran cantidad de víctimas que se han originado, razón por la cual, se les debe garantizar entre otros derechos, la verdad y justicia como parte de la justicia restaurativa, la cual, “se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes, lo que genera que las partes involucradas en un hecho punible resuelvan sus conflictos de forma integral” (Domingo, Márquez, 2007, citado en: Becerra, 2009, p. 285). Respecto de las víctimas ocasionadas, estas dejaron de serlo, siempre y cuando el Estado garantice la reconciliación, justicia, verdad y una reparación integral, efectiva y necesaria; puede que el conflicto cambie de actores, pero si a la víctima no se le garantizan sus derechos, puede llegar a ser un futuro victimario (Torres, 2016).

Entendiendo la importancia que tiene el poder reparar a las víctimas, ocasionadas por hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad y guerra dentro del desarrollo del CAIC, se les deben reparar derechos como la verdad y justicia; por tanto, frente al primero:

Derecho a la verdad

El derecho a la verdad ha sido considerado como complemento o como una opción complementaria a los juicios criminales para conseguir el reconocimiento de las víctimas y obtener una narrativa de las pasadas violaciones de los derechos humanos, como también el derecho de las víctimas a conocer realmente lo que pasó y la razón por la cual ocurrió (Cortés, 2007 y Díaz, 2014, citado en: Cubides y Martínez, 2016, pp. 135-136).

El anterior derecho tiene como fin, el poder garantizarle a la víctima, la certeza y veracidad de los hechos que sucedieron frente a las violaciones de Derechos Humanos, como también, poderle dar a

conocer, las causas o razones que originaron dichos actos; de la misma manera:

El derecho inalienable a la verdad: conforma el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes.

- El deber de recordar: consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado.

- El derecho de las víctimas a saber: determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima (Sentencia C-370 de 2006, citada en: Cubides y Martínez, 2016, pp. 136).

Frente a la postura que se mencionó anteriormente, el derecho a la verdad comienza a tomar forma de un derecho colectivo, porque el pueblo o la población en su conjunto, tiene la facultad de exigir la verdad frente a los acontecimientos que sucedieron en un determinado contexto; al mismo tiempo, se menciona que existe la obligación por parte del Estado para poder garantizar el derecho a la verdad para el pueblo.

Dentro de los derechos a garantizar a las víctimas, encontramos el derecho a la justicia, el cual tiene conexidad con el derecho a la verdad por lo siguiente:

Derecho a la justicia:

Toda víctima tiene la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz para lograr que su ofensor sea juzgado, que el hecho no quede en la impunidad y que el daño sea reparado; por ello, el acceso a la justicia es una característica fundamental que demuestra la plena garantía que tienen los derechos humanos en los Estados, pues su protección solo se evidencia cuando son amparados en los momentos que necesitan de dicha tutela y esto ocurre después de haber sufrido algún tipo de violación. Ahora bien, según lo establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, es deber del Estado adelantar una investigación efectiva que conduzca al esclarecimiento de las violaciones, la identificación de los responsables y su respectiva sanción (Díaz, 2014; Méndez, 2000, citado en: Cubides y Martínez, 2016, pp. 137)

El derecho a la justicia implica la facultad que tienen las víctimas para poder exigir al Estado, los recursos seguros y efectivos para reparar su daño ocasionado, materializándolo así, en el acceso a la justicia, para que se investigue, juzgue y sancione a los responsables de un determinado hecho; de la misma forma, tiene intrínseca relación con el derecho a la verdad, puesto que al exigir el acceso a la justicia, se deben esclarecer los hechos y razones de los actos cometidos.

En virtud de lo anterior, se procede a analizar los crímenes internacionales como actos de violencia contra los Derechos Humanos dentro del marco de la Corte IDH y el DIH, y los derechos de verdad y justicia que derivan para las víctimas del CAIC.

3 DERECHOS DE VERDAD Y JUSTICIA DEL CAIC A LA LUZ DEL DIH

Teniendo en cuenta que DIH se aplica a las partes de un conflicto armado, con vigencia aun tras la firma de los acuerdos de paz, el Estado colombiano aún sigue en conflicto con los grupos del Ejército de Liberación Nacional (ELN), las Autodefensas Gaitanistas de Colombia (AGC) y el Ejército Popular de Liberación (EPL) (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2017). La anterior concepción, demuestra que el DIH sigue teniendo relevancia y trascendencia en el Estado colombiano, razón por la cual, es importante mencionar que el derecho a la verdad, comenzó a tener origen dentro del DIH con los Convenios de Ginebra aunque de manera no expresa, esto, de conformidad con el Protocolo Adicional I:

En la aplicación de la presente Sección, las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros (Convenios de Ginebra, Protocolo Adicional I, art. 32).

La aplicación del anterior artículo, hacía alusión a poder conocer la suerte de las personas desaparecidas, es por tanto, que de aquí se origina el derecho a la verdad; González y Varney, afirman que el derecho a la verdad fue reconocido explícitamente como respuesta a las desapariciones forzadas, de esta manera, se vincula a: al derecho a un recurso efectivo, incluyendo la investigación

efectiva en la verificación de los hechos; al derecho de las víctimas y familiares a saber la verdad sobre las circunstancias en que se dieron violaciones a Derechos Humanos; a que no se otorguen amnistías, ni se prohíba la investigación de la posible incursión en crímenes internacionales como crímenes de guerra, genocidio o lesa humanidad (2013). De igual manera,

El derecho a la verdad ha surgido como un concepto jurídico en diferentes jurisdicciones y ha adoptado diversas formas. Sus orígenes se remontan al derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros, refrendado por el derecho internacional humanitario en los artículos 32 y 33 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, de 1977, y a las obligaciones que incumben a las partes en conflictos armados de buscar a las personas dadas por desaparecidas. Las desapariciones forzadas de personas y otras violaciones manifiestas de los derechos humanos durante períodos de violencia masiva extrema auspiciada por el Estado, particularmente en diversos países de América Latina, pero también en otras partes del mundo, dieron lugar a una interpretación lata del concepto del derecho a recibir información sobre las personas desaparecidas, y condujeron a la identificación y al reconocimiento del derecho a la verdad por parte de diferentes órganos internacionales, en particular la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas, y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Naqvi, 2006, p. 5).

De la doctora Naqvi, se entiende que el derecho a la verdad comienza a originarse como se indicó previamente, con el derecho de los familiares a conocer la situación de los desaparecidos; sin embargo, han sido las Cortes en materia de Derechos Humanos las que han desarrollado dicho tema de manera amplia. Además del derecho a la verdad que ya se explicó, se debe garantizar a las víctimas el derecho a la justicia:

Por otro lado, las partes tienen obligaciones derivadas del DIH más allá del fin de las hostilidades, como el desminado del territorio, la búsqueda de las personas desaparecidas o el deber de investigar y sancionar a los responsables de crímenes de guerra. En este contexto, la ayuda humanitaria seguirá siendo importante para salvar vidas en comunidades que sufren las consecuencias de la violencia (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2017).

Dicho derecho a la justicia debe ser garantizado por el Estado, ya que, “las obligaciones de investigar y juzgar a los responsables de la comisión de los crímenes internacionales le corresponden al Estado en cuyo territorio fueron cometidos” (Fernández, 2011, pág. 21); de este modo, dichas obligaciones deben atender a las pautas del DIH; por tal razón, pese a que el DIH da lineamientos poco específicos en torno a los derechos de la verdad y de justicia, debemos acudir a Cortes especializadas en temas de Derechos Humanos, para mirar a profundidad las implicaciones de dichos derechos de las víctimas del CAIC.

4 DERECHOS DE VERDAD Y JUSTICIA DEL CAIC A LA LUZ DE LA CORTE IDH

Dentro de la presente investigación, se ha querido hacer uso de la Jurisprudencia de la Corte IDH, ya que esta: “parece tener mayor relevancia por la densidad de casos que atiende, en razón de la naturaleza de la región en donde se desarrolla (...), pero su jurisdicción la lleva a tener más experiencia en relación con esta especial materia” (Vivas et al, 2012, p. 139). En concordancia con lo anterior, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, encontramos que la Corte IDH, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ha proferido diferentes sentencias en torno a los derechos de la verdad y justicia en relación con crímenes internacionales en el contexto de un conflicto armado; sin embargo, para la presente investigación se expondrán tres sentencias correspondientes a: caso de Almonacid Arellano y otros vs. Chile, caso de Penal Miguel Castro Castro vs. Perú y caso de La Cantuta vs. Perú. En este orden de ideas, se procede a analizar las sentencias previamente mencionadas, en donde se han alegado actos o crímenes de lesa humanidad o guerra, para que así, se determinen los derechos que surgieron para las víctimas desde la postura jurisprudencial de la mencionada Corte.

En primer lugar, dentro del caso de Almonacid Arellano y otros vs. Chile, la Corte IDH tuvo dentro de las dos primeras cuestiones a abordar, si: “a) primero, habría que calificar si el homicidio del señor Almonacid Arellano constituye o no un crimen de lesa humanidad, b) en segundo lugar y en caso que se establezca que tal homicidio constituye un crimen de lesa humanidad (...)” (Corte

IDH, Caso de Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr.90). Para lo anterior, la Corte IDH afirmó que:

(...) los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad (...)

En la primera, la Asamblea General sostuvo que la "investigación rigurosa" de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, "son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales" (Corte IDH, Caso de Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr.96 y 106)

En atención a los anteriores postulados por parte de la Corte IDH, la misma encontró dentro del caso en cuestión que:

La Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. "Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general" (Corte IDH, Caso de Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr.99).

Como se acaba de citar, existen obligaciones para un Estado de investigar y penalizar a los responsables de cometer crímenes de lesa humanidad y de guerra. Dentro del presente caso:

La Corte ha establecido con anterioridad que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención (Corte IDH, Caso de Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr.148).

Además de poder exigir al Estado el esclarecimiento de los hechos, el derecho a la verdad implica que en caso de no realizarse la correspondiente investigación de los hechos sucedidos, no se deben realizar amnistías, las cuales, se han definido por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, como las medidas jurídicas que tienen como efecto: impedir el enjuiciamiento penal, anular retrospectivamente la responsabilidad jurídica previamente determinada(2009). De manera complementaria,

Las llamadas auto amnistías son, en suma, una afrenta inadmisibles al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia). Son ellas manifiestamente incompatibles con las obligaciones generales - indisociables - de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos (en los términos del artículo 1(1) de la Convención), así como de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (Corte IDH, Caso de Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr.148 (en los términos del artículo 2 de la Convención). Además, afectan los derechos protegidos por la Convención, en particular los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25) (Corte IDH, Caso de Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr.182).

El acceso a la justicia, implica dentro el derecho a la justicia para las víctimas, además del esclarecimiento, la investigación, juzgamiento y sanción para los responsables; por lo anterior, la expedición de normas de amnistía frente a crímenes de lesa humanidad o guerra, implican graves violaciones a los Derechos Humanos como a las garantías judiciales.

En segundo lugar, en el caso de Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, la Corte IDH, ha declarado respecto de los crímenes de lesa humanidad que:

Además, esta Corte encuentra que en mayo de 1992, época a partir de la cual ocurrieron los hechos del presente caso, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluidos el asesinato y la tortura ejecutados en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Tal como esta Corte lo estableció en el caso Almonacid Arellano, dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y

la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general (Corte IDH, Caso de Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, párr. 402).

El anterior criterio de la Corte IDH, se ajusta a las prerrogativas del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, puesto que maneja el crimen de lesa humanidad, como ataques generalizados o sistemáticos en contra de una población civil, y que pueden implicar actos como asesinato o tortura; cabe resaltar, que se preponderó el anterior pronunciamiento dentro del caso de Almonacid Orellano, al expresar la necesidad de manifestar dichos crímenes. Por lo previamente expresado, la Corte IDH

(...) encuentra que hay evidencia para sostener que las muertes y torturas cometidas contra las víctimas de este caso por agentes estatales, por las razones referidas en párrafos precedentes constituyen crímenes de lesa humanidad. La prohibición de cometer estos crímenes es una norma de *ius cogens*, y, por tanto, el Estado tiene el deber de no dejar impunes estos delitos y para ello debe utilizar los medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad (Corte IDH, Caso de Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, párr. 404).

De cara a la necesidad de perseguir las conductas y sancionarlas, se hace menester garantizar el derecho a la verdad; para esto, la Corte IDH asevera en la misma sentencia que:

El reconocimiento y el ejercicio del derecho a la verdad en una situación concreta constituyen un medio de reparación. Por tanto, en el presente caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer (Corte IDH, Caso de Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, párr. 440)

Pese a que dentro del presente caso no se hizo alusión al derecho a la justicia, si se hizo mención como se indicó previamente, que el derecho a la verdad implica el acceso a la justicia, al poder exigir al Estado, la penalización, o la investigación, juzgamiento y sanción a los responsables de cometer un crimen de lesa humanidad durante el desarrollo de un conflicto armado.

En tercer lugar, en el caso de La Cantuta vs. Perú, se trató tanto los crímenes de guerra como los de lesa humanidad, ya que,

dentro de las consideraciones más importantes de la Corte IDH, se afirmó que:

La Asamblea General sostuvo que la "investigación rigurosa" de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, "son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales" (ONU, 1969, citada en: Corte IDH, caso de La Cantuta vs. Perú, párr. 178).

Como se indicó previamente, existe la imperiosa obligación por parte de los diferentes Estados, de sancionar a los responsables de cometer crímenes de guerra y lesa humanidad, para garantizar así, la paz y seguridad internacional, además del respeto y garantía de los Derechos Humanos. Es por lo anterior que:

El Estado está obligado a combatir la situación de impunidad que impera en el presente caso por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, quienes tienen derecho a conocer toda la verdad de los hechos, inclusive quiénes son todos los responsables de los mismos. Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación y da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer (Corte IDH, caso de La Cantuta vs. Perú, párr. 222).

La anterior referencia que planteo la Corte IDH, permite entender la relevancia tanto nacional como internacional de no dejar en la impunidad los crímenes internacionales, porque al realizarse las correspondientes investigaciones, juzgamientos y sanciones, se está respetando la reparación de las víctimas, por tanto, es que:

Las llamadas auto amnistías son, en suma, una afrenta inadmisibles al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia). Son ellas manifiestamente incompatibles con las obligaciones generales - indisociables - de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos (Corte IDH, caso de La Cantuta vs. Perú, voto razonado del juez a.a. Cançado Trindade, párr. 29).

El caso de La Cantuta, coincide con los casos previamente planteados, ya que enfatiza que las amnistías de crímenes internacionales son violatorias de las obligaciones en materia de Derechos Humanos; en el mismo sentido:

Con la presente Sentencia de la Corte en el caso de La Cantuta, se encierra un ciclo histórico de impartir justicia por parte de esta Corte, que ha revelado que el primado del Derecho se afirma aún en las circunstancias más adversas para los titulares de los derechos humanos - la persona humana, sujeto del Derecho Internacional, aún en estado de completa indefensión, - como revelado, v.g., en los casos resueltos por esta Corte ocurridos durante el régimen Fujimori (casos de Barrios Altos y La Cantuta, entre otros), el régimen Pinochet (caso Almonacid), y el régimen Stroessner (caso Goiburú y Otros) en el marco de la siniestra "Operación Cóndor". De mi parte, encierro con nostalgia este período para mí inolvidable de servicios prestados y de profunda realización personal como Juez Titular de esta Corte, que no podría ser más gratificante, en el proceso de aprendizaje interminable que proporciona la búsqueda - frente a todo tipo de adversidad - de la realización del derecho a la verdad y a la justicia, así como la búsqueda sin fin del sentido de la vida, de la existencia humana (Corte IDH, caso de La Cantuta vs. Perú, voto razonado del juez a.a. Cançado Trindade, párr. 62).

El anterior voto razonado de la sentencia de la Corte IDH, marca un punto importante dentro de la línea jurisprudencial interamericana, porque el caso de La Cantuta afirma que cada persona es sujeta del derecho internacional, razón por la cual, se le deben garantizar derechos que van más allá de los consagrados dentro de la legislación nacional; igualmente, el hecho de garantizar a las víctimas los derechos de verdad y justicia, implica el respeto hacia la vida y la misma existencia humana.

Por todo lo anterior, se evidencia que dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH se han establecidos importantes pautas en torno al respeto a los derechos de verdad y justicia para las víctimas de actos de lesa humanidad y de crímenes de guerra dentro del contexto de un conflicto armado interno.

5 CONCLUSIONES

Dentro del contexto del CAIC, se han podido evidenciar diferentes delitos cometidos tanto por los miembros de las guerrillas, como por los miembros de las fuerzas armadas del Estado colombiano; sin embargo, dentro del proceso de justicia transicional existen actos que toman mayor relevancia sobre otros delitos, estos corresponden a los crímenes internacionales, que para la presente investigación, se concretan en crímenes de lesa humanidad y de guerra en contra de la población colombiana. En vista de lo anterior, es el derecho internacional penal el que toma gran relevancia para poder definirlos y entenderlos, por esto, se permite dar mejor claridad en torno a determinados actos cometidos en el desarrollo del CAIC, que pueden llegar a ser clasificados como crímenes internacionales. El DIH toma un papel fundamental en materia de reparación a las víctimas frente a los derechos de verdad y justicia, puesto que en el Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra es donde se comienzan a desarrollar los lineamientos en torno al derecho de la verdad; al mismo tiempo, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH, toma el rol de determinar los alcances y lineamientos que se necesitan para comprender los crímenes de lesa humanidad y de guerra en el marco de los Derechos Humanos, junto con los derechos que surgen para las víctimas de verdad y justicia.

Los crímenes internacionales que más se han cometido en el desarrollo del CAIC, son los de lesa humanidad y los de guerra; a la luz del derecho internacional penal, el primer crimen, corresponde al acto cometido en el curso de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población civil, y que atiende a una política desarrollada con conocimiento de causa; el segundo crimen, constituye a graves violaciones de los Derechos Humanos de la población no combatiente en el curso de la guerra o de un conflicto armado internacional o no internacional. Lo anteriores crímenes si se han visto reflejados dentro del CAIC, ya que como se señalaron en las noticias e informes del Comité de la Cruz Roja, se encuentran documentadas, más de 24900 personas desaparecidas, así mismo para el año 2016, se registraron casos por violaciones a las mujeres, ya sean madres, hijas o abuelas; los mismos datos, registran actos de guerra en contra de la población civil, al dejar artefactos o restos explosivos en zonas de no combatientes, además del grave caso

registrado en el pueblo de Bojayá. Los anteriores actos, han generado graves violaciones a los Derechos Humanos, razón por la cual, se les debe garantizar derechos a la verdad y justicia a las víctimas.

El DIH planteo las bases para poder abordar el derecho a la verdad, este surgió a partir del artículo 35 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1977, al buscar que se tuviera certeza por parte de los familiares sobre el paradero de las personas desaparecidas o sus integrantes; a partir de ahí, se comenzó a desarrollar el derecho a la verdad, al surgir como la facultad que tienen las víctimas, para poder exigir que se les dote de información que permita darles claridad acerca de un hecho que haya originado graves consecuencias a los Derechos Humanos en el marco de un conflicto armado. A partir del derecho a la verdad que surgió del DIH, nace el derecho a la justicia, como aquel deber que tiene cada Estado, para poder sancionar a los responsables de crímenes de guerra. El DIH, ha manifestado que los anteriores derechos, deben ser analizados por Cortes especializadas en Derechos Humanos, y es por esto, que la Corte IDH toma un papel determinante en la comprensión y guía para abordar los derechos de verdad y justicia.

La Corte IDH, en diversos pronunciamientos o sentencias, ha manifestado que los crímenes de lesa humanidad son ataques generalizados o sistemáticos en contra de una población civil, y que dichos actos constituyen una grave transgresión a los Derechos Humanos; del mismo modo, los crímenes de guerra han sido manejado por la misma Corte, en cuanto estos, afectan a las personas no combatientes en el curso de un conflicto armado. En torno a los anteriores crímenes, la Corte IDH ha manifestado que surgen derechos para las víctimas como la verdad, la justicia y la reparación integral; sin embargo, el derecho a la verdad, se ha constituido como la facultad que tienen las víctimas, ya sean individuales o colectivas, para exigir al Estado, el esclarecimiento de los hechos ocurridos, y el juzgamiento a los responsables de cometer dichos crímenes internacionales; lo anterior se constituye una forma de reparación para la víctima, razón por la cual, el Estado debe realizar investigaciones rigurosas para esclarecer los hechos y las causas de estos. Por otra parte, el derecho a la justicia está en conexidad con el derecho a la verdad, puesto que uno de los fines de la verdad es juzgar a los responsables de un crimen, y el fin de la justicia es que se pueda investigar, juzgar y sancionar a los responsables, pero que además, no se generen normas, leyes o

actos que eviten lograr con el juzgamiento de los responsables o generen impunidad. Por lo anterior, el Estado tiene la obligación de brindar recursos o garantías judiciales efectivas a las víctimas, para que estas, puedan acceder a la justicia, y así, les sean reparados sus derechos, esto, porque dichas víctimas en principio, se encuentran en situaciones de indefensión; por lo anterior, el Estado debe satisfacer las expectativas de las víctimas frente a la verdad y justicia.

Existen grandes retos para el Estado colombiano de poder reparar a las víctimas en torno a los derechos de verdad y justicia ocasionadas por crímenes internacionales en el desarrollo del CAIC, sumándole el hecho de que dichas víctimas, se encuentran en estado de inferioridad e indefensión dentro del sistema judicial, razón por la cual, dentro del periodo de justicia transicional, se debe analizar y determinar de manera objetiva, los actos que pueden llegar a ser constitutivos de un crimen de lesa humanidad o de guerra, para poder así, garantizar a las víctimas el esclarecimiento de los hechos ocurridos, las causas o razones que los originaron, como también, brindar herramientas idóneas para el acceso a la justicia, con el fin de que los perpetradores o responsables de crímenes internacionales, puedan comparecer y ser juzgados por la Corte competente, con el fin de evitar la impunidad y poder construir así, una paz efectiva en donde se respeten todos los derechos de las víctimas del CAIC.



Parte II

CUESTIONES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES

Capítulo XI

LA TUTELA JUDICIAL DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU AUTONOMIA AL DEBIDO PROCESO

Juan Manuel Morel Pérez¹

Sumario: 1. Introducción. 2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como parte de la teoría General de los DD.HH. 3. Los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos para el ejercicio pleno de la tutela judicial. 4. Línea jurisprudencial en materia de tutela judicial. 5. Conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

Desde la aprobación y proclamación de los diferentes instrumentos de Derechos Humanos, se ha buscado asegurar el conjunto de derechos de una justicia tutelada, incluso los pactos de

¹ Abogado egresado de la Universidad autónoma de Santo Domingo (UASD), egresado de la especialidad en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del instituto Superior para la Defensa (INSUDE) del ministerio de defensa de Republica Dominicana, Magister en Seguridad y Defensa Nacional de la misma casa de estudios. Magister en Derecho civil y procedimiento civil contemporáneo de la Universidad Abierta para Adultos (UAPA). Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, de las Asociaciones de derecho procesal constitucional de Ecuador y Panamá.

nuestro sistema son más garantistas que la propia carta de las NNUU, en el tema de tutela judicial.

En el presente trabajo abordaremos qué materia estudia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como la Tutela Judicial como un derecho, además cuáles pactos universales y regionales permiten ejercitar el mismo y la autonomía que tiene este derecho con el Debido Proceso, finalmente se realizan unas conclusiones del presente esfuerzo académico que permitirán aclarar los puntos que en la presente investigación se busca establecer con respecto a la autonomía y diríamos diferencias marcadas que se pueden encontrar entre la Tutela Judicial y el Debido Proceso.

Además, de hablar de los temas anteriormente mencionados, también se tocará en este trabajo el tema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual se encarga de estudiar y analizar los derechos y libertades esenciales y fundamentales de los seres humanos. Es importante destacar que este es un rol muy importante que deben desempeñar los Estados como garantes del desarrollo social y los aspectos fundamentales de cada individuo que compone su población, los cuales deben ser orientados a desarrollar competencias básicas que faciliten la construcción y reconstrucción del conocimiento asociado al área de los Derechos Humanos en su realidad cotidiana.

Es importante destacar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuenta con un instrumento universal el cual viene siendo la principal base de su desarrollo y es la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Dicha declaración ha sido transcendental en la historia de la humanidad y más por el hecho que trae como consecuencia su existencia, por ende, luego de la Segunda Guerra Mundial al Derecho Internacional de los Derechos Humanos se le ha dado un valor el cual ha conllevado a que todos los pueblos del mundo creen mecanismos de garantías que permitan preservar la Dignidad Humana.

Por tales motivos, esta investigación busca poner ante el lector una breve conceptualización de estos aspectos y en todo lo referente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la tutela Judicial y su autonomía.

2 EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO PARTE DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS DD.HH

Antes de adentrarnos a conceptualizar sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y como este último regula en el marco regional y universal la tutela Judicial, vamos a tratar de desarrollar una definición básica de lo que son los Derechos Humanos y su diferencia con los Derechos Fundamentales, siendo los primeros conforme a Nowak, (2005)

Los derechos más fundamentales de la persona. Definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado. Delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos.

Para Faundez, H. (1996), son:

Las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano. y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual. O asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte.

Por su parte los Derechos Fundamentales según Carbonell, M. (2004) son “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada”

De los dos conceptos anteriormente señalados se puede entender como ya hemos señalado en otros escenarios académicos, que los Derechos Humanos son aquellos que tenemos por nuestra condición humana y que buscan la protección de la Dignidad, igualdad y libertad y los Fundamentales por su parte son los Derechos Humanos que han sido reconocidos en los catálogos Normativos, en las constituciones y en los diferentes convenios

Luego de hacer este breve de recorrido conceptual, al referirnos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hablamos según el portal ONU-MUJERES de “un conjunto de normas internacionales que reafirman los derechos y la dignidad de todos los seres humanos —mujeres, hombres y niños— sin discriminación. Fue desarrollado tras la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y se apoya actualmente en una serie de instrumentos universales y regionales (...)”. Partiendo de este concepto se puede referir el mismo como aquellos parte del Derecho Internacional Público que está compuesto por los diferentes tratados, sujetos y organismo en el ámbito universal y regional que obligan a los estados a proteger, promover y garantizar los Derechos Humanos, cuyo origen fue en 1945 en el juicio de Núremberg, ya que los aliados incluyeron los crímenes contra la humanidad entre los cargos formulados contra el nazifascismo. En ese sentido señala Huhle, R (2005) que:

En la historia de los derechos humanos los separa toda una época, en la cual nació el derecho internacional de derechos humanos. Aquí, y sólo aquí, queda el avance que significa el proceso de Núremberg. Tímidamente, pero sí de manera notable, se abrió paso a la idea de que hay derechos universales del hombre que ningún gobierno puede pisotear libremente sea en tiempos de guerra o de paz, sea en contra de sus propios ciudadanos o los de otra nación.

Como resultado lo que antes era un problema del dominio exclusivo de cada Estado que debía sancionarlo acorde al Derecho Penal interno, pasó también a serlo del derecho internacional.

Al hablar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estamos frente una rama dentro del Derecho Internacional Público que se encarga del estudio y análisis de derechos y libertades esenciales y fundamentales de los seres humanos,

Las fuentes del Derechos Internacional de los Derechos Humanos son, de acuerdo a Color Vargas, M (2013) las Convenciones internacionales (tratados), la Costumbre Internacional, los Principios generales del derecho. Intrínsecamente se encuentra dentro del fenómeno de la guerra, durante el siglo XIX la humanidad vivió grandes guerras, así que el francés Henry Dunant impulsó la creación de este movimiento para aquellas personas que se encontraran envueltas en conflictos armados de los cuales no fueran

partes (Peña, 2009). A partir de los años siguientes al fin de la segunda Guerra Mundial este derecho encontró un avance significativo con el fin de proteger internacionalmente los derechos humanos, creando la declaración de los derechos humanos, pero que no ejerce un poder de coerción en los diferentes Estados (Martín, 2004), pero que con el tiempo se fueron creando los diferentes Sistemas Regionales de Derechos Humanos, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Europeo de Derechos Humanos

3 LOS INSTRUMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA EL EJERCICIO PLENO DE LA TUTELA JUDICIAL

La tutela judicial es entendida como el derecho que le asiste a toda persona para reclamar ante los estamentos jurisdiccionales, la protección de los derechos que afirma detentar. Este derecho dentro del Estado constitucional y la evolución de este al Estado Convencional, está presente en lo amplio y extenso derecho al acceso a justicia, que va desde el apoderamiento del tribunal, hasta la ejecución de lo decidido.

La tutela judicial surge como el mecanismo por el cual las partes le exigen al Estado que se realice el debido proceso sobre las actuaciones surgidas durante el proceso, pues como tercero imparcial, el Estado debe brindar aquellas garantías en las cuales las personas que acudan a la administración de justicia, puedan establecer un vínculo en el que se sientan protegidos por si se realizan ataques al proceso o a ellos mismos (Guimaraes, 2004).

En Colombia la protección a las garantías del proceso se encuentran dentro del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, este artículo expresa lo que es el derecho al debido proceso, encontrándose dentro del título de los derechos fundamentales es posible ejercer una protección efectiva mediante la acción de tutela en donde el Estado se compromete a velar por una protección real y coherente respecto a las afectaciones que se realicen en el proceso para alguna de las partes (Araujo, 2011).

3.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En principio no es una norma jurisdiccional, pero es la principal fuente del derecho internacional de los Derechos Humanos, sin embargo, el hecho de no hacerla de cumplimiento obligatorio, no le quita la categoría de pauta general del respeto a los Derechos Humanos,

Los Derechos que este instrumento aboga que es conexo a la Tutela Judicial los encontramos en los siguientes articulados:

Artículo 6: El Reconocimiento de las personas como sujetos de derecho.

Artículo 7: La igualdad ante la ley.

Artículo 8: El derecho a recurrir ante los tribunales.

Artículo 9: El derecho Contra les detenciones, encarcelamientos o destierros arbitrarios. Artículo 10: El Derecho al proceso por un juez imparcial.

Artículo 11: Derecho a la presunción de inocencia.

3.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de diciembre de 1966. El aporte más importante de este instrumento es la igualdad ante los tribunales y ante la ley que tienen todas las personas, También se estableció como un compromiso de los Estados Partes en el Pacto, el cual en su artículo 2.3, garantiza el derecho al recurso para la tutela jurisdiccional.

3.3 LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS “PACTO DE SAN JOSÉ”

Aprobada el 22 de noviembre de 1969, en San José Costa Rica en la conferencian especializada en materia de DDHH de la OEA, esta convención es el principal instrumento de nuestro sistema regional.

El pacto de San José, cuenta con 3 articulados puntualmente, que garantizan la tutela Judicial en sus artículos 8, 24 y 25.

3.4 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS

Aprobada el 4 de julio de 1976 en argel, consigna la tutela judicial internacional, El derecho a tutela jurisdiccional por parte del estado para la protección de derechos colectivos como el del medio ambiente, la vida digna, el uso de tecnología, el de alimentación y tipifica la responsabilidad penal individual, en caso de vulneración de Derechos Fundamentales.

4 LINEA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE TUTELA JUDICIAL

Haciendo un ejercicio de derecho comparado y siguiendo la tradición de los diálogos entre cortes, que como parte de la interpretación constitucional, además que dicho diálogo, en un caso muy puntual, se considera como un instrumento del derecho Internacional Procesal Constitucional y de Derechos Humanos, haremos un breve recorrido por las decisiones más vinculante con el tema que nos ocupa.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador, señaló en cuanto a la Tutela Judicial, que esta va más allá del proceso en sede jurisdiccional sino que como parte del derecho al acceso de justicia, llega hasta la ejecución de la decisión., preciando que:

La Corte estima que para mantener el efecto útil de las decisiones, los tribunales internos al dictar sus fallos en favor de los derechos de las personas y ordenar reparaciones, deben establecer de manera clara y precisa —de acuerdo con sus ámbitos de competencia— el alcance de las reparaciones y las formas de ejecución de las mismas. De acuerdo con los estándares de este Tribunal y del derecho internacional de los derechos humanos, el alcance de estas medidas debe ser de carácter integral, y de ser posible, con el fin de devolver a la persona al momento previo en el que se produjo la violación (*restitutio in integrum*). Dentro de estas medidas se encuentran, según el caso, la restitución de bienes o derechos, la rehabilitación, la satisfacción, la compensación y las garantías de no repetición, *inter alia* (...). La Corte estima que en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución.

La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en su informe sobre el caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros Vs El Salvador, precisó que:

Sobre la obligación de los estados del continente en relación a la tutela de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha establecido que el derecho a la tutela judicial está garantizado por la Convención Americana. El artículo 25(1) de dicho instrumento establece lo siguiente: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (Comisión IDH informe no. 27/09, 2009).

La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-337-16, sobre el alcance de este importantísimo derecho, precisó que:

La tutela judicial efectiva también hace parte del núcleo esencial del debido proceso (art. 29 CP) y se proyecta como derecho fundamental de aplicación inmediata que "se garantiza a través de las distintas acciones y recursos que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección de los derechos" Con la advertencia de que el diseño de las condiciones de acceso y fijación de los requisitos para su pleno ejercicio corresponde al Legislador.

Recientemente la Corte Constitucional de Ecuador, entendió que es una negación a la tutela judicial el hecho de que aunque se desista de una acción penal, el ministerio público debe desarrollar una investigación seria y efectiva y entendió que: “al solicitarse la desestimación de una denuncia por el cometimiento de hechos tipificados como infracción penal sin haberse efectuado una investigación seria, imparcial y efectiva, se genera una afectación del derecho a la verdad, en conexidad con el derecho a la tutela judicial efectiva” (068-18-SEP-CC)

4.1 EL DEBIDO PROCESO COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

El debido proceso evolucionado de ser un garantía dentro del proceso a un derecho fundamental, que va más allá de la jurisdicción, ya que el mismo ha sido reconocido en numerosos instrumentos de derechos humanos y ha sido incorporado a los derechos que reconoce como fundamentales el Estado Constitucional, siendo este derecho una gran conquista tal y como dice Isla, A. (2016) sobre que “el debido proceso es considerado como uno de los principales logros del ciudadano, por medio de esta conquista las personas estamos en posibilidad, de exigir de las autoridades el respeto a nuestros derechos fundamentales”.

El ejercicio del Derecho Fundamental al debido proceso, trasciende de los escenarios judiciales, esto es que las reglas del mismo deben estar presente, incluso hasta en relaciones particulares, bajo esa lógica el legislador dominicano en la reforma del 2010, razonó en el artículo 69.10 que: “las reglas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, no tan solo lo expresa la constitución dominicana, sino que está reflejado el carácter multidimensional en varias constituciones entre ellas la ecuatoriana que precisa en Los numerales 1, 2 y 3 del artículo 76 de la misma disponen:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad

mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

En el numeral 1 podemos observar como el mismo trasciende más allá de lo jurisdiccional. Redundado esto por la Corte Constitucional de ese estado, ha interpretado el mismo señalando mediante sentencia No. 088-14-SEP-CC que: “está dada por la garantía del respeto a los derechos y libertades de las personas en las causas judiciales, administrativas o de cualquier naturaleza en las que se comprometan sus derechos e intereses”.

La Corte Constitucional Colombiana describe el debido proceso como “un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad” (Sentencia C-034/14). En ese orden de ideas el Tribunal Constitucional Boliviano, refiere que: “el debido proceso consiste en ‘...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos’ (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

4.2 CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JUDICIAL

Luego describir con claridad meridiana la definición y la base jurídica de estas dos figuras, corresponde el duro momento de discriminar entre una y otra.

La principal confusión la ha producido el legislador a vincular estos dos derechos como parte de uno mismo, en no muy pocos casos vemos como las normas refieren Tutela judicial y debido

proceso, como un solo derecho, con excepción a la constitución venezolana que distingue uno de otro.

Se puede afirmar que la principal diferenciación entre ambos derechos es el ámbito de aplicación, porque mientras la tutela judicial, tal como su nombre lo indica, se ejercita en sede jurisdiccional, el debido proceso irradia todas esferas de la cotidianidad, hasta las relaciones privadas. De ahí que el tribunal Constitucional de Perú, ha indicado que: “la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia. Partiendo de este razonamiento podemos afirmar que la tutela judicial efectiva transita desde el momento al acceso a justicia hasta el cumplimiento de lo decidido, tal como lo expresó de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en el Inf.Núm.75/99 d/f 4/5/1999 donde razono que “El Incumplimiento de una sentencia judicial firme configura una violación continuada por parte de los Estados que persiste como una infracción permanente del art. 25 de la Convención, donde se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva”.

5 CONCLUSIONES

Al llegar al colofón de la presente investigación se puede afirmar con claridad meridiana que los pactos internacionales que refieren derechos humanos y derechos fundamentales, así como la jurisprudencia constitucional y de la jurisdicción subsidiaria, forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual es una rama del derecho internacional público que estudia el conjunto de instrumentos y órganos regionales y universales que garantizan para la protección efectiva de los DD.HH.

La evolución del estado liberal, al estado constitucional y por consecuencia al estado convencional, el cual asume como parte de las garantías normativas y de igual jerarquía los convenios en materia de Derechos Humanos, ha permitido que tanto el debido proceso como la tutela judicial, pasen de ser una garantía a un derecho.

La tutela Judicial es el derecho que le asiste a toda persona para reclamar ante los estamentos jurisdiccionales, la protección de los Derechos.

Dentro de los pactos internacionales o instrumentos del derecho Internacional de los Derechos Humanos donde esta tutelado el derecho a la Tutela Judicial, se puede señalar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, desde sus artículos 6 al 11, así como en el 28; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.3, así como en la Convención Americana de los Derechos Humanos (Arts. 8, 24 y 25).

Aunque la Tutela Judicial y el Debido Procesa, busca que se ejecuten las garantías subjetivas y adjetivas cuando se toma una decisión, se diferencian en que la Tutela Judicial, tiene un uso exclusivo en el ámbito de los procesos judiciales y el debido proceso irradia en ámbitos que van más allá de la jurisdicción, incluyendo las convenciones particulares y procesos de carácter administrativos.

INCONSISTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PRINCIPIOS Y VALORES

Gonzalo Pérez Salazar¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Algunas disquisiciones teóricas sobre los valores y los principios constitucionales. 3. El ascenso y descenso de los principios y valores en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. 4. Conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

Comenzaremos por hacer unas consideraciones generales sobre la importancia del tema de los principios y valores para el derecho procesal constitucional contemporáneo. Seguidamente, analizaremos y criticaremos 4 sentencias de la SC-TSJ que evidencian las distintas etapas en el tratamiento del tema.

Consideramos indispensable partir de la premisa de que la CRBV de 1999, incidió notablemente en el rol activista que han asumido los jueces como entes transformadores de la realidad social

¹ Coordinador y profesor de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Monteávila. Director del Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Especialista en Derecho Administrativo y candidato a Doctor en Derecho (a la espera de defensa de tesis doctoral). Conferencista nacional e internacional. Consultor Jurídico y representante judicial del Banco del Caribe. Correo: gperez@uma.edu.ve.

a través de la jurisprudencia, lo que es una consecuencia de la configuración del estado social de derecho y de justicia, la creación de la Sala Constitucional, el reconocimiento expreso del principio de supremacía constitucional, el carácter normativo de la Constitución, del sistema mixto de control constitucional y del carácter vinculante de las interpretaciones sobre normas y principios constitucionales por parte de un órgano especializado que concentra la justicia constitucional. Por ello se puede observar que la justicia constitucional, por otro lado, tiene como objetivo perfeccionar la democracia y todos los supuestos planteados en la Constitución; sin embargo, el modelo democrático reconoce aquellos límites a los que constitucionalmente se ve enfrentado. (Rodríguez & León, 2015, p. 101).

La CRBV se enmarca en la tendencia latinoamericana (Constitución del Brasil 1988, Colombia 1991, Argentina 1994, Bolivia 2008, Ecuador 2010 y más recientemente República Dominicana 2010), de incluir un catálogo amplio de derechos y obligaciones prestacionales al Estado, que excedían de las típicas Constituciones formales que se limitaban a organizar y establecerle límites el Poder Público, pasando de ser catalogadas como mera carta de presentación frente a sus pares, a garantizar la materialización de los derechos y el respeto de los derechos humanos. Obviamente, esa tendencia latinoamericana tuvo su influencia directa en las Constituciones de Italia, Alemania y España de la segunda postguerra mundial, las cuales le dieron preponderancia a los DDHH como respuesta a las aberraciones cometidas durante esa triste etapa.

Esa marcada carga axiológica de las Constituciones modernas genera algunos problemas conceptuales, que en el caso venezolano se evidencian por la positivización de algunos valores, tal como sucede con los artículos 1 y 2 de la CRBV.

El autor Vivas (2012) resalta que el salto de un Estado adormecido con la eficacia de los derechos a la entrada en vigencia de un sistema jurídico comprometido con una vigorosa protección de los derechos fundamentales fue lo que generó el cambio de una sociedad que permanecía en el reinado del mundo de las reglas al mundo de los principios (p. 31).

No obstante la positivización de los valores en la Carta Magna, existe una jerarquización no explicada entre ellos, por ejemplo, el artículo 1 alude a los “valores” y el artículo 2 a los “valores superiores”, con lo cual pareciera que existen unos que están por

encima de otros. Además, esos valores positivizados están incluidos en el Título I de la Constitución denominado “Principios Fundamentales”, con lo cual, parece que su tratamiento es más de sinónimos que de categorías diferenciadas.

Ramírez y Noguera (2017) enfatizan que: así, la única condición inmodificable que posee un rigor de prevalencia constitucional debe ser la coexistencia de los valores y principios, más allá de una teoría jerárquica valorativa constitucional dentro de la ciencia del derecho constitucional, en pro de una política constitucional con mayor “ductilidad” (p. 20).

Ese cambio de paradigmas no ha sido pacífico, por el contrario hasta hace pocos años la legislación restaba valor normativo a los principios y valores, tal como se puede leer en su parágrafo 19 del artículo 21, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que expresamente prohibía la invocación directa de la violación del principio de legalidad como motivo único de nulidad de un acto general o particular². Sin embargo, como veremos, la Sala Constitucional ha superado esa retrograda tesis de la inexigibilidad de los principios y valores por su gran carga moral, como argumento de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Otro factor que ha incidido notablemente en el tema ha sido la implementación de órganos especializados, como son los tribunales, cortes o salas constitucionales, los cuales han tenido un rol protagónico en la resolución de asuntos que antes eran considerados cuestiones políticas ajenas al control judicial, para dar paso a un juez que no es simplemente la voz del legislador, sino que funge de agente transformador de la realidad por intermedio de la jurisprudencia. (Hoyos, 1998, p. 37).

Claro está, que se invierte la ecuación tradicional de que el parlamento era el primer intérprete de la Constitución y se traslade a los tribunales constitucionales supone otra discusión, como la sempiterna discusión acerca de la legitimidad democrática de unos jueces que no son electos popularmente frente a unos funcionarios que si lo fueron o el nada deseable gobierno de los jueces. En el caso

² Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942 de 20 de mayo de 2004, que a la letra establece: “La infracción del artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no podrá invocarse como fundamento de la acción o del recurso a que se refieren los procedimientos contenidos en las nulidades de los actos de efectos generales y particulares, sino cuando otra disposición de aquélla haya sido directamente infringida por el acto cuya nulidad se solicita”.

venezolano, la Sala Constitucional ha sido configurada como un órgano especializado al que se le ha encargado la trascendental tarea de ejercer el control concentrado de la Constitución y el de ser el último y máximo intérprete de la misma, por ser sus decisiones vinculantes, incluso para las demás Salas que conforman ese Tribunal Supremo de Justicia³. En la práctica el rol de la SC-TSJ ha sido hiperactivista, pudiendo decir sin temor a equivocarme que todo asunto relevante para la política de mi país espera su aval.

Pero además, la sociedad contemporánea exige que la discusión se centre en torno al respeto a la dignidad humana, garantizada por los derechos fundamentales en el orden interno y la preponderancia que se ha dado a los pactos internacionales sobre protección de derechos humanos (regionales o universales) o de integración (comunitaria o no), generando una exponencial circulación de ideas producto del diálogo jurisdiccional entre los tribunales nacionales y las altas cortes internacionales, que ha incidido en un lenguaje común sobre tópicos relevantes.

El autor Carvajal (2017) resalta que algunos sectores consideran que los derechos civiles y políticos son derechos fundamentales y que esto se refleja en el grado de exigibilidad jurídica, ya que son de obligatorio cumplimiento en todo momento y lugar, y el juez está obligado a hacer cumplir y respetar los derechos fundamentales, mientras que los derechos sociales son de orden prestacional y programático y, por lo tanto, no exigibles por vía jurídica. (p.11).

Finalmente, el carácter axiológico de la Constitución irrumpe en todo el ordenamiento jurídico, de allí que, frente a la existencia de contradicción entre principios y valores en la solución de casos concretos se hace necesario buscar la solución en métodos distintos a los clásicos como el de subsunción, para dar paso a la ponderación. En efecto, las Constituciones modernas están repletas de cláusulas abiertas, de textura abierta o conceptos jurídicos indeterminados, que amplían el margen discrecionalidad del juez en su interpretación, debiendo utilizar la razonabilidad y la proporcionalidad como límites a esa arbitrariedad a la que pudieran incurrir al interpretar y aplicar esas disposiciones

³ Artículos 266 y 334 de la CRBV.

2 ALGUNAS DISQUISICIONES TEÓRICAS SOBRE LOS VALORES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La doctrina más reciente destaca 3 momentos en el debate de los principios, todos a partir de las discusiones entre Dworkin-Hart a mediados de los años 60 del siglo pasado. El primer momento es el reconocimiento de la normatividad de los principios, que viene por la necesidad de que ese llamado juez “Hércules” consiga una solución única a pesar de que en los conflictos existan problemas éticos o morales que hagan presente mayor discrecionalidad en el juzgador. En el segundo momento, se destaca la identidad de los principios, ya que en algunas situaciones la norma y el principio se pueden confundir en su rol y es muy difícil diferenciarlos, por lo que aplicando las tesis de Alexy, esos principios serían “mandatos de optimización” mediante el método de ponderación y la reglas exigirían “cumplimiento pleno” mediante el mecanismo de clásica subsunción. El tercer momento, se representaría en el ascenso de los principios en el orden constitucional, lo que viene de la mano del constitucionalismo moderno, donde lo trascendental es la materialización de los derechos fundamentales, por lo que la doctrina ha tenido que ubicar su estudio desde las bases ontológicas que moldean todo sistema constitucional y concretizarla mediante mecanismos idóneos de interpretación y argumentación constitucional, por lo que el derecho se ha modificado de tal manera que hay una necesidad de identificar los principios que lo gobiernan. (Grández, 2016, pp. 22-36).

El debate de la moral y el derecho es apasionante, nada pacífico, pero a la hora de resolver casos difíciles o trágicos, hay que trazar una frontera que impida al intérprete decidir de forma irracional o desproporcionada. La inexistencia de una regla, antinomias, lagunas o la poca claridad de una norma no pueden traducirse en arbitrariedades, ya que los límites están en la propia Constitución, en los valores y principios que la inspiran y claro está en los pactos internacionales obre DDHH. (Ríos, 2004, p. 177).

De otro lado, Márquez (2014) sostiene que los valores, principios y cláusulas abstractas sí encauzan al intérprete constitucional –como sujeto abstracto dígame juez y legislador- a determinar la mejor interpretación del texto, aunque, en los juicios de constitucionalidad, es decir, en el caso del juez, estás no bastan por

si solas para vetar de inconstitucionalidad una disposición o texto normativo. (p.118).

Acerca de la discrecionalidad que genera en el intérprete la valorización de la Constitución, el profesor Ferrajoli (2009) señala que esos valores fungen como “*esfera de lo decidible*”, es decir, limitan la discrecionalidad de los poderes y su interpretación debe ser coherente con la Constitución. (p. 66).

No es tarea sencilla establecer límites a la discrecionalidad del intérprete al momento de resolver casos difíciles, bien por conflicto entre principios y valores, por lagunas del ordenamiento jurídico, de presencia de cláusulas abiertas o conceptos indeterminados del derecho. Para ello, la doctrina moderna ha incluido a la ponderación como un método de solución de esos problemas, que permiten para algunos dar prevalencia de un principio frente a otro cuando se esté en pugna e incluso tratar de que para futuros casos se apliquen para lograr mediante un conjunto de “reglas de prevalencia condicionada” que se logre uniformidad, aunque es indispensable advertir, que en casos difíciles la casuística es la nota imperante. Esto nos deja claro que “la positivización de los derechos humanos tiene relación con la llamada positivización de principios naturales, los cuales, al estar determinados en la órbita de lo inherente a la humanidad, tienen una implicación política y una implicación particularmente religiosa”. (Agudelo et al, 2016:35-36).

En un extraordinario trabajo, el profesor Díaz Revorio resalta el carácter ambivalente de los principios y valores en la interpretación constitucional, pues “*amplían las opciones interpretativas, y señalan el margen o límite de las mismas*”. Respecto de esos límites a la discrecionalidad del intérprete, el autor propone cuatro “*cautelas*” que, a su vez, constituirían una fuente de legitimidad de las decisiones:

- Nunca puede perderse la conexión con el texto constitucional, “*de forma que la decisión final mantenga una clara relación con los valores constitucionales, esto es, pueda reconocerse como fundamentada en una concepción o definición de los mismos*”.
- Como consecuencia de la anterior, “*el Tribunal no puede crear nuevos valores sustantivos no explícitamente mencionados en el texto constitucional*”.
- Cuando se trate de valorar la constitucionalidad de una decisión del legislador, ésta debe considerarse acorde

con el texto fundamental siempre que esté entre las varias soluciones que el mismo permite. (carácter político y naturaleza natural)

- La decisión debe ser motivada, ya que a través del proceso lógico-jurídico, razonado, es que deriva su legitimidad, lo que en propias palabras del autor la motivación *“permite el control de la decisión por el pueblo”*. (Díaz Revorio, 1997, pp.364- 370).

A pesar del enorme esfuerzo que hace el profesor Díaz Revorio de presentarnos unas “cautelos” a la hora de tener que interpretar valores o principios, se presentan problemas hasta ahora irresolubles, ya que no hay siquiera unanimidad en la definición, diferencia e interpretación de éstos. Sin embargo, debo remarcar ese notable aporte, con el cual comulgo en su mayoría.

El profesor Guastini (2010), al exponer los argumentos que explican la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional, resalta que si bien *“los textos constitucionales son diferentes de cualquier otro texto jurídico por su contenido normativo, ya que no se limitan a formular reglas, sino que establecen principios y/o proclaman valores”*. (pp. 55-56). Estos valores y principios pueden estar expresados indistintamente en leyes ordinarias o en el Texto Fundamental. En tal sentido, de una lectura de las leyes que han sido dictadas estos últimos años en Venezuela, se evidencian artículos que se encargan de enunciar los valores o principios que se pretenden proteger en ellos, por ejemplo, los principios enunciados en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Otro ejemplo de la carga axiológica de la Constitución, está en el peso normativo del preámbulo de la Constitución, sobre lo cual el profesor Guastini nos enseña, que existen dos posturas distintas. La primera de ellas está referida a un problema dogmático más que interpretativo del preámbulo, por tener un carácter axiológico y no jurídico. La segunda apunta más al valor normativo de todo el texto constitucional, en que lógicamente se encuentra el preámbulo. Concluye el autor que ese remarcado carácter axiológico conduce a un problema más dogmático que interpretativo. (Guastini, Ricardo; op cit; pp. 95-96).

En mi criterio, queda clara la presencia de los valores y principios en las Constituciones contemporáneas, de su exigibilidad a

pesar de su contenido mayormente abstracto, por ser inspiradoras del ordenamiento jurídico, de fungir como un fenómeno transformador de los métodos tradicionales de interpretación de las normas, dando paso a la ponderación, sin dejar a un lado el silogismo judicial, lo que supone enfrentar el dilema de mayor discrecionalidad mayor arbitrariedad, con la formación ética del juez (cosa no resuelta en mi país, donde la escogencia de los Magistrados se hace por afinidad política más que por méritos académicos y morales) y en la correcta argumentación de la sentencia (cosa tampoco resuelta en mi país, pues sólo se resuelve con argumentos de autoridad).

3 EL ASCENSO Y DESCENSO DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

He diferenciado 4 posiciones distintas de la Sala Constitucional en el tratamiento de los principios y valores constitucionales:

Restictiva: La primera fase que debo mencionar es la originada por la sentencia de la Sala Constitucional N° 833 del 25 de mayo 2001, caso: *Instituto Autónomo Policía de Chacao*, que resolvió la acción de amparo constitucional ejercida contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2000, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, bajo un errado argumento de imposibilidad del juez ordinario de desaplicar normas fundadas en principios constitucionales o interpretaciones efectuadas por éstos, que a la letra expresa:

Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y última intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones motu proprio que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado.

Considero que la aludida sentencia es limitativa e inconstitucional y con ello rememoro aquel extraordinario libro titulado *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* de Otto Bachof- pues el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es claro al establecer un mandato al juez ordinario de asegurar su integridad, mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, lo que supone aplicar preferentemente la Carta Magna en caso de incompatibilidad con la ley. Ahora bien, ¿cómo puede cumplir ese mandato el juez ordinario si no puede interpretar principios constitucionales?, es que acaso ¿existe alguna norma que expresamente se lo impida?. Para mí las dos respuestas son obvias, pues se extraen de la simple lectura de la Constitución, es un mandato claro, que en mi criterio no genera duda, por lo no existe restricción alguna para que el juez cumpla con su obligación de interpretar la Constitución, y en esta operación por supuesto están las normas, reglas, valores y principios en ella contenidos. Por ejemplo, si utilizamos esa tesis, cómo resolvería el juez tributario la incompatibilidad de una norma que cree un tributo reservado al Poder Nacional, si no puede interpretar el principio de reserva legal y de legalidad tributaria. De igual manera se observa que “A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática”. (Cubides 2016:41).

Es limitativa, ya que impone una restricción de los sujetos que pueden interpretar la Constitución, abrogándose la propia Sala Constitucional un monopolio interpretativo que no detenta. Si bien, es cierto que es innegable el efecto vinculante de las sentencia dictadas por la Sala Constitucional en materia de interpretación de principio y valores constitucionales, ello no excluye que otros sujetos puedan interpretarla, por lo que este órgano especializado no es el único custodio de la Constitución.

Pero además, la sentencia anterior es contradictoria, pues confunde la labor interpretativa de todos los jueces con los controles de constitucionalidad. En efecto, si tenemos en cuenta que el sistema de control constitucional venezolano es mixto, es decir, coexisten el control concentrado en cabeza de un órgano especializado (aunque no es el único) y el control difuso en cabeza de todos los jueces de la República incluyendo a ese órgano especializado en materia de justicia constitucional, podemos llegar a la conclusión de que sería materialmente imposible que los jueces puedan ejercer esa obligación

de salvaguardar la integridad constitucional si se les impide ejercer interpretaciones propias, ello atentaría contra uno de los valores superiores del estado, a saber, dictar un fallo justo y atentaría de forma directa con el principio de supremacía constitucional, sobre el cual se ha gestado toda esta nueva tendencia de que la labor interpretativa debe partir de la norma fundamental.

El efecto de esa sentencia ha sido el de generar una auto restricción (self restriction) del juez ordinario cuando se tope con una incompatibilidad entre una norma de rango legal o sub legal y una de rango constitucional, lo que le impediría por efecto disuasivo ejercer el debido control difuso de constitucionalidad para resolver ese caso en concreto y por ende dictar un fallo justo.

Ideológico: La segunda fase que he identificado es la que surge a raíz de una de las sentencia líderes de la Sala Constitucional, identificada con el N° 1.309 del 19 de julio de 2001, caso: *Hermann Escarrá*, con ponencia del maestro José Manuel Delgado Ocando, en la cual, resolvió la “*Acción de Interpretación Constitucional, respecto al alcance, interpretación uniforme y aplicación de las normas contenidas en los artículos 57 y 58 de la Carta Magna, referidos a los derechos a la libre expresión, a la información, de réplica y de rectificación*”, haciendo referencia la Constitución y la teoría de interpretación jurídica, en los términos siguientes:

La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución. Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. *Les Forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano.

Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma

de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.

Por ejemplo si un ordenamiento jurídico considera valorativamente la libertad como un derecho fundamental, pero a su vez, de manera concurrente permite el desprendimiento absoluto del mismo con fines mercantiles (esclavitud). Formalmente, la naturaleza del derecho sería negocial y no fundamental, ya que no se cumpliría con la característica de adjudicabilidad universal. (Agudelo et al, 2015, p. 91)

Esto quiere decir, por tanto, que no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta. Desde este punto de vista habrá que negar cualquier teoría que postule derechos o fines absolutos y, aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre éstas y los principios jurídicos la interpretación o integración debe hacerse ohne Naturrecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva cuyos sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1° eiusdem.

Considero que esta sentencia lapida de manera fulminante los métodos de interpretación constitucional, al limitarlo únicamente al ideológico bajo un criterio erróneo y restrictivo, producto de utilizar de manera sesgada y con citas incompletas las sabias enseñanzas de Wrowleski. A partir de esa sentencia queda restringida la utilización del método gramatical, histórico, funcional y sistémico, para dar prevalencia a la “ideología imperante” la cual es determinada por un grupo de 7 Magistrados que no son electos por el pueblo, que interpretan a su antojo la Constitución y que creen que no tienen límites expresos o tácitos para respetar a las minorías o simplemente a ciudadanos que piensan de forma distinta.

Lo antes dicho puede perfectamente ser comprobado con cualquiera de las sentencias de la Sala Constitucional en materia de interpretación constitucional, en las que no se alude jamás a elementos socio-culturales o históricos venezolanos para justificar el

pronunciamiento, salvo citas fuera de contexto como argumentos de autoridad de algún prócer de la independencia, de la biblia o hasta del papa mismo. Ante ello, quienes pensamos que es importante utilizar el método histórico u originalista como mecanismo de interpretar las normas como pensaban los precursores de la misma y bajo los valores y principios que la inspiraron, simplemente no tendríamos cabida. Pero además, el método gramatical, que es generalmente el primero al que se enfrenta el intérprete, por cumplimiento del viejo adagio de que en norma clara no se admite interpretación, no podría utilizarse, pues cede lo que el texto consagra frente a la realidad que se desee imponer con su reinterpretación, bajo una suerte de *over living constitution*. Finalmente, que importa el método sistémico, que trataría de interpretar la norma dentro del sistema o buscar su funcionamiento en el contexto en el que fue dictada, pues de lo que se trata es de complacer a la “mejor doctrina política imperante”, la cual, como vemos depende de la tendencia política, que no jurídica, de los intérpretes de turno.

Axiológico: En tercer lugar, destacó la fase axiológica, que se afianzó a raíz de la sentencia N° 2152 del 14 de noviembre de 2007, caso: *Antonio Ledezma*, mediante la cual, la Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso de nulidad intentado contra el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que regula “*la transmisión gratuita de mensajes o alocuciones oficiales*”, partiendo del siguiente análisis axiológico de la interpretación constitucional:

Así, la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en *lex superior*, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial.

Con ello, la eficacia organizatoria inmediata de la Constitución, sobre la cual se configuró tradicionalmente el valor normativo de la Constitución, da paso a una supremacía sustentada en el hecho de que la interpretación normativa debe realizarse a la luz de los principios y reglas constitucionales, lo cual ha dado lugar al denominado proceso de constitucionalización de las leyes donde la tarea interpretativa debe guardar concordancia con la Constitución.

De tal manera, que el intérprete debe armonizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental. Este planteamiento no es sólo una máxima aceptada por la mayoría de la doctrina constitucional,

sino que se encuentra recogida en los artículos 7, 25, 131, 137 y 335, del Texto Fundamental, en donde se desarrolla el carácter normativo de la Constitución, a tenor del cual, sus disposiciones se incluyen en el ordenamiento jurídico como preceptos de directa aplicación que vinculan tanto a los ciudadanos como especialmente al Estado, en el desarrollo de los principios rectores que le sirven de base al sistema jurídico-político.

Así, de acuerdo al principio de supremacía constitucional que como vemos, se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordenadas trazadas en la norma normarum, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran. (Resaltado fuera del texto).

La anterior jurisprudencia remarca el contenido axiológico de la Constitución, al reconocer la positivización de los principios y valores constitucionales, los cuales no solo actuarían como principios de optimización del ordenamiento jurídico (Alexy), sino que por su exigibilidad y normatividad, justificarían la inconstitucionalidad de actos contrarios a aquellos.

Esto que podríamos calificar como el “ascenso de los principios constitucionales”, introduce nuevas herramientas al esquema interpretativo, ya que ante la existencia de norma de textura abierta o choques entre principios, no puede utilizarse como método único el de la clásica subsunción, sino incluir a la ponderación y a la proporcionalidad, como límites a la gran discrecionalidad que produce en el intérprete.

Pienso por ello, que no debe limitarse la interpretación a los métodos tradicionales, sino incluir a la ponderación como fórmula de resolución de casos difíciles, trágicos o complicados que son sometidos a su conocimiento y en los cuales está presente una colisión de principios que no puede convertirse en una excusa para no decidir, pues insisto, un valor superior del Estado es la justicia y sólo se logra impartiendo. Esto no quiere decir que deba dejarse a un lado los elementos gramatical, histórico, lógico o evolutivo, sino que, para lograr concretizar ese valor justicia, debe acudir a cualquier método –aunque sea metajurídico- y reconocer que la sociedad exige respuestas concretas y los cambios no pueden sobrepasar a quienes en sus manos tienen esa responsabilidad, es

ente caso el juez ordinario o el juez constitucional como intérpretes de la Constitución.

Ahora bien, el carácter axiológico de la interpretación constitucional (ante la existencia de disposiciones de textura abierta), no puede conducir a una patente de corso al intérprete para elegir un significado cualquiera de una disposición constitucional, por el contrario, no puede en ningún momento vaciarla de contenido, ni mucho menos interpretarla aisladamente del resto de la Constitución o de otras disposiciones legales, de allí que deba hacerse *in totum*.

En mi criterio, existe una crisis del parlamento, expresada en la tardanza de dar respuestas a las exigencias de la sociedad (en el caso venezolano, la legislación del ejecutivo vía ley habilitante), producto quizás de la propia dinámica parlamentaria o falta de consensos necesarios, lo que ha contribuido a que el juez adquiera un rol activo en la creación de derecho a través de sus decisiones, las cuales, en la mayoría de las veces son generadores de cambios que luego son positivizados en leyes o incluidos en el catálogo de sentencias vinculantes de la Sala Constitucional. No obstante, ese rol activista del juez, no puede convertirse en una discrecionalidad absoluta. Para evitar esa discrecionalidad, el juez debe argumentar su decisión, debe superar un test mínimo de constitucionalidad, debe solucionar ese caso concreto, por lo que debe ser ponderado, coherente y prudente en su decisión.

Irrazonabilidad principalista: En cuarto lugar, destaco la reciente sentencia N° 264, de 11 de abril de 2016, mediante la cual la Sala Constitucional resolvió el control previo de la constitucionalidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, sancionada por la Asamblea Nacional el 29 de marzo de 2016, únicamente por violación a principios constitucionales.

Esa sentencia, comienza en el punto 2 de la motivación para decidir titulado “Principios y garantías constitucionales”, por hacer disquisiciones acerca de la jurisdicción normativa por integración de la norma al ordenamiento jurídico utilizando esquemas entre moral y derecho, al señalar que:

No obstante, en el examen y aplicación de tales normas, el juez se encontrará con obscuridades y ambigüedades, debiendo aclarar correctamente los términos de la ley a la luz, de la Constitución, de su texto y su contexto; pero de igual modo, existen casos en los que el juez puede no conseguir una norma en la cual

subsumir la controversia planteada, correspondiéndole, entonces, elaborar la norma para dar una solución pacífica al conflicto, situación en la cual, la comunión de funciones y las coincidencias históricas, harán de las normas morales un recurso más que apropiado para elaborar la norma con la cual integrar el derecho (vid. Sentencia de esta Sala número 1.806/2008), como parte de los instrumentos de los que dispone la técnica jurídica en la búsqueda de otros medios adecuados a la satisfacción de la necesidad de hacer justicia.

Esa jurisprudencia parece que descubrió el agua tibia al incorporar la moral para la resolución de los casos difíciles, claro está 40 años después de que se diera el debate en la doctrina. Pero, los argumentos que utiliza la Sala Constitucional son para justificar la existencia de conflictos entre principios y valores que se antagonizan en algunos casos difíciles. El fallo, en este punto expresa que:

Ahora bien, frente al conflicto entre los referidos valores y principios constitucionales, tanto la propia Constitución como la experiencia legislativa y jurisprudencial han optado por tutelar la justicia y la preeminencia de los derechos humanos como valor preponderante.

Finalmente, en esas primeras líneas de sustentación teórica de la sentencia, incluye a la ponderación como método para solucionar los conflictos entre principios y valores, así como a la proporcionalidad y la razonabilidad como límites a la discrecionalidad del legislador. El fallo señala al respecto:

Es así como, aún en el marco de la ponderación que se realice tratando de satisfacer fines constitucionalmente legítimos y de similar o mayor importancia que los bienes jurídicos penales cuya responsabilidad se pretende olvidar, la amnistía ha de cumplir con los principios de proporcionalidad y razonabilidad a los que debe someterse todo acto del poder público que incida en la vigencia de los derechos fundamentales, y, en esa medida, visto el propósito de la menor afectación posible al contenido de los derechos humanos, una ley de amnistía no podría consagrar el perdón de hechos encuadrados en delitos que expresen un manifiesto desprecio por la vida, la integridad y la dignidad de las personas, ya que ello supondría desconocer la vigencia de tales derechos, utilizando la amnistía para sustraer de la acción de la justicia a determinadas personas, y afectando el derecho de acceso a la justicia de los perjudicados por los actos amnistiados”.

De esta manera “El principio de proporcionalidad ha sido empleado por los jueces constitucionales en diferentes espacios del derecho y más exactamente en el derecho constitucional”, (...) (Cubides, 2016:74).

Ya en la parte resolutoria del fallo, la Sala Constitucional sustenta la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, en la violación de los principios de legalidad y tipicidad (artículo 49.6 CRBV), de los principios de justicia y responsabilidad (insólitamente cita el artículo 3 de la Constitución Española y los artículos 2 y 3 de la CRBV, que no se parecen ni en su contenido ni en sus efectos prácticos y el principio de soberanía (que no es más sino una violación a las sentencias que han declarado inejecutables algunas sentencias de organismos internacionales).

Debo reconocer que mi rechazo frente al argumento de violación del principio de soberanía hubiese sido casi automática hace algunos meses, pues la doctrina contemporánea ha venido debilitando a la soberanía como un elemento fundamental del Estado, ello a partir de la incorporación de los organismos multilaterales en materia de DDHH, económicos y penales, así como por efecto de la propia integración regional y la globalización.

Ahora bien, hay 4 temas que me hacen repensar mi respuesta automática y ponerle un paréntesis para un análisis más profundo, a saber: 1) La falta deliberada de apoyo presupuestario a la CIDH, que ha incidido en que tuvo que despedir el 40% de su personal en 2016, lo que obviamente es una política de los Estados miembros de la CADH para que sea inoperativa; 2) La salida de Gran Bretaña de la CEE, por obra del Brexit este mismo 2016, bajo argumentos de soberanía; 3) La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso *Medellín vs Texas* donde por intermedio de un *certiorari* declaró inejecutable una sentencia de la Corte Penal Internacional sobre la violación de los derechos humanos a ciudadanos extranjeros detenidos a los que se les condenó sin notificar a sus embajadas y; 4) La posibilidad de denuncia de República Dominicana de la CADH por obra de los casos de los haitianos, bajo argumentos de violación de su soberanía.

Esa sentencia además, incluye en un error grotesco al citar como precedentes la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Gelman vs Uruguay*, en invocar otras 5 sentencias, que precisamente han servido de génesis del denominado control de convencionalidad,

para llegar a una conclusión absolutamente distinta a la que pregonan.

Cerrar la vía de la amnistía es cerrar el proceso que seguramente beneficiaría a los que dictaron ese aberrante fallo, lo que va en contra del desarrollo armonioso de la sociedad, que busca diálogo y entendimientos, frente a la aplicación de tesis marxistas retrogradadas de desconocimiento del adversario y de aplicación del derecho penal del enemigo.

4 CONCLUSIONES

La Constitución de Venezuela tiene una gran carga axiológica, por la positivización de principios y valores que expresamente son reconocidos, por lo que son de exigibilidad inmediata y son más que principios de optimización del ordenamiento jurídico. Incluso, pudiera pensarse que en algunos casos esos principios tienen una carga normativa similar a las de las reglas.

No existe distinción entre valores y principios constitucionales, pues los mismos son tratados como sinónimos por el texto Fundamental, ya que el Título I denominado Principios Fundamentales, regula en su articulado los valores y valores superiores sin distingo entre su jerarquía axiológica o prevalencia.

Las 4 fases que se identifican en el tratamiento de los principios y valores constitucionales por la SC-TSJ, pasan de un monopolio exclusivo de ese órgano especializado para su interpretación, a un marcado carácter ideológico para su protección, para luego dar paso a una fase de ascenso a los principios y valores y finalmente enterrarlos con interpretaciones contrarias a todo sentido común y a la ética republicana.

Capítulo XIII

EL PARADIGMA DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD:

ALCANCES Y LÍMITES A SEIS AÑOS DE SU IMPLEMENTACIÓN EN MÉXICO

Carlos Romeo Rodríguez Mazariego¹

José Adolfo Pérez de la Rosa²

Luis Abraham Paz Medina³

Marisol González Hernández⁴

¹ Magister en Derecho Corporativo Internacional de la Universidad Autónoma de Guadalajara. Especialista en Derecho Corporativo de la misma casa de estudios. Profesor Investigador de Base Asociado "B" Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Jefe del área de Cobranza Judicial del PCJ Grupo Salinas.

² Magister en Derecho Procesal Civil y Mercantil de la Universidad Autónoma de Guadalajara. Especialista en Derecho Civil de la misma casa de estudios. Licenciatura en Derecho de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades.

³ Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho de Puebla. Maestro en Derecho Contractual, Notarial y Registral por la misma Institución, Doctor en Derecho por el Instituto Universitario Puebla, Campus Tabasco. Miembro del Sistema Estatal de Investigadores del Consejo Estatal de Ciencia y Tecnología del Estado de Tabasco, actualmente es Profesor Investigador de Carrera tiempo completo de base, con reconocimiento Perfil Prodep dentro del Programa para el Desarrollo Profesional Docente por parte de la Subsecretaría de Educación Superior de la Secretaría de Educación Pública del Gobierno de la República; en la División Académica Multidisciplinaria de los Ríos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

⁴ Licenciada en Derecho por la Escuela Libre de Derecho de Puebla. Maestra en Derecho Fiscal por la misma Institución, Doctora en Derecho por el Instituto Universitario Puebla, Campus Tabasco. Durante siete años fungió como Notario Público Adscrito de la Notaría Pública número 1 y del Patrimonio Inmueble Federal con residencia en la Ciudad de Tenosique, Tabasco, Miembro del Sistema Estatal de Investigadores del Consejo Estatal de Ciencia y Tecnología del Estado de Tabasco. Actualmente es Profesora Investigadora de Carrera Tiempo Completo de

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes del control difuso de convencionalidad. 3. El denominado control difuso de convencionalidad y su proceso de incorporación en México. 4. Análisis crítico del modelo de control difuso de convencionalidad a la luz de criterios jurisprudenciales. 5. La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a la Convencionalidad *ex officio*. 6. Materiales y métodos. 7. Resultados y discusión. 8. Propuestas. 9. Conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

El "control difuso de convencionalidad" constituye un nuevo paradigma que deben de ejercer todos los jueces mexicanos dentro de sus respectivas competencias. Consiste en el examen de compatibilidad que debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera "última" y "definitiva" el Pacto de San José.⁵

Se trata de un estándar "mínimo" creado por dicho Tribunal internacional para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH;

Base en la División Académica Multidisciplinaria de los Ríos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

⁵ La intencionalidad de la Corte IDH en el marco de este desarrollo jurisprudencial es clara: definir que la doctrina del "control de convencionalidad" se debe ejercer por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Corte IDH.

estándar que, como veremos más adelante, las propias constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también formen parte del "bloque de constitucionalidad/convencionalidad" otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales.

La "obligatoriedad" en nuestro país del "control difuso de convencionalidad" se debe a: las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano (2009-2010) donde expresamente refieren a este "deber" por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles para ejercerlo; lo dispuesto en los artículos 1º (obligación de respetar los derechos), (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (normas de interpretación más favorables) de la CADH, vigente en México desde el 24 de marzo de 1981; lo dispuesto en los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente desde el 27 de enero de 1980; la reforma constitucional en materia de derechos humanos vigente desde junio de 2011, particularmente a los nuevos contenidos normativos previsto en el artículo 1º constitucional, y la aceptación "expresa" de este tipo de "control" por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como parte importante del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el Caso Radilla Pacheco, al conocer del expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011; lo cual implicó, entre otras cuestiones, aceptar también el "control difuso de constitucionalidad", al realizar una nueva interpretación del artículo 133 constitucional a la luz del vigente artículo 1º (Ferrer y Silva, 2011, p. 37).

2 ANTECEDENTES DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

Los orígenes de la expresión control difuso de convencionalidad se presentan en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana desde el caso Almonacid Arellano vs Chile, seguido del caso Trabajadores cesados del Congreso vs Perú,

pasando por varios asuntos más hasta llegar a los casos contra México, Radilla Pacheco, Fernández Ortega, Rosendo Cantú, Cabrera García y Montiel Flores, continuando su evolución con el caso Gelman vs Uruguay y el más reciente Atala Riffo vs Chile.

La comprensión del control difuso de convencionalidad y de sus alcances en el ordenamiento jurídico mexicano estaría incompleta si se ignorara que a raíz de la reforma constitucional sobre derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales de los que México sea parte demandan igual respeto y garantía que los derechos consagrados en la Constitución, de manera que las autoridades mexicanas, encargadas de crear, aplicar e interpretar la ley, deberán, en cada una de sus actuaciones y dentro de sus competencias, dotar de eficacia plena a este nuevo catálogo de derechos y favorecer el mayor ámbito de protección a las personas titulares de los mismos (Ferrer, 2012, pp. 211-243).

El concepto de “control de convencionalidad”, fue utilizado por primera vez de forma aislada en varios de los votos del ex Juez y ex Presidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez. En esas primeras referencias, se definía al control de convencionalidad como un ejercicio que la Corte IDH realizaba “al analizar la complejidad del asunto, verificando la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención debiendo explorar las circunstancias de jure y de facto del caso.”

El momento histórico en donde este salto se da es el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, resuelto el 26 de septiembre de 2006. Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte IDH en casos de leyes de autoamnistía, donde se resolvió sobre la invalidez del decreto ley que dejaba en la impunidad los crímenes de lesa humanidad en el periodo comprendido de 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la Convención Americana careciendo de “efectos jurídicos” a la luz de dicho tratado (Corte Idh, 2006, párr. 123-125). Así, el proceso de expansión del concepto de “control de convencionalidad” permeaba del ámbito internacional al nacional, por decisión y orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de garantizar la eficacia del tratado y el respeto y garantía de los derechos en casos de leyes de amnistía que eran contrarias a la Convención Americana.

La doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH es, en definitiva, un concepto que no se encuentra exento de controversia y de detractores. Igualmente, debe destacarse que es un concepto híbrido que combina elementos tanto del Derecho Constitucional como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esta particularidad hace que el control de convencionalidad tenga la virtud o defecto (depende como se le vea) de no contar con varias características que poseen otras figuras jurídicas en estas ramas del derecho, que a la postre han terminado por convertirse en dogmas inamovibles. El control de convencionalidad, como una doctrina incipiente, en muchas ocasiones choca con estos dogmas ya establecidos, dado que no es una figura que responde a los convencionalismos jurídicos tradicionales.

Así, son varias peculiaridades que podemos encontrar en torno al control de convencionalidad. En primer lugar, habría que señalar que el control de convencionalidad no posee una fundamentación teórica propia y previa a su creación e implementación por parte de la Corte IDH. En segundo lugar, su mismo carácter expansivo hace patente que no posea definitividad y exhaustividad en sus postulados, por lo que el concepto de control de convencionalidad es esencialmente un concepto evolutivo, lo que trae como consecuencia que la última palabra no haya sido aún dicha tanto a nivel internacional, como nacional. En tercer lugar, el concepto de control de convencionalidad es evidentemente un concepto controvertido incluso entre sus creadores, académicos y otros tribunales nacionales, ya que su desarrollo no ha sido vertical, unipersonal o concentrado (en donde, por ejemplo, una sola fuente autorizada lo define y lo limita) sino ha tenido un desarrollo horizontal, democrático y sobre todo plural, desarrollado en la lógica de lo que se le denomina un “constitucionalismo multinivel”⁶. Carbonell (2013), sostiene que el control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional. Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar – de oficio - una serie de razonamientos que permitan la

⁶ La intencionalidad de la Corte IDH en el marco de este desarrollo jurisprudencial es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales (p.140).

El control de convencionalidad, tanto en la Corte IDH como en diversos tribunales nacionales, se ha desarrollado como una herramienta para dar respuesta a situaciones en donde el respeto y garantía de los derechos ha sido puesto en entredicho y donde diversas y variadas acciones deben ser tomadas por todos los niveles de gobierno de un Estado.

3 EL DENOMINADO CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD Y SU PROCESO DE INCORPORACIÓN EN MÉXICO

Sobre la cuestión de saber en qué consiste el control de convencionalidad, López (2013) apunta que:

Con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1º constitucional mediante decreto publicado en el DOF el 10 de junio de 2011, es obligación de todos los juzgadores nacionales efectuar un control de convencionalidad “ex officio”, que se logra mediante una confrontación entre la norma general que se debe aplicar en un caso concreto, con el bloque de derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. La función es, en principio armonizar dicha norma general (interpretación conforme), cuando esto sea posible y, sólo de no poder hacerse, ante su notoria contravención, desaplicarla en la resolución correspondiente. En este caso, estamos en concreto ante lo que se conoce como control difuso. Al llevarse a cabo el contraste de la norma general que se debe aplicar en un caso concreto con el bloque de derechos humanos, debe acudirse a la interpretación conforme de las propias normas de derecho y el principio *pro personae*. (p.150). (Cilia López, 2013, p. 150).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que todos los jueces del Estado Mexicano están obligados a observar lo que señalan los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Si una norma de rango legislativo entra en pugna con cualquier tratado, los jueces mexicanos deben dejar de aplicar la norma interna y acogerse a lo señalado por el tratado, este criterio nació de la resolución del expediente Varios 912/2010 (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 2011), naciendo en dicha sentencia el llamado “**Control de Convencionalidad**”.

Antes de la sentencia del caso de Rosendo Radilla Pacheco contra el Estado mexicano, se aceptaba el control concentrado con carácter exclusivamente constitucional a través de procesos concentrados (juicio de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad), teniendo como único parámetro a la Constitución. La sentencia del caso Radilla Pacheco estableció un **control difuso de convencionalidad ex officio** en materia de derechos humanos. El Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Zaldívar Lelo de Larrea (2013) (Ferrer y Sánchez, 2013, pp. 15-16):

En el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces de toda la República están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior, lo que se traduce en un *control difuso de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos*. Esto implica que además de interpretar el orden jurídico de manera armónica con los tratados, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de las personas, ante varias interpretaciones posibles, los jueces deben preferir aquella que haga a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, y cuando ello no sea posible deben proceder a la inaplicación de la norma respectiva". El control de convencionalidad establece el **deber de los Estados** (México por supuesto) de tomar las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales en materia de derechos humanos que han firmado se apliquen cabalmente. (pp. 15 y 16).

El control de convencionalidad está apoyado actualmente para México en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Rosendo Radilla; la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación derivada de la discusión del asunto mencionado; y los criterios de jurisprudencia emitidos a la fecha. Los nuevos criterios han abierto la posibilidad del control difuso de la constitucionalidad y también el de convencionalidad, el cual están obligados los jueces ordinarios, federales y locales, a llevar a cabo, luego de la interpretación conforme y la aplicación del principio "pro persona", y que implica la desaplicación al caso concreto, de las normas que consideren contrarias a los derechos humanos, ya sean los previstos en la Constitución o aquellos que se encuentren en normas previstas en los tratados ratificados por México, respectivamente.

El concepto de control de convencionalidad es un concepto de creación judicial bastante reciente. La Corte IDH lo ha recogido a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006 y a partir de entonces lo ha venido desarrollando. El control de convencionalidad se refiere a la revisión de congruencia entre las normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que deberán realizar tanto los jueces, como las autoridades de los Estados parte de la Convención. En términos de lo explicado sobre el control de constitucionalidad: el control de convencionalidad (concentrado) es competencia de la Corte Interamericana, es decir, la Corte IDH únicamente puede conocer de violaciones a la Convención y no puede resolver sobre el fondo de los asuntos presentados a su consideración. Sin embargo, la tendencia hacia la creación de un derecho común de los Derechos Humanos en la región ha evolucionado de tal forma que hoy la Corte Interamericana reconoce el control difuso de la convencionalidad. Ello implica pues que, si la Convención es derecho nacional de los Estados Parte, entonces todos los jueces deberán vigilar que este sea cumplido en términos de la propia Convención (artículos 1 y 2 de la CADH).

En palabras de Ferrer Mac-Gregor los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Si seguimos esta idea y la relacionamos con el control de constitucionalidad, los jueces mexicanos serán al mismo tiempo guardián de la Constitución y guardianes de la Convención lo que implica una mejor protección y garantía de los derechos humanos.

El tránsito del modelo de control concentrado al difuso de convencionalidad en el sistema interamericano siguiendo el marco teórico planteado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poissot, actualmente Presidente de la CIDH, el control de convencionalidad en el sistema interamericano ha transitado por dos etapas que representan su evolución histórica. La primera de estas etapas, mejor conocida como el control “concentrado” de la convencionalidad, efectuado directamente por la propia CIDH, es, aquella interpretación normativa realizada exclusivamente en sede internacional. La segunda, es la relativa al control “difuso”, en la cual se extiende la facultad interpretativa de las normas internacionales a todos los jueces nacionales, convirtiéndose así en un deber de actuación dentro del ámbito interno de los Estados. A esta etapa se le conoce

comúnmente como control convencional realizado en sede interna o nacional. En su origen a nivel interamericano, el control de convencionalidad lo ejerció de manera exclusiva y concentrada la propia CIDH, “sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular”, fundando sus determinaciones en lo dispuesto por los artículos 63 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que constituye una de las bases del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, es un tratado internacional de carácter vinculante que reconoce derechos y libertades que deben ser respetados y garantizados sin discriminación por los Estados parte que la hubieren ratificado. Los Estados partes en esta Convención se “comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna.”

De acuerdo a la interpretación que la CIDH dio a los artículos señalados en el párrafo anterior, es la propia Corte la instancia facultada para decidir sobre la existencia de una violación a un derecho o libertad protegidos en dicho tratado por parte de un Estado miembro; así como disponer que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados; y de que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. De acuerdo a lo anterior, la Corte IDH emitió una gran variedad de sentencias en las que consideraba que es la CIDH, el único organismo facultado para interpretar el contenido normativo y el alcance de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana y no los Estados miembros, ya que corresponde a las facultades propias de la Corte, como intérprete final de la Convención Americana, resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración⁷.

El control de convencionalidad en sede internacional implica una subordinación de todo el ordenamiento jurídico nacional al respeto y garantía de los derechos humanos asegurados a través de

⁷ La concepción del “control de convencionalidad” como una “herramienta” ha sido recientemente utilizada por la Corte IDH en una Resolución de Cumplimiento de Sentencia que se analizará más adelante. Al respecto véase, Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 68.

los tratados internacionales, fundándose en su cumplimiento como un valor esencial en el bien común regional, ya que la dimensión normativa que le da la Corte IDH a la Convención Americana, es la del instrumento preceptivo que fija los estándares mínimos de los derechos humanos, siendo que la legislación nacional no podrá nunca establecer niveles inferiores de aseguramiento de atributos y garantías. Sin embargo, es a partir de algunos votos particulares emitidos en el seno de la Corte IDH, como lo son aquellos que el Juez mexicano Sergio García Ramírez emitió en los casos de Myrna Mack Chang y Tibi, y cuyo sustento teórico-argumentativo quedó consolidado con las resoluciones del mismo órgano jurisdiccional en los casos “Almonacid Arellano”, “Trabajadores cesados del Congreso” y “Radilla Pacheco”, que la Corte transitó a un modelo de control difuso de la convencionalidad⁸.

En estos casos, la Corte IDH da una nueva valoración a la Convención Americana, estableciendo de manera consuetudinaria que los jueces de los Estados parte de dicho instrumento internacional, deben tener un papel activo en la interpretación normativa de los derechos consagrados en la Convención, es decir, inaplicar aquellas normas locales opuestas a la Convención Americana y las disposiciones jurisprudenciales de la propia Corte. Con esto, y sin perder el carácter de intérprete final de la Convención Americana, la citada Corte ***ha propiciado que todos los jueces de los Estados se conviertan en jueces de derechos humanos***, favoreciendo sin duda su adecuada defensa a nivel regional. Si bien es cierto que no existe fundamento expreso que establezca que los jueces nacionales se encuentran obligados a inaplicar las normas contrarias a la Convención Americana, la argumentación jurídica utilizada por la Corte IDH para transitar a un modelo de control difuso de la convencionalidad se basa en tres vertientes: el *principio de la buena fe de los Estados*, quienes al firmar la Convención Americana y el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se comprometen a cumplir las normas fijadas por dicha Convención y hacer cumplir las determinaciones de la Corte; el *principio de efecto útil de los convenios*, es decir, que la convencionalidad no puede ser suprimida o mermada por las normas o las prácticas de cada uno de los Estados parte; y por último, el *principio de derecho internacional público* establecido en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre

⁸ Un análisis puntual de dichas discusiones puede ser consultado en Ferrer MacGregor, Eduardo y Silva García, Fernando, Op. cit., p. 38 y ss.

el derecho de los tratados, el cual impide a los Estados alegar la existencia del derecho interno para eximirse del cumplimiento de las normas internacionales.

4 ANÁLISIS CRÍTICO DEL MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD A LA LUZ DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

En la actualidad, la concepción que se tiene en sede interamericana sobre el control difuso de convencionalidad se puede ilustrar con los siguientes párrafos contenidos en la jurisprudencia de la propia Corte IDH:

El control de convencionalidad, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH⁹ en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos *Myrna Mack y Tibi*, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en *Almonacid Arellano* la Corte precisa sus principales elementos.

Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención

⁹ Cuadernillo de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Número 17, disponible para consulta en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf> Cuadernillo

Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos característicos:

- Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
- Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y
- Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

El Control de convencionalidad debe ser realizado ex officio y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino

también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

La obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, en caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014¹², párr. 311.

El Control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que "el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley."

5 LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN RELACIÓN A LA CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO

El Poder Judicial al ejercer el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y el federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para

asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte. La imposibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país no supone la eliminación o el desconocimiento de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

Los pasos a seguir en el Control de Constitucionalidad y Convencionalidad “ex officio”, son los siguientes:

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) **Interpretación conforme en sentido amplio**, lo que significa que los jueces del país - al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) **Interpretación conforme en sentido estricto**, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) **Inaplicación de la ley** cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte (S.n, 2011, p. 552).

Tal y como lo establece el párrafo tercero del artículo 1º constitucional todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias están obligadas a velar no sólo por los derechos humanos de fuente constitucional sino también por los de fuente convencional, los tribunales deben proceder al análisis de lo sometido a su consideración observando en todo tiempo las garantías de acceso a la justicia así como la de igualdad ante la ley, establecidas

en los artículos 8 numeral 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene aplicación la siguiente Jurisprudencia número 18/2012, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 259/2011, cuyo rubro y texto son del tenor siguiente:

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1º constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tiene la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el **control de convencionalidad**. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano **sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme** a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Así como la tesis aislada P. LXVII/2011 (9a) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 535,

Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Diciembre de 2011, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto son:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquéllos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como **principio pro persona**. Estos mandatos contenidos en el artículo 1º constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1º constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia¹⁰.

Dado este contexto tenemos como diagnóstico, que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente varios 912/2010 y la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, determinó que corresponde a cada órgano judicial mexicano practicar no sólo un control difuso de convencionalidad, sino un control difuso de constitucionalidad, en atención a la reforma constitucional de derechos humanos y para cumplir el fallo de la Corte Interamericana para el caso Radilla

¹⁰ Visible y disponible en
<http://www2.scjn.gob.mx/TesisAisladas/Paginas/DetalleTesis.aspx?IUS=3641>.

Pacheco. Ello implica no sólo que juzgados y tribunales federales acentúen el manejo de fuentes de origen internacional tocantes a esos derechos, sino retomar el sentido literal del artículo 133 de la Constitución, a la luz de su nuevo artículo primero, para romper el monopolio del control constitucional de la justicia federal.

Con base a lo anterior, se estima como un área de oportunidad construir conjuntamente una propuesta de método para ejercer un control difuso de convencionalidad, el cual básicamente consta de etapas o fases. En primer lugar, identificar la presencia de derechos humanos en juego, pues si en los juzgados o tribunales no se percatan que existen derechos humanos involucrados en los casos que se someten para su resolución. Realizar un control difuso de convencionalidad. En esa línea, desde el análisis de hechos es provechoso adoptar un enfoque de derechos.

En segundo lugar, identificar debidamente el problema de contraste normativo. Para lograr esta identificación a través de una argumentación adecuada, por un lado se tiene que hacer explícito en las consideraciones empleadas en juzgados y tribunales el marco normativo de origen interno que se estima aplicable para decidir el caso que se les somete a resolución y las consecuencias que derivan para él si únicamente se contentaran con emitir sus fallos con base en tal marco.

La tercera etapa de este método para ejercer control difuso de convencionalidad consistirá en pronunciarse sobre cuál de esos marcos normativos, el interno o internacional, resulta el más favorable para extender la protección de las personas y sus derechos humanos para el caso concreto que conocen. En otras palabras, observar el principio pro persona como se ordena en el segundo párrafo del artículo primero constitucional.

Al llevarse a cabo el control de convencionalidad, pueden suscitarse diversas interrogantes, las cuales deben ser resueltas por los órganos jurisdiccionales encargados de llevar a cabo tal labor, y en última instancia por la SCJN. De esta manera, en un primer momento, y en atención a lo que ha sostenido el Alto Tribunal, se puede decir que llevar a cabo el control de convencionalidad, implica realizar las siguientes acciones:

En primer lugar es necesario delimitar el marco normativo aplicable. En consecuencia, para resolver una cuestión concreta de derechos es necesario tomar en consideración todas las fuentes

jurídicas relevantes, de manera tal que se puedan precisar de antemano las posibles subsunciones y los conflictos de entre las normas y los estándares aplicables, asimismo se deben precisar las obligaciones correlativas que las hacen exigibles y que determinan su alcance. En un segundo momento, se debe realizar la interpretación conforme entre las normas que protegen los derechos humanos (normas de carácter interno y de fuente internacional). Este control no es ilimitado, es decir no se trata de flexibilizar el marco normativo interno, lo que se exige es elevar el estándar de interpretación bajo la directriz establecida por el principio *pro personae*, reconociendo los derechos humanos reconocidos en la Constitución, y en los tratados internacionales, así como la jurisprudencia de la Suprema Corte y aquella vinculante de la Corte IDH. En caso de que exista un conflicto de normas se debe determinar en el caso concreto, cuál es la norma más favorable, con sustento en el principio *pro personae*.

En sentido negativo, es necesario establecer también que el control difuso de convencionalidad no implica únicamente citar instrumentos internacionales y sus interpretaciones sin realizar el estudio de interpretación conforme entre las normas que protegen derechos humanos. Igualmente, tampoco implica aplicar técnicas de resolución de antinomias normativas (jerarquía, temporalidad y especialidad), sin atender el principio *pro personae*, independientemente si la fuente de la norma aplicable es de fuente internacional o interna.

Beneficios del ejercicio del control difuso de convencionalidad, no obstante que en México existe el juicio de amparo, como medio de control constitucional y convencional de los actos y de las normas, competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, en los términos establecidos por la Constitución, lo cierto es que con la posibilidad de que lleven a cabo el control de convencionalidad todos los jueces de México se busca salvaguardar los derechos humanos en todos los ámbitos jurisdiccionales y de la manera más cercana a las personas.

A través del ejercicio del control difuso de convencionalidad se protegen y se garantizan los derechos humanos frente a las autoridades, y se da cumplimiento a las obligaciones generales de prevención, investigación, sanción y reparación de derechos humanos, que derivan de la obligación prevista en el artículo 1.1 de la Convención Americana. El futuro del control difuso de convencionalidad y las determinaciones de la Corte IDH y de la SCJN

han sido paradigmáticas en relación con la obligación de los jueces en México de realizar el control difuso de convencionalidad, pues a través de las mismas se busca la protección más amplia e integral los derechos de las personas y se delimita el nuevo perfil de juzgador, quien debe ser guardián no solo de los derechos humanos contenidos en la Constitución, sino también en los tratados internacionales.

Como se advierte de los apartados precedentes, si bien el control difuso de convencionalidad tiene sustento en la Constitución General de la República y en los propios tratados internacionales, lo cierto es que su desarrollo ha sido de carácter jurisprudencial, a través de las reglas que en su momento han delimitado tanto la Corte IDH como la SCJN. No obstante, a la fecha existen temas de carácter procesal que resulta necesario definir.

6 MATERIALES Y MÉTODOS

Para el desarrollo de la presente investigación, partimos de una exhaustiva investigación de fuentes doctrinarias que han narrado y nutrido la discusión sobre el control de convencionalidad y sus intensidades, en concreto nos servimos del libro “La Interpretación Conforme” de José Luis Caballero Ochoa, y el “Voto razonado” del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot sobre el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Con las resoluciones del mismo órgano jurisdiccional mexicano en los casos “Almonacid Arellano”, “Trabajadores cesados del Congreso” y “Radilla Pacheco”,

El presente trabajo es documental, ya que se aplicaron diversos métodos de investigación, como el histórico; partimos de una breve remembranza de dónde, cómo y porqué surgió el Control de Convencionalidad en México, ello en búsqueda de la finalidad que se tenía al momento de su implementación para que con el desarrollo de la investigación logremos determinar si se han alcanzado dichos fines. También se utilizó una metodología para esta investigación de tipo jurídica principalmente dos métodos: uno de tipo lógico y otro epistemológico. Del lógico utilizamos la deducción pues partiremos de aspectos generales como lo es conceptualizar y establecer precisamente las generalidades del Control de Convencionalidad, para poco a poco ir aterrizando al tema particular de investigación que es determinar sus alcances y limitaciones. Del epistemológico aplicaremos el método analítico y sintético como complemento de

éste, pues se analizará la figura jurídica del control de convencionalidad culminando con una síntesis y también aplicaremos de manera muy general el analógico al comparar casos prácticos actuales y la manera en que se llevó a cabo cada uno. En cuanto a las técnicas a aplicar será únicamente la documental y de observación, pues se analizará la información obtenida de libros de doctrinarios, la legislación y la jurisprudencia, así también un poco de hemerografía para ver periódicos, revistas y otros artículos donde encontremos algunos casos relevantes del Control de Convencionalidad en México.

7 RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los resultados expuestos a continuación se basan en la información obtenida y analizada de libros de doctrinarios, la legislación y la jurisprudencia, así también de periódicos, revistas y otros artículos donde encontramos algunos casos relevantes del Control de Convencionalidad en México, que los jueces no disponen de un lineamiento específico para la aplicación del control de convencionalidad, no cuentan con la capacitación adecuada para la correcta aplicación del control convencionalidad. La doctrina del Control Difuso de Convencionalidad, establecida por la Corte IDH tiene como destinatarios a todos los jueces nacionales, que deben ejercerlo con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia que la normatividad interna les otorgue. Todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material deben ejercer el Control de Convencionalidad.

El error de asemejar el control de convencionalidad al control de constitucionalidad: la mente de la mayoría de personas que estudian, inciden o se desarrollan en el sistema interamericano que el control de convencionalidad es una operación jurídica semejante al control de constitucionalidad, con la única diferencia en que el primero tiene como norma suprema del ordenamiento jurídico interamericano a la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto que el segundo a la Constitución de cada país. Existen inconsistencias en la aplicación del control de convencionalidad. Por ejemplo el análisis en dos grandes bloques temporales. El primero va del surgimiento del término control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH en 2006 a su primer criterio que sirvió

de base para reiteraciones, dictado a finales de 2009 (Radilla). El segundo periodo va de 2010 a junio de 2012-2013 en donde aparentemente hay un uso y entendimiento más estable del término, pese a que no en todos los casos se encuentra de la misma forma desarrollado, y no como parte de una evolución natural o perfeccionamiento del término y sus alcances, sino más bien, como muestra de la falta de comprensión total de su contenido y caracterización.

8 PROPUESTAS

Ante la necesidad de que los juzgados y tribunales que habrán de practicar el control difuso de convencionalidad y de constitucionalidad cuenten con mejores herramientas para desempeñar sus reforzadas responsabilidades constitucionales, a la par que para evitar una dispersión interpretativa de los nuevos parámetros constitucionales en materia de derechos humanos, que desconozca lo avanzado desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resulta conveniente impulsar, algunas de las siguientes alternativas:

En primer lugar la organización e impartición de capacitaciones continuas sobre el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, con un enfoque eminentemente práctico. Esto con el Propósito que todo juez (en cualquier ámbito del orden jurídico mexicano) sepa que implica el control difuso de convencionalidad, es decir, el significado de dicho concepto jurídico y el origen de este.

En segundo lugar sería de gran ayuda la elaboración de un “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que requieran un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad”.

En tercer lugar para poder hacer más efectivo el control difuso de convencionalidad en México se pueda crear una comisión especializada para la aplicación de dicho control. Dicha comisión especializada se encargaría de estudiar todos los tratados internacionales, cartas, declaraciones, pactos y demás instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos, a los que el Estado mexicano ya ratificado y se ha adherido.

9 CONCLUSIONES

La reforma Constitucional en materia de derechos humanos de junio del año 2011, trajo consigo la implementación de un nuevo sistema constitucional mexicano, caracterizado por la protección más amplia a los derechos humanos, la prevalencia del principio pro persona o prohomine, el reconocimiento de las normas contenidas en Tratados Internacionales referentes a derechos humanos, el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad y la interpretación conforme; herramientas necesarias para que todas las autoridades del Estado Mexicano, brinden mayor protección a los Derechos Humanos de todas las personas.

No cabe duda que el control difuso, tanto de convencionalidad como de constitucionalidad, se encuentran insertos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde hace mucho tiempo en el artículo 133, aunque ahora es mucho más evidente gracias a la reforma hecha al artículo primero el 10 de junio del 2011. Es tarea del juez común, resolver mediante la aplicación del principio de interpretación conforme que consiste en buscar armonizar cualquier norma en materia de derechos humanos con el medio protector más amplio, pudiendo estar este en la Constitución o fuera de ella (en tratados internacionales). De igual manera, esto conlleva a la aplicación del principio pro persona.

El principio pro persona conduce ante la existencia de varias posibles soluciones de una controversia, a optar por aquella que conceda la protección más amplia, cuando se trate de reconocer derechos humanos protegidos.

Al momento de aplicar el control difuso de convencionalidad, se deben aplicar los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado Mexicano, y también principios generales de derecho internacional, declaraciones universales y pactos.

El control difuso de convencionalidad ex officio obliga al juzgador, de cualquier instancia, grado o materia, a la inaplicación de toda norma que transgreda un derecho humano.

APLICAR LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO REGLA Y NO COMO EXCEPCIÓN ES VIOLATORIO DE LOS D.D.H.H.

Elsa Norma Delgado Rueda¹

Sumario: 1.Introducción. 2. Reafirmación de la libertad. 3. Requisitos sustanciales o subjetivos. 4. La libertad como Derecho Humano en el Derecho Internacional.

1 INTRODUCCIÓN

El Derecho penal, que de por sí es invasivo, debido a que en su aplicación afecta derechos de la persona; si no se aplica como última ratio, terminará sobrepasando los límites, con grave deterioro de las garantías convencionales, constitucionales y legales.

Como bien es sabido, uno de los instrumentos utilizados por el Estado, en ejercicio del ius puniendi, que más afecta a la persona que se ve inmiscuida en un caso penal como sujeto activo del delito es la privación de su libertad.

Cuando el individuo es señalado de haber cometido una conducta punible, las autoridades están en la obligación de ejercer control con los mecanismos instituidos para tal efecto, con la finalidad

¹ Egresada de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Penal de la misma casa de estudio, Magister en Derecho Penal Internacional de la Universidad de Granada de España, Consultora-Asesora independiente, Magister Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás- Universidad de Salamanca España, Escritora para la Revista Intertemas de la Universidad de Toledo Prudente de Brasil, Escritora de Opinión para el Periódico Argumentos, Directora Interinstitucional de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

de mantener el orden social y fortalecer las instituciones estatales. Ese es el mandato Constitucional (Constitución Política de Colombia, art. 250).

Pero, el abuso de estos mecanismos y medidas, hace que se quebrante no solo lo establecido en las constituciones y leyes, sino la normatividad Internacional que, sobre Derechos Humanos, los Estados están obligados a cumplir y respetar.

En el contexto del Estado Colombiano, el artículo 250 de la Carta Política² modificado por el acto legislativo 021/2003 obliga a la fiscalía General de la Nación, para que el Fiscal General directamente, o a través de sus delegados adelanten el ejercicio de la acción penal y realicen la investigación de todas aquellas conductas que por su naturaleza y características constituyen un delito; siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias ácticas que nos permitan deducir que dichos hechos tienen relevancia penal.

Una vez establecido lo anterior, la Fiscalía General de la Nación debe entonces, iniciar indagación preliminar, si fuese necesario, investigar y acusar, acusación que se hace a través de un escrito y con él se dará origen a un juicio público, concentrado, oral y contradictorio.

Al Fiscal General o sus delegados, en principio, es a quienes les corresponde solicitar ante el Juez Penal Municipal con función de control de garantías las Medidas de Aseguramiento. Y, señalo que en principio, por cuanto la ley colombiana (ley 1453 DE 2011)³ también ha facultado a la víctima para que eleve y sustente medida de aseguramiento en contra del imputado o acusado, si la Fiscalía no lo

² Constitución Política de Colombia. Artículo 25. "el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

³ Ley 1453 de 2011. artículo 59 que modifico el artículo 306 de la ley 906 /2004. Modificado l.1453/2011, art 59. Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. el fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. Escuchados los argumentos del fiscal, el Ministerio Público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión. La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia. La víctima o su apoderado podrán solicitar al juez de control de garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal. En dicho caso, el juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición.

hiciere. Situación esta que es bastante controvertible, pero que no es tema de debate en esta disertación.

Colombia, como Estado Social y Democrático de Derecho, tiene dentro de sus principales fines, la protección de los derechos fundamentales y la garantía efectiva de los mismos. Tutela que debe estar garantizada con los mecanismos necesarios para tornarlos en realidad viviente.

Por su parte, dentro del contenido del artículo 29 encontramos las garantías propiamente dichas de todas aquellas personas que resulten involucradas de alguna forma dentro de cualquier clase de proceso.

En el tema que hoy ocupa nuestra atención, el proceso penal, y su relación directa con el Derecho a la Libertad Personal, establece específicas garantías; de las cuales podemos destacar los siguientes: "...en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable..."

Del anterior contenido constitucional ha de señalarse entonces, que una medida de aseguramiento, y menos aún la Detención preventiva en establecimiento carcelario, por ningún motivo puede sobreponerse al principio Convencional y Constitucional de presunción de inocencia. Y, así debe ser tenido en cuenta al momento de exponer las razones y motivos de su solicitud por parte del fiscal o de la víctima según sea el caso; al igual que en la argumentación que dé el Juez Penal Municipal con función de Control de Garantías, al momento de pronunciarse sobre dicha solicitud. Desafortunadamente, esto no sucede en la mayoría de los casos, y a contrario sensu, nos vemos enfrentados a observar que tanto fiscal como juez dan una fundamentación que en nada se diferencia de una sentencia condenatoria, afirmando con tal vehemencia la autoría o coautoría que más que inferencia razonable de autoría, parece una argumentación de responsabilidad para condenar, con violación expresa de este principio que pone límite al ius puniendi.

2 REAFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD

La libertad del hombre es connatural a él, es parte de su dignidad humana, lo que la hace formar parte del grupo definido como Derechos Humanos.

Encontramos, dentro de la normatividad nacional, como idea fundante de la libertad el artículo 28 de la Carta Política que consagra a la libertad como regla y su limitación como excepción siempre bajo estrictos requisitos para poder limitarla o afectarla.

En similar contenido se expresa el artículo 13 al señalar que todas las personas nacen libres.

El derecho a la libertad tiene fundamento indiscutible en el principio de la dignidad humana. La legislación penal sustantiva (ley 599 de 2000) señala como primera norma rectora el principio de dignidad humana, lo que implica que el derecho penal debe aplicarse sobre la base de humanidad y en beneficio del hombre, (PRINCIPIO PRO HOMINE), no para aplastarlo.

En sentencia T.211 de 12 de mayo de 1.994 con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero se estableció:

“... Esto nos lleva a preguntarnos: ¿qué es la dignidad humana?”

Según Kant “el hombre y en general todo ser racional, existe como un fin en si mismo, no solo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no solo las dirigidas a si mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como fin”. Y partiendo del supuesto de que el hombre es un fin en sí mismo; enuncio este imperativo categórico: “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio...” (1.990, p. 44).

El Derecho Penal, como limitante de libertades individuales, en su esencia misma, debe ser utilizado única y exclusivamente como ultimo ratio; lo que implica, que todas las instituciones utilizadas deben ser direccionadas en este mismo y estricto sentido. Dentro de ellas y con gran detrimento para los derechos y libertades del individuo están las medidas de aseguramiento, y en especial la

Detención Preventiva, bien sea ésta en establecimiento carcelario o en el domicilio del presunto infractor.

Nos dice el tratadista Luigi Ferrajoli que este conjunto de constricciones constituye un coste que tiene que ser justificado. Recae no solo sobre los culpables, sino también sobre los inocentes. Si de hecho todos están sometidos a las limitaciones de la libertad de acción prescritas por las prohibiciones penales, no todos ni solo aquéllos que son culpables de sus violaciones se ven sometidos al proceso y a la pena ; no todos ellos , porque muchos se sustraen al juicio y más aun a la condena; ni solo ellos, siendo muchísimos los inocentes forzados a sufrir , por la inevitable imperfección y falibilidad de cualquier sistema penal, el Juicio, acaso la Prisión Preventiva y en ocasiones el error judicial (s.f, p.209).

Por ello, por cuanto no solamente los culpables son los que llegan a verse afectados por la inclemencia del derecho Penal, sino también inocentes, es que se vienen realizando grandes esfuerzos para que la Detención Preventiva, sea excepcional en su aplicación, y no sea la regla.

Por ello, en el caso de la Legislación Colombiana, el Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) establece una serie de filtros o limitantes para que los Jueces Penales Municipales con función de control de garantías puedan imponer dicha limitación a la libertad.

Así, encontramos lo que establece el artículo 295 C.P.P: “afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales”.

Este test de ponderación necesariamente debe guardar estrecha relación con los fines constitucionales y legales de la privación de la libertad. Y, entonces encontramos lo previsto por el artículo 96 ibidem: “finalidad de la restricción art 296: “finalidad de la restricción de la libertad. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesario para evitar la obstrucción de la Justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena”.

Significa, que sólo si, y solo si, se demuestra alguna de estas finalidades, se puede restringir la libertad de las personas. Por lo tanto, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación demostrarle al Juez de Control de Garantías que se hace necesaria dicha medida, por cuanto el no hacerlo, se pone en riesgo alguno de estos fines. Pero, como en toda demostración, no bastara con los ultimaciones vagas y vacías que haga el representante de la Fiscalía.

Sino que estará obligado a llevar argumentos con soporte probatorio, así sea de manera sumaria e incipiente, pero deberá aportar algunos Elementos Materiales o Evidencia Física que le dé razón al Juez Garante de los Derechos Fundamentales para afectarlos.

El artículo 306 del C.P.P establece: “Modificado.L. 1453/2011, Art. 59. Solicitud de Imposición de Medida de Aseguramiento. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, el Ministerio Público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.

La víctima o su apoderado podrán solicitar al juez de control de garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal.

En dicho caso, el juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición”.

Destacándose, sin lugar a dudas la importancia implícita de la libertad; por ello, se establece que la fiscalía además de indicar los elementos cognoscitivos que sustenten la medida, debe indicar su urgencia. Esto significa, que no es como se acostumbra, tanto por Fiscales como por Jueces de Control de Garantías que se ignora el deber de señalar los motivos del por qué se considera que la medida es urgente, y entonces al obviarse este requisito se resulta solicitando y aplicando medida en todos los casos.

Hasta este instante, entonces tenemos que para afectar la libertad se requiere: test de ponderación que exige un análisis cauto y racional de que la medida es necesaria, adecuada, proporcional, razonable, de contenido final para evitar la obstrucción de la Justicia, la no comparecencia del implicado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, así como su urgencia para aplicarla. Esto, por cuanto no siempre es urgente su aplicación, si entendemos como urgente según la Real Academia de la Lengua Española “que necesita ser solucionado con rapidez o lo antes posible...” pero en muchas ocasiones las circunstancias no ameritan que quien presuntamente ha infringido la ley penal, tenga que afectarse con medida de aseguramiento, por cuanto muchas veces, inclusive la conducta se ha realizado mucho tiempo atrás, lo que implica que el motivo de urgencia ha desaparecido.

Para el caso concreto de esta disertación, que es la Medida de aseguramiento consistente en Detención Preventiva, el artículo 307 de la ley 906/2004 establece: “Medidas de Aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad.

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

B. No privativas de la libertad. (modificado por el artículo 1° de la ley 1786 de 2016. Parágrafo):

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez ante si mismo o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.prohibición de salir del país, del lugar en que reside o del ámbito territorial que fije el juez.
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.

6. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
7. La prestación de una caución real adecuada por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
8. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria.

PAR. 1°- ADICIONADO. L. 1760/2015, ART. 1°. MODIFICADO. L. 1786/2016,

ART. 1°. Salvo lo previsto en los párrafos 2° y 3° del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004), el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la Justicia Penal Especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el título IV del libro segundo de la ley 599 de 2000 (Código Penal) , dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial, vencido el término, el juez de control de garantías, a petición de la fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que trata el presente artículo.

En los casos susceptibles de prórroga , los jueces de control de garantías, para resolver sobre la solicitud de levantamiento o prórroga de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, deberán considerar, además de los requisitos contemplados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, el tiempo que haya transcurrido por causa de maniobras dilatorias atribuibles a la actividad procesal del interesado o su defensor, caso en el cual dicho tiempo no se contabilizará dentro del término máximo de la medida de aseguramiento privativa de la libertad contemplado en este artículo.

PAR 2°- ADICIONADO.L. 1760/2015, ART. 1° MODIFICADO. L. 1786/2016,

ART. 1°. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el juez de control de garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el incumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento”.

Tenemos que en el literal A se establecen las medidas privativas de la libertad, y en el numeral 1° señala la detención preventiva en establecimiento carcelario o de reclusión y en el 2° la detención preventiva en la residencia del imputado.

A este artículo se le adicionó un párrafo 2° por parte de la ley 1760/2015 en su artículo 1°, el cual a su vez cuanto impone el deber a quien solicite medida de detención preventiva que pruebe ante el juez de control de garantías la insuficiencia de las medidas no privativas de la libertad para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.

Lo que exige la ley es que la fiscalía o el apoderado de víctima o la víctima, según quien solicite la medida pruebe, es decir, que ese juicio de insuficiencia debe demostrarse, no basta con que se haga alusión a su no aplicación de las medidas no privativas de la libertad de manera general y abstracta como regularmente sucede, sino que la exigencia es de prueba; y entonces tendrá que hacerse uso de los medios cognoscitivos para su demostración y prueba.

Este es un filtro importante para poder continuar analizándose los requisitos objetivos y subjetivos o sustanciales para hacer posible la aplicación de la Detención Preventiva, así como la Inferencia Razonable de Autoría.

Para analizar estos requisitos, en orden lógico se mirará primero la inferencia razonable de Autoría, pues este es requisito habilitante para poder mirar los demás requisitos; luego, se mirará el requisito objetivo, por cuanto se pueden dar los requisitos subjetivos, pero si no se da el objetivo se habrá desgastado la argumentación, por cuanto igual no podrá aplicarse la medida; así, que el requisito habilitante de Inferencia razonable de autoría y el requisito objetivo serán analizados previos a los sustanciales, no obstante en el Código el objetivo encontrarse en norma posterior.

El artículo 308 del C.P.P. establece “requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

PAR. - ADICIONADO.L. 1760/2015. ART. 2°. La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El juez de control de garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida del aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga”.

En esta norma encontramos la referencia a la inferencia razonable de autoría; y esa inferencia razonable la misma ley establece que los Elementos Probatorios, las evidencias físicas recogidas y aseguradas o la información obtenida legalmente nos deben llevar a esa inferencia razonable de autoría.

Esto significa, que no puede ser bajo sospechas, conjeturas o suposiciones que se alegue la autoría.

¿Qué es inferir razonablemente?

Inferir, significa un proceso de razonamiento por el que se concluye una proposición de otra u otras anteriormente aceptadas. Inferir de hipótesis ya dadas, no de suposiciones.

Aunque el inferir ya implícitamente implica que es un proceso de razonamiento, el código, tal vez de manera redundante establece

que inferir razonablemente la autoría, pero tal vez, lo que quiso fue enfatizar que no podía ser de manera arbitraria la conclusión, sino que tenía que ser razonada, y este aspecto implica, que si es razonable y la misma ley lo establece tiene que fundarse en Elementos Materiales Probatorios, evidencia física o en informaciones legalmente establecidas la razón, según el diccionario de Filosofía de Vietor Florian “ la razón equivale al fundamento. Ser razonable es justificar las afirmaciones con demostraciones, es explicar los acontecimientos por las causas, es, en síntesis, el rechazo de la arbitrariedad” (p.192).

Entonces, esa inferencia de autoría, como presupuesto habilitante para imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, no puede ser arbitraria, ni fundamentada en sospechas, conjeturas o presunciones.

Pero, desafortunadamente este es un tema que los fiscales en sus solicitudes de medida de detención no agotan, y el juez de control de garantías no le da la importancia que tiene para poder avanzar en la solicitud de una medida tan gravosa como es la privación de la libertad.

Requisito Objetivo

El artículo 313 de la ley 906 de 2004, modificada por la ley 1453/2011 en su artículo 60 establece las causales, motivos o requisitos objetivos que permiten la aplicación de la detención preventiva.

Estos requisitos objetivos, no conllevan mayor análisis, basta con que se de esa circunstancia objetiva y ya se podrá pensar en la medida de Detención Preventiva; lo que, si es importante destacar en que no es suficiente el presupuesto objetivo, sino que obligatoriamente se tienen que demostrar los requisitos subjetivos o sustanciales.

3 REQUISITOS SUSTANCIALES O SUBJETIVOS

Los encontramos enunciados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal; y desarrollados en los artículos 309, 310, 311 y 312.

Los esfuerzos tanto del legislador, atendiendo parámetros internacionales, como por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia por hacer entrar en razón a los jueces de control de garantías, a los fiscales como a la misma sociedad que la Detención Preventiva debe ser de aplicación excepcional han sido importantes, pero con muy poca receptividad en la práctica.

Así, tenemos varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Es importante señalar y aclarar que la detención preventiva en establecimiento de reclusión no es la única medida de aseguramiento restrictiva de la libertad personal.

También lo es la detención preventiva en la residencia del imputado, mejor conocida como detención domiciliaria. Esta última en la nueva legislación podía concebirse originalmente como una medida de aseguramiento autónoma (art. 307 numeral 2), lo que significa que ya no sería correcto hacer referencia a la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria, como se hacía en vigencia de las anteriores legislaciones procesales y como se precisa en el art. 314 de la novísima legislación, en el Código del Sistema Acusatorio, si a juicio del juez de control de garantías es procedente la privación de la libertad del imputado, esta restricción puede adoptar la forma de la detención preventiva en establecimiento de reclusión, o también de manera autónoma, la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado. Es más, al momento de la imposición de la medida restrictiva el juez puede imponer una cualquiera de las dos, y si decide imponer la detención residencial no tendría necesidad de invocarla como sustitutiva de la detención carcelaria. No obstante, la expedición y vigencia de la ley 1142 de 2007, que entre otras modificó el art. 314 genuino, la detención en el lugar de residencia del imputado se concibe como una medida sustitutiva de la detención preventiva en establecimiento carcelario, máxime cuando tal sustitución debe invocarse expresamente y fundamentarse por el solicitante. A su vez, se presentan similares pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C- 301 agosto 3 de 1.993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C.S.J. Sala Penal, Auto Enero 17/2002 M.P. Fernando Arboleda Ripoll Sentencia C- 318 Abril 9/2008 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

4 LA LIBERTAD COMO DERECHO HUMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde sus albores después de la Segunda Guerra, cuando el mundo despertó arrasado por la miseria humana y los ríos de sangre y muerte donde los derechos a la vida, la libertad destrozados por la falta de reconocimiento de la dignidad humana, quiso desde entonces en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1.948, desde su preámbulo proteger la libertad y señaló:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la Familia humana; considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de Barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado como la aspiración mas elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados de temor y de la miseria disfruten de la libertad de palabra y la libertad de creencias. “Se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto mas amplio de la libertad”.

Artículo 1.

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conocimiento.

Artículo 2.

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración...

Artículo 3.

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Este reconocimiento y reafirmación de la libertad ha sido declarado de manera expresa por los Tratados Internacionales, tratados de los que el Estado Colombiano forma parte; y de hay su obligatoriedad de cumplimiento.

Así, tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1.966, estableció en el artículo 9 numeral 1º: “todo individuo tiene derechos a la libertad y a la seguridad personales. Nadie Podrá ser

sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, sustenta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, conocido como el Pacto de San José de Costa Rica, desde su preámbulo reafirma el propósito que dentro del marco de las instituciones democráticas consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales y esenciales del hombre, en su artículo 7° de manera expresa señala:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal:

- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes por las leyes dictadas conforme a ellas.
- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
- Toda persona detenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales.

Así, el Sistema Interamericano, reafirma y contempla el respeto que se le debe tener a la libertad personal del individuo, y reitero, el cumplimiento de esa garantía no es protestativa de los Estados Parte, sino de obligatoriedad.

Como puede observarse del contenido este Sistema el Derecho a la libertad es la regla y su afectación o limitación es la excepción.

Por lo tanto, cuando los Estados que han ratificado dichos tratados o convenciones, en la práctica, lo que hacen es aplicar la limitación al derecho a la libertad personal como regla, abusando no solo de la captura para imputación de cargos, sino en abierto abuso de la Medida Preventiva de Detención, no cabe duda que se está en flagrante violación de los Derechos Humanos.

Se está en violación no solamente del Derecho Interno, que hace esfuerzos para impedir que la regla sea la privación de libertad, sino de los contenidos del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos.

Así, lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas sentencias.

Veamos algunos apartes de sentencias:

Prisión preventiva: la doctrina tradicional considera a la prisión preventiva como una medida cautelar de carácter coercitivo impuesta en contra de quien se encuentre sometido a un proceso penal, con miras a que se cumplan con los fines del proceso, que es la aplicación del derecho de fondo. Esta medida, de carácter eminentemente instrumental, pretende asegurar la eficacia en la investigación y, en otras oportunidades, se fundamenta en la protección social y el de la propia víctima...

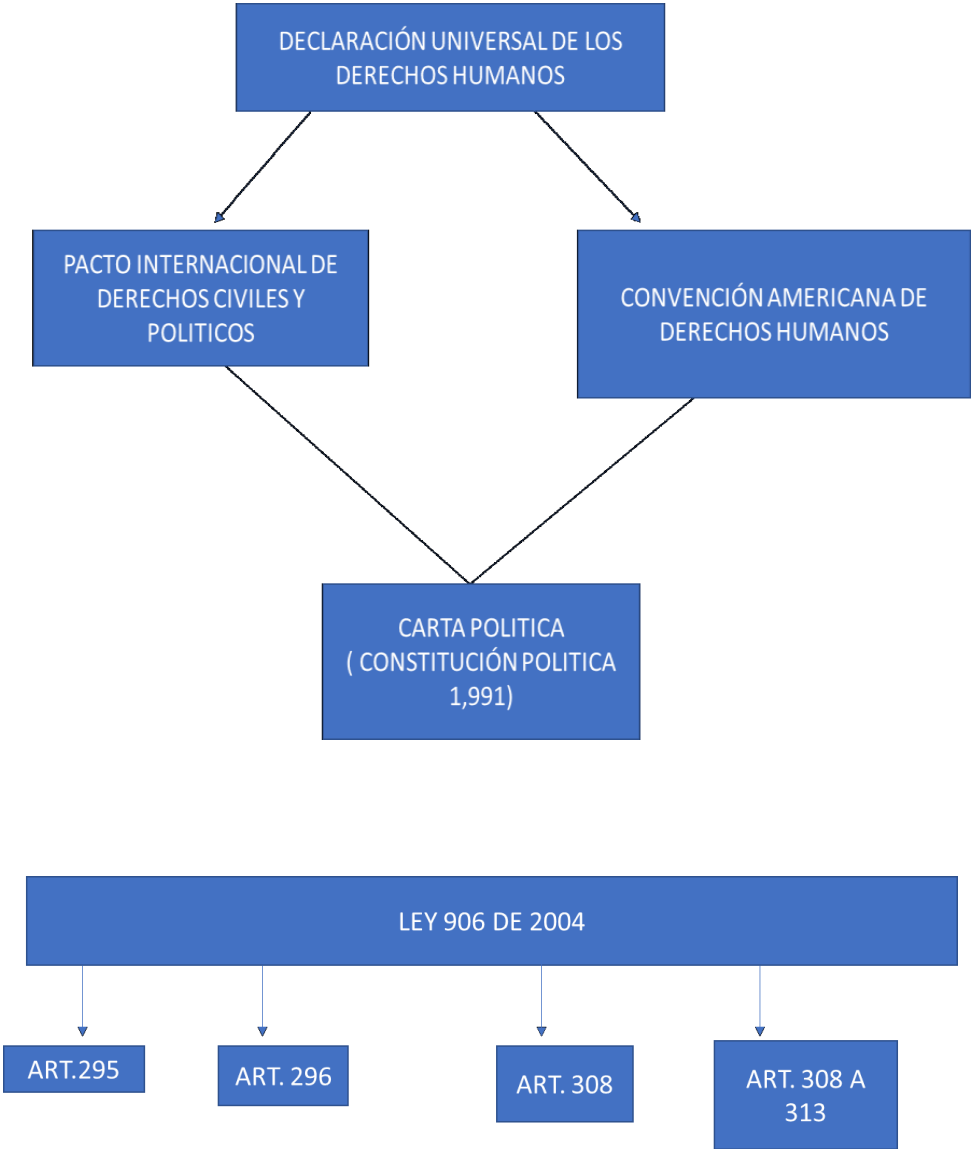
La prisión preventiva ha sido uno de los temas más medulares, que ha merecido profundos debates en la doctrina, principalmente por la forma en que ha sido utilizada en los países latinoamericanos, identificándola como el modo de reacción penal del sistema de administración de Justicia Criminal por excelencia, convirtiéndose en un mecanismo de control social que era utilizado en forma constante sin tener en cuenta criterios de proporcionalidad o racionalidad, siendo la regla la prisión preventiva y la excepción la libertad en abierta contradicción con los postulados constitucionales.

Se observa entonces, que cuando la Detención Preventiva es utilizada como regla y no como excepción, es violatorio de los Derechos Humanos, por cuanto no basta que la Medida sea decretada por un juez de control de garantías, pues si éste no exige el cumplimiento de todos los requisitos de filtro y habilitantes para llegar a esa afectación extrema del derecho de libertad como es su privación, sino que permite la vulneración de esos requisitos por parte de quien la solicita, aún más en muchas ocasiones siendo el mismo juez de control de garantías o el de conocimiento cuando actúa como AD- QUEM quienes van más allá de la misma argumentación del solicitante con la finalidad y con tal de aplicar la medida. Esto se traduce en que buscan por todos los medios encontrar no la medida idónea, sino la más aflictiva para el individuo, con la falsa creencia que es la única necesaria y urgente que se convierta en un falso reflejo de justicia.

Es entonces, cuando se aceptan abstracciones en lugar de demostraciones para traer al debate los fines de la medida, los requisitos subjetivos o sustanciales, el test de ponderación donde se mire con real cautela la necesidad, la proporcionalidad, la urgencia, la adecuación, y lo razonable de la medida.

Aparece entonces, con primacía el riesgo procesal, por considerarse al individuo un riesgo para la sociedad o la víctima; el riesgo de reiteración, por cuanto aparecen antecedentes; cualquier situación es válida para señalar que puede obstruir la Justicia, al igual que siempre se presume que nunca va a comparecer al juicio, primando lamentablemente el riesgo de no comparecencia. Esa falta de exigencia de demostración por parte del juez de garantías, a quien solicita la medida hace que la Detención Preventiva sea la Regla y no la excepción, lo que implica violación de los Derechos Humanos y del Principio de Legalidad, pues no basta con que la Medida de Detención Preventiva sea proferida por un juez de garantías para que de legalidad a la misma por si sola; ya que, si la medida no ha cumplido con los referentes normativos internacionales, constitucionales y legales, será sustancialmente una Detención ilegal, aunque formalmente tenga apariencia de legalidad⁴.

⁴ Véanse los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos: Suarez Rosero, Lino Cesar Oviedo, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñáñez vs Ecuador, Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras, Caso Castillo Páez vs Perú, caso 19 comerciantes vs Colombia, caso Gangaram Panday, Palomaro Iribarne, Juan Humberto Sánchez, López Álvarez.



LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y EL NUEVO PARADIGMA EN EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL PARAGUAYO

Francisco Acevedo Morel¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Acción de Inconstitucionalidad. 3. Habeas Corpus. 4. El Amparo. 5. Habeas Data. 6. Control de Convencionalidad. 7. Conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo trataremos de demostrar cuáles son los procesos constitucionales, específicamente aquellos que salvaguardan los derechos subjetivos, en la República del Paraguay al amparo de la Constitución Nacional de 1992. Así como el Control de Convencionalidad se va posicionando como un instrumento útil para asegurar el respeto de los Derechos Humanos en el Continente Americano.-

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de la Materia Derecho Procesal Civil II de la Universidad Nacional de Asunción, Filial Benjamín Aceval; Especialista en Docencia Superior Universitaria por la Universidad Nacional de Asunción año 2012; Maestrando y Doctorando por la Universidad Nacional de Rosario; Egresado de la Escuela Judicial Promoción XV; Curso de Especialización en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por la Universidad de Bolonia en la ciudad de Bolonia-Italia.

Previamente debemos definir lo que es el Derecho Procesal Constitucional. Según Néstor Pedro Sagüés (2013) esta rama del Derecho atiende la jurisdicción constitucional y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales.

Fix-Zamudio ha conceptualizado a esta institución como la encargada de analizar de manera sistemática los principios, conceptos, organismos y procedimientos que tienen por objeto la solución de los conflictos que surgen de la aplicación de las normas constitucionales, o de otra manera, el estudio científico de las diversas garantías de carácter constitucional. (p. 157).

Pablo Darío Villalba Bernié (2014) define al Derecho Procesal Constitucional como la disciplina del derecho público, encargada del estudio de los principios, normas constitucionales y legales que asienten la aplicabilidad del conjunto de garantías consagradas en defensa de la Constitución.

Para llevar adelante un correcto estudio de los procesos constitucionales establecidos en la Constitución de 1992, es necesario conocer el concepto de lo que los grandes maestros del Derecho Procesal Constitucional entienden como procesos constitucionales.

Para la doctrina material el proceso constitucional se ocupa sustancialmente de tutelar el principio de supremacía constitucional y de proteger los derechos públicos subjetivos. Para la doctrina orgánica es proceso constitucional aquel que es juzgado por órganos constitucionales o no, es decir, si un Tribunal Constitucional entiende en una contienda donde existan normas constitucionales contrapuestas será este un proceso constitucional (Sagüés, 2013).

El proceso constitucional tiene como objetivo asegurar el funcionamiento adecuado del orden constitucional y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, reza una sentencia del Tribunal Constitucional del Perú.

En el Paraguay, a la luz de los conceptos esgrimidos arriba, tenemos el proceso constitucional que poseemos se encuadra en la teoría material, en razón de no poseer un Tribunal Constitucional autónomo, y al encontrarnos con las garantías constitucionales como son la Inconstitucionalidad, el Habeas Corpus en sus tres formas, el Habeas Data y el Amparo, que adquieren vida con el proceso constitucional adoptado por el Constituyente paraguayo.

Ahora bien no debemos de olvidar los nuevos paradigmas del proceso constitucional moderno, entre los que se destaca principalmente el Control de Convencionalidad, tema nacido y desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La pregunta que nace ante el Control de Constitucionalidad es sí es debe ser considerado como un proceso constitucional en el Paraguay o no se lo debe considerar como tal. Más adelante daremos respuesta amplia a este cuestionamiento.

Debemos advertir al Lector que tocaremos específicamente dos cuestiones fundamentales, la Acción de Inconstitucionalidad y el Control de Convencionalidad a efectos de conocer si existe o no compatibilidad entre estos dos institutos.

2 ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El Capítulo XII del Título II de la Primera parte de la Constitución de 1992 trata de las garantías constitucionales, el Art. 131 de la C.N. habla de las Garantías y menciona que para hacer efectivo los derechos consagrados en la Constitución se establecen las garantías constitucionales.

Las garantías constitucionales se encuentran establecidas en la Constitución Nacional en el Art. 132 de la Inconstitucionalidad, el Art. 133 del Habeas Corpus representado por sus tres posibles facetas: el preventivo, el reparador y el genérico; el Art. 134 del Amparo y el Art. 135 del Habeas Data.

Estas garantías constitucionales son procesos constitucionales que establecen nuestra Constitución Nacional, veamos como son articuladas cada una.

Para empezar a hablar de la Inconstitucionalidad y así poder entender este instituto debemos conocer cuál es el concepto del control de constitucionalidad, en razón que ambos institutos se encuentran íntimamente ligados y no se puede comprender a uno sin conocer del otro.

El control de constitucionalidad se avoca al estudio de las garantías contenidas en las cartas fundamentales, los procedimientos

que se diseñan para hacerlas efectivas y los órganos y procedimientos que rigen el control de la supremacía constitucional.

Conocido es que existen varias formas de realizar el Control de Constitucionalidad, pero nos referiremos exclusivamente a dos de los más grandes sin entrar en subdivisiones. El control de constitucionalidad difuso y el control de constitucionalidad concentrado.

El control de constitucionalidad difuso es aquel que puede ser utilizado por cualquier Juez sin importar la instancia y el fuero, es decir, se puede impugnar de inconstitucional cualquier acto normativo ante cualquier Juez del lugar.

El control de constitucionalidad concentrado es aquel que se realiza a través de un solo órgano de control, que puede ser realizado por un Tribunal Constitucional o una Sala Constitucional como lo es en el Paraguay.

El Art. 132 de la Constitución Nacional conceptualiza y establece lo que debemos entender por Inconstitucionalidad y dice: "De la inconstitucionalidad. La corte suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley."

Es decir que la única instancia que puede ejercer el control de constitucionalidad es la Corte Suprema de Justicia en concordancia con lo que dispone el Art. 259 numeral 5 de la C.N. No obstante esto el Art. 260 de la C.N. establece que las atribuciones de la Sala Constitucional será la de conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes, las sentencias definitivas, actos normativos, etc.

Esto nos da la pauta que en primera instancia el órgano que debe conocer y resolver la inconstitucionalidad es la Sala Constitucional, pero cuando la causa sea de tal relevancia social el pleno de la Corte Suprema de Justicia podrá conocer y resolver la inconstitucionalidad.

La inconstitucionalidad se encuentra prevista para dos situaciones. La primera que es la que prevé la declaración de inconstitucionalidad de normas jurídicas, es decir, de las leyes emanadas del Poder Legislativo y de otros instrumentos normativos (decretos reglamentarios del Poder Ejecutivo, ordenanzas

municipales) y de las sentencias definitivas y auto interlocutorios con fuerza de tal.

Es decir que el particular afectado por una norma jurídica o una sentencia definitiva o auto interlocutorio con fuerza de tal, puede impugnar por vía de la acción de inconstitucionalidad a cualquiera de ellas es interponerla ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Las vías por las cuales se pueden impugnar las normas jurídicas la acción de inconstitucionalidad son por la vía de la acción o por la vía de la excepción. Por la vía de la acción se la presenta directamente ante la Sala Constitucional, vía estipulada por la C.N. y cuya regulación se encuentra en los Arts. 550 al 564 del Código Procesal Civil Paraguayo.

Por vía de la excepción² se puede plantear al inicio de un proceso en dos situaciones: cuando el demandado o el reconvenido contesta la demanda o la reconvención y cuando el actor o el reconviniente cuando estimare que la contestación de la demanda o de la reconvención se funde en una ley o acto normativo inconstitucional. En caso de presentar la impugnación de Inconstitucionalidad por vía de la Excepción el juez que entiende en la causa principal la debe elevar a la Sala Constitucional para su estudio. La resolución que acoge favorablemente la pretensión del actor debe declarar la inaplicabilidad de la norma jurídica al caso concreto.

Ahora bien en cuanto hace a la impugnación de las sentencias definitivas y de los autos interlocutorios con fuerza de tal, la única forma de impugnar es por vía de la acción de inconstitucionalidad instaurada ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Cuando la Sala Constitucional resuelve favorablemente al pedido de impugnación se debe declarar la nulidad del acto recurrido.

En cuanto hace a los efectos de la resolución que resuelve la inconstitucionalidad debemos decir que a la luz del Art. 260 de a C.N. es claro que el efecto es inter partes, es decir, solo para el caso concreto. Esto se aplica a la inconstitucionalidad de nomas jurídicas y sentencias definitivas.

² Art. 538 en adelante del Código Procesal Civil Paraguayo.-

El procedimiento para la impugnación por vía de la inconstitucionalidad se encuentra regulado en el Código Procesal Civil Paraguayo desde el Art. 538 al Art. 564.-

Sabido es que en el Paraguay el sistema de Control de Constitucionalidad elegido por el constituyente es el concentrado, ya que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante Corte Suprema o C.S.J), es el único órgano constitucional que puede realizar la labor de inaplicabilidad de las normas internas.

En virtud del Art. 259 numeral 5° de la Constitución de Nacional de 1992 que establece los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia se encuentra el de conocer y resolver sobre inconstitucionalidad. Así también el Art. 260 de la Constitución Nacional establece: Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional: 1. conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto, y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a este caso, y 2. decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.

El Art. 260 de la Carta Magna establece que es la Sala Constitucional la encargada de resolver la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada caso concreto con efecto inter partes.

A pedido de uno de los Ministros de la Sala Constitucional se puede dar lugar a lo que se conoce como ampliación de Sala, que se da cuando el Pleno de la Corte Suprema de Justicia (los nueve Ministros de la C.S.J.) se reúne para poder estudiar la constitucionalidad o no de un acto o norma reputado de inconstitucional.

Se preguntarán a qué viene esto, la respuesta es sencilla, en el sistema judicial del Paraguay sólo la Corte Suprema de Justicia reunida en pleno y la Sala Constitucional pueden declarar la inaplicabilidad de una norma que sea contraria a la Constitución. Recordemos que inaplicabilidad de la norma interna contraria al Pacto

de San José es la función esencial para el cual fue concebido el control de convencionalidad.

Toca ver ahora los demás procesos constitucionales.

3 HABEAS CORPUS

El Artículo 133 de nuestra Carta Magna establece: Del Habeas Corpus Esta garantía podrá ser interpuesto por el afectado, por sí o por interpósita persona, sin necesidad de poder por cualquier medio fehaciente, y ante cualquier Juez de Primera Instancia de la circunscripción judicial respectiva. El Hábeas Corpus podrá ser: 1. Preventivo: en virtud del cual toda persona, en trance inminente de ser privada ilegalmente de su libertad física, podrá recabar el examen de la legitimidad de las circunstancias que, a criterio del afectado, amenacen su libertad, así como una orden de cesación de dichas restricciones. 2. Reparador: en virtud del cual toda persona que se hallase ilegalmente privada de su libertad puede recabar la rectificación de las circunstancias del caso. El magistrado ordenará la comparecencia del detenido, con un informe del agente público o privado que lo detuvo, dentro de las veinticuatro horas de radicada la petición. Si el requerido no lo hiciese así, el Juez se constituirá en el sitio en el que se halle recluida la persona, y en dicho lugar hará juicio de méritos y dispondrá su inmediata libertad, igual que si se hubiere cumplido con la presentación del detenido y se haya radicado el informe. Si no existiesen motivos legales que autoricen la privación de su libertad, la dispondrá de inmediato; si hubiese orden escrita de autoridad judicial, remitirá los antecedentes a quien dispuso la detención. 3. Genérico: en virtud del cual se podrán demandar rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en los dos casos anteriores, restrinjan la libertad o amenacen la seguridad personal. Así mismo, esta garantía podrá interponerse en casos de violencia física, psíquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad. La ley reglamentará las diversas modalidades del hábeas corpus, las cuales procederán incluso, durante el Estado de excepción. El procedimiento será breve, sumario y gratuito, pudiendo ser iniciado de oficio.

El Habeas Corpus puede ser interpuesto ante cualquier juez, un juez civil, un juez penal, un juez laboral, un juez de la niñez y de la

adolescencia y, en los lugares donde no exista juez de primera instancia ante juez de paz.

Como primera conclusión notamos que el proceso constitucional para la impugnación por medio de la vía de la inconstitucionalidad es de acuerdo al órgano, sigue la tesis de la doctrina orgánica, que los procesos constitucionales son establecidos en razón del órgano que deberá atender, mientras que el habeas corpus sigue la tesis de la doctrina materialista.

Cabe acotar que el habeas corpus puede ser iniciado de oficio, es decir, por actividad propia del juez; esta es una de las características del control de constitucionalidad difuso que recae en todos los jueces. El procedimiento es sumario breve y gratuito, sin embargo la inconstitucionalidad es una acción engorrosa, larga y burocrática.

Ahora analicemos el siguiente proceso constitucional.

4 EL AMPARO

El Artículo 134 de la C.N. establece: Del Amparo. Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley. El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. Si se tratara de una cuestión electoral, o relativa a organizaciones políticas, será competente la justicia electoral. El Amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales, ni en el proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes. La ley reglamentará el respectivo procedimiento. Las sentencias recaídas en el Amparo no causarán estado.

Al igual de lo que sucede en la promoción del habeas corpus el amparo puede ser interpuesto ante cualquier juez, un juez civil, un juez penal, un juez laboral, un juez de la niñez y de la adolescencia y,

en los lugares donde no exista juez de primera instancia ante juez de paz.

Por más que el amparo recaiga en una cuestión civil, familiar o de otra índole que no pueda ser reparada por las demás garantías constitucionales, si cae sorteado ante juez penal el mismo lo debe resolver, si recae una cuestión civil ante juez de la niñez y adolescencia también debe resolverlo, pues es una garantía constitucional entregada a los ciudadanos para resolver conflictos que no se encuentran estipulados en la inconstitucionalidad, el habeas corpus o el habeas data.

Aquí también encontramos la diferencia entre la acción de inconstitucionalidad y el amparo, pues la primera solo debe interponerse ante la Sala Constitucional y la segunda puede ser interpuesta ante cualquier juez de primera instancia.

El procedimiento es sumario breve y gratuito, sin embargo la inconstitucionalidad es una acción engorrosa, larga y burocrática. En cuanto hace al control de constitucionalidad nos mantenemos en la tesitura expuesta en el habeas corpus, a excepción de que el amparo no puede ser interpuesto en forma oficiosa por el juez. La otra diferenciación es que no el amparo no puede interponerse contra determinadas materias especialmente las referidas a la legislatura.

Nos referiremos ahora al último proceso constitucional que salvaguarda los derechos subjetivos.

5 HABEAS DATA

El Artículo 135 trata la última garantía constitucional de protección de los derechos subjetivos y establece cuanto sigue: Del Habeas Data. Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

El Hábeas Data no es un derecho fundamental stricto sensu, sino que se trata de un proceso constitucional. Es un instrumento

procesal destinado a garantizar la defensa de la libertad personal en la era informática. El Hábeas Data es una garantía que tiene dos fases. Una primera permite que todos los habitantes puedan acceder a las constancias de los archivos y por lo tanto puedan controlar su veracidad. La segunda tiene por objeto la modificación de dichas constancias específicamente en dos casos: cuando los datos obrantes en las constancias son falsos o cuando requieran actualización.

Los presupuestos establecidos en la Constitución, para la procedencia de esta garantía son los siguientes: - debe tratarse de información sobre una persona o sobre sus bienes; - esta información debe constar en registros oficiales o privados de carácter público; - su finalidad consistiría en primer lugar en acceder a la información y a los datos, y conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad; y, eventualmente en la actualización, rectificación o destrucción de esos datos, y los datos deben ser erróneos o deben afectar ilegítimamente el derecho del peticionante de la acción. El habeas data puede ser interpuesto ante cualquier juez de primera instancia sin importar el fuero. Únicamente puede ser iniciado por la persona que se halla lesionada en sus derechos y no puede ser de oficio.

Se notan las mismas diferencias dentro del presente proceso constitucional así como en los demás restantes, por eso nos adherimos a las mismas líneas de pensamiento expuestas anteriormente.

6 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El gran Maestro Constitucionalista Jorge Alejandro Amaya (2014) menciona que el Control de Convencionalidad se trata del control de la supremacía de la CADH sobre las normas de derecho interno y, según la interpretación y alcance que le demos, puede ser tanto un simple e inofensivo juego de palabras, como el peligroso abandono de nuestra soberanía en el orden judicial.

Sagüés (2013) la define como: "una herramienta para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos, así mismo es de utilidad para la práctica e inmediata elaboración de un iuscommune en la región.

El primer problema que varios doctrinarios han encontrado es: ¿en que se basa la CIDH para obligar a los jueces locales a realizar el control de convencionalidad? Podemos extender esta pregunta a otros órganos de un Estado Parte incluso.

Al ser la CADH un instrumento internacional que debe ser ratificado por los países que deseen formar parte de la misma, y además como estos están, pues quieren ser parte del Pacto y conocen su contenido, al tanto que la Convención reconoce dos órganos fundamentales para la correcta aplicación de la misma que son la CIDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Cuanto llega el momento de ratificar un tratado internacional los Estados Partes prestan su conformidad y se obligan voluntariamente a cumplir el Pacto, en virtud de lo establecido en el Art. 26 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados Internacionales que establece textualmente el principio "*pacta sun servanda*", básicamente significa que el tratado internacional que se ha ratificado y en el caso del Paraguay cuando el Congreso lo ha aprobado por ley³, serán de cumplimiento obligatorio por parte del Estado que lo ha ratificado pues ha dado su voluntad de cumplirlo.

Queda demostrado que por la ratificación, que es el instrumento por el cual se demuestra la intención de un Estado de formar parte de un Tratado Internacional por propia voluntad, el Estado se encuentra obligado a cumplir el instrumento internacional, a menos que se lo denuncie en forma parcial con las partes que no se está de acuerdo.

El Art. 62 de la Convención Interamericana establece en su numeral primero que todo Estado Parte puede al momento de presentar el instrumento por el cual prestan la ratificación o adhesión, o en el futuro la declaración por la que acepta y reconoce **como obligatoria** la competencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos sobre todos los casos de interpretación o aplicación de la Convención.

En el año 1989, específicamente el 18 de agosto, presentó la República del Paraguay el instrumento por el que ratifica/adhiere a la Convención, y el 24 de agosto del mismo año realiza el depósito de la CADH ante la Secretaría General de la OEA. Posteriormente en el

³ Art. 141 de la Constitución Nacional primera parte.-

año 1993 a través del Decreto reglamentario el Paraguay ha aceptado la competencia de la CIDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, obligándose a cumplir los fallos, las recomendaciones e incluso las opiniones consultivas.-

Con lo dicho anteriormente y teniendo en cuenta lo que establece el Art. 62 de la CADH, el Paraguay ha aceptado la doble competencia de la CIDH en cuanto hace a resolver casos contenciosos y a emitir opiniones consultivas en cuanto haga a la interpretación y a la aplicación de la Convención en los casos en los que se denuncie a un Estado Parte por incumplimiento del Pacto. Tenemos aquí que la actividad jurisdiccional de la CIDH se desenvuelve en dos fases fundamentales: la faz contenciosa que hace a la resolución de los casos en los que se haya violado los derechos fundamentales reconocidos en la CADH debiendo los Estados partes que han reconocido como obligatoria la competencia de la CIDH cumplir con lo sentenciado en la forma sentenciada; la segunda faz hace referencia a la competencia consultiva: que se habilita cuando un Estado consulta acerca de la interpretación o en lo que haga a la compatibilidad de la Convención con la legislación interna o desenvolvimiento de cualquier órgano del Estado consultor, la Opinión Consultiva al ser emitida por la CIDH es obligatoria para el Estado que ha consultado la Opinión de la Corte en virtud al Art. 62 de la CADH.

Lo que se quiere resaltar con lo escrito en los párrafos anteriores es la obligatoriedad que tienen las decisiones, e incluso hilando más fino las opiniones consultivas, de la Corte, entre estas encontramos el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” que trata del Control de Convencionalidad cuya aplicación es obligatoria para los órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de los Estados firmantes, esto nos abre la vía a la siguiente problemática.

Juan Carlos Hitters (2014) menciona que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado un avance en cuanto hace al alcance de sus resoluciones, dándole efectos erga omnes desde el caso Gelman vs. Uruguay”. En principio la Corte Suprema del Uruguay ha manifestado que el alcance de las resoluciones de la CIDH solo tiene efecto para el caso concreto. Empero la CIDH ha hecho saber a la Corte Uruguaya que el cumplimiento de la resolución de la Corte Interamericana “corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los

Estados deben acatar el Tratado Internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo los más altos tribunales de justicia, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional. (Corte IdDH, 2013, párr. 57).

Teniendo en cuenta que hemos desarrollado más ampliamente al control de constitucionalidad en el Paraguay y al control de convencionalidad toca ahora realizar una pregunta que es la central de esta investigación: ¿el Control de Convencionalidad es en el Paraguay un proceso constitucional?

Cabe tratar de responder dicha pregunta, a mi modo de ver el control de convencionalidad forma parte del Derecho Procesal Constitucional pese a ser de noble creación pero de proficua labor jurisprudencial en la CIDH y en los países de raigambre constitucional americana. En el Paraguay la Sala Penal ha sido la que más ha hecho mención al control de convencionalidad.

Notamos así que el Control de Convencionalidad debe ser considerado como un proceso constitucional más dentro de nuestro sistema constitucional, ya que el mismo tiene raíces constitucionales teniendo en cuenta lo establecido en los Art. 137 y 145 de la Constitución Nacional, ya que el control de convencionalidad es un sistema útil para la plena vigencia de los derechos humanos en América y especialmente en el Paraguay.

Con la aplicación del control de convencionalidad como proceso constitucional en el Paraguay se puede llegar a la finalidad misma del control de constitucionalidad instituido por el constituyente paraguayo en 1992, que es la inaplicabilidad de la norma reputada de inconstitucional o inconventionalidad sacándola del ordenamiento jurídico nacional por contrariar la norma convencional.

7 CONCLUSIONES

Sintetizando lo anteriormente expuesto, podemos mencionar que los procesos constitucionales que hemos mencionado son de gran importancia para la vida republicana de nuestro país y especialmente para el respeto de las garantías establecidas en nuestra Constitución Nacional.

Se ha indicado cuatro procesos constitucionales cuyas vigencias protegen derechos subjetivos de tal importancia para el ciudadano que pueden englobar los derechos más fundamentales del ser humano.

Los cuatro procesos constitucionales que hemos citado son: la acción de inconstitucionalidad (que también puede ser ejercida por vía de la excepción), el habeas corpus, el amparo y por último el habeas data.

La inconstitucionalidad está destinada evitar que las normas jurídicas las resoluciones judiciales contrarias a la Constitución Nacional tengan vigencia en un Estado de Derecho, buscando la inaplicabilidad dentro del plexo normativo nacional de las normas jurídicas y la nulidad de las resoluciones judiciales que van contra la Carta Fundamental, recordando siempre que el efecto es inter partes.

Este proceso constitucional debe ser interpuesto por el interesado ante la Sala Constitucional, es el único de los cuatro procesos que tiene específicamente un órgano constitucional para su estudio, manteniendo aquí la figura del control de constitucionalidad concentrado.

Para finalizar podemos decir que el control de convencionalidad lo puede realizar cualquier Juez paraguayo sin importar el rango, pero lo que no puede hacer es dictar la inaplicabilidad de la norma interna que colisiona con la Convención, ya que constitucionalmente dicha función pertenece a la Sala Constitucional de la C.S.J. con efecto para el caso concreto. A menos que la cuestión de la inaplicabilidad de la norma jurídica la trate el Pleno de la C.S.J. que es el único organismo que le puede dar el efecto erga omnes a la inaplicabilidad, cuestión que la CIDH solicita al momento de supervisar los cumplimientos de sentencias.

En muy pocas ocasiones desde que la vida democrática del Paraguay tiene existencia el Pleno de la C.S.J. se ha reunido y dado dicho efecto general a la inaplicabilidad de la norma.

Actualmente no debemos cerrarnos a la idea de la reforma constitucional pues sin ella estaríamos perdiendo de vista el escenario jurídico latinoamericano y nos quedaríamos relegados en el cumplimiento de la Convención exponiéndonos cada día a condenas más fuertes, pues la CIDH se dará cuenta que en nuestro país el control de convencionalidad no es tomado en serio por todos los órganos del Estado paraguayo.

El choque entre el control de convencionalidad y el sistema de control de constitucionalidad será cada vez más marcado sino tomamos las medidas necesarias para poder compatibilizar lo que la CIDH falla sobre el cumplimiento e interpretación de la CADH.

Hemos visto cual es el sistema de control de constitucionalidad que ha adoptado el constituyente, que es el concentrado dejando en manos de la Corte Suprema de Justicia o en la Sala Constitucional pero que forma parte de la máxima instancia judicial en el Paraguay.

El habeas corpus, el habeas data y el amparo pueden ser interpuesto ante cualquier juez de primera instancia sin importar el fuero al que correspondan (por su ley reglamentaria el habeas corpus puede ser interpuesta ante la Sala Penal de la C.S.J. cumpliendo determinados requisitos).

Al analizar cuáles son los procesos constitucionales en el Paraguay como garantía del respeto de los Derechos Humanos, y viendo cual es la finalidad del Control de Convencionalidad estamos convencidos de que el mismo puede ser considerado como un proceso constitucional ya que garantiza el respeto de los Derechos Humano.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN BOLIVIA: APUNTES PARA OPTIMIZAR EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL A NIVEL NACIONAL ACORDE AL CONTEXTO INTERAMERICANO

Alan E. Vargas Lima¹

Sumario: 1. Concepto y alcances de su desarrollo jurisprudencial. 2. Redimensionamiento del bloque de constitucionalidad en Bolivia. 3. La doctrina jurisprudencial del Control de Convencionalidad. 4. Conclusiones.

1 CONCEPTO Y ALCANCES DE SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Debemos comenzar recordando al jurista español Francisco Rubio Llorente (1930-2016), quien en su estudio introductorio al

¹ Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Docente de la Universidad Privada Franz Tamayo (UNIFRANZ), del Centro de Capacitación Municipal (CCaM) y de la Universidad Salesiana de Bolivia (USB). Autor de distintos Libros sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Sección Nacional (Bolivia), y Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. Responsable del Blog Jurídico: Tren Fugitivo Boliviano.

Bloque de Constitucionalidad, precisaba que en la doctrina de Francia –país en donde se originó el Bloc de Constitutionnalité, por una resolución del Consejo Constitucional francés, el 8 de julio de 1966– se utiliza este término para designar al conjunto de normas –integrado por la Constitución y, por remisión del Preámbulo de ésta, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, que es realmente también una declaración de derechos, sobre todo de carácter social– que el Consejo Constitucional aplica en el control previo de constitucionalidad de las normas (Rubio Llorente, 1991, p. 105).

Por su parte, el profesor argentino Germán Bidart Campos (1995) sostenía que “el Bloque de constitucionalidad es el conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera de la Constitución documental”. (p.264). Para Mónica Arango (2004) el Bloque de Constitucionalidad son aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. (p. 1).

Sobre la base de lo anterior, es posible deducir que son parte del Bloque de Constitucionalidad aquellas normas, principios y valores que, sin ser parte del texto constitucional, por disposición o mandato de la propia Constitución, se integran a ella con la finalidad de llevar a cabo el control de constitucionalidad.

Una síntesis de estos criterios, ahora se encuentra plasmada precisamente en el texto de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, cuando dispone que “el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. (...)” (Artículo 410, parágrafo II constitucional).

Éste precepto referido al Bloque de Constitucionalidad, ciertamente constituye una reivindicación de las líneas jurisprudenciales establecidas con bastante anterioridad por la jurisprudencia constitucional², dado que el Tribunal Constitucional, en

² Desde el año 2001, el Tribunal Constitucional de Bolivia, asumiendo una posición de activismo judicial respecto a la protección de los derechos humanos, ha definido que los tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos

su primera época, en los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia Constitucional N° 0045/2006 de 2 de junio, había precisado que la teoría del bloque de constitucionalidad surgió en Francia, extendiéndose luego a los países europeos, siendo asimilada en Latinoamérica; entendiendo que dicha teoría, expone que *aquellas normas que no forman parte del texto de la Constitución, pueden formar parte de un conjunto de preceptos que por sus cualidades intrínsecas se deben utilizar para develar la constitucionalidad de una norma legal*; así, las jurisdicciones constitucionales agregan, para efectuar el análisis valorativo o comparativo, a su Constitución, normas a las que concede ese *valor supralegal* que las convierte en parámetro de constitucionalidad.

De ahí que, la jurisdicción constitucional boliviana ha concedido al bloque de constitucionalidad un alcance perceptible en la Sentencia Constitucional N° 1420/2004-R, de 6 de septiembre, estableciendo lo siguiente: conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución; entendimiento que ratifica lo expresado en la Sentencia Constitucional N° 1662/2003-R, de 17 de noviembre, en la cual el Tribunal Constitucional: realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución (de 1994), ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda.

forman parte del bloque de constitucionalidad, por lo que, los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos forman parte del catálogo de derechos fundamentales previsto por la Constitución; de manera que en ese contexto pueden ser invocados por las personas y tutelados por las autoridades (Cfr. Sentencias Constitucionales: SC 95/01, SC 1662/2003-R y SC 0102/2003).

De la jurisprudencia glosada, se deduce que el bloque de constitucionalidad en Bolivia lo conforman, además del texto de la Constitución, los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos ratificados; entonces, queda claro que no todo tratado, declaración, convención o instrumento internacional es parte del bloque de constitucionalidad, sino sólo aquellos que habiendo sido previamente ratificados por el Estado boliviano, estén destinados a la promoción, protección y vigencia de los derechos humanos, constituyéndose en un parámetro efectivo de constitucionalidad.

2 REDIMENSIONAMIENTO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA

Ampliando los criterios jurisprudenciales precedentemente expuestos, y respecto a los elementos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que también conforman el Bloque de Constitucionalidad en Bolivia, el Tribunal Constitucional pronunció una Sentencia Constitucional, a través de la cual entendió que los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen de este sistema no son aislados e independientes del sistema legal interno, dado que la efectividad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, solamente está garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma, en lo referente a su contenido, los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En este sentido, sostuvo lo siguiente:

En efecto, la doctrina del bloque de constitucionalidad reconocida por el art. 410 de la CPE, contempla como parte del mismo a los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos, entre los cuales inequívocamente se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, denominado también Convención Interamericana de Derechos Humanos, ratificado por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de octubre de 1994, norma que por su esencia y temática se encuentra amparada por el principio de supremacía constitucional, postulado a partir del cual, se sustenta el eje estructural de la jerarquía normativa imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia.

El Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada

por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Finalmente, el Tribunal concluyó estableciendo en su pronunciamiento, que al ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los Derechos Humanos, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del “Estado Constitucional”, que contemporáneamente se traduce en el “Estado Social y Democrático de Derecho”, y que tiene como uno de sus ejes principales, entre otros, precisamente la vigencia de los Derechos Humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer. Es por esta razón, que las Sentencias emanadas de la Corte IDH, ahora también forman parte del bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infra-constitucional vigente:

En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del ‘Estado Constitucional’ enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos (Cfr. Sentencia Constitucional N° 110/2010-R, de fecha 10 de mayo de 2010).

En resumen, y conforme se ha detallado en la Declaración Constitucional Plurinacional N° 0003/2013 de fecha 25 de abril de 2013, el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto por los siguientes compartimentos: 1) La Constitución como norma positiva; 2) Los

tratados internacionales referentes a Derechos Humanos; y 3) Las Normas Comunitarias; sin embargo, en el marco de una interpretación progresiva, acorde al principio de unidad constitucional y enmarcada en las directrices principistas del Estado Plurinacional de Bolivia, debe establecerse además que los valores plurales supremos del Estado Plurinacional de Bolivia, como ser el vivir bien, la solidaridad, la justicia, la igualdad material, entre otros, forman parte del bloque de constitucionalidad en un componente adicional, el cual se encuentra amparado también por el Principio de Supremacía Constitucional.

Conforme a lo expuesto, se puede inferir que la jurisprudencia constitucional ha realizado un redimensionamiento del bloque de constitucionalidad y del Estado Constitucional de Derecho a la luz del pluralismo y la interculturalidad, dado que la inserción en el Bloque de Constitucionalidad de valores plurales y principios supremos rectores del orden constitucional, tiene una relevancia esencial, ya que merced al principio de supremacía constitucional aplicable al bloque de constitucionalidad boliviano, operará el fenómeno de constitucionalización, no solamente en relación a normas supremas de carácter positivo, sino también en relación a valores y principios supremos rectores del orden constitucional, aspecto, que en definitiva consolidará el carácter axiomático de la Constitución Política del Estado aprobada en 2009.

En este redimensionamiento del bloque de constitucionalidad y del Estado Constitucional de Derecho, se colige que a la luz del vivir bien, la justicia y la igualdad como principios y valores plurales supremos que forman parte del bloque de constitucionalidad imperante, irradiarán de contenido todos los actos de la vida social, consagrando así los postulados propios del Estado Constitucional de Derecho (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0683/2013, de fecha 3 de junio de 2013).

En definitiva, y en una interpretación sistemática, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución desarrollado por la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto –de manera enunciativa y no limitativa– por los siguientes elementos: **i)** La Constitución como norma jurídica; **ii)** Los tratados y convenciones internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos; **iii)** las normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país; **iv)** las sentencias emitidas por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos como máximo garante del respeto a los derechos humanos en el plano supranacional; y, **v**) los principios y valores plurales supremos inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional.

3 LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En mérito al entendimiento jurisprudencial establecido a partir de la SC 110/2010-R de 10 de mayo, en sentido de que las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para el Estado Plurinacional de Bolivia y forman parte del bloque de constitucionalidad, corresponde hacer una breve referencia a la naturaleza y alcance de la doctrina del control de convencionalidad establecida precisamente por la jurisprudencia interamericana, para su aplicación en el contexto boliviano.

A este efecto, debemos comenzar señalando que el “*control de convencionalidad*”, es un tema que ha adquirido bastante notoriedad en los últimos años, pero que, sin embargo, data desde la vigencia misma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que ha sido y es, precisamente, el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en cada una de sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias o incompatibles con aquella, ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la “*inconvencionalidad*”, por ejemplo modificando la norma cuestionada.

Así también, es el control que han ejercido y ejercen los jueces o tribunales nacionales, cuando han juzgado la validez de los actos del Estado, al confrontarlos no sólo con la Constitución respectiva, sino con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados contenidos en la Convención Americana, o al aplicar las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana, decidiendo en consecuencia, conforme a sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su desapplicación en el caso

concreto. Es así que, en el ámbito de los derechos humanos, tuvieron que pasar casi cuarenta años desde que la Convención fuera suscrita (1969), para que gracias a la importante conceptualización efectuada en el año 2003 por el entonces juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, se captara en sus propios contornos el control que la propia Corte y los jueces y tribunales nacionales venían ejerciendo con anterioridad.

Por tanto, en esta materia concluye Brewer Carías (2012) solamente existirían dos cuestiones relativamente nuevas: **a)** la afortunada acuñación de un término como ha sido el de “control de convencionalidad” que Sergio García Ramírez propuso en su Voto Razonado a la sentencia del Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003; y **b)** la clarificación de que dicho control de convencionalidad se efectúa en dos vertientes o dimensiones: por un lado a nivel internacional por la Corte Interamericana, y por el otro, en el orden interno de los países, por los jueces y tribunales nacionales.

En una reciente publicación de sus Votos particulares, el ex juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, explica estas dimensiones, en la siguiente forma:

El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas bajo el imperio del Derecho internacional de los derechos humanos y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material.

Ahora bien, cuando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales – o a todos los órganos jurisdiccionales– para verificar la congruencia entre actos internos – así esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera – con las disposiciones del Derecho internacional (que en la hipótesis que me interesa reduciré a una de sus expresiones: el Derecho internacional de los derechos humanos, y más estrictamente, el Derecho interamericano

de esa materia). De esa verificación, que obviamente implica un ejercicio de interpretación, provendrán determinadas consecuencias jurídicas: sustancialmente, la convalidación o la invalidación (obtenidas por distintos medios y con diferentes denominaciones) del acto jurídico doméstico inconsecuente con el ordenamiento internacional (García Ramírez, 2015, pp.26-27).

Estas dos vertientes, fueron explicadas por el entonces juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en el Voto razonado emitido con relación a la sentencia del Caso *Tibi vs. Ecuador*, cuando efectuó una comparación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, considerando que la función de la Corte Interamericana, se asemejaba a la de los Tribunales Constitucionales cuando juzgan la inconstitucionalidad de las leyes y demás actos normativos conforme a las reglas, principios y valores constitucionales; agregando que dicha Corte, analiza los actos de los Estados que llegan a su conocimiento “en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa”; y que si bien “los tribunales constitucionales controlan la 'constitucionalidad', el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la 'convencionalidad' de esos actos. (Corte IDH, 2004).

Por otra parte, en cuanto al control de constitucionalidad que realizan los órganos jurisdiccionales internos, de acuerdo con lo expresado por el mismo García Ramírez en la referida Sentencia, estos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática”, en cambio “el tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.

A raíz de estas reflexiones, quedó claro en el mundo internacional de los derechos humanos que bajo la misma denominación de “control de convencionalidad” se han venido ejerciendo dos tipos de controles, por dos tipos de órganos jurisdiccionales distintos ubicados en niveles diferentes: uno en el ámbito internacional y otro en el ámbito nacional, y con efectos jurídicos completamente distintos, lo que amerita realizar algunas puntualizaciones sobre uno y otro, a efecto de poder precisar con mayor detalle, algunas perspectivas del control (difuso) de

convencionalidad en la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Bolivia.

3.1 SURGIMIENTO Y DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La doctrina del “control de convencionalidad” surge en el año 2006,³ en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, ocasión en la cual la Corte IDH precisó lo siguiente:

La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana⁴.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe

³ Con anterioridad existen referencias al “control de convencionalidad” en algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. *Cfr.* sus votos en los Casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; *Caso Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, párrs. 6 y 12.

⁴ En similitud a esto, encuentre las sentencias de la Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 172; y *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 140.

ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Subrayado añadido).

En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. (Opinión Consultiva, 1994, párr. 35). Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

El citado precedente agrega el jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac Gregor (2011) fue reiterado con ciertos matices (pp. 531-622), dos meses después, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.

En efecto, en este fallo se invoca el criterio del Caso *Almonacid Arellano* sobre el “control de convencionalidad” y lo “precisa” en dos aspectos: (i) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Entonces, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, se puede inferir que desde el Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos o características:

- A) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- B) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
- C) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte

IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;

- D) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y
- E) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. (Corte IDH, 2014, p. 6).

Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los siguientes casos contenciosos *La Cantuta vs. Perú* (2006), *Boyce y otros vs. Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009). Posteriormente, los alcances del control de convencionalidad, fueron reiterados en las siguientes sentencias: *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010); *Ilsen Cárdenas e Ilsen Peña vs. Bolivia* (2010); *Vélez Loor vs. Panamá* (2010); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010); *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).

Al año siguiente, los estándares sobre el control de convencionalidad fueron citados en los siguientes casos: *Gelman vs. Uruguay* (2011), *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011), *López Mendoza vs. Venezuela* (2011), y *Fontevecchia y D'amico vs. Argentina* (2011).

Un año más tarde, con mayores y menores matices, la doctrina jurisprudencial sobre el control de convencionalidad, fue reiterada en los siguientes casos: *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012), *Furlan y Familiares vs. Argentina* (2012), *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012), *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012), *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala* (2012), y *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012). Asimismo, al año siguiente, la línea jurisprudencial fue reiterada en tres sentencias: *Mendoza y otros vs. Argentina* (2013), *García Cruz y Sanchez Silvestre vs. México* (2013), y *J. vs. Perú* (2013).

En el año 2014, la Corte incluyó su jurisprudencia sobre el control de convencionalidad en cuatro sentencias, en los casos: *Liakat Ali Alibuk vs. Surinam*, *Norín Catriman y otros (Dirigentes,*

miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, y Rochac Hernández y otros vs. El Salvador.

De igual manera, en el año 2015, la jurisprudencia sobre el control de convencionalidad fue reiterada en cuatro sentencias: *López Lone y otros vs. Honduras, Ruano Torres y otros vs. El Salvador, Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, y García Ibarra y otros vs. Ecuador.*

3.2 FUNDAMENTO NORMATIVO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Para poder profundizar en el análisis del control de convencionalidad, se requiere precisar cuál es el origen de su obligatoriedad, es decir, su fundamento; lo cual resulta imprescindible para entender la importancia de realizar dicho control y para señalar que su ausencia implica que los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional.

Así, vemos que el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.

El artículo 1.1 de la Convención dispone que los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 2 del mismo instrumento, a su vez señala si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El artículo 29 de la Convención, establece también que ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De la lectura integrada de dichos artículos según Claudio Nash (2013) se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que éstos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, la protección y la promoción de dichos derechos. (pp. 489-509). En este sentido, desde esta comprensión se ha concebido el concepto de control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones, las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia.

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (Arts. 1.1 y 2º). Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Es decir, el Estado se encuentra obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Finalmente, se trata de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado; lo que constituye también otro de los fundamentos del control de convencionalidad en las normas del derecho internacional público, que ha sido recogido por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (26 de septiembre de 2006, párrafo 125).

Asimismo –agrega Claudio Nash–, la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *ius cogens* “*pacta sunt servanda*”, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte, da cuenta del compromiso que deben tener los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados. Emana también de los principios del derecho internacional público, el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales.

En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar un goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención, incluye la de adecuar la normativa no convencional existente.

En consecuencia y siguiendo el criterio de Claudio Nash, que el fundamento de la figura del control de convencionalidad se base tanto en normas convencionales como en principios del derecho internacional público, otorga un poderoso respaldo jurídico que permite salvar las objeciones que se pueden plantear en torno a la posible restricción a la soberanía de los Estados que supondría la obligación de realizar un control de convencionalidad.

3.3 EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia de la Corte IDH ha pasado por varias etapas en el desarrollo del concepto de control de convencionalidad, y analizar esta evolución es fundamental para entender el actual sentido y alcance de esta labor; a este efecto, resulta muy útil la diferenciación de etapas de evolución de la jurisprudencia interamericana, realizada con gran acierto por el profesor Claudio Nash, en su citado estudio sobre el Control de Convencionalidad.

Se debe recordar, que cuando el juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto razonado, en el *Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala* hace por primera vez alusión al control de convencionalidad, se pone de relieve la importancia que tiene para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados el análisis del funcionamiento del Estado en su conjunto y que en este análisis la Corte IDH hace un control de convencionalidad de las actuaciones del Estado:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional. (Corte IDH, 2003, párr. 29).

A) Primera etapa

Existe una primera etapa en que se delinearon los aspectos generales de la figura del control de convencionalidad, ocasión en la cual se señaló que el Poder Judicial debe realizar *una especie de control de convencionalidad*, lo que parece una posición prudente y clarificadora de la naturaleza diversa que tiene esta figura de aquel ejercicio propio del derecho constitucional. Asimismo, se avanza en indicar que este control incluye la interpretación que ha hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante, ya que en muchos sistemas internos ésta es una cuestión muy debatida:

La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio

carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte IDH, 2006, párr. 124).

En síntesis –dice Claudio Nash–, aquí están expresados los elementos centrales del control de convencionalidad:

- Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno.
- Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.
- Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado.
- Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH.

B) Segunda etapa

Avanzando en la evolución de su jurisprudencia, la Corte IDH estableció que el control debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local y aclaró que este se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de aquella. Cabe destacar que esta aproximación de la Corte IDH es relevante desde el punto de vista de la legitimidad del sistema, ya que toma en consideración la organización interna del Estado y permite un funcionamiento coherente del sistema. La Corte IDH no impone un sistema, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el sistema constitucional nacional:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Corte IDH, 2006, párr. 128).

C) Tercera etapa

En una tercera etapa de análisis, la Corte IDH va más allá y señala que el control de convencionalidad compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incorporando lo que se había señalado anteriormente acerca de la importancia de que este control se realice en el ámbito de competencias de cada magistratura. Esta apertura hacia los órganos competentes para realizar el control, permite la inclusión de los Tribunales Constitucionales y reafirma la idea de que todo juez debe realizar este control con independencia de sus características particulares. Es relevante destacar que este control difuso no lo puede imponer la Corte IDH:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha

hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte IDH, 2010, párr. 225).

Asimismo, en esta sentencia la Corte IDH clarifica cualquier duda que pudiera surgir sobre la naturaleza de esta institución y los alcances propiamente interpretativos de la figura del control de convencionalidad:

De tal manera, como se indicó en los casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.

D) Cuarta etapa

En su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública; es decir, se amplía el espectro desde el Poder Judicial a todos los órganos públicos, a propósito del análisis de la compatibilidad de una ley de amnistía aprobada democráticamente, con las obligaciones que impone la CADH:

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial. (Corte IDH, 2011, párr. 239).

3.4 ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad puede ser desarrollado en dos ámbitos: en el ámbito nacional y en el internacional.

- A) Precisamente, una de las modalidades en que se desarrolla este tipo de control, se manifiesta en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como “*control de convencionalidad*”.

Esta tarea –según Víctor Bazán– consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia (por ejemplo) la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo. Igualmente procederá el control, en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad.

Esto significa que, en el ámbito internacional, es la Corte IDH la que ejerce el control de convencionalidad propiamente tal, esto es, un control que permite la expulsión de las normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten a su conocimiento. Es relevante destacar que, como se ha señalado, esto se hace efectivo, por ejemplo, a través de la supresión de normas locales opuestas a la CADH, como ha ocurrido

con la declaración de incompatibilidad de leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH⁵.

- B) Asimismo, cuando el control se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas –según lo ha entendido recientemente la Corte IDH–) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado al respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos elementales del ser humano. En resumen, esto significa que se efectúa una interpretación de las prácticas internas, a la luz o al amparo del *corpus juris interamericano*, que es capital en materia de derechos humanos, acerca del cual aquél ejerce competencia material.

Desde este ángulo concluye Bazán (2011), que el control de convencionalidad es un dispositivo -que en principio y siempre que sea adecuadamente empleado- puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales. (63-104). Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y, en no pocas ocasiones, genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurisdiccionales conozcan el citado bloque jurídico de derechos humanos (*bloque de constitucionalidad*) y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH, y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios soberanistas a la hora de concretarlo.

⁵ Corte IDH: Casos Barrios Altos vs. Perú, 14 de marzo de 2001, párrafos 41-44; Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006, párrafo 105-114; La Cantuta vs. Perú, 29 de noviembre de 2006, párrafos 167 y ss.; De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, 24 de noviembre de 2009, párrafos 129-131; Gelman vs. Uruguay, 24 de febrero de 2011, párrafos 238-239.

En otras palabras, en el ámbito interno, el control de convencionalidad es realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. Sin embargo, las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada agente estatal y, por tanto, esto no implica necesariamente la facultad de expulsar normas del sistema interno. Un modelo determinado de control de constitucionalidad o convencionalidad no podría ser impuesto por la Corte IDH.

Teniendo claro esto —dice Claudio Nash, podemos afirmar que lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado, y que le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno. (p.492).

Entonces, considerando los ámbitos en que se puede realizar el control de convencionalidad, es posible sostener que se trata de una figura que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte IDH y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y que dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente.

3.5 EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

La Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) N°0487/2014, de fecha 25 de febrero de 2014, en el marco de nuestro sistema constitucional y la interpretación de los derechos y garantías, ha establecido que los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tienen el deber de ejercer el control de

convencionalidad en nuestro país de acuerdo al siguiente entendimiento:

Conforme se ha señalado, los derechos fundamentales y garantías constitucionales tienen un lugar preeminente en nuestro sistema constitucional, debiendo hacerse mención, fundamentalmente, a los arts. 13 y 256 de la CPE, que introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: La interpretación pro homine y la interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.

En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tiene el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión -ya sea que esté contenida en la Constitución Política del Estado o en las normas del bloque de constitucionalidad- y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Norma Suprema; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Posteriormente, la SCP N°0572/2014, de fecha 10 de marzo de 2014, complementa este entendimiento al establecer expresamente que tanto el principio de constitucionalidad (art. 410 de la CPE) como el de convencionalidad (arts. 13 IV y 256 de la CPE) - que en mérito al bloque de constitucionalidad previsto en el art. 410 de la CPE, queda inserto en el de constitucionalidad- exigen a las autoridades interpretar las normas desde y conforme a la Constitución Política del Estado y a las normas del bloque de constitucionalidad, precautelando el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, las cuales, conforme se ha visto, tienen una posición privilegiada en nuestro sistema constitucional. Los jueces y tribunales, bajo esa perspectiva, en virtud a las características de imparcialidad, independencia y competencia, como elementos de la garantía del juez natural, son quienes deben efectuar un verdadero control de convencionalidad, garantizando el efectivo goce de los derechos y las

garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad.

En el marco de lo señalado precedentemente, es evidente que al momento de aplicar las leyes, los jueces y tribunales tienen la obligación de analizar la compatibilidad de la disposición legal no sólo con la Constitución Política del Estado, sino también, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, están obligados a efectuar el control de convencionalidad, a efecto de determinar si esa disposición legal es compatible o no con los Convenios y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y con la interpretación que de ellas hubiera realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ambos casos, los jueces y tribunales están obligados a interpretar la disposición legal desde y conforme a las normas de la Ley Fundamental y las normas contenidas en Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y, cuando dicha interpretación no es posible, formular, de oficio, la acción de inconstitucionalidad concreta.

De igual manera, en la SCP N°0006/2016, de fecha 14 de enero de 2016 –a tiempo de precisar los criterios para la interpretación de los derechos fundamentales–, se hizo referencia al Control de Convencionalidad para resolver la problemática planteada en el caso; de ahí que, intentando sistematizar la jurisprudencia más relevante sobre el tema, cita la SCP 0783/2015-S1 de 18 de agosto, que con relación al bloque de convencionalidad señaló:

En el orden de ideas expuesto, toda vez que de acuerdo al art. 13.IV de la CPE, los derechos fundamentales deben ser interpretados de acuerdo al bloque de convencionalidad imperante, es decir en el marco del contenido de los tratados internacionales referentes a derechos humanos, es evidente que en virtud a esta pauta, deben aplicarse las mismas de interpretación para derechos plasmados en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición que forma parte del Bloque de Constitucionalidad del Estado Plurinacional de Bolivia y que en su contenido esencial, reconoce la esencia jurídica del principio pro-homine, pauta a partir de la cual, en el marco de favorabilidad y eficacia máxima de los derechos fundamentales, la teoría constitucional ha desarrollado el principio pro-actione, el cual está destinado precisamente a resguardar una vigencia real de los derechos fundamentales, siendo el encargado de ese rol el contralor de constitucionalidad, por ser éste en los estados miembros del

Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el último y máximo garante de los derechos fundamentales.

Entonces, conforme a la jurisprudencia constitucional vinculante, todas las autoridades, pero sobre todo los jueces y tribunales, están obligados a analizar si las disposiciones legales que aplicarán en los casos concretos, son compatibles con los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos e inclusive con la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; vale decir, que deben efectuar un verdadero Control de Convencionalidad, garantizando el efectivo goce de los derechos y garantías previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad.

3.6 EL SUPUESTO “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” EN LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL N°0084/2017

Para finalizar, cabe señalar también que recientemente se ha pronunciado la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017, de fecha 28 de noviembre de 2017 en uno de cuyos fundamentos se ha precisado la naturaleza jurídica y características del Control de Convencionalidad, así como su desarrollo jurisprudencial a nivel interamericano. No obstante, y en el marco de la temática propuesta en este trabajo, únicamente interesa poner de relieve que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha dejado establecido entre sus fundamentos jurídicos, lo siguiente:

El reconocimiento de los tratados de derechos humanos dentro del bloque de constitucionalidad, como normas de rango constitucional, no solo implica su reconocimiento de su jerarquía constitucional, sino que existe un mandato imperativo que ordena que aquellos tratados tienen aplicación preferente cuando garanticen de mejor manera la vigencia de los derechos humanos, esto es que los mandatos de la Constitución ceden cuando un Tratado y Convenio internacional en materia de derechos humanos, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución; y sirven también como pauta de interpretación cuando prevean normas más favorables, refiriéndose a las de la Constitución (art. 256 CPE). Por ello este Tribunal, los jueces ordinarios y en fin todos los órganos del poder público tienen el mandato imperativo de proteger los derechos fundamentales, a través del control de constitucionalidad y convencionalidad, que no solo alcanza a las normas infra constitucionales sino a la Constitución misma.

En relación a los alcances de la polémica Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017, y sobre la base de las precisiones anteriormente desarrolladas en este trabajo, acerca del significado y alcance del Control de Convencionalidad, considerando su notable evolución y desarrollo en la jurisprudencia interamericana; cabe señalar que si bien es evidente lo afirmado por Eduardo Ferrer Mac Gregor (en su Voto razonado al caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010), en sentido de que el control de convencionalidad en el ámbito interno “convierte al juez nacional en juez internacional: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana... (Lo que equivale a decir que) Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional.”, ello no puede quedar librado a la discrecionalidad del juez nacional, ni mucho menos puede ser utilizado a conveniencia por un juez constitucional (movido por las circunstancias del caso que le corresponda resolver), porque esa labor interpretativa debe obedecer esencialmente a la necesidad de protección de derechos humanos y fundamentales en un Estado, una vez verificada la incompatibilidad manifiesta entre las normas nacionales y las normas contenidas en la CADH.

Asimismo, no se debe perder de vista, que si bien no existe monopolio alguno en la interpretación de la CADH, quien tiene la calidad de supremo intérprete de la CADH es precisamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Por ello, el juez interamericano Ferrer Mac Gregor en su citado Voto razonado, ha dejado establecido que: no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.

Cabe dejar establecido que en el caso de la SCP N°0084/2017, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha decidido otorgar una aplicación preferente a un instrumento internacional de protección de los derechos humanos, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), al amparo de lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución boliviana; sin

embargo, para lograr su objetivo, únicamente ha expuesto argumentos forzados que tergiversan el verdadero sentido y finalidad del Control de Convencionalidad, dado que entre sus fundamentos jurídicos no ha logrado demostrar con argumentos jurídico constitucionales, que dicho instrumento internacional determine la existencia de un derecho humano a ser reelegido (indefinidamente), cual era el propósito de los accionantes; así como tampoco ha evidenciado que exista algún grado de contradicción o incompatibilidad manifiesta entre las normas de la Constitución, y las disposiciones de la CADH, más aún si se considera que de una simple comparación entre el contenido y alcances de los derechos políticos consagrados en la Ley Fundamental del Estado Plurinacional de Bolivia, frente a los derechos políticos consagrados en la CADH, queda claro que las normas de la Constitución resultan mucho más favorables y amplias en sus alcances para asegurar la eficacia de esos derechos que son vitales para el desarrollo democrático de la sociedad.

Entonces, resulta evidente que los supuestos fácticos en los que se debe activar el control de convencionalidad, no se han sustentado de manera suficiente en la reciente Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que por cierto, fue una decisión emergente del *control normativo* de constitucionalidad activado a través de la Acción de Inconstitucionalidad abstracta, y que tenía por finalidad esencial, verificar las condiciones de validez formal y material de las normas jurídicas con las disposiciones constitucionales y las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

De ahí que, resulta irrazonable la conclusión de aplicar preferentemente una norma internacional como la CADH, cuando no se ha demostrado la existencia de incompatibilidad alguna, o que este instrumento determine la existencia de un derecho humano a ser reelegido (indefinidamente), único supuesto fáctico que, de encontrarse previsto en esa forma, claramente resultaría mucho más favorable (para los intereses particulares de un caudillo, claro está; pero no así para la democracia). Sin embargo, ello no ha sucedido en ese caso, por lo que, el grado de favorabilidad de este instrumento internacional, no es evidente, y tampoco se ha justificado su aplicación preferente.

En consecuencia, existe un serio fundamento jurídico —entre muchos otros—, para sostener que se ha emitido una Resolución

contraria a la Constitución y las leyes en el Estado Plurinacional de Bolivia, que además ahora se encuentra en riesgo de ser sujeto de responsabilidad internacional por no haber realizado un control (adecuado, razonable e idóneo) de convencionalidad, quebrantando así el orden constitucional y el sistema democrático.

4 CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente trabajo se ha intentado vislumbrar la trascendental importancia del Bloque de Constitucionalidad que, en el caso de Bolivia, está conformado, además del texto de la Constitución, por todos aquellos tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos que habiendo sido ratificados por el Estado Plurinacional, estén destinados a la promoción, protección y vigencia de los derechos humanos, constituyéndose en un parámetro efectivo de constitucionalidad.

Por otro lado, es importante resaltar que en el marco de la nueva visión del constitucionalismo del Estado Plurinacional de Bolivia, la jurisprudencia constitucional ha realizado un redimensionamiento del Bloque de Constitucionalidad y del Estado Constitucional de Derecho a la luz del pluralismo y la interculturalidad, habiendo insertado en el mismo bloque, los valores plurales y principios supremos rectores del orden constitucional, así como las decisiones jurisdiccionales que emanen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En consecuencia, y como producto de una interpretación sistemática, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución desarrollado por la jurisprudencia constitucional, se ha establecido que el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto por diversos elementos que refuerzan su aplicabilidad, dado que además de la Constitución como norma jurídica, los tratados y convenciones internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos, y las normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país, también forman parte de este Bloque de Constitucionalidad, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como máximo garante del respeto a los derechos humanos en el plano supranacional, así como los principios y valores plurales supremos

inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional vigente en Bolivia.

En ese marco, cabe dejar establecido que el Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme a su configuración constitucional y a la naturaleza de sus atribuciones, está facultado para realizar el control de constitucionalidad por mandato de la Constitución, pero también está obligado a realizar un adecuado control de convencionalidad por mandato de la Convención y la Corte IDH. Ello significa, que este órgano no se encuentra autorizado para declarar la “inaplicabilidad” de normas constitucionales que se hallan vigentes y que son de cumplimiento obligatorio, para gobernantes y gobernados, en virtud de la *fuerza normativa* de la Constitución; así como tampoco se halla habilitado para declarar la aplicación preferente de un instrumento internacional de protección de los derechos humanos, sin haber sustentado jurídicamente la incompatibilidad manifiesta de dicho instrumento con la normativa interna, o la necesidad de protección de un derecho humano expresamente consagrado, en procura de resguardar el *efecto útil* de la CADH.

Capítulo XVII

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Cleverton Cremonese de Souza¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A controvérsia em relação ao parágrafo 3º do artigo 5º da CF. 3. Posição do Supremo Tribunal Federal. 4. O controle de convencionalidade difuso e concentrado no Brasil. 5. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Não há a menor dúvida de que movimentos históricos, lentos e graduais, geraram o cenário protetivo dos direitos humanos e fundamentais, nos moles como hoje os conhecemos.

O movimento do constitucionalismo, iniciado ainda na antiguidade, mas que ganhou força a partir do século XVIII, com o início do constitucionalismo clássico ou liberal marcado pela Revolução Francesa, foi o principal fator de alicerçamento dos direitos humanos e fundamentais.

¹ Abogado y profesor universitario. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro de la directiva de la Asociación Brasileña de Derecho Procesal Constitucional y de las Asociaciones Argentina, Paraguaya y Panamená de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Instituto Paranaense de Derecho Processual. Autor de diversos artículos y capítulos de libros en el área de Derecho Procesal Constitucional.

Seguindo esta tendência mundial, o Brasil, desde sua primeira Constituição Federal, a de 1891 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasi), já previa normas asseguradoras de direitos concernentes à liberdade, à igualdade, à segurança individual, à propriedade, dentre outros.

Entretanto, foi a Constituição Federal de 1988, ainda vigente, que trouxe os mais substanciais impactos na esfera de proteção dos direitos humanos e fundamentais.

A Constituição Cidadã, como foi chamada, que rompendo com a ditadura militar que vigia no Brasil desde 1964, marcou a redemocratização do Estado Brasileiro, alargou significativamente o campo dos direitos fundamentais, colocando-a como uma das constituições mais avançadas do mundo no que se refere ao esquema de proteção dos direitos fundamentais (Piovesan, 2013, p. 88).

Já no preâmbulo a Carta de 1988 deixa claro que o Estado Brasileiro é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (Constituição Federal, 1988).

Seu artigo 5º traz extenso rol (78 incisos) não exauriente de direitos e garantias fundamentais, o que demonstra claramente a intenção do constituinte em dar efetiva proteção a esta categoria de direitos.

Com efeito, a CF/88 foi a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais.

O artigo 4º, inciso II² da Carta Magna, claramente flexibilizou a preocupação antiga, da época do Império, no que se refere à

² Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

soberania do Estado, e adotou modelo internacionalista de prevalência da proteção dos direitos humanos, o que possibilitou a abertura do Estado brasileiro para o diálogo com a ordem jurídica internacional de proteção aos direitos humanos.

Flávia Piovesan comenta que o Brasil rompeu com a concepção tradicional de soberania:

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente protegido (Piovesan, 2013, p. 103).

O rigor com a prevalência dos direitos humanos previsto na Carta Maior fez com que o constituinte de 1988 tivesse que adotar técnicas para buscar a plena integração do País com as normas internacionais de Direitos Humanos.

A solução veio estampada no parágrafo 2º do artigo 5º³ da Constituição Federal, que criou mecanismo de recepção interna das normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais, expondo que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais⁴ em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Criou-se, assim, um mecanismo de carta aberta de direitos fundamentais, ou bloco de direitos, que fez com que automaticamente se tornassem materialmente constitucionais todos os direitos humanos previstos em tratados internacionais de mesma temática que o Brasil firmara.

³ Art. 5. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴ Os tratados internacionais são a principal fonte de obrigações do Direito Internacional e, enquanto acordos onde vigora o pacta sunt servanda, são vinculantes para os Estados-partes.

No ano de 2004, através da Emenda Constitucional nº 45, o legislador constituinte, na tentativa de reforçar ainda mais o preceito de prevalência dos direitos humanos, incluiu um parágrafo 3º no artigo 5º⁵ para dar equivalência a emenda constitucional (caráter formal de direitos humanos) a todos os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso através do mesmo *quorum* necessário para aprovação das emendas constitucionais.

Nesta senda, verifica-se que o Brasil possui mecanismos suficientes para recepcionar as normas internacionais de direitos humanos e assim atuar de acordo com o que preconiza a melhor doutrina internacional voltada à proteção efetiva dos direitos humanos.

2 A CONTROVÉRSIA EM RELAÇÃO AO PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 5º DA CF

A relação entre a Constituição Federal e a ordem jurídica internacional sempre mereceu importante destaque nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras. Antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, do ano de 2004, vigia entre nós apenas o parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna, que previa que Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Referido dispositivo, ao prever um sistema de cláusula aberta de direitos fundamentais no âmbito da Constituição brasileira, criando categorias de direitos expressos (os previstos na CF), implícitos (decorrentes do regime e dos princípios da CF) e provenientes de tratados internacionais, no que tange a este último, acabou não especificando a força hierárquica com que os tratados entrariam no ordenamento jurídico pátrio, o que levou a doutrina e a jurisprudência a especular neste sentido.

⁵ Art. 5 Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Entre nós, embora em franca minoria, haviam aqueles que entendiam pelo **caráter supraconstitucional** dos direitos humanos emanados de tratados internacionais, ou seja, enxergavam que eles teriam força hierárquica maior do que a própria Constituição Federal em razão da posição de superioridade em tese ocupada pelo ordenamento jurídico internacional.

Neste sentido Ricardo Castilho aponta que a Constituição não permite ao constituinte originário excluir direitos humanos que já tenham sido consagrados em âmbito internacional (Castilho, 2013, p. 84).

Também haviam os que defendiam o **nivelamento constitucional** dos tratados de direitos humanos⁶, dizendo que a Carta Magna prevê dispositivo de recepção automática deles a partir da sua ratificação, sem a necessidade de qualquer atuação legislativa, e que a intenção do legislador foi de equiparar no mesmo nível dos direitos fundamentais os direitos humanos captados a partir dos tratados internacionais de direitos humanos.

Estes se apegavam nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, ex-juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e que foi o idealizador do parágrafo 2º do artigo 5º da CF. Para ele:

O disposto no artigo 5º, 2º, da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes, de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação, pelo Poder Legislativo, de ato com força de lei, de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5º, 2º e 5º, 1º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno (Cançado, 1996, pp. 20-21).

⁶ A exemplo de Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade

Existiam ainda os que, se balizando pelo contido no artigo 102, III, “d”⁷, da Constituição Federal, apontavam para o **status de lei ordinária** dos tratados internacionais de direitos humanos, atestando que se caberia ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de leis federais e tratados, por óbvio estes deveriam ter caráter inferior à própria Constituição e, em virtude da posição que o vocábulo “tratado” ocupara na redação do artigo em comento, teriam eles sido equiparados às leis ordinárias.

O julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE, na década de 70, foi um exemplo clássico da filiação do STF ao entendimento do status de lei ordinária, assim como o habeas corpus 72.131/RJ, do ano de 1995.

O Ministro Marco Aurelio Mello, então relator deste último caso, citando Francisco Rezek, também Ministro do STF na época, disse que:

De qualquer forma, no magistério de Francisco Rezek, veiculado em Direito dos Tratados, uma vez promulgada, a convenção passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária. Assim, a nova disciplina da matéria, ocorrida a partir de 6 de novembro de 1992, implicou a derrogação do Decreto-Lei nº 911/69, no que se tinha como abrangente da prisão civil na hipótese de alienação fiduciária. O preceito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, limitador de prisão por dívida passou a vigor com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim, enfoques em contrário, relativamente a essa última, até então em vigor.⁸

Por fim, para completar a última das quatro vertentes que lidavam com a força hierárquica dos tratados de direitos humanos, capitaneada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, estavam presentes aqueles que visualizavam uma janela existente entre a constituição e as leis ordinárias, onde caberiam os tratados internacionais. Tratava-se da **tese da supralegalidade** dos tratados internacionais de direitos humanos, que possuiriam um status de superioridade em relação à lei ordinária,

⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

⁸ Supremo Tribunal Federal, 72.131-1/RJ. S. 1995.

mas em razão da supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico nacional, seriam inferiores à Carta Magna.

Esta tese foi aventada pelo Ex-Ministro Sepúlveda Pertence do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2000, ao apreciar o recurso em habeas corpus 79.785/RJ:

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo - como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 - com o entendimento, então majoritário - que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais - preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque - alçados ao texto constitucional - se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.⁹

Com a inclusão do parágrafo 3º do artigo 5º pela EC 45/2004, o problema da hierarquia acabou se agravando. O dispositivo, que foi inserido na Carta Maior com o nítido propósito de estancar a celeuma doutrinária e jurisprudencial existente, acabou gerando controvérsias maiores ainda, pois criou diferenciação entre os tratados aprovados pelo rito das emendas constitucionais e os não submetidos a este processo legislativo.

Segundo o dispositivo em comento, Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A equivalência de emendas constitucionais dos tratados aprovados pelo Congresso Nacional fez com que a doutrina passasse a visualizar que os instrumentos não aprovados pela Casa de Leis

⁹ Supremo Tribunal Federal, 79.785/RJ. 2000.

seriam inferiores à Constituição Federal, o que acabou prejudicando sensivelmente a tese daqueles que enxergavam os tratados internacionais de direitos humanos como normas materialmente constitucionais e inseridas de forma automática no catálogo de direitos fundamentais.

Segundo Pedro Dallari, o parágrafo 3º do artigo 5º foi contraproducente como instrumento de promoção efetiva dos direitos humanos (Dallari, 2005) Para ele:

Essa omissão não é desprovida de consequências, pois, além de o Congresso Nacional não atribuir expressamente dimensão constitucional aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda 45, a nova exigência de maior quórum na aprovação legislativa acaba aparentemente por endossar a interpretação de que as disposições do §2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, em 1988, não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados nessa matéria os efeitos de norma da Constituição. Tal condição só ocorreria daqui por diante e desde que atendidas as exigências do novo §3º do art. 5º. Assim, paradoxalmente, a adoção, pelo Congresso Nacional de preceito a princípio voltado a conferir maior relevância a tratados internacionais de direitos humanos, acabou por comprometer seriamente a tese, mais favorável à produção dos direitos humanos, de que os tratados nessa matéria já teriam status constitucional. (p. 95).

O novo texto constitucional também acabou abortando o desenvolvimento das teses de supraconstitucionalidade e de equivalência às leis ordinárias, pois ao prever equivalência constitucional dos tratados aprovados pelo Congresso Nacional, acabou trazendo consigo a mensagem subliminar de que os extremos não restariam mais possíveis frente à nova ordem instaurada.

3 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 1977, através do RE 80.004/SE, reforçado depois pelo HC 72.131/RJ do ano de 1995, mantinha o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuíam *status* de leis ordinárias. No entanto aos poucos a tese começou a periclitar a ponto de que no ano de 2008, logo após a entrada em vigor da Emenda

Constitucional 45 que incluiu novo parágrafo ao artigo 5º do texto constitucional, o entendimento sofreu verdadeira guinada.

Por ocasião da apreciação do Recurso Extraordinário 466.343/SP, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, que tratava sobre a possibilidade da subsistência ou não da prisão civil do devedor fiduciante, equiparado por lei (Decreto 911/69) ao depositário infiel, face às disposições do artigo 5º, LXVII da Constituição Federal¹⁰ e do artigo 7º¹¹ da Convenção Americana de Direitos Humanos, emergiram do STF duas teses que firmaram marco sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no cenário brasileiro, ambas reconhecendo eles como pertencentes a um regime diferenciado de proteção em relação aos tratados tradicionais e ambos conferindo a eles superioridade em relação às leis ordinárias.

A tese do Ministro Celso de Mello, que conferia *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, veio calçada na aplicação do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que segundo a exegese extraída por ele, daria nivelamento constitucional aos tratados de direitos humanos mesmo no caso daqueles não submetidos ao procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da CF, para obtenção de equivalência de emendas constitucionais.

Explicou o Ministro que os tratados internacionais de direitos humanos assumiriam na ordem jurídica interna *status* constitucional e comporiam, por isso, a noção de bloco de constitucionalidade.

Segundo ele ainda, haveriam três situações distintas a serem observadas no contexto dos tratados de direitos humanos no Brasil:

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 - RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernente a referidos tratados internacionais: (1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil

¹⁰ Art. 5º (...) LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

¹¹ 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

(ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo §2º do art. 5º da Constituição); (2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o "iter" procedimental estabelecido pelo §3º do art. 5º da Constituição); e (3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é "a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados).

O Ministro fez o alerta de que o entendimento segundo o qual existe relação de paridade normativa entre convenções internacionais e leis internas brasileiras há de ser considerado, unicamente, quanto aos tratados internacionais cujo conteúdo seja materialmente estranho ao tema dos direitos humanos, deixando claro que os tratados tradicionais não possuem hierarquia de normas constitucionais em nosso sistema.

Celso de Mello concluiu seu voto expondo que o tratamento de norma constitucional é necessário para dar efetividade ao sistema de proteção dos direitos humanos:

Com essa nova percepção do caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, dar-se-á consequência e atribuir-se-á efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, reconhecendo-se, com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, o indiscutível primado que devem ostentar, sobre o direito interno brasileiro, as convenções internacionais de direitos humanos, ajustando-se, desse modo, a visão deste Tribunal às concepções que hoje prevalecem, no cenário internacional - consideradas as realidades deste emergentes -, em torno da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana.

Apesar do brilhante voto apresentado por Celso de Mello, a tese consagrada, por maioria de 5 a 4 no julgamento do RE

466.543/SP, foi a capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, para quem os tratados de direitos humanos possuem o *status* de supralegalidade.

Para o Ministro Gilmar, a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que incluiu o parágrafo 3º no artigo 5º da CF, para dar a possibilidade de incorporação dos tratados de direitos humanos como normas formalmente constitucionais a partir da aprovação pelo Congresso Nacional.

Segundo ele, o artigo 5º, §3º na CF trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

O entendimento esposado por Mendes foi no sentido de que o novo texto constitucional, após a entrada em vigor da EC 45/2004, tornou norma constitucional apenas os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional pelo mesmo *quorum* das emendas constitucionais, deixando sem a mesma hierarquia todos os outros tratados de mesma temática não submetidos ao mesmo processo legislativo.

Por outro lado, aponta ele que a redação do parágrafo 3º do artigo 5º deixou claro também o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados tradicionais.

Neste sentido, aponta ele que diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Conclui dizendo que tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.

Em razão desta eficácia paralisante apontada pelo Ministro, a Constituição brasileira estaria outorgando aos tratados de direitos

humanos não aprovados pelo Congresso um caráter supralegal, pois valeriam mais do que as leis ordinárias, que restariam automaticamente sobrestadas toda a vez em que conflitem com os tratados.

Os tratados tradicionais firmados para o Brasil, segundo Mendes, teriam equivalência de leis ordinárias e estariam submetidos aos mesmos critérios de solução de antinomias das leis ordinárias.

Concluiu ele seu voto dizendo que de qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, §3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional.¹²

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DIFUSO E CONCENTRADO NO BRASIL

A inserção da Emenda Constitucional 45/2004 no ordenamento jurídico brasileiro e a fixação da tese da supralegalidade pelo Supremo Tribunal Federal, acabaram abrindo espaço na doutrina brasileira para o debate sobre o controle de convencionalidade, até então pouco explorado no país.

A cultura egocêntrica brasileira, não adaptada ao crescente diálogo com as fontes internacionais de produção normativa fez com que muito embora desde o ano de 2006 já se falasse em controle de convencionalidade em países da América Latina como México, Argentina, Colômbia e Peru, por aqui nada se escutasse a respeito do tema.

Coube a Valerio de Oliveira Mazzuoli, em sua tese de doutoramento (Mazzuoli, 2009), sustentada na UFRGS - Universidade Federal do Rio Grande do Sul ainda no final do ano de 2008, inaugurar entre nós o debate sobre o controle de validade das

¹² Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343/SP, em 03.12.2008.

normas convencionais tanto no âmbito interno como no âmbito das Cortes Internacionais.

Para o autor, falar em controle da convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical material das normas de direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Significa, também, falar especialmente em técnica judicial (tanto internacional como interna) de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos (Mazzuoli, 2013, p. 25)

Existem dois modelos de controle de convencionalidade compatíveis com nosso ordenamento jurídico, um internacional, realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, de caráter coadjuvante ou complementar, e um interno, realizado pelos juízes e tribunais nacionais de maneira principal e prioritária.

Para os fins deste trabalho, interessa-nos apenas o estudo do segundo modelo de controle de convencionalidade, aquele a ser manejado pelo Poder Judiciário brasileiro, sem prejuízo de sua observância pelos demais Poderes do Estado no âmbito de suas competências constitucionais.

Por isso insta lembrar que no Brasil, por definição do Supremo Tribunal Federal (RE 466.343/SP), os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros, possuem equivalência de emenda constitucional e, por consequência, *status* de norma constitucional. Já os tratados de direitos humanos não submetidos ao processo de aprovação previsto na CF, possuem hierarquia supralegal, causando efeito paralisante em todas as leis ordinárias de sentido contrário. Os demais tratados tradicionais possuem equivalência de lei ordinária e não possuem o mesmo caráter especial dado aos ligados à temática dos direitos humanos.

Com a inclusão do parágrafo 3º do artigo 5º na Constituição, dando equivalência constitucional aos tratados e convenções sobre direitos humanos, o legislador constituinte acabou disponibilizando ao Poder Judiciário do Brasil a possibilidade do exercício do controle de convencionalidade das normas internas do ordenamento jurídico nacional.

Assim, para que uma norma possa ser válida nos dias atuais, deve ela possuir dupla compatibilidade vertical material (Gómes,

2013, p. 17), ou seja, deve ser compatível com a Constituição Federal e com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país.

A lei que não respeitar esta dupla compatibilidade deverá ser expurgada de nosso ordenamento jurídico.

No caso específico dos tratados não submetidos ao processo de emendas constitucionais, como especificado por Gilmar Mendes por ocasião do RE 466.343/SP, a norma superior irradia uma espécie de eficácia paralisante da norma inferior interna, obstando que ela produza efeitos dentro do ordenamento jurídico pátrio (Gómes, 2013, p. 17).

Interessante notar que a partir do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, dois tipos de controle de convencionalidade passaram a ser admitidos no país, a exemplo do que já ocorre com o controle de constitucionalidade das leis: Um **controle concentrado de convencionalidade**, a ser exercido pelo próprio guardião da Constituição, qual seja, o próprio STF, e um **controle difuso de convencionalidade**, a ser exercido tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quando apreciar um caso concreto através dos recursos extraordinários, como pelos juízes ordinários, que no Brasil possuem legitimidade para declarar a inconstitucionalidade e, por consequência, também a inconvencionalidade, de forma incidental nos processos que atuarem.

O controle concentrado de convencionalidade, que somente poderá ser realizado pelo Supremo Tribunal, como alhures pontuado, tem como objeto a verificação da validade do direito interno frente a uma disposição de direitos humanos prevista em um tratado internacional do qual o Brasil tenha se filiado.

É de bom alvitre perceber que somente podem ser objeto de controle concentrado de convencionalidade os tratados de direitos humanos aprovados pelo Brasil através do procedimento previsto no artigo 5º, §3º da CF. Como incessantemente já frisado, o entendimento do STF no RE 466.343/SP foi de que somente os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus membros é que possuem *status* de norma constitucional.

Nesse sentido, somente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, firmados pelo Brasil em Nova York, em 30 de março de 2007,

posteriormente promulgados por intermédio do Decreto 6.949/09, é que possuem hierarquia constitucional até o momento, pois foram os únicos instrumentos aprovados pelo *quorum* de emenda constitucional no país.

Também não se pode deixar de mencionar que na hipótese do controle de convencionalidade concentrado, do modo como o STF delineou o instituto, praticamente não há diferença prática entre ele e o controle de constitucionalidade concentrado, eis que a equivalência de emenda constitucional prevista no §3º do artigo 5º fez com que o tratado aprovado pelo Congresso ingresse em nosso ordenamento como norma formalmente constitucional, e, por consequência, também passe a ser paradigma o controle de constitucionalidade concentrado.

Até por isso, falar de um instituto compreende se falar também do outro, com a ressalva apenas semântica existente entre eles.

O controle de convencionalidade concentrado, assim, somente poderá ser exercido por um dos legitimados previstos no artigo 103 da Constituição Federal, quais sejam: O Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional.

A decisão proferida em sede de controle concentrado de convencionalidade, invalidando uma norma doméstica, por força do artigo 102, §2º¹³ da Constituição Federal, produz efeito *erga omnes* e vincula todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, de todas as esferas do Poder.

Vale lembrar, como afirma Valerio Mazzuoli, que é plenamente defensável a utilização das ações de controle concentrado, como ADIn (que invalidaria *erga omnes* a norma infraconstitucional por inconvenção), a ADECON (que

¹³ Artigo 102 (...) §2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), e até mesmo a ADPF (que possibilitaria o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais baseadas exclusivamente no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, §3º, da Constituição em vigor no país (Mazzuoli, 2013, p. 168).

De outra banda, o controle de convencionalidade também poderá ser exercido de maneira difusa, tanto através da apreciação do próprio STF, em sede de recurso extraordinário, quanto pela apreciação do tratado por qualquer juiz ou tribunal do país.

Através de um caso concreto, de forma incidental, ou seja, antes da apreciação do *meritum causae*, eles analisarão a eventual inconvenção da norma do direito interno confrontada com o tratado de direitos humanos.

Mazzuoli (2013) alerta que é bom deixar claro que o controle de convencionalidade difuso existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 05.10.1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período, não obstante jamais qualquer doutrina no Brasil ter feito referência a esta terminologia. (p. 34).

Convém informar também que nesta modalidade, diferentemente do que ocorre com o controle concentrado de convencionalidade, não somente os tratados de direitos humanos incorporados pelo regime de emendas constitucionais (art. 5º, §3º, CF) são parâmetro para a aferição da convencionalidade. O Supremo Tribunal Federal, como já apreciado, definiu que mesmo no caso dos tratados de direitos humanos que não conservem equivalência constitucional, por eles possuírem condição especial dentro do ordenamento jurídico e produzirem efeito paralisante das leis infraconstitucionais, também são referências para o controle de convencionalidade.

Em verdade este segundo caso, que materializa a tese da supralegalidade acolhida pelo STF, representa a maioria absoluta das situações à disposição para o controle de convencionalidade em nosso ordenamento jurídico, pois, como já alinhavado, são raras as

situações¹⁴ em que os tratados internacionais de direitos humanos são acolhidos através do rito das emendas constitucionais.

O caso da prisão civil do devedor fiduciante representou em nosso país um exemplo típico de controle de convencionalidade difuso no Brasil, uma vez que a questão foi analisada de forma massiva tanto pelos juízes singulares e tribunais do país quanto pelo Supremo Tribunal Federal no *leading case* RE 466.343/SP, tanto que depois acabou se tornando a Súmula Vinculante 25 do STF.

Diferentemente do controle concentrado, no controle difuso de convencionalidade o efeito das decisões será *inter partes*, isto é, somente atingirá aquelas pessoas que figuraram como partes do caso concreto.

Parcela da doutrina entende que chegando o caso concreto pela via do Recurso Extraordinário, em razão da existência do artigo 102, III, "b"¹⁵, da Constituição Federal, é possível que ao se declarar a inconvenção de uma norma interna, se proceda de acordo com o previsto no artigo 52, X, da CF¹⁶ e se peça ao Senado Federal que suspenda no todo ou em parte a lei declarada inconvenção por decisão definitiva do órgão guardião da Constituição.

Em discrepância também com o controle concentrado de convencionalidade, que demanda a provocação de um dos legitimados pela CF, o controle difuso pode ser exercido de ofício (*ex officio*) pelo juiz ou tribunal. Isso ocorre porque a supremacia das normas convencionais sobre as leis infraconstitucionais, atestada pelo Supremo Tribunal Federal, implica na necessidade de se expurgar do ordenamento toda e qualquer norma que afronte a hierarquia estabelecida.

Questão interessante no âmbito do controle de convencionalidade, que jamais poderá ser esquecida em qualquer sede, é que tanto no controle difuso de convencionalidade como no

¹⁴ Vale lembrar, somente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo é que possuem hierarquia constitucional até o momento.

¹⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

¹⁶ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

controle concentrado, o hermenêuta não poderá se descuidar de que no âmbito do direito internacional dos direitos humanos vige o princípio *pro homine*¹⁷, de modo que no confronto entre uma norma internacional de direitos humanos e uma norma doméstica com o mesmo tema, sempre haverá a prevalência daquela que garanta maior amplitude de proteção aos direitos do homem. Trata-se de uma cláusula dialógica de compatibilização, que poderá, inclusive, levar ao afastamento da aplicação de uma norma internacional prevista em um tratado aprovado pelo rito das emendas constitucionais caso se vislumbre, no caso, maior proteção no texto da constituição vigente.

Também não menos instigante, quando se fala de controle de convencionalidade no Brasil é o tema da validade e vigência das normas internas objeto de aferição de convencionalidade.

Segundo Ferrajoli (1999, p. 21), citado por Mazzuoli, normas válidas são aquelas que guardam compatibilidade com as normas substanciais do ordenamento jurídico e normas vigentes seriam aquelas que guardam correspondência com a forma dos atos normativos.

Neste desiderato, normas vigentes seriam aquelas elaboradas conforme as regras do processo legislativo estabelecido pela Constituição e leis válidas seriam aquelas compatíveis com a Constituição e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Ocorre que a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal firmou no Brasil o entendimento pela suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao crivo do Congresso Nacional para a obtenção de força de norma constitucional (RE 466.343/SP), criou-se uma situação até então não observada entre nós: Passou a se admitir em nosso ordenamento jurídico interno a existência de leis infraconstitucionais vigentes, mas não válidas.

¹⁷ Entre nós o princípio *pro homine* está previsto no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.

Vigentes pois formalmente inseridas em nosso ordenamento jurídico pela via do regular processo legislativo, mas inválidas por afrontar os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e ainda sem aprovação pelo Congresso pelo procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º, da CF (normas supraleais).

Como referidas normas não possuem o *status* constitucional, permanecendo na janela existente entre as leis infraconstitucionais e a Constituição, tornou-se possível que uma lei possa restar válida sob a luz da Constituição Federal, mas inválida sob a ótica dos tratados internacionais de direitos humanos, permanecendo, em todo o caso formalmente vigente.

Este seria o efeito paralisante em relação à legislação infraconstitucional, citado por Gilmar Mendes quando da realização de seu voto no RE 466.343/SP, que não causa propriamente a invalidade constitucional da norma ante a sua manutenção vigente no ordenamento jurídico.

Por fim, é de bom tom esclarecer também que embora não se possa falar de controle de convencionalidade no caso dos tratados comuns, pois foram eles equiparados a leis ordinárias por decorrência da apreciação pelo Supremo do RE 466.343/SP, eles também se submetem a uma espécie de controle de legalidade dentro de nosso ordenamento jurídico.

Assim se sucede porque os tratados comuns, quando em conflito com as leis infraconstitucionais, devem ser resolvidos pelas mesmas regras gerais destinadas a solucionar as antinomias normativas de mesmo grau hierárquico: *lex posterior derogat legi priori* (critério cronológico) e *lex specialis derogat generali* (critério da especialidade).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tecidas estas considerações, verifica-se claramente que em matéria de controle de convencionalidade o Brasil ainda encontra-se em estágio inicial de evolução. São raras as decisões, principalmente realizadas por juízes singulares, onde se verifica o controle difuso de convencionalidade sendo aplicado.

O resultado do Recurso Extraordinário 466.343/SP deu uma sacudida na doutrina e na jurisprudência quanto ao tema, mas

acabou sendo ainda comedido no sentido de que poderia ter avançado ainda mais em termos de eficácia das normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais de que o Brasil faz parte.

A tese do Ministro Celso de Mello, que pretendia fazer vingar a tese da hierarquia constitucional para todos os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente de submissão ao procedimento das emendas constitucionais, talvez fosse a mais adequada para o país se colocar de vez ao lado de outros países Latino-Americanos que já compreenderam a necessidade de adaptar suas legislações internas e inclusive suas constituições aos anseios internacionais de proteção aos direitos humanos.

É crescente, na doutrina, o número de juristas que pedem a revisão do conteúdo jugado através do RE 466.343/SP. Hoje se anuncia que a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro já estariam abertos a visitar a força normativa dos tratados de direitos humanos e realizar o devido nivelamento constitucional de todos eles, mesmo os não incorporados formalmente como emendas constitucionais.

Na mesma toada vêm aqueles que já enxergam os tratados comuns como de *status* supralegal, abandonando, de vez, a tese da equiparação às leis infraconstitucionais que conservadoramente permaneceu instalada no *leading case*.

Como prevê a Convenção Americana de Direitos Humanos, é preciso reconhecer que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969).

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LOS ACTOS DE PODER POLÍTICO:

EL INDULTO HUMANITARIO A
ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Edwin Adolfo Morocco Colque¹

Sumario: 1. Cuestión introductoria: la incidencia convencional. 2. Los derechos humanos en el estado convencional. 3. El margen de apreciación estatal. 4. Los tratados y el bloque de constitucionalidad: El caso peruano. 5. El indulto humanitario en el Perú. 6. Los crímenes de lesa humanidad: ¿Sanción explícita o calificación implícita?. 7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el indulto en delitos de lesa humanidad.

¹ Abogado por la Universidad Privada del Norte – Sede Trujillo (Perú). Magister en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales de la misma casa de estudios. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Docente en Argumentación Jurídica, Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Universidad Privada del Norte (Perú) y la Universidad Católica de Trujillo (Perú). Presidente del Instituto Interdisciplinario de Derechos Humanos y Constitucionales (IDHC) de Perú.

1 CUESTIÓN INTRODUCTORIA: LA INCIDENCIA CONVENCIONAL

El presente artículo tiene por finalidad establecer ciertas premisas básicas acerca de la incidencia que viene acogiendo el 'control de convencionalidad' en el marco de las actuaciones de gobierno estatal propias del marco de los aludidos 'actos de gobierno', como son el indulto —en específico- humanitario.

En tiempos relativamente modernos, la persecución de la universalidad en cuanto a la distinción de los contenidos esenciales que procuran los derechos humanos, no únicamente como principios —en palabras de Robert Alexy (término acuñado para los 'derechos fundamentales') sino también como garantías exigibles a la comunidad internacional a través del *pacta sunt servanda* ha hecho que el fenómeno del convencionalismo se permita ubicar ciertos conceptos como insustituibles e intransigibles dentro de la convivencia nacional e internacional.

Este no tan reciente marco tuitivo acuñado por conducto jurisprudencial por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como *Helman vs. Uruguay* o *Almonacid vs. Chile*, desprovisto de un marco normativo explícito, ha conminado, a través de los conductos de primacía y supremacía constitucional, un camino para establecer un ámbito de exigibilidad vinculante a los Estados ratificantes de la Convención Americana de Derechos Humanos no sólo en el Poder Judicial a través de la impartición de justicia, sino también a los otros poderes como el legislativo y el ejecutivo.

Es en este último encuentro donde abarcaremos una apreciación sintáctica acerca del involucramiento convencional en los actos administrativos, ahondando de forma estricta a los actos de gobierno, los cuales dentro de la tradición del derecho han implicado una enajenación de la debida motivación como elemento dirimente para agenciar su validez, todo ello en el análisis específico del indulto humanitario en el Perú.

Dentro del marco de la justicia constitucional, una de las principales preocupaciones esenciales se ha enmarcado en demasía en la incidencia propia de los conflictos propios de la justicia constitucional en cuanto a su incidencia en el marco de la sostenibilidad de la vanguardia deliberativa de los contenidos de los derechos humanos al momento de ser interpretados en los diferentes Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos

(CADH), lo que en buena medida determina que modelos actuales de control de constitucionalidad converjan en la necesidad de delimitar *la justa medida* con la cual debiera adecuarse o situarse este nuevo panorama argumentativo que, sin lugar a dudas, pone en evidencia la especial trascendencia valorativa que han acuñado con el devenir de los tiempos la aludida *justicia convencional*.

En este extremo, considero oportuna las reflexiones propuestas por el maestro Riccardo Guastini (2001) acerca de las condiciones necesarias que deben ser puestas a consideración de los alcances de la Constitución como eje central de interpretación, tomando para ello, como base de análisis ulterior algunas de sus ideas para identificar los puntos conflictivos advertidos en el debate formulado por Manuel Atienza (2011) acerca de la argumentación sobre el conflicto jurídico, quien por éste entiende su existencia como la génesis del derecho, constituyéndose en una suerte de instrumento, una técnica de tratamiento de problemas de cierto tipo las cuales habrán de ser abordadas desde el uso de razones de cierto tipo, por lo que en dicha medida recalca la imposibilidad de poder argumentar jurídicamente sin un adecuado análisis estructural del derecho, lo cual implica una vinculación de los procesos argumentativos con el comportamiento de los jueces y otros operadores jurídicos, pudiendo relativizarse relaciones entre lo jurídico y los valores, así como los elementos ideológicos y políticos que de la Constitución subyacen.

En ese marco argumentativo, resulta importante fijar un marco coherente de condiciones necesarias para el adecuado compromiso normativo que deviene de la Constitución como carta magna:

- *Constitución rígida*

Una Constitución es rígida si, y sólo si, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación “ordinaria”, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes). Así pues, cuando una Constitución rígida está en vigor, es menester distinguir dos “niveles” jerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional (o de revisión constitucional). La Constitución está por encima de la

legislación ordinaria, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta.

- *La garantía jurisdiccional de la Constitución*

Es obvio que la rigidez de la Constitución, aunque esté formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución. Ahora bien, en la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos, el órgano competente para ejercer tal control es un órgano jurisdiccional o semijurisdiccional.

Es claro que, en los ordenamientos contemporáneos, existen sistemas de control muy diversos, que pueden ser evaluados desde el punto de vista de su eficacia. A grandes rasgos, se pueden distinguir tres modelos fundamentales.

A. Primer modelo (Estados Unidos):

Control *a posteriori* (por vía de excepción) y, por lo tanto, in concreto, ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional.

Este sistema de control presenta dos características importantes. En primer lugar, hace posible que una ley inconstitucional entre en vigor y también que sea aplicada por un largo tiempo antes de que su ilegitimidad constitucional sea reconocida por los jueces. En segundo lugar, dentro de este sistema, la decisión de un juez —incluso del tribunal supremo— que declare la ilegitimidad constitucional de una ley, no produce efectos generales, sino sólo efectos circunscritos a la controversia decidida.

B. Segundo modelo (Francia):

Control *a priori* (por vía de acción) y, por lo tanto, in abstracto, ejercido por un tribunal constitucional (o por un órgano similar). Este tipo de control teóricamente impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor. Pero el control in abstracto no puede asegurar una total conformidad de las leyes con la Constitución, ya que los posibles efectos inconstitucionales de una ley no siempre pueden ser determinados plenamente si no es atendiendo a su impacto sobre casos concretos.

C. Tercer modelo (Alemania, Italia, España):

Control a posteriori (por vía de excepción) y, por lo tanto, in concreto, ejercido por un tribunal constitucional. Este tipo de control, siendo a posteriori, no puede impedir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales.

Por otra parte, la decisión del tribunal constitucional que declara la ilegitimidad constitucional de una ley está provista de efectos generales, erga omnes. En otras palabras: la ley es anulada en definitiva y ya no puede ser aplicada por juez alguno.

- *La fuerza vinculante de la Constitución*

La tercera condición no guarda relación con la estructura del ordenamiento constitucional: más bien considera la ideología difundida en la cultura jurídica del país del que se trate.

Casi todas las Constituciones contemporáneas son Constituciones “largas”, en el sentido de que incluyen — al lado de las normas sobre la organización del Estado — también una declaración de derechos, o sea, una serie de normas que regulan directamente las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Además, lo que más cuenta, en el seno de las declaraciones de derechos frecuentemente se encuentran no sólo normas claras y precisas que confieren derechos de libertad a los ciudadanos, sino también:

A. Principios generales que no son susceptibles de aplicación inmediata sino que exigen interpretación y “concretización” por obra del legislador, de los jueces y de los órganos del Estado en general.

B. Disposiciones programáticas que confieren a los ciudadanos, ya no derechos de libertad, sino derechos “sociales”, y que tampoco son susceptibles de aplicación inmediata hasta que los programas económicos y sociales previstos por la Constitución no son realizados mediante leyes.

- *La “sobre interpretación” de la Constitución*

La cuarta condición depende de la postura de los intérpretes frente a la Constitución: los jueces (especialmente el tribunal constitucional, en caso de que tal tribunal exista), los órganos del Estado en general y, naturalmente, los juristas.

Toda Constitución es un texto —por muy largo que sea, aun así— “finito”, incompleto, limitado. Toda Constitución —fatalmente— contiene lagunas en el sentido, del todo trivial, de que nunca jamás una Constitución puede regular la vida social y política en su totalidad.

- *La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*

La última condición no es fácil de precisar. Ésta depende de diversos elementos, entre los cuales se pueden mencionar: el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces (sobre todo del tribunal constitucional, cuando existe tal tribunal), la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos.

A tenor de las ideas expuestas tenemos en relieve que el marco constitucional implica no únicamente una expresión democrática de ideales, sino de concreción de voluntades que legitiman una adecuación social con eficacia jurídica para ciertos cánones de conducta admitidos bajo un ámbito de *convencionalismo interno*, entiéndase, el respeto del orden público interno de cada Estado.

2 LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO CONVENCIONAL

Sin lugar a dudas, los derechos humanos han adquirido en estos últimos años una notable evolución que, ha sobrevenido desencuentros académicos acerca de su adherencia al derecho constitucional, o quizá también del derecho internacional, y en ocasiones en su relación estricta con los derechos del ciudadano, confundiendo su condición, naturaleza y especial importancia; siendo dicho hito expuesto a partir de la Revolución Francesa y la Declaración de los derechos de hombre del ciudadano de del 26 de agosto de 1789. Esta percepción de contenido filosófico atravesaría diferentes cambios a partir de las formulaciones filosóficas que darán por asentir que la misma guarda relación íntima con la condición misma de ser humano.

Una suerte de cambios han envuelto al conjunto de derechos humanos que hoy se reconocen a nivel internacional, cambios que a

decir “incurren en tres momentos culminantes que patentizan e inciden en los resultados posteriores” (Gozáíni, 1995, p. 13).

La primera etapa comienza con la revolución francesa a fines del siglo XVIII. Los derechos del hombre logran ser reconocidos pese a la fuerte oposición entre el estado y sus habitantes. En esta etapa *“se exige un no hacer, una actitud negativa, un prevalecer de los derechos que hasta entonces eran considerados naturales y propios y que en este periodo van a consagrarse como derechos civiles y políticos, y como anteriores a la existencia misma del estado”²*.

La importancia de esta época y de La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 radica en que por primera vez se obtuvo una categoría de derechos donde el estado no tiene injerencia ni participación, sin embargo dividen los derechos entre garantías preexistentes y derechos que surgen de la vinculación con el estado. Así, Gozáíni (1995) sostiene que “los derechos del hombre son naturales e inalienables, mientras que los derechos del ciudadano son positivos y dependientes del estado” (pp. 13-14).

La segunda etapa parte de dos hitos históricos; el primero es la industrialización y el segundo lo marca el comienzo de la segunda Guerra Mundial. Estos fenómenos alertan al hombre de su incapacidad para resolver los conflictos en una sociedad donde la agresión se multiplicaba por estigmas raciales, en esta etapa se pide al hombre que actúe..., las masas claman por un accionar positivo, se necesitaba *“un hacer, que se contrapona a un no hacer de la etapa anterior”*.

La tercera etapa supone un giro en los intereses del hombre, ahora la reflexión gira en torno a los actos propios de la vida en sociedad. El hombre ve situada su individualidad e inmenso los peligros del mundo, por lo que considera necesita más protección y es el estado el llamado a brindarla. El hombre considera inmutables los valores conquistados y pide que estos se respeten, surge los llamados derechos de tercera generación o derecho de solidaridad.

² Recordemos la época de la ilustración donde la corriente filosófica jusnaturalista, cuyos conceptos se sustentan en una idea central: el hombre, *individualmente considerado*, es poseedor de derechos naturales, es decir, derechos que le son propios desde antes de entrar a formar parte de la sociedad, del estado de sociedad; tales derechos son reconocibles por medio de la razón y la comunidad, es decir la sociedad y el estado, debe respetárselos.

Que los derechos humanos funcionen, o que funcione la Constitución que los reconoce e incorpora a su conjunto normativo significa que tengan unos y otros la aptitud de encarnar en la dimensión sociológica del mundo jurídico³, el concepto de derechos fundamentales según Nogueira Alcalá (2003), es netamente *subjetivista público*, en el sentido que “se reserva generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran *reconocidos* por el ordenamiento jurídico de un Estado en la carta fundamental” (p. 59), es así que: los derechos humanos al constitucionalizarse se vuelven derechos fundamentales.

La expresión «derechos fundamentales» se usa generalmente en el sentido de «derechos humanos», o se sustituye por esta. Así, es que nuestro Estado incluye en la Constitución el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales del hombre. Citando a Gianluigi Palombella se debe tener en cuenta el siguiente: «... la expresión “derechos fundamentales” se muestra como una noción “jurídica” apropiada en todo caso para una teoría del Derecho, mientras que la expresión “derechos humanos” denota una acepción lata que entorpece su uso» (Palombella, 1999, p. 526).

3 EL MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL

La interpretación y aplicación de Convenios Internacionales de Derechos Humanos es una tarea especialmente delicada. Aunque los Tribunales internacionales encargados de interpretarlos tienen, en su ámbito de competencia, la función de proteger derechos humanos frente a posibles interferencias estatales, el ejercicio de su rol jurisdiccional no es posible sin una conciliación constante de elementos y valores que pueden estar en tensión. A decir de Iglesias Vila (2018) estos Tribunales requieren gran maestría para conjugar expectativas ciudadanas de protección de derechos, consideraciones democráticas en coyunturas sociales plurales y cambiantes y voluntades tanto individuales como conjuntas de los estados.

La primera ocasión en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) (1976) fundamentó esta doctrina fue

³ Cfr: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/926/20.pdf>

en el Caso *Handyside*⁴. El TEDH consideró que en un ámbito en el que no había una posición uniforme entre los Estados parte, como era la protección de la moral, las autoridades nacionales gozaban de un cierto margen de apreciación al estar en una mejor posición para decidir. Es decir, el TEDH concede a los Estados una cierta deferencia al aplicar las restricciones a derechos fijadas en el Convenio en ámbitos en los que no existe un consenso europeo. Deferencia que no es absoluta, correspondiendo al propio Tribunal la consideración de la idoneidad de su uso a través de un juicio de proporcionalidad. Asimismo, el TEDH (1979) en el Caso *Sunday Times*⁵ se concretó la fundamentación dada al hacerse depender su amplitud del grado de objetividad de los fines perseguidos (a más, menor margen).

Existen muchas y muy buenas investigaciones nacionales e internacionales sobre la doctrina del «margen de apreciación nacional» como las de Arai-Takahashi y Steven Greer, ambos traducidos por García Roca (2010) y las de Yourow (1987). En estas, el margen se define como «*the breadth of deference*» o un «*espacio de maniobra*» que el TEDH otorga a las autoridades nacionales. Además desde la doctrina española se ha conceptualizado como una «*regla de no decisión*», una «*suerte de deferencia europea hacia la decisión interna (...) derivado de la prudencia y la subsidiariedad inherente a la protección internacional*».

En palabras de Benavides (2009), los casos en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha empleado el margen de apreciación se pueden clasificar en tres:

- Tratándose de la ponderación de las circunstancias que ameritan decretar un estado de excepción –artículo 15

⁴ En esta ocasión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que “quedaba comprendido dentro del margen de apreciación estatal y que, por lo tanto, era conforme con el artículo 10 del Convenio la prohibición de publicación de *The Little Redbook for Students* al considerarse que la restricción de la libertad de expresión estaba justificada al ser necesaria en una sociedad democrática para la protección de la moral. Dicha prohibición se sustentó en la consideración de que el manual, destinado a menores, atentaba contra la moral pública al tratar cuestiones acerca de sexo, drogas, etc.”

⁵ En esta sentencia no fue considerada proporcional la prohibición hecha por las autoridades británicas al periódico *Sunday Times* de publicar cierta información sobre los efectos secundarios producidos por la Talidomida. El Tribunal consideró que la medida no era proporcional al fin perseguido, este es, garantizar la autoridad del poder judicial, estableciendo que la amplitud del margen era menor que en el caso *Handyside* al corresponder dicha garantía a un fin mucho más objetivo.

del Convenio- y, por lo tanto autoricen al Estado Parte a restringir el ejercicio de algunos derechos; (Caso Irlanda Vs. Gran Bretaña, 1993).

- Para limitar el ejercicio de los derechos contenidos en los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio; (Caso Bladet Tromso y Stensaas Vs. Noruega, 1999).
- Para determinar el contenido y alcance de ciertos derechos o aspectos de ellos.

Hay que tener en cuenta que la finalidad del CEDH, como ya quedó dicho anteriormente, es la protección de una serie de derechos imprescindibles para la convivencia democrática. Su jurisdicción asegura exclusivamente un mínimo común por lo que cualquier actuación sobreprotectora por parte de los Estados quedará amparada, como no podía ser de otro modo, por el propio CEDH. Todo ello lleva a afirmar que el sistema de protección de Derechos Humanos instaurado por el Convenio impone una homogeneización de un mínimo exigido en los derechos allí reconocidos. Homogeneización que implica integración, dotando al Convenio de la característica de ser un sistema de protección internacional sui generis.

En este extremo destaca la llamada doctrina del margen de apreciación, la cual, según González Vega (2004), puede ser entendida, como “un espacio de discrecionalidad con la que cuentan los Estados Partes, para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales; en el entendido de que su ejercicio, se encuentra sujeta al control del Tribunal Europeo, y a su labor continua en la construcción de un ‘consenso europeo’.”

4 LOS TRATADOS Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: EL CASO PERUANO

La Constitución Política del Perú (en adelante, la ‘Constitución’) ha consagrado en el Capítulo II De los Tratados del Título II Del Estado y la Nación un modelo dual de regulación de los tratados internacionales, donde se parte de reconocer en el artículo 55° que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte

del derecho nacional”, para luego regular los tratados que deben ser aprobado por el Congreso y los tratados que pueden ser aprobados por el Poder Ejecutivo. De conformidad con lo estipulado en el artículo 55° de la Norma Fundamental, los tratados celebrados por el Estado peruano y en vigor forman parte del derecho nacional. En este sentido, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, constituyen un derecho válido y eficaz (Exp. 01999-2009-HC FJ 9,10).

Tratados aprobados por el Congreso de la República:

- Los tratados-ley son: “Los tratados [que] deben ser aprobados por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución”, de conformidad con el artículo 56° de la Constitución.
- Estos traités-lois, al establecer reglas generales como lo hace toda ley, permiten que una materia aprobada por el Congreso pueda ser desarrollada por el Poder Ejecutivo, a través de su potestad reglamentaria; sin perjuicio que el Poder Ejecutivo también apruebe tratados “simplificados” o “administrativos” en las materias no contempladas en el artículo 56° de la Constitución. Por ello, el principio que rige la aprobación de un tratado-ley es el de competencia, y no el de jerarquía. Pero, constitucionalmente existe una suerte de cláusula residual a favor del Poder Ejecutivo; en la medida que lo no previsto a favor del Congreso le corresponde aprobarlo al Poder Ejecutivo dando cuenta al Congreso, según el artículo 57° de la Constitución.
- Este principio de competencia opera delimitando la lista de materias que le corresponde a cada tipo o nivel de tratado, según la Constitución, y analizando las formas de aprobación y aceptación de estos tratados, de conformidad con las disposiciones constitucionales. Así, el que la práctica de la aprobación de los tratados por el

Estado peruano sea por la vía de los tratados leyes o de los tratados administrativos debería ser materia de un control constitucional previo a su entrada en vigencia, a efectos de crear certeza y predictibilidad en el proceso de formación del tratado internacional, lo que generará obligaciones y derechos firmes para el Estado.

- El control preventivo de constitucionalidad de los instrumentos internacionales es reconocido en el Derecho constitucional comparado como el pronunciamiento previo de la jurisdicción constitucional antes de formar o ratificar por parte del Presidente de la República un tratado legislativo o un tratado simplificado; lo cual rige en los sistemas constitucionales de Chile, Colombia, España, Alemania, entre otros; esta consideración, como es obvio, requeriría del estudio y propuesta parlamentaria para un reforma constitucional, de conformidad con el artículo 206° de la Constitución.
- Sin perjuicio de ello, los principios y técnicas para la delimitación de las materias que son competencia de un tratado-ley y de un tratado administrativo se pueden condensar en una suerte de test de la competencia de los tratados. Este test, de manera sintética, contiene los siguientes sub exámenes: El principio de unidad constitucional dentro de la diversidad, que supone subordinar los intereses particulares de los poderes y organismos constitucionales a la preeminencia de los intereses generales del Estado, los cuales, conforme al artículo 44 de la Constitución son los siguientes: “defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.
- Esta subordinación debería realizarse en el marco de las competencias y atribuciones establecidas dentro del bloque de constitucionalidad para cada poder del Estado. Como se aprecia, las materias que son competencia de los tratados-ley están taxativamente establecidas en el artículo 56° de la Constitución; en asuntos que regulan temas específicos de rango legislativo, en materia de

derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, tributos y demás cuestiones que requieran de medidas legislativas de rango infraconstitucional. Y por defecto de las mismas, le corresponde al Poder Ejecutivo la aprobación de las demás materias a través de los tratados simplificados, según el artículo 57° de la Constitución.

Tratados aprobados por el Poder Ejecutivo

- Los tratados ejecutivos o acuerdos simplificados son aquellos cuyas materias no están contempladas en los tratados del nivel legislativo. Así, el primer párrafo del artículo 57° de la Constitución, dispone que “el Presidente de la Republica puede celebrar o ratificar tratados o adherir a estos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente...”. En consecuencia, este artículo opera como una clausula residual, es decir que los tratados simplificados son competencia del Poder Ejecutivo por defecto de las materias del Congreso; que son derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, tributos y demás cuestiones que requieran de medidas legislativas de rango infraconstitucional, según dispone el artículo 56° de la Constitución.
- Por ello, de la Constitución peruana se desprende que los tratados simplificados son los acuerdos internacionales sobre materias de dominio propio del Poder Ejecutivo, Tales como los acuerdos arancelarios, comerciales, de inversión, servicios o de libre circulación de personas, servicios y mercaderías entre países, que son, claramente, asuntos que atañen al Poder Ejecutivo.

En este orden de ideas, se prevé de forma clara que el marco de la interacción normativa que funge la Convención Americana de Derechos Humanos, y cualquier otro mecanismo normativo similar, prevé la necesidad intrínseca de ser debidamente revisado para su debida integración como parte del orden jurídico interno, lo que a su vez implica la necesidad de aprehensión y sistematización con el respeto del orden público interno y las buenas costumbres. Lo

anterior sería el elemento tangible que ha de verificarse en el marco de la historia, cultura y marco normativo para el reconocimiento progresivo, y evidente funcionamiento de la dinámica constitucional dentro del bloque con relación al aludido *control convencional*, en tanto que siempre ha de adecuarse a la normativa interna.

En ese extremo, resulta importante exponer que en el marco de la interpretación jurídica, la jurisprudencia convencional asume una especial tratativa, sin embargo, es preciso citar que la misma no puede ser discordante de los alcances normativos propios de la CADH, y éste último de la Constitución, en una cuestión clara de categorías jurídicas, razón por la cual surte los mismos efectos vinculantes de respeto al orden público, salvo que, por disposición expresa sea necesaria la reforma constitucional a través de los procedimientos regulares que merecen la estabilidad política y argumentativa que acoge a la carta magna dentro de un contexto social y político determinado para el ejercicio de la justicia constitucional.

Para esos alcances, resulta de vital importancia distinguir dos conceptos claves para entender la dinámica constitucional-convencional, y esto es, 'primacía' y 'supremacía'. Para estos efectos, la primera alude a un componente sustantivo que relega la aplicación progresiva de los contenidos desarrollados por los ordenamientos jurídicos dentro del marco de un principio normativo integrador que habilite dicha circunstancia, siendo para el caso en concreto, el principio del *pacta sunt servanda*, respecto del cual gran parte de los Estados han encontrado una condición habilitante de participación en los diferentes tratados y convenciones que regulan y protegen los derechos humanos a nivel internacional y nacional.

Por otro lado, desde el ámbito de la vinculatoriedad y remisión normativa, tenemos el segundo término, el cual implica 'supremacía', esto es, el marco de coacción jurídica por vinculatoriedad y fiel cumplimiento, siendo dicha fuerza la concreción de la Constitución nacional, siendo que es la misma que habilita la concesión de 'primacías' en cuanto a la determinación de los derechos que se vengán desarrollando a nivel convencional, siendo por lo tanto, en ese orden de ideas, poco saludable tratar de avalar la existencia de un nivel de jerarquía normativa superior a la constitucional.

Estas ideas guardan correlato con lo expuesto acerca de la dinámica del bloque de constitucionalidad, a resguardo de la técnica argumentativa de control de constitucional que acoge a cada Estado

en atención a sus especiales circunstancias, sean históricas, culturales o legislativas; siempre en tendencia progresiva, lo cual está dentro del marco de su discrecionalidad, tomando para estos las experiencias propias de la teoría del margen de apreciación estatal.

5 EL INDULTO HUMANITARIO EN EL PERÚ

Los supuestos para la solicitud de indulto por razones humanitarias se encuentran detallados en el artículo 31 del Reglamento de la Comisión de Gracias Presidenciales. En el texto, se explica que este derecho solo procede en estos tres supuestos:

- Cuando el reo padece de enfermedades terminales.
- Cuando el reo padece enfermedades no terminales graves, “que se encuentran en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad”.
- Cuando el reo se encuentra afectado por “trastornos mentales crónicos, irreversibles y degenerativos; y además, que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad”.

De haberse acogido a un pedido de indulto humanitario, Fujimori debería probar que tanto la enfermedad no terminal que padece (cáncer bucal) se ajusta a las características señaladas en el numeral 2, además de acreditar el riesgo al que su vida, salud e integridad se exponen debido a su situación carcelaria, sin embargo, el punto en controversia en este punto pasa por establecer si, pese a la declaración de lesa humanidad de los delitos cometidos por el ex presidente Alberto Fujimori, es preciso el otorgamiento del indulto humanitario.

6 LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: ¿SANCIÓN EXPLÍCITA O CALIFICACIÓN IMPLÍCITA?

Para arribar a una respuesta tentativa, resulta imprescindible establecer un concepto cercano a «lesa humanidad», el cual encontramos en el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal

Internacional (Estatuto de Roma), aprobado el 17 de julio de 1998 (siendo pertinente resaltar su mención previa en el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg de fecha 08 de agosto de 1945) y ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 27517 del 29 de setiembre de 2001 (publicada en el diario oficial El Peruano el 09 de octubre de 2001). Por su parte, el Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0024-2010-PI/TC (fundamento 49), recoge los presupuestos que se necesitan para que una acción tenga esta denominación:

- Cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad;
- Cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático;
- Cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado; y,
- Cuando se dirige contra población civil. Siendo que estas condiciones deben presentarse copulativamente.

El juez César San Martín Castro — que sentenció al hoy indultado Alberto Fujimori a 25 años de cárcel por los casos La Cantuta y Barrios Altos — en su ponencia, ha dejado expuesto que el ex presidente no fue extraditado desde Chile en el 2007 con imputaciones referidas a delitos de lesa humanidad ni tampoco fue sentenciado por ello, ello en atención a la carencia de tipificaciones penales afines, por lo que constituía garantía esencial el resguardo del principio de legalidad penal, por lo que dicha condena en el año 2009 fue únicamente como autor mediato de los delitos de homicidio calificado-asesinato con alevosía y lesiones graves por las matanzas de La Cantuta y Barrios Altos, así, como por secuestro agravado con el agravante de trato cruel en agravio de Gustavo Gorriti y Samuel Dyer, sin embargo, la sentencia condenatoria hace alusión a la calificación de *lesa humanidad* que previamente ya había sido acotado por la CIDH en los casos antes aludidos.

En este extremo, importa diferenciar entre dos conductas claramente diferentes: tipificar y calificar, la primera utilizada para efectos de contenido sancionatorio penal, y la segunda para establecer su ubicación utilizando el derecho penal internacional,

siendo esta última de contenido accesitario para efectos de conocimiento nacional y convencional frente a las ofensas contra la comunidad universal.

Esa calificación complementaria no proviene de una ley, sino del derecho internacional consuetudinario (Henckaerts, Beck y Lousie, 2007). Por ello, en la tercera parte de la sentencia, titulada Fundamentos Jurídicos Penales, se presenta el desarrollo histórico de los delitos de lesa humanidad a partir de las Convenciones de la Haya relativas a las leyes y costumbres de la Guerra Terrestre, de 1899 y 1907; así como de la noción de crímenes de lesa humanidad, que por primera vez fue consagrada de manera explícita en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945 (Rodríguez, 2000), además de otros instrumentos internacionales que se fueron emitiendo posteriormente. De ese modo, no quedaba ninguna duda que actos criminales como los perpetrados en Barrios Altos y La Cantuta constituían un ataque no solo contra las víctimas directas, sino contra el conjunto de la humanidad.

El tribunal de juzgamiento consigna que la comunidad internacional ha venido precisando y reconociendo las conductas que las legislaciones penales nacionales tipifican como delitos (homicidio, lesiones, tortura violación sexual, desapariciones forzadas), son calificados desde el derecho penal internacional como crímenes de lesa humanidad, cuando las condiciones y características de la comisión del evento criminal cumple determinados requisitos.

7 LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL INDULTO EN DELITOS DE LESA HUMANIDAD

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) estableció en el caso Gutiérrez Soler vs. Colombia que:

Asimismo, es preciso que tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participan en casos de violaciones a derechos humanos (párr. 97). Por otra parte, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, el indulto, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria (Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana, párr. 206).

Del párrafo anterior se desprende que existe una improcedencia liminar frente a cualquier forma de gracia presidencial que permita la libertad de una persona condenada si es que los hechos objeto de persecución son propios crímenes de lesa humanidad.

Similar criterio se ha observado respecto a un tipo de gracia diferente, como constituye la amnistía en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*:

En similar sentido, recientemente la Corte reiteró el carácter contrario a la Convención de la adopción y aplicación de leyes que otorgan amnistía específicamente por crímenes de lesa humanidad. En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, el Tribunal señaló que [...] los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía. (Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párr. 114).

En ese orden de ideas, se prevé que la calificación de lesa humanidad importa una apreciación de contenido insoslayable para la tramitación de este tipo de concesiones graciales de disposición política, por lo que no es posible exentarse de dicha apreciación en el marco de la comunidad internación frente a los delitos de lesa humanidad; sin embargo, en el caso del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori no existe propiamente una condena por dicho delito, sino una calificación, por lo que resulta pertinente revisar si la calificación alcanza a los efectos de dicha prohibición expresa por la CIDH.

CASO CANTUTA Y BARRIOS ALTOS VS. PERÚ

En el caso peruano que obedece nuestra problemática la CIDH, ha precisado un acuerdo jurisprudencial vinculante de contenido insoslayable:

En tal sentido, es oportuno insistir en que los hechos de La Cantuta, cometidos contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzosamente, constituyen crímenes contra la humanidad que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no

pueden ser comprendidos dentro de una amnistía (suprapárr. 152). De tal manera, resultan aplicables las consideraciones del Tribunal en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

Según el corpus iuris del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a toda la humanidad. (Prosecutor v. Erdemovic, 1996).

Los crímenes contra la humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes contra la humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen contra la humanidad es el concepto de la humanidad como víctima (traducción libre).

Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones desde 1946 ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) de 1969⁶ y 3074 (XXVIII) de 1973⁷.

⁶ La Asamblea General sostuvo que la 'investigación rigurosa' de los crímenes de guerra y los crímenes de *lesa humanidad*, así como la sanción de sus responsables, 'son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales'. Cfr. O.N.U., Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de *lesa Humanidad*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969.

⁷ 'Los crímenes de guerra y los crímenes de *lesa humanidad*, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. [...] Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de *lesa humanidad*' (O.N.U., Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de

Los crímenes de *lesa humanidad* van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la *humanidad* toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de *lesa humanidad* claramente afirmó que tales ilícitos internacionales son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.

Lo anterior nos permite asentir que el tratamiento internacional de los delitos de lesa humanidad comprende un acercamiento a un interés público de contenido internacional, entendida ésta como un interés de contenido ideal para proscribir de forma inmediata a nivel, no sólo que traspasa fronteras, sino que trasciende en el tiempo, lo que nos acerca a un apercebimiento de oponibilidad mayor, por lo que constituye hecho relevante, antes del perfeccionamiento de la sanción punitiva, un reconocimiento e identificación de las conductas lesivas que han gestado las distintas atrocidades que le ha tocado presenciar a la humanidad en aras de su conocimiento público y constante represión, no únicamente penal, sino social y política.

Estas ideas nos advierten que, en el trámite actual a la fecha de este trabajo, donde la CIDH ha delegado en la justicia constitucional interna la revisión formal de las condiciones de tratamiento del indulto (en tanto se viene cuestionando la imparcialidad de la terna médica que calificó el estado de salud del ex presidente peruano) para no emitir un pronunciamiento de fondo, es menester poner en evidencia que no podemos dejar en un elemento auxiliar el debate más trascendente que reposa en el interés internacional de la comunidad, sino que importa el reconocimiento de los hechos de nuestra historia, los cuales no pueden ser avalados sin transigidos por las disposiciones políticas, sino que la reivindicación de la debida motivación alcanza actualmente una exigencia que pasa más allá del interés público interno, para ello es necesario entender el redescubrimiento de los valores esenciales que rigen la vida humana y el respeto de su dignidad.

guerra, o de crímenes de *lesa humanidad* adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3074 (XXVIII) 3 de diciembre de 1973).

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS

José Adolfo Pérez de la Rosa¹

Luis Abraham Paz Medina²

Marisol González Hernández³

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho a la identidad jurídica. 3. Diferencias entre sexo y género. 4. Los derechos humanos de las personas trans. 5. Teoría de la corporalidad jurídica. 6. Reconocimiento legal del género elegido en

¹ Magister en Derecho Procesal Civil y Mercantil de la Universidad Autónoma de Guadalajara. Especialista en Derecho Civil de la misma casa de estudios. Licenciatura en Derecho de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades.

² Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho de Puebla. Maestro en Derecho Contractual, Notarial y Registral por la misma Institución, Doctor en Derecho por el Instituto Universitario Puebla, Campus Tabasco. Miembro del Sistema Estatal de Investigadores del Consejo Estatal de Ciencia y Tecnología del Estado de Tabasco, actualmente es Profesor Investigador de Carrera tiempo completo de base, con reconocimiento Perfil Prodep dentro del Programa para el Desarrollo Profesional Docente por parte de la Subsecretaría de Educación Superior de la Secretaría de Educación Pública del Gobierno de la República; en la División Académica Multidisciplinaria de los Ríos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

³ Licenciada en Derecho por la Escuela Libre de Derecho de Puebla. Maestra en Derecho Fiscal por la misma Institución, Doctora en Derecho por el Instituto Universitario Puebla, Campus Tabasco. Durante siete años fungió como Notario Público Adscrito de la Notaría Pública número 1 y del Patrimonio Inmueble Federal con residencia en la Ciudad de Tenosique, Tabasco, Miembro del Sistema Estatal de Investigadores del Consejo Estatal de Ciencia y Tecnología del Estado de Tabasco. Actualmente es Profesora Investigadora de Carrera Tiempo Completo de Base en la División Académica Multidisciplinaria de los Ríos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

Latinoamérica. 7. Cambio de sexo y cambio de nombre: el registro civil soporta el derecho a la identidad. 8. Conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

En épocas pasadas, hablar de las preferencias sexuales y de género era un tabú; pero poco a poco el pensamiento de la sociedad ha ido dejando atrás esas concepciones arcaicas, asumiendo la realidad existente; que éstas discordancias son comunes, normales y muy recurrentes, a pesar de esto, sigue existiendo un rezago cultural, social y económico, en las personas transgenero (en adelante personas trans), pues es difícil que asuman un rol dentro de la sociedad sin ser menoscabados por sus decisiones sexuales y de género.

Ante el don que es la mujer, el hombre se reconoce a sí mismo como don. Al parecer, no es el conocimiento de las cosas ni el dominio de la tierra lo que dará al hombre –varón y mujer– su identidad (Peñacoba et al, 2013, p. 38).

La identidad de género es un derecho humano fundamental, cuya falta de reconocimiento vulnera otros derechos esenciales de la persona, como la libertad, la autonomía y la dignidad, así como el principio de igualdad y no discriminación.

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Tirado, 2014, p. 19).

El construir una familia es intrínseco al ser humano (Marín, 2018), al ser seres sociables buscamos los mecanismos necesarios para construir un hogar, esto sin importar, la raza el sexo, religión o la orientación sexual como se trata en el presente capítulo. Al ser intrínseco al ser humano hace parte de los derechos humanos que en Colombia se protegen algunos como los derechos fundamentales, es así como se debe proteger por la Constitución, de esta manera, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, se

amplió el concepto de la libertad de expresión y los miembros que conforman una familia (Andrade, 2017).

Habitualmente, se asigna el sexo de una persona al nacer, convirtiéndose a partir de este momento en un hecho social y legal. Sin embargo, un número relativamente pequeño de individuos tienen problemas con pertenecer al sexo registrado al nacer. Lo mismo puede ocurrir con personas intersexuales cuyos cuerpos, y en ocasiones su anatomía genital, incorporan ambos o ciertos aspectos tanto de la fisiología masculina como femenina. Para otras personas, los problemas surgen porque su autopercepción innata no está en conformidad con el sexo que se les asignó al nacer. A estas personas se les hace referencia como personas “transgénero” o “transexuales”.

Mediante la educación es posible que se termine con el tabú que azota a la personas transgenero a los homosexuales o a los bisexuales, pues al habitar un mismo territorio no se pueden afectar los derechos de los demás por ignorancia o por intolerancia, es así como se observa en Ramírez (2017) que: “Construir ciudadanía para la inclusión social de los colombianos es posible, siempre que se diseñen e implementen estrategias y acciones que enlacen derechos humanos, política pública, educación y Estado de derecho” (p. 73).

El presente artículo se evoca, específicamente, al análisis de los derechos a la identidad jurídica de las personas trans con relación a los Derechos Humanos basadas en la identidad de género.

2 EL DERECHO A LA IDENTIDAD JURÍDICA

No existe un término jurídico así definido, sin embargo, podemos a groso modo explicar la identidad para poder tener noción de la problemática que se presenta en personas que se auto perciben de una manera distinta a la percepción social. Según Mizrahi (2004), puede definirse el derecho a la identidad como aquel derecho a ser uno mismo, de distinguirse y de ser distinto sobre la base de sus propios atributos y cualidades personales. Por ello es necesario la planeación de la formación de una personalidad con todos sus atributos significa, ante todo, concebir anticipadamente dicho proceso, proyectarlo al cumplimiento de un objetivo determinado, al prever fases o etapas imbricadas entre sí, pero con vida independiente (Grimaldo, 2013, p. 125).

La identidad, en general, es la necesidad y la capacidad que tiene un individuo de encontrar lazos psicológicos, sociales, culturales, y grupos humanos como la familia, una sociedad y una nación en general. De igual forma, constituye la capacidad de encontrar su propio lugar en todos los aspectos mencionados en sí mismo, e involucrarlos en su desarrollo personal (Acosta y Burstein, 2006).

Históricamente, esta necesidad del propio individuo, y de la sociedad, se fue haciendo efectiva, en diferentes civilizaciones, por medio de un nombre y un apellido que determinaban quiénes eran los padres de la persona, el lugar donde nació, inclusive su cultura y religión. La identidad es una necesidad inherente al individuo. Ante esto, menciona Álvarez (2016), el derecho, en sentido general, establece y regula la necesidad de identificación de una persona frente al Estado, que lo individualiza, reconoce y protege su derecho subjetivo. Esto resulta ser inherente a los aspectos que involucran su identidad como el nombre y la nacionalidad.

Podemos hacer mención particular del Derecho Romano donde en palabras de Baqueiro y Buenrostro (2010) se utilizó un sistema lógico y congruente, pues el nombre se conformaba por diversos elementos, a saber: un praenomen, que era el nombre individual que portaba cada persona; un nomen gentillium o gentilicio, el cual era utilizado por todos los miembros de una misma familia, es decir, es lo que actualmente llamamos apellido paterno; empleaban también un cognomen, que era el nombre que identificaba a la gens; y, finalmente y de manera opcional, un agnomen o sobrenombre, se heredaba únicamente el nomen y el cognomen, siendo el agnomen la forma de individualizar a la persona, siendo el antecedente directo del sistema utilizado actualmente de nombre y apellido.

Así pues, persona es el ser humano, y personalidad es la naturaleza jurídica del hombre, como valor superior fundamental, titular de derechos innatos. La personalidad es la condición de la persona. Jurídicamente entendida es también la cualidad que distingue al hombre sobre todos los demás seres vivos, y la dimensión que presenta en relación con los demás (Pérez y Martínez, 2012).

Por tanto, la identidad ha sido históricamente garantizada en el nombre por lo que ha sido objeto de un enorme y complicada incluso tutela por parte del Estado, sin embargo, ¿qué pasa cuando

una persona no se identifica igual a la identidad que la sociedad le asigna?

3 DIFERENCIAS ENTRE SEXO Y GÉNERO

Ahora bien, para poder analizar ésta discordancia, debemos conceptualizar otras ideas al respecto, el sexo y el género, los cuales son atributos netamente externos, es decir, son dados por factores completamente ajenos y fuera de todo control de la persona que lo recibe, el sexo no se asigna u obtiene como cualquier otra característica de la personalidad; es de conocimiento general que viene definido por los cromosomas ya que el par XX determina el sexo femenino y una variación genética en los primeros momentos de la gestación haría que se tornen impares determinando el sexo masculino con los cromosomas XY, por lo tanto, ésta cualidad está determinada por leyes biológicas, haciendo referencia al estado de una persona como hombre o mujer, y se encuentra asociado principalmente con atributos físicos tales como los cromosomas, la prevalencia hormonal y la anatomía interna y externa; por su parte, el género, hace referencia a los atributos, las actividades, las conductas y los roles establecidos socialmente considerados en particular apropiados para niños y hombres, o niñas y mujeres, por lo que viene ligado al sexo según la percepción que una sociedad en un contexto histórico y geográfico específico tiene sobre cómo deben desenvolverse en ella las personas, de acuerdo a su estado biológico. Ambas ideas influyen en la forma en que las personas actúan, interactúan y en cómo se sienten sobre sí mismas. Mientras que los aspectos del sexo biológico son similares entre las distintas culturas, los aspectos del género pueden resultar diferentes.

De cada una de ellas se desprenden a su vez, ideas asociadas pero que ahora vienen a ser cualidades internas las cuales son fruto de una decisión personal y que tienen que ver con la forma en que cada persona asume las acciones propias de un sexo o género con el cual se identifica y que en muchas ocasiones no corresponde con el que realmente tienen.

Dado el sexo, cuya función esencial es la procreación y perpetuación de la especie, cumple su objetivo a través del coito, puede tener variaciones según lo que se ha denominado orientación sexual que hace referencia a la atracción física, romántica y/o

emocional permanente de una persona por otra, así, igual el género puede contener combinaciones especificadas según lo que se ha llamado identidad de género y que a su vez hace referencia al sentido interno que una persona tiene de ser hombre, mujer o algo diferente (APA, 2002).

Existen diversas combinaciones, en cuanto a cómo se observan las personas sobre su orientación sexual en las que se encuentran: personas cuya orientación sexual sea diferente a su sexo biológico pero que asumen su propia identidad de género, personas que invierten ambos o incluso quienes se comportan como el género opuesto teniendo una orientación sexual acorde a su sexo. Los adjetivos con los que se designan (OEA-CIDH, 2015), por mencionar algunos, son los siguientes:

- Gay y lesbiana: términos para identificar personas de un cierto y determinado sexo que asumen de manera abierta su atracción física, emocional y/o sexual únicamente por otras personas del mismo sexo.
- Bisexuales: hombre o mujer que sienten atracción física, emocional y/o sexual por personas de ambos sexos.
- Travestismo: Se refiere a las personas que gustan de presentar un aspecto, mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes, considerados socialmente como propios de un género diferente al suyo. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo o sus características sexuales, de forma permanente. El travestismo no implica ser homosexual ni viceversa.
- Trans: Término que incluye a personas transgéneros y transexuales.
- Transgénero: Se refiere al término paraguas utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género (incluyendo transexuales, travestis, entre otras), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona. Las personas Trans construyen su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. Sin embargo, éstas pueden ser necesarias para la construcción de la identidad de género de algunas personas Trans.
- Transexuales: Persona transgénero que a más de su expresión de género masculina o femenina, realiza

intervenciones en su cuerpo que la alejan de su biología original, pueden ser mujeres transexuales que es la transición de hombre a mujer, realizan intervenciones en su cuerpo para adaptarlo a la biología femenina, generalmente estos cambios incluyen la administración de hormonas femeninas, implantes de senos y en algunos casos una cirugía de reasignación genital y hombres transexuales siendo ésta la transición de mujer a hombre en que intervienen su cuerpo para lograr una estética corporal masculina, los cambios incluyen en algunos casos administración de hormonas masculinas, extirpación de senos y en algunos casos una cirugía de reasignación genital.

- Intersexuales: Personas con un trastorno genético que les ocasiona nacer con características biológicas de ambos sexos. En algunos casos los intersexuales presentan combinaciones en sus cromosomas y genitales. No se ubican en la definición binaria del sexo biológico hombre/mujer, [8] las violaciones de Derechos Humanos basadas en la identidad de género también pueden afectar a las personas intersexuales. A las personas intersexuales generalmente se las obliga, en la niñez temprana, a someterse a procedimientos médicos—quirúrgicos y hormonales— innecesarios con el objetivo de "normalizar" su apariencia corporal y arreglar su identidad de género a futuro.

Existen otros términos que a veces son utilizados como queer, o personas no conformes con el género. Este último término hace referencia a personas que no están de acuerdo y no siguen las ideas o estereotipos sociales acerca de cómo deben actuar o expresarse con base en el sexo que les asignaron al nacer. Los términos personas trans y personas no conformes con el género, también pueden ser utilizados como términos paraguas para incluir conceptos como transexual, travesti, género queer, dos espíritus, entre otros. Sin embargo, no todas las personas trans son personas no conformes con el género y viceversa.

4 LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS TRANS

Al ser humano le asisten una serie de derechos inherentes a su condición como tal, los cuales se definen como Derechos Humanos y son aquellas garantías esenciales con las que cuentan los seres humanos, y con base en ellos puede ejercer plenamente sus cualidades, inteligencia, talento, entre otros. Dentro de estos, se desglosan una serie de derechos. Uno de ellos lo constituye la identidad de las personas. Esta es la que les permite tener un nombre, apellido, fecha de nacimiento, sexo y nacionalidad (ONU, 1948). Es decir, con ella se prueba la existencia de la persona, como un individuo que forma parte de la sociedad. Es de esta manera que debe existir un mundo sin “El velo de la ignorancia plantea que todos los integrantes de una sociedad, sin saber específicamente cuál es su lugar en ella, toman las mejores decisiones con racionalidad para beneficiar a la colectividad”. (Ramírez 2017:37)

Desde la fundación de la Organización de las Naciones Unidas en el año 1945, se estableció el reconocimiento de los Derechos Humanos. En el preámbulo de su Carta se reafirman los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y la igualdad de los hombres y mujeres. En relación al tópico que nos aborda, se desprenden dos vertientes, el respeto a los derechos humanos en cuanto al respeto a la dignidad y no discriminación, y, por otro lado, el derecho humano a la identidad. Aunque una persona trans realice los procedimientos quirúrgicos o se vista de determinada manera, no deja de ser lo que es (Fernández, 2010), tanto mentalmente como la categoría de un humano, al cual a través de la historia se le han ido reconociendo derechos y de esa manera se pueda defender así mismo ante el Estado que lo cobija.

Con respecto al respeto a la dignidad humana y no discriminación, se enuncian los siguientes instrumentos internacionales de protección:

4.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Esta declaración es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A

(III), el 10 de diciembre de 1948, en París, que propone 30 artículos de los derechos humanos considerados básicos o fundamentales, de los cuales deben gozar todas las personas en el mundo.

La Declaración es la base y sustento de la normativa internacional que procura ampliamente el reconocimiento de los derechos humanos. En su artículo 1 se indica 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”; regulando así lo concerniente a la igualdad y a la no discriminación. Así mismo, Galán soporta que “la prevalencia de un derecho fundamental sobre otro de la misma jerarquía será determinada por un factor de tipo argumentativo” (Galán, 2016, p. 108).

De mismo modo, el derecho de la personalidad jurídica, que se encuentra establecido en el artículo 6º que a la letra dispone: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.” Es indiscutible que este documento marca la pauta para que los Estados reconozcan el derecho a la identidad jurídica de las personas trans, entendiendo que este derecho es inherente a cualquier ser humano, por lo que deben ser reconocidos a todos los efectos en todas partes del mundo. Este precepto invoca el “... Reconocimiento formal de una persona como tal, por el mero hecho de existir, con independencia de su voluntad, circunstancias, condición social, etcétera” (Amnistía Internacional, s.f.).

4.2 CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Conocido popularmente como el Pacto de San José, fue realizada por los estados americanos, y vela por la libertad personal y la justicia social, basándose en el respeto de los derechos esenciales del ser humano. Dentro de los derechos que protege se encuentra el de la personalidad jurídica, la integridad física, psíquica y moral, a no ser sometido a torturas o tratos crueles. Regula la libertad personal, el respeto a la honra y el reconocimiento de su dignidad, libertad de conciencia y religión que incluye tanto el tener determinada conciencia y religión y exteriorizarla por cualquier medio, al igual que sucede con la libertad de pensamiento y expresión.

4.3 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Este pacto es un tratado multilateral general en el que se reconocen los derechos civiles y políticos de toda persona, así como los mecanismos para su protección y preservación. Dicho texto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 25 de marzo de 1976. Promueve la libertad, justicia y la paz en el mundo, así como el reconocimiento de la dignidad inherente del ser humano y sus derechos iguales e inalienables. Con base en este principio de igualdad, todos los seres humanos tienen derecho a que se les trate por igual.

En dicho pacto, encuentra redactado como un pleno derecho a la personalidad jurídica de que gozan las personas y que encontramos en su artículo 16, que dispone: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

4.4 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Es en esta Convención donde se trata un poco más a fondo sobre el derecho a la identidad, ya que por ejemplo se indica que el niño debe ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y, a la vez, se le debe otorgar una nacionalidad. Obliga a los Estados a respetar el derecho del menor de preservar su identidad, incluidos su nombre, nacionalidad y relaciones familiares, y cuando un niño sea privado de alguno de esos elementos, se le debe asistir rápidamente, para que esta sea restablecida.

4.5 DECLARACIÓN SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO DE LAS NACIONES UNIDAS

Esta declaración de la ONU sobre orientación sexual e identidad de género fue una iniciativa francesa, respaldada por la Unión Europea, que se presentó ante la Asamblea General de las

Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2008. **En ella se** establece la aplicación de los Derechos Humanos a las personas sin importar su identidad u orientación. Viene a ser una mejora en la medida en que rasgó el tabú de hablar sobre estos temas y derechos en las Naciones Unidas. Es la primera declaración en la que se condenan los abusos en contra de las personas lésbicas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT) y fue apoyada por un total de 66 países.

4.6 PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Constituye un mecanismo con el cual pretenden aplicarse las normas internacionales de los Derechos Humanos, previamente analizadas, en relación con la identidad y orientación sexual de las personas.

Este documento contiene una serie de principios legales para garantizar la aplicación de las leyes internacionales de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, ya que en él “se establecen los estándares básicos para que las Naciones Unidas y los Estados avancen en la protección de los Derechos Humanos de las personas LGBT”.

Garantiza la libertad de expresión, tanto de la identidad como de la personalidad de los seres humanos, realizándolo por medio de su lenguaje, comportamiento, vestimenta, nombre, entre otros. También, vela por la libertad de tránsito nacional e internacional, sin que el mismo sea limitado por su orientación e identidad.

4.7 DECLARACIÓN DE MONTREAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES Y TRANSEXUALES

Esta Declaración es uno de los primeros documentos adoptado el 29 de julio de 2006 en Montreal, Quebec, Canadá, por la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos LGBT, como parte de los primeros outgames mundiales. En ella se pretende hacer

referencia a las incapacidades que tiene la Organización de las Naciones Unidas en el momento de aplicar de manera consistente la Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que este instrumento es una declaración que establece parámetros claros en el momento de identificar una serie de derechos y libertades relativos a las personas LGBT, por lo que este documento se convierte en una carta de referencia, ya que enlista las demandas y exigencias de los movimientos internacionales LGBT, como lo es librarse de la discriminación y la tutela de los derechos de diversidad sexual.

Se subraya la necesidad de acceso a la sanidad en general y para las necesidades específicas de las personas LGBT. Particularmente se esperan subvenciones para la cirugía de reasignación de sexo en el mismo grado en el que se realizan para otros tratamientos médicos necesarios.

4.8 CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 8 del Convenio Europeo declara que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. La Corte Europea de Derechos Humanos ha dictaminado que la negación de un estado a cambiar la partida de nacimiento de una persona para que en ella conste el sexo elegido, constituye una violación a dicho artículo. De este modo se requiere que los estados miembros reconozcan legalmente el cambio de género de las personas transexuales.

4.9 CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (ECTHR)

La Corte ha aplicado el Convenio Europeo de Derechos Humanos en sentencias significativas que han dictaminado que los estados deben proporcionar a las personas trans la posibilidad de acceder a cirugías completas de reasignación de género, y que los sistemas de seguros deben cubrir estas cirugías como tratamientos “médicamente necesarios” (Ecthr, 2003). La Corte también ha dictaminado que los estados deben reconocer el cambio de sexo en los documentos de identidad (Ecthr, 1992, 2002).

5 TEORÍA DE LA CORPORALIDAD JURÍDICA

La teoría de la corporalidad jurídica propuesta por la doctora mexicana en derecho Ester Martínez Roaro constituye un postulado de avanzada que responde a la necesidad en nuestro país de crear un discurso jurídico científico acerca del ejercicio de la sexualidad, libre de dogmatismos. Este planteamiento teórico vincula el derecho de propiedad con el ejercicio de la sexualidad. “La propiedad como valor y como derecho fundamental consagrado constitucionalmente -postula la Dra. Martínez Roaro (2000)- queremos referirla a la disposición del propio cuerpo y a “partes desprendibles” de él, susceptibles de apropiación, vinculadas con ejercicios de la sexualidad y, lo más importante, referirlo a todo aquello que tiene función social”.

El ser humano “en tanto persona dispone y decide de su cuerpo [...] Ha podido mediante recursos científicos alterar, sustituir, o restituir partes y funciones corporales naturales -como motoras y reproductoras-, sin alterar la unidad biopsíquica de su persona. Todo esto significa en el lenguaje jurídico realizar actos de libre disponibilidad que, fundados en ley, no podemos menos de ubicar en la institución de la propiedad, cuya naturaleza jurídica, por disposición legalmente expresa es de goce y disposición” (Martínez, 2000). En consecuencia, la propiedad es la institución más próxima e idónea para atender el derecho de la persona sobre su cuerpo y sobre las partes desprendibles susceptibles de enajenaciones, siempre que no alteren su condición de persona. Por tanto, se considera fundado hablar de la propiedad que la persona tiene sobre su masa corporal en tanto ella -la persona propietaria- sea vehículo de la enajenación.

Ahora bien, para llevar a cabo la aplicación de la teoría de la corporalidad a la transexualidad y transgeneridad habrá que considerar que la persona -sujeto propietario- tiene por propiedad un cuerpo -masa corporal- que biológicamente no corresponde a su identidad de género y que, en atención al derecho de propiedad, puede enajenar su cuerpo (someterlo a un tratamiento de reasignación integral para la concordancia sexo-genérica) con la finalidad de adecuarlo a su realidad. La finalidad de enajenar su cuerpo atenderá a múltiples razones que sirvan de sustento para legitimar el derecho de las personas transgénicas y transexuales. Estas razones pueden ser, entre otras, el bienestar psicosocial, el desarrollo de la personalidad, la adecuación a la realidad jurídica,

etc., las cuales pueden coadyuvar a la teoría jurídica de la corporalidad para legitimar el cambio registral de nombre y sexo de las personas transgénicas y transexuales, teniendo presente diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos como la Declaración Internacional de los Derechos de Género y los Principios de Yogyakarta que contribuyan a la construcción de este derecho (CNPD, 2008).

6 RECONOCIMIENTO LEGAL DEL GÉNERO ELEGIDO EN LATINOAMÉRICA

En algunos países, es posible el cambio de nombre condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos, mientras que la rectificación del sexo es poco frecuente, o prácticamente inexistente. El cambio de nombre se justifica por un menoscabo moral (nombres que causan daño y perjuicio a la persona o resultan ofensivos) o porque la persona, durante un tiempo significativo, ha sido conocida con un nombre diferente al registral.

La rectificación del nombre y el sexo de las personas trans ha requerido de procesos judiciales. Las rectificaciones se justifican en el daño psicológico, perjuicio y acceso a derechos fundamentales, producto de un documento de identidad con un nombre y un sexo con los que no se identifica la persona. Además, ha sido necesario aportar certificados psiquiátricos, psicológicos y documentos médicos. Estos últimos para acreditar intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales.

Aun cuando se aportan dichos documentos, incluidos comprobantes médicos de intervención quirúrgica, esto no es garantía de la rectificación del sexo, autorizándose únicamente la del nombre, bajo el argumento del sexo como hecho biológico que no es posible modificar. Bajo esta lógica, el Tribunal Constitucional de Perú denegó la rectificación del sexo de una persona trans (TCP, 2013), aduciendo que el sexo es biológico y un dato objetivo del nacimiento, que sólo es posible modificar en la partida de nacimiento si se incurre en error al momento de su registro (Oporto, 2016).

Criterio diferente ha expresado la Sala Constitucional de Costa Rica que afirma el derecho a la identidad sexual como “un derecho inherente a la persona” y, además, el sexo como una

realidad múltiple que no se reduce a lo morfológico y genético. Al respecto, señala que el sexo se encuentra configurado por varios componentes: el genético o cromosomático, el morfológico y el psicosocial. Este último lo relaciona con el género masculino y el femenino y, además, sostiene que el sexo “es una cualidad que identifica a la persona y sirve, al mismo tiempo, para diferenciarla de las demás, es uno de los datos que forma parte del estado civil, no es inmutable” (Sccr, 2015).

Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, México y Uruguay que tienen leyes que reconocen el derecho a la identidad con emisión de una nueva partida de nacimiento sin necesidad de operaciones genitales.

La primera ley de identidad de género de la región fue la de Uruguay. A través de la ley 18.620 el derecho a la identidad, al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios da un avance de suma importancia para las personas trans en dicho país. Fue una ley de tan solo 7 artículos en la que se aclaraba que no se exige una cirugía de reasignación sexual. Sin embargo, si se requiere de la presentación de un informe por parte de un equipo multidisciplinario. Otro aspecto importante es que tal cambio no altera la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas de la persona mientras que se especifica que el cambio realizado no modifica el régimen matrimonial.

Argentina fue aún más vanguardista en esta materia al promulgar en mayo del año 2012 la Ley 26.743 de identidad de género. Esta Ley, en apenas 13 artículos que la componen, permite que las personas trans puedan ser inscritas en sus documentos personales con el nombre y el género de elección e incluye, además, la necesidad de protección a niñas, niños y adolescentes trans. Un aspecto a resaltar de esta ley es que además ordena que todos los tratamientos médicos de adecuación a la expresión de género sean incluidos en el Programa Médico Obligatorio. Esto garantiza la cobertura de las prácticas en todo el sistema de salud, ya sea público o privado. Para el momento de su aprobación y promulgación era la única ley de identidad de género en el mundo que no patologiza la condición trans ya que prohíbe establecer como requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial ni terapias hormonales ni ningún otro tratamiento médico o psicológico. Adicionalmente, se garantiza a las personas trans la confidencialidad

de dicho trámite. Posteriormente, otros países han seguido el buen ejemplo de Argentina.

Colombia, aprobó en junio de 2015 el decreto presidencial 1227 en el que se permite a las personas trans realizar el cambio de nombre y sexo en toda su documentación. Consiste en un procedimiento que posibilita la rectificación del sexo por vía administrativa, mediante declaración jurada ante notaría pública, argumentándose que reduce obstáculos y exclusiones producto de los costos y el tiempo de espera que conlleva un proceso judicial. Es un trámite sencillo que consiste en la presentación de solicitud de corrección ante el Registro Civil y petición ante notaría que se acompaña de declaración jurada.

Por su parte, Ecuador también tiene regulada la rectificación del sexo y el nombre por una vía diferente. La Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles de 2016 establece el cambio de nombre en su artículo 78, bajo el único requisito de la voluntad de la persona y directamente ante la Dirección General del Registro Civil. Así también, en el artículo 94, brinda la posibilidad de que la persona, al cumplir la mayoría de edad, pueda sustituir la información sexo por género (masculino o femenino) en el Documento Nacional de Identidad (DNI). El cambio queda sujeto a la presencia de dos testigos que acrediten “una autodeterminación contraria al sexo” de la persona solicitante, durante al menos dos años.

Mientras tanto **Bolivia** en mayo de 2016 aprobó la Ley 807 de Identidad de Género. Permite el cambio de nombre, sexo e imagen de las personas transexuales y transgénero en toda la documentación pública y privada. La persona solicitante presenta ante el Servicio de Registro Cívico (SRECI) una carta de solicitud de cambio de nombre, sexo e imagen. Dicha solicitud se debe acompañar de examen técnico psicológico que acredite que la persona conoce y asume voluntariamente las implicaciones de su decisión. El cambio se autoriza mediante resolución administrativa que da pie a la modificación de la partida de nacimiento.

También **México** en junio de 2016 se unió a los países latinoamericanos que permiten a las personas trans realizar el cambio de su identidad de género en todos sus documentos, esto se logró a través de una las reformas al Código Civil del Distrito Federal, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, se establecieron el juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la

concordancia sexo-genérica y el trámite administrativo para el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de la identidad de género. Aunque inicialmente el trámite solo se podía hacer en la capital del país, cualquier persona de cualquier otro estado puede realizar el trámite.

En **Chile**, el proyecto de ley de identidad de género de 2013 provocó fuerte discusión sobre los procedimientos existentes de rectificación de nombre y sexo de las personas trans. Se aduce que impera la práctica judicial, no existe jurisprudencia uniforme y los casos se resuelven con base en el criterio particular del juez. De igual manera, se cuestiona la concepción patologizante de la transexualidad en la jurisprudencia chilena (Del Pino y Verbal, 2015).

7 CAMBIO DE SEXO Y CAMBIO DE NOMBRE: EL REGISTRO CIVIL SOPORTE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

La visión del Registro Civil, como institución de soporte y garantía de los derechos, se impone, con fuerza, en las últimas décadas en la región latinoamericana. Bajo este enfoque, el Registro Civil no es un simple servicio administrativo, cumple una función estratégica como facilitador del derecho a la identidad que posibilita, a su vez, el ejercicio y el disfrute de otros derechos humanos. De esta manera, el derecho a la identidad se concibe como puerta de entrada o vehículo facilitador de inclusión social, en la medida que brinda soporte y reconocimiento legal a la existencia de las personas y posibilita el ejercicio de otros derechos. Es así como se argumenta que el derecho a la identidad incluye una cadena progresiva e interdependiente de derechos políticos y civiles (derecho a votar, igualdad ante la ley y derecho a la familia) y derechos económicos, sociales y culturales (salud y educación) (Harbitz, 2007 y Acosta, 2007).

Los documentos de identificación e identidad son facilitadores de derechos básicos en una democracia y fundamentales para acreditar la identidad jurídica de las personas. Esta visión moderna del Registro Civil se opone a la visión tradicional que ha enfatizado en aspectos administrativos o de procedimiento (OEA, 2017).

Por el contrario, el enfoque del Registro Civil como facilitador de derechos pone el acento en las personas y sus derechos de

ciudadanía. El registro civil es un sistema público que contiene información oficial del estado civil y de hechos vitales que, como tal, formaliza la identidad y su reconocimiento jurídico por el Estado y la sociedad. Desde esta óptica, se argumenta una estrecha relación entre la identidad y el estado civil, afirmándose que el estado civil es la conceptualización legal, ampliada y relacional de la identidad. Es legal en tanto el estado civil es regulado por normas que corresponden a la caracterización jurídica de la identidad. Es ampliada en tanto el estado civil contempla información que se registra en el momento del nacimiento y de hechos vitales de las personas a lo largo de la vida. Es relacional en tanto el estado civil individualiza a las personas frente a su entorno de relaciones sociales (OEA, 2017).

La identidad comprende una serie de atributos de las personas, que la diferencian e individualizan frente a la sociedad. Ahora bien, el nombre y el sexo, información del estado civil son elementos definitorios de la identidad de las personas.

Desde una perspectiva sociológica y psicológica, es posible distinguir elementos estáticos y dinámicos de la identidad. Una identidad rígida o estática se relaciona con el genoma humano, las huellas digitales y la fecha de nacimiento. Una identidad dinámica se relaciona con la construcción del ser, su posicionamiento en sociedad, deseos, gustos e intereses. Esta identidad radica en la percepción de las personas, incluida su sexualidad, y la forma en que desea desarrollarla en su vida social e íntima.

La cuestión fundamental es que, a diferencia de lo que se pensó durante mucho tiempo, se ha demostrado que el nombre y el sexo no son elementos estáticos de la identidad. Ambos son posibles de modificar. De manera que la cuestión central es bajo qué condiciones y parámetros se pueden modificar, con el ánimo de posibilitar el reconocimiento de la identidad de las personas trans. De igual manera, se plantea que la protección del derecho a la identidad no puede reducirse al acto del registro, que configura ciertos elementos de identidad al momento del nacimiento. La reivindicación es que la protección también tutele el aspecto dinámico (Menin, 2015), en concreto, la identidad de género que, como se explicará adelante, es una categoría protegida por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Hay situaciones que vulneran o ponen en riesgo el derecho a la identidad y demandan actuaciones de los registros civiles. Esas

circunstancias, a lo largo del tiempo, han interpelado a la institución y conllevan retos. Es el caso del subregistro y del riesgo de personas apátridas, como también el reconocimiento paterno de niños y niñas que nacen fuera del matrimonio. Adicionalmente están las demandas de rectificación de nombre y sexo de las personas trans, mediante procedimientos administrativos. La ausencia de reconocimiento paterno justificó procedimientos administrativos ágiles y expeditos, basados en pruebas de ADN altamente confiables. El subregistro producto del no registro al nacer o el no poseer documento nacional de identidad, tiene repercusiones altamente negativas para las personas y los países; dos centrales son la privación de nacionalidad y la condición de apátridas, que limitan el acceso a servicios y derechos fundamentales. Existe suficiente evidencia de la falta de identidad legal como factor determinante de la pobreza y la exclusión, en particular del género y la etnicidad como variables que inciden directamente en el subregistro (Harbitz y Tamargo, 2009). Todo lo anterior fundamenta la propuesta de sistemas de registros civiles universales y eficientes como lo plantea UNICEF.

Quizás la demanda más reciente, que guarda relación con el derecho a la identidad, es la de rectificación del nombre y el sexo de las personas trans en el sistema registral. Voceros y representantes de estos colectivos plantean que, hasta el momento, las respuestas han sido discriminatorias y violatorias de los derechos humanos, en particular del derecho a la identidad. Se enfatiza en la regulación de procedimientos administrativos que tendrían como operador a los registros civiles, en contraposición a la judicialización de los procesos de rectificación, siendo la cuestión de fondo el reconocimiento del componente de género del derecho a la identidad.

Es así que el Registro Civil cumple la función de acreditar la identidad jurídica mediante la expedición de documentos oficiales de identificación e identidad. A su vez, registra características del estado civil de las personas que definen su identidad, entre las que destacamos el nombre y el sexo, que se encuentran en el centro de las demandas de las personas trans, en la medida que constituyen elementos centrales y definitorios de la identidad.

8 CONCLUSIONES

En la mayoría de los estados aún sigue prevaleciendo la inexistencia de mecanismos idóneos y efectivos para reconocer la personalidad sexo genérica de las personas transgénero y transexuales, sometiéndolas a un estado de vulnerabilidad e indefensión, ya que se les deja sin el derecho a gozar de su identidad jurídica o nombre, de acuerdo con su propia percepción y mismidad.

El transgénero y la transexualidad implican la necesidad de vivir reconociendo lo que la persona es: un acto de auto reconocimiento, un ajuste entre lo que la naturaleza ha decidido (sexo biológico), lo que la sociedad espera (género socialmente establecido), lo que la persona siente (sexo sentido) y lo que la persona decide ser (voluntad de manifestarlo).

Aunque existe normativa internacional vinculante y no vinculante de protección a los derechos de las personas trans, es preciso implantar estándares internacionales de derechos humanos a fin de prohibir explícitamente la discriminación por razón de identidad de género.

Es importante destacar, que las demandas de reconocimiento de la identidad de las personas trans conllevan retos para los registros civiles, en especial, la creación y aplicación de procesos administrativos de rectificación del nombre y del sexo, según identidad de género. Se debe entender que la rectificación del sexo y nombre registral no puede concebirse como un mero trámite administrativo; constituye la vía para facilitar el derecho a la identidad de las personas trans.

De mismo modo, es necesario el desarrollar procedimientos eficaces y transparentes para cambiar el nombre y el sexo de una persona trans en los certificados de nacimiento, documentos de identidad, pasaportes, títulos académicos y otros documentos similares, cuyo objetivo sea la homologación de la realidad jurídica, la realidad social y la percepción de la mismidad de las personas trans.

CRIATURAS DE LA CONVENCIONALIDAD

Juan Alberto Castañeda Méndez¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Intensidad del Control de Convencionalidad. 3. Expresiones del control. 4. Expansión evolutiva del control. 5. Concentrado y Difuso de la aplicación del control. 6. El Control Difuso de Convencionalidad como obligación convencional del Estado Peruano. 7. Críticas al Control de Convencionalidad en sede interna. 8. Conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

Podemos observar inicialmente, los Artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, por los cuales se sientan "deberes" específicos para los Estados que forma parte de la Convención. El artículo 1º esencialmente, establece dos:

- Respetar los derechos de la Convención, y
- Garantizar los derechos, sin discriminación alguna.

Debe tenerse en cuenta que la función exacta de la Corte Interamericana no es precisamente velar porque todos los jueces

¹ Presidente del Instituto de Investigación Apex Iuris (Perú), Socio fundador del Grupo Consultor Jurídico Incpius Sac. Investigador y Docente en Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho. Miembro de la Comisión de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional del Colegio de Abogados de La Libertad.

armonicen sus estándares y decisiones con lo que ésta prescribe, por el contrario ésta se limita a ver si los Estados partes han trasgredido las obligaciones internacionales contraídas. Siendo así, el término control de convencionalidad, desde siempre se ha enunciado como el elemento estrella del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no obstante debe tenerse en cuenta que éste solo es una herramienta indirecta de lo que existe en el sistema regional de protección.

Ahora bien, cabe apuntar referente al desarrollo, en este punto, aclarando que la inspección de convencionalidad debe ser llevada a cabo, en el siguiente sentido:

Control Primario (Dentro del Estado)	Una comparación entre las normas internacionales y las domésticas.
Control Secundario (Fuera del Estado)	Ejercido por el Tribunal Regional Corte IDH

A lo primero cabe acotar que dicha figura es una verdadera manifestación del control de constitucionalidad del derecho internacional, que implica un nuevo paradigma para el Estado constitucional latinoamericano (Mac-Gregor, 2013), a diferencia del control secundario. Es por ello que el Tribunal, se pronunció en el sentido de que son “los órganos del Estado doméstico quienes deben realizar ese primer examen de constitucionalidad y convencionalidad. No es plausible llevar todo a la Corte IDH, que sólo puede resolver no más de 30 o 40 por año”. (2008).

Por otro lado, cabe observar que a lo largo del trabajo empleado por la Corte, la figura que es objeto de estudio, ha ido recibiendo una serie de variantes en la última década pues a pesar que la Corte inicialmente corregía la conducta procesal de los órganos jurisdiccionales, con el paso de los años sus exigencias se han extendido a otras áreas del Estado, incluyendo otros poderes estatales como el Poder Ejecutivo y Legislativo.

1.1 PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Es fundamental enfatizar y dejar en claro que el sistema interamericano a través del Pacto de San José de Costa Rica, guarda su funcionalidad bajo el umbral del modelo de la subsidiariedad (artículo 46.1.1), esto respecto al control de convencionalidad. Pues si se recuerda las obligaciones estatales que tiene todo Estado Parte, se puede esgrimir claramente la regla y la excepción, conforme se detalla a continuación.

1.2 ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE CUMPLIMIENTO INTERNO

Esto es alusión al caso sobre “la aplicación de la Ley Antiterrorista a la Comunidad Indígena Mapuche”, donde la Corte precisó que: “las autoridades judiciales domésticas deben aplicar los estándares o criterios establecidos por ella para garantizar el derecho de defensa en ejercicio del control de convencionalidad”. (2014).

En tal sentido, se deja en claro que es el intérprete – generalmente un órgano judicial – quien está encargado de ponderar todos los estándares y cumplirlos a efectos de que la causa no llegue a vías internacionales, recargando por trivialidades el tribunal. (2012).

1.3 ASIMILACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS

Los países de nuestro sistema interamericano que lo conforman, durante las tres últimas décadas, sea presenciado que sus constituciones están precisando e incorporando dentro de su cuerpo material tópicos novísimos tales como la doctrina de interpretación conforme, el principio de progresividad, el principio de interpretación favorable al hombre, entre otros; esto implica la necesidad de establecer directrices concretas a los órganos jurisdiccionales de cada país respecto a cómo actuar cuando es necesario aplicar el control de convencionalidad ejercido a nivel de

juez ordinario o también denominado el control difuso de convencionalidad.

Al respecto, se puede constatar que el ente jurisdiccional que ha efectuado el control, refiere como necesario enclavar algunos de los cánones o principios relativos a los derechos humanos en el actuar de los tribunales locales.

Y a modo de conclusión de este apartado, cabe enfatizar que *en los países donde no se ha dado la positivización constitucional*, los criterios referidos en el ámbito interno pueden aplicarse también mediante el principio pro homine prescrito en el artículo 29° de la Convención Americana de Derechos Humanos que forma parte del derecho interno.

2 INTENSIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

2.1 VERIFICACIONES

El proceso de verificar los estándares de convencionalidad, se lleva a cabo en diversos niveles de exigencia o intensidad, según los procedimientos establecidos en un Estado determinado en su compendio normativo, de acuerdo a los grados de funcionalidad y prelación en cada órgano que la ejecuta.

En tal sentido, como ya es sabido, que el control de convencionalidad, en su sentido restringido, solamente puede ejecutarse por el Poder Judicial y por quienes llevan a cabo funciones jurisdiccionales, pues éstos se encuentran con la prerrogativa de declarar la invalidez de una norma jurídica atendiendo a la Convención Americana de Derechos Humanos y al desarrollo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante lo señalado, también el Poder Ejecutivo y el Legislativo pueden desplegar esta función aunque no esté previamente configurada en su literalidad; por tanto para observar los estándares interamericanos de convencionalidad, no es suficiente que el Poder Judicial lo aplique sino que ésta debe ser observada y su deber se extienda a los otros poderes estatales; esto implica que los órganos no jurisdiccionales también están vinculados con la interpretación de los derechos humanos de la manera más favorecedora sin que estén potenciados

para declarar la invalidez de las normas o en su defecto para desaplicarlas en casos concretos, de conformidad con lo establecido en el caso Radilla Pacheco (2010).

Así, en ese contexto, son aquellos Estados que permiten el control difuso los pioneros en aplicar dicho control con mayor intensidad pues todos los órganos jurisdiccionales locales dispondrán de la atribución de "inaplicar" o "invalidar" -según el caso- la norma inconvenional (Mac-Gregor, 2010).

En el mismo sentido de verdad, cabe hacer extensiva respecto al control de convencionalidad, dejándose en claro que es posible que éste sea desplegado por cualquier magistrado u órgano colegiado que ejecute las mismas funciones, con inclusión de las Cortes Supremas y las Salas Constitucionales; además de que en los países en que se ejecuta el control difuso, son cada uno de los jueces sin hacer ningún tipo de distinción en cuanto a órgano jurisdiccional, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

3 EXPRESIONES DEL CONTROL

3.1 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD – EX OFICIO

En diversos países latinoamericanos la discusión gira en torno a si el Estado Constitucional de Derecho permite que el control de convencionalidad puede ser atribuido de parte o de oficio. En ese sentido, sin perjuicio de lo que en definitiva resuelvan los tribunales locales, se enfatiza en que de acuerdo la interpretación de la Corte Interamericana "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad ex officio'" (Gialdino, 2008).

Ahora, cabe señalar que este criterio ha sido ratificado en el Caso J. vs. Perú, en la sentencia del 27 de noviembre de 2013 (párr. 407); y dentro de las normas locales y la Convención Americana, siempre circunscritos al marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

La Corte en el caso de los Trabajadores Cesados del Perú habló del control difuso de convencionalidad que ella puede ejercer,

luego en "Almonacid Arellano" resaltó esta posibilidad de inspección con independencia de que las partes la invoquen. Señala Ferrer MacGregor (2011) que en realidad la posibilidad de ejercitar esta vía de oficio constituye un complemento del carácter difuso de dicho control. A partir de entonces se ha mantenido firme la jurisprudencia que permite el cotejo ex officio.

Ahora, siendo así el contexto hasta ahora descrito; la Corte Interamericana ya ha establecido que para poner en juego esta doctrina no deben perderse de vista los supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones. Dice García Ramírez (2011) en calidad de doctrinario, que la exigencia de satisfacción de presupuesto no implica al caso concreto en el que han sido planteados, apreciando más bien la existencia de las violaciones aducidas o la responsabilidad de aquellos a que deba enfrentarse reparación pertinente. Esto implica que el despliegue de la vía internacional, y del control difuso de convencionalidad, están asociados al cumplimiento de dichos presupuestos. Por tanto, el orden jurídico interno ostenta la exigencia de ser favorecedora de la tutela de los derechos fundamentales, y, por ende, puede y debe reducir al mínimo los citados presupuestos, con la finalidad de no oponer barreras innecesarias a la protección del ser humano.

Entonces, este control de convencionalidad que es ejercido de oficio debe cumplirse de conformidad a la competencia de los órganos internos y bajo las reglas procesales pre establecidas para dicho efecto. Esto no significa que todos los jueces sean competentes para aplicar sin mayores exigencias este tipo de confrontación, sino que deben observar las normas jurídicas internas. Ahora bien, enfocando la problemática desde una perspectiva supranacional, cuando las causas llegan al conocimiento de la Corte Interamericana, ésta si verificará de oficio dicha conformidad, considerando que es la última intérprete de la normativa interamericana y que por una cuestión meramente procesal no se puede permitir que el Estado infrinja la Convención.

3.2 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD – IN ABSTRACTO

Ahora bien, atendiendo en este apartado al control de convencionalidad 'in abstracto' es pertinente enfatizar que en sus orígenes el corpus iuris de derecho interamericano establecía la

imposibilidad de aplicar cualquier tipo de revisión supranacional en tanto que el precepto atacado no había sido aplicado. No obstante en los últimos tiempos, este criterio fue cambiando, orientándose ahora por su potestad de acuerdo a lo dicho por Rey Cantor, de controlar el grado de convencionalidad de las normas locales, aún en abstracto (2008).

Observando la evolución se dirá que en una etapa primigenia, marcada por el caso de Genie Lacayo (1997) la Corte Interamericana sentó que:

La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto revisar cuerpo normativo interno en abstracto sino que debe ejercerse para decidir sobre casos concretos en que se alegue algún acto estatal, ejecutado en perjuicio de personas determinadas, conceptualizado como contrario a la Convención.

Concluyendo que no se tenía la prerrogativa de activar ex officio "en abstracto" el control de convencionalidad, criterio que mantuvo en toda su extensión.

Dicha pauta fue criticada respecto a las últimas actuaciones por el entonces Juez Cancado Trindade en su Voto Disidente, quien en apertura a una brecha discursiva en la sólida jurisprudencia precedente, sostuvo que la infracción convencional se produce por el sólo hecho de que la norma de derecho interno se encuentre vigente incluso cuando eventualmente aun no haya sido aplicada; insistiendo luego, en el caso "El Amparo" que para que exista trasgresión a la Convención Americana de Derechos Humanos "...no me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño..."

Es así que en una segunda etapa se denota un cambio en el criterio de la jurisprudencia aludida, materializándose lo señalado por el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Suárez Rosero" (1997) y posteriormente en "Castillo Petruzzi", entre otros, sentencias en las cuales sostuvo que era posible la existencia de infracción al Pacto de San José aun cuando el dispositivo normativo interno no haya sido aplicado en un asunto concreto.

De lo señalado hasta ahora, es posible colegir que el órgano jurisdiccional desarrolló el control de convencionalidad de las

disposiciones normativas internas que se circunscribían como susceptibles de ser aplicadas en un determinado caso, y además de aquellas disposiciones o reglas que – entre otros – deberían haber sido utilizadas en una causa determinada.

4 EXPANSIÓN EVOLUTIVA DEL CONTROL

En este último acápite del presente capítulo se pretende presentar la determinación del control de convencionalidad, es decir, mostrar de qué manera las afirmaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de la evolución jurisprudencial se han ido moldeando y dotando de contenido al control de convencionalidad. A tal efecto, veremos según los casos presentados, que la Corte fue precisando la interpretación específica y especial del control:

- **Evolución Nº 01 – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:**

El Control de Convencionalidad debe ser realizado ex officio y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes.

Caso Matriz:

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.

- **Evolución Nº 02 – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:**

La obligación de realizar el Control de Convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

Caso Matriz:

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

- **Evolución Nº 03 – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:**

El Control de Convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública.

Caso Matriz:

Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

- **Evolución Nº 04 – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:**

Parámetro de convencionalidad se extiende a otros tratados de derechos humanos.

Caso Matriz:

Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012.

- **Evolución Nº 05 – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone un determinado modelo de control de convencionalidad.

Caso Matriz:

Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.

- **Evolución Nº 06 – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:**

Parámetro de convencionalidad ampliado a las opiniones consultivas.

Matriz:

Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014.

5 CONCENTRADO Y DIFUSO DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL

Es necesario precisar inicialmente que el control de convencionalidad concentrado se erige como aquel instrumento de la Corte Interamericana, mediante el cual se delimita y distingue la conformidad o disconformidad del ordenamiento jurídico interno de un determinado derecho en los Estados miembros, así a través de decisiones judiciales se orientan a brindar sentido a los estándares de la Corte Interamericana y se verifica que el Estado efectivamente esté

cumpliendo con sus obligaciones contraídas, de no ser así se sugiere o se ordena efectuar las modificaciones o supresiones pertinentes además de las conductas funcionales de los agentes que actúan en representación y titularidad del Estado, que puedan adecuar sus prácticas estatales a los requerimientos y exigencias del sistema interamericano en pro de las garantías y derechos que le son reservados a toda persona humana.

El control de convencionalidad en sede internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos importa necesariamente el sometimiento de todas las disposiciones jurídicas de un Estado, como garantías de la protección de los derechos humanos que han sido previamente concertados mediante los acuerdos internacionales prefiriendo los niveles mínimos de protección a que hace referencia la Convención Americana, en contra de los atributos o pisos de menor protección que otorga el ordenamiento interno, aun cuando estén contenidos en un texto constitucional. Finalmente debe señalarse que éste es el compromiso que cada uno de los Estados asume cuando son sometidos por la competencia contenciosa de la Corte. Como bien señala Sagüés:

El Estado debe estar dispuesto a pagar ese precio para sumarse al proceso integrativo en el ámbito de los derechos humanos, lo que no parece honroso es ratificar el Pacto y luego argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución. (2010).

Así, se señala que la relación esencial entre control de convencionalidad y control difuso de convencionalidad es su naturaleza de género a especie. Vale decir que, en ambos casos se realiza un parangón entre las decisiones, políticas o legislación interna y los cánones, principios o estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, en el primer caso – control de convencionalidad – esta práctica se concibe como tal sin mirar el órgano jurisdiccional competente que lo realice, en cambio, cuando se hace referencia al control *difuso* de convencionalidad, únicamente circunscribimos a la prerrogativa jurisdiccional de jueces ordinarios, generalmente de primera instancia, o dicho de otro modo a aquellos que no causan estado de cosas.

6 EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD COMO OBLIGACIÓN CONVENCIONAL DEL ESTADO PERUANO

A través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha venido desarrollando una serie de puntos respecto al control de Convencionalidad, tanto a nivel jurisprudencial como a nivel doctrinario; este tipo de control, ha sido diseñado o fomentado como un control que tiene naturaleza subsidiaria o de complemento a los controles de derecho interno, el mismo que se inició en el 2006, año en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos esbozó preliminarmente la categoría del control de convencionalidad en el Caso Almonacid Arellano vs Chile (2006)

Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. (...). El poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Entre otras cosas, la Corte Interamericana aclaró su doctrina para establecer que este *control debe ser ejercido ex officio prescindiendo de la solicitud de las partes*; siempre que se encuentre circunscrito dentro de las competencias y regulaciones procesales correspondientes a cada órgano estatal, considerando otros presupuestos de forma y fondo para su admisibilidad y procedencia. Este criterio jurisprudencial fue confirmado en los años siguientes y desarrollada a manera de un “vals a tres tiempos” como lo expresa la profesora de la Universidad de La Sorbonne de Paris (Burgorgue-Larsen, 2010).

Diríase entonces que en el ámbito de protección del sistema interamericano, la doctrina del control de convencionalidad se desarrolla en tres etapas o momentos:

El primero se caracterizó por la aparición de la exigencia obligación del control de convencionalidad, este hecho fue en el año 2006 mediante la sentencia Almonacid Arellano.

La segunda época refirió a delimitar los contornos de esta exigencia, esto mediante la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso de 2007 (que fue confirmada reiteradamente, en particular en las sentencias Radiilla Pacheco, entre otras).

Finalmente, el tercer tiempo implicó precisamente la función de en “teorizarla” esto a través del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México de 2010. (Subrayado propio del autori).

Otros cambios importantes refieren que a partir del 2010, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso, la Corte Interamericana reemplaza las expresiones relativas al “Poder Judicial” para hacer referencia a que “todos sus órganos” en el sentido estatal del término, incluidos sus jueces, esto en cuanto a la delegación de la función jurisdiccional, por lo que se debe velar por el efecto útil del Pacto, en este sentido “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”.

Por lo tanto en un análisis de la jurisprudencia actual de la Corte se llega a la convicción de que *los tribunales y salas constitucionales se encuentran obligados a ejercer el control difuso de convencionalidad*, situación que se convierte en un reto diario para la aplicación cotidiana del corpus iuris interamericano y de ese modo superar la tradicional concepción de la supremacía constitucional. Ahora bien, a esta consideración de ejercer el control por parte de todos los órganos de los Estados, en este caso de los “órganos vinculados a la administración de justicia”, *debe agregarse a las “autoridades administrativas”, ya que cada uno se desempeña en sus respectivas competencias y regulaciones procesales*. Este criterio se solidifica en el Caso Gelman vs. Uruguay (2011), asunto donde fue abordado el tema de las limitaciones por la gran cantidad de instancias democráticas internas donde también va a formar parte, estableciendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que también debe primar “control de convencionalidad” al constituir una “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.

Bajo dicho orden de ideas, la doctrina expuesta ha tenido amplia acogida sobretodo en estados que aplican el control difuso (Mac-Gregor, 2012), lo cual implica finalmente un reconocimiento integral y amplio de la internalización del derecho internacional de los derechos humanos. Cabe señalar que existen diversos países latinoamericanos que han internalizado y recogido este reconocimiento en sus Constituciones, llámese por ejemplo la preminencia constitucional de esos Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. En ese proceso cabe destacar

al Estado Plurinacional de Bolivia, quien en su Constitución Política de Estado emitida el 7 de febrero de 2009, en su artículo 410.11 dispone que “El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país”.

Al respecto, es trascendente establecer que se trata de ordenamientos jurídicos autónomos, tanto de carácter nacional, como internacional y complementario de este último respecto del nacional, cada uno con fuentes, reglas y principios propios para su observancia y cumplimiento, procesos que asumen interacciones e interdependencias más complejas, partiendo principalmente del reconocimiento de que esos derechos esenciales del hombre *“no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”*.

Consecuentemente, la doctrina de Control de Convencionalidad podría asumir dimensiones más allá de las que se reconoce en los instrumentos constitutivos de la Corte, debiendo por lo tanto fortalecer el carácter coadyuvante y complementario expresado en el Preámbulo de la Convención, exigiendo en su caso que los Estados cumplan plenamente con sus responsabilidades dispuestas en el Artículo 2 de la Convención que señala la obligación de los Estados nacionales de adoptar disposiciones de derecho interno, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.

Esa situación se hace más compleja respecto de Estados, por ejemplo en Latinoamérica como el boliviano, en el que se adopta un control concentrado de constitucionalidad, únicamente, es decir, en dicho país cuando los jueces o cualquier autoridad administrativa, considera que una norma vulnera la constitución o un Tratado Internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad, corresponde plantear de oficio o a petición de parte, la Acción de Inconstitucionalidad Concreta, mas no el de Convencionalidad y solo lo solicita para que el Tribunal Constitucional “Plurinacional”, como intérprete último de la Constitución, dentro de sus facultades disponga su expulsión o permanencia en el ordenamiento jurídico. Entendiéndose que el Estado boliviano, adoptó un procedimiento interno observando lo dispuesto en el Artículo segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual no comprende un Control difuso de los Tratados Internacionales en

materia de Derechos Humanos, sino como parte de un bloque de constitucionalidad, que implica de forma interna ejecutar el control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional. *¿Podría acaso señalarse responsabilidad estatal sin conocer el fallo de esta última instancia nacional?* Sobre todo teniendo en cuenta la naturaleza subsidiaria del Sistema Interamericano.

Estas y otras reflexiones de fondo, conllevan a estimar que el desarrollo jurisdiccional debe fortalecer y priorizar el diálogo interjurisdiccional, aceptar y conducir la prudencia que implica y exige el desarrollo de relaciones interestatales, a fin de que sean las instancias jurisdiccionales o administrativas nacionales quienes definitivamente se formen como los instrumentos más eficientes de protección de los derechos humanos, entendiendo a la litis como última ratio, para el respeto y garantía de los derechos humanos.

7 CRÍTICAS AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA

7.1 NO TIENE BASAMENTO NORMATIVO EXPLÍCITO

A modo de dato curioso, se trae a colación que la Corte IDH empezó a funcionar desde los años 80 y recién en el año 2006 (de manera formal) se “descubre” el mencionado control en el Caso Almonacid. A partir de este dato y revisándose los argumentos en la sentencia del mencionado caso, se argumenta como fuente de basamento normativo para el control, los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. No obstante dichos dispositivos legales, reconocen la responsabilidad internacional del Estado, pero en modo alguno “exigen” ningún tipo de “control de convencionalidad” a los jueces nacionales. Esto hace surgir ciertas dudas sobre la legitimidad de la doctrina en comento.

7.2 DESNATURALIZA EL ORDEN SUBSIDIARIO DEL SISTEMA

El sistema interamericano de derechos humanos, bien recordaremos, que atiende al principio de subsidiariedad. Es decir, el

sistema es de naturaleza subsidiaria y complementaria y la obligación principal conforme lo dicta la Convención Americana de Derechos Humanos, recae en los Estados Parte. No obstante, el control de convencionalidad pretende invertir este estado de cosas, ya que ahora todo juez debe incorporar la Convención de acuerdo a los lineamientos de la Corte, la cual se asigna a sí misma un rol primario, y coloca a la Convención por encima de la Constitución, en lugar de situarla en un plano distinto y complementario al del ordenamiento jurídico interno, como ha sido siempre.

7.3 FECUNDA UNA VINCULACIÓN INCONVENCIONAL

De una lectura sencilla como meticulosa que se puede realizar al art. 68 de la Convención, se puede obtener como regla clara y precisa que las decisiones de la Corte IDH, únicamente obligan a las partes del caso. No obstante, por el control de convencionalidad consistente -en atención a los pasos evolutivos de expansión- las decisiones de la Corte al ser vinculantes para todos los Estados, desnaturaliza el sistema como también contraviene su propia normativa fundante.

7.4 PROMUEVE UN TIPO DE RAZONAMIENTO JUDICIAL ANGLOSAJÓN

Atendiendo a la vinculación de las sentencias que emite la Corte IDH como de las opiniones que realiza el Comité, sobre los Estados. Genera una problemática, en tanto que Estados como el nuestro y entre otros, que asumimos una tradición civilistas; es decir, estar sometidos a la Constitución y a la ley. Por el control de convencionalidad, parece querer convertir a nuestros jueces en jueces de common law, de un razonamiento judicial anglosajón consistente en atender al precedente. A pesar de ser contraria nuestra tradición, coloca a los jueces en una posición sumamente difícil, ya que no se sabe si estarán vinculados a la Constitución y a la ley o a las “interpretaciones” de un tribunal internacional. Es más, podríamos indicar que los jueces asumen o asumirían con gran dificultad la línea de querencia convencional en tanto que son jueces

que no están debidamente entrenados para aplicar técnicas propias de dicho sistema (distinción de casos, ratio decidendi, obiter dicta, stare decisis, razonamiento analógico, y otras las técnicas afines que requieren años de práctica).

7.5 INCONSISTENCIA DISCURSIVA DEL DIALOGO JURISPRUDENCIAL

Se ha indicado que el discurso que justifica y promueve la sostenibilidad del control, es el dialogo entre las cortes. Sobre este punto, se tiene serias dudas, en tanto que es bien difícil que los jueces “dialoguen”. En tanto, que resulta en gran medida difícil que una Corte nacional enmiende la plana interpretativa de la Corte IDH respecto a una mejor interpretación. En caso de haber más bien una dictadura de criterios interamericanos, perjudicaría gravemente el criterio de progresividad. En tal sentido, a lo que se debería arribar es comprender que la labor interpretativa de los derechos es una tarea que compete colectivamente a varios actores, entre ellos, los jueces nacionales.

7.6 INCOHERENCIA RESPECTO AL MARGEN DE APRECIACIÓN

De manera innegable, los derechos y su interpretación están sujetos al pluralismo que caracteriza a nuestros países, lo cual significa que pueden ser interpretados razonablemente de distinto modo por diferentes actores. No obstante, por el control de convencionalidad, únicamente podrán ser interpretados según los lineamientos de los siete jueces de la Corte Interamericana. No en vano en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no existe una doctrina similar al control de convencionalidad. Todo lo contrario, dicho tribunal reconoce los márgenes de apreciación que tienen los Estados para implementar sus obligaciones de conformidad con al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Curiosamente la Corte Interamericana, que suele seguir muy de cerca al Tribunal Europeo, se aparta radicalmente en este sentido a este último órgano.

7.7 LA FALTA DE CONTEXTOS DEMOCRÁTICOS EN LA INTERPRETACIÓN

La interpretación que se efectúa de los derechos, desde un orden convencional, poco o nada atiende a los síntomas de nuestras democracias sea tanto en sus decisiones y problemas socioculturales. Al menos, se aprecia de tal modo de las interpretaciones que efectúa la Corte IDH. Sobre todo, se debe tener presente que la materialización de los derechos fundamentales se debe realizar en contextos reales de casa sociedad. La cultura, el sentir y la forma de convivir no se logran comprender ni imponer en su control desde una interpretación normativa convencional. Primero se debe generar bases de legitimidad y sostenibilidad en las sociedades.

8 CONCLUSIONES

Una de las primeras conclusiones corresponde a indicar que los formalismos mostrados por el control de convencionalidad son atractivos y bondadosos en términos de derechos. No obstante, el formalismo resulta ser ineficaz en tanto que no se busca una suerte de legitimidad a partir de sus sentencias que resultan ser muchas veces desatendidas sea por una cuestión de política de Estado, o simplemente no se ajusta a una realidad distinta de la exige la Corte IDH. Es por ello, que es necesario tener un diálogo jurisprudencial real que permita reflexionar sobre los criterios de solución, de manera oportuna y eficaz para las sociedades democráticas.

Finalmente; cabe concluir que la finalidad las siete críticas desarrolladas respecto del control de convencionalidad; se ha efectuado con la clara intención de que la doctrina interamericana se perfeccione antes que se deslegitime en su uso o fomento. Estas críticas es a razón de las criaturas mismas de inconsistencias o colisiones frente a los sistemas constitucionales y democráticos, las mismas que debe ser discutidas y ser materia de otras investigaciones o foros con mayor profundidad. Todo esto, debido a que los derechos de cada sociedad merecen doctrinas, teorías o sentencias que viabilicen de manera real su dimensión y mejoremos cada día como sociedad y humanos.

DERECHO AL RECURSO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Justo Ramos Arrúa¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 3. Sistema Universal de Derechos Humanos. 4. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 5. El derecho al recurso contra la condena en el Derecho Procesal Penal Paraguayo. 6. Conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos son inherentes a la persona natural en donde se busca la protección de estos, ya que a través de la historia se observó como estos derechos que son básicos para la subsistencia humana fueron vulnerados de formas sangrientas, como la conquista de África y América y el holocausto nazi, interpretar los derechos humanos para así reconocerles una defensa es una tarea que se realiza a través de las instituciones de un Estado y los sujetos internacionales, como las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales (Agudelo, Cubides, León, Reyes, Torres, Woolcott y Castro, 2017).

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Diplomado en Didáctica Superior Universitaria por la Universidad del Norte, Paraguay. Es egresado de la Escuela Judicial del Paraguay. Magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina. Candidato a Doctor en Derecho en la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina con tesis doctoral pendiente de presentación. Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral para la Circunscripción Judicial de la Cordillera, cargo que ejerce en la actualidad.

Tanto el Pacto de San José de Costa Rica como la copiosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido la importancia de las garantías judiciales para los pueblos; la conexión entre estas garantías judiciales con los conceptos de Estado de Derecho y Democracia ha sido resaltada una y otra vez por la doctrina especializada. Entre estas garantías judiciales queremos, en esta ponencia, prestar especial atención al derecho contenido en el art. 8, numeral 2 del Pacto de San José, según el cual:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho a las siguientes garantías mínimas:...h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Por lo tanto, el derecho al recurso al que nos referimos en esta ponencia se relaciona con el derecho a solicitar y obtener la revisión íntegra de un fallo condenatorio recaído en sede penal² (Olavarría, 2016).

En esta ponencia, entendemos por recurso como “todo medio que concede la ley procesal para la impugnación de las resoluciones judiciales, a efectos de subsanar los errores de fondo o los vicios de forma en que se haya incurrido al dictarlas” (Ossorio, 1994, p. 834). Por lo tanto, no debe confundirse este recurso con aquél al que hace referencia el art. 25 del Pacto, según el cual:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o esta Convención, aun cuando

² Aunque no constituye objeto de esta ponencia, la doctrina también se ha ocupado de extender la aplicación de la garantía de la recurribilidad a cualquier resolución importante en el transcurso del proceso, y no solo respecto de la sentencia definitiva. “*Estamos en condiciones de afirmar que el derecho al recurso no solo es una garantía prevista para el condenado, sino también para el procesado en todas las instancias del proceso, tanto en contra de la resolución que pone fin al proceso, esto es: la sentencia, como para todas las otras resoluciones importantes y que afecten el derecho de defensa del imputado*”. Olavarría, G. (2016) “A. propósito de una relectura del fallo “Casal”: el aspecto dinámico de la garantía al doble conforme y su exigencia”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44026-proposito-relectura-del-fallo-casal-aspecto-dinamico-garantia-al-doble-conforme-y-su>

tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales.

Esta garantía se relaciona, más bien, con la posibilidad de acudir ante órganos judiciales independientes e imparciales a fin de obtener una tutela rápida, mediante un procedimiento sencillo, en la hipótesis de que los derechos reconocidos por la Constitución, la ley o el Pacto de San José, sean infringidos. Este recurso debe ser admisible incluso contra actos del poder público. No obstante, el “recurso” al que hace referencia el art. 25 del Pacto se materializa mediante un procedimiento sumarísimo tendiente a lograr una tutela efectiva frente a violación de derechos perpetrados por cualquier persona, incluso órganos del poder público, y que da lugar a la formación de un proceso judicial entre el demandante y aquel que se considera responsable de la situación antijurídica que se busca restablecer. Este derecho tiene su correspondencia procesal en la acción de amparo prevista en el art. 134 de la Constitución Nacional del Paraguay.

Los recursos a los que nos referimos en esta ponencia consisten en medios de impugnación de sentencias definitivas a los efectos de su revisión por tribunales superiores, y se materializa mediante los recursos de apelación y de casación³ (Vázquez. 1997, p. 463). La cuestión que ocupa a la doctrina consiste justamente en la extensión del control ejercitable por el tribunal superior. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en varias ocasiones que para la efectividad del derecho al recurso, no basta con que existan leyes y tribunales competentes para efectuar ese control, sino que las instituciones deben permitir un ejercicio amplio de ese derecho, posibilitado un control exhaustivo o integral de la sentencia en crisis (Caso Castillo y otros, 1999, párr.158).

Los Estados deben brindar a su población mecanismos necesarios para defender los derechos que se les han vulnerado, en esta etapa se denominan acciones constitucionales, pero durante un proceso al no estar de acuerdo con el pronunciamiento del juez, se le denomina recurso, este recurso hace parte del derecho al debido

³ “Los medios impugnativos, impugnaciones o recursos son facultades específica y autónomamente procesales, destinadas a la posibilidad de subsanar errores y permitir modos de contralor; presuponen el previo dictado de una resolución jurisdiccional, cuya modificación o anulación pretenden”. (Vazquez, 1997).

proceso, un derecho fundamental y un derecho humano (Sierra, Cubides y Carraso, 2016).

Frente a la sentencia condenatoria, los medios de impugnación pueden ser de distinta naturaleza y extensión. Los recursos ordinarios se caracterizan por posibilitar el control de las cuestiones fácticas (fijación de los hechos y valoración de la prueba) mientras que los recursos extraordinarios se limitan a accionar el control de cuestiones exclusivamente jurídicas, vinculadas con la selección, interpretación y aplicación de la ley, el control del debido proceso y la congruencia o correlación de la sentencia con el objeto del proceso, así como la conformidad de la sentencia con la jurisprudencia del máximo tribunal de la República⁴ (Centurion Ortiz, 2012, p. 316).

Con el sistema inquisitivo, propio de la cultura del expediente escrito, el control de la sentencia se realizaba mediante el recurso de apelación tradicional, que es un recurso típicamente ordinario; los tribunales de apelación controlaban tanto las cuestiones jurídicas como las fácticas del fallos⁵ Roxin, C., trad, Córdoba, G., & Pastor, D, (2000 p. 456), y lo hacían mediante la simple lectura de los registros obrantes en el expediente; la inmediación no era un requisito para la validez y consiguiente valoración de la prueba⁶ (Vázquez Rossi, J. 1997, p. 466).

Sin embargo, durante la última parte del siglo pasado, la mayoría de nuestros países han asistido a una transición de sus sistemas penales desde el sistema inquisitivo hacia un sistema fuertemente acusatorio. En el sistema acusatorio, asume un rol fundamental el juicio oral y público, con sus principios de inmediación, contradicción y oralidad pública. Este sistema exige la presencia

⁴ Estos medios impugnativos (recursos ordinarios) previstos son de carácter normal, y para cuya interposición no se exigen requisitos determinados y, en cuya resolución, el órgano jurisdiccional no tiene limitados sus poderes judiciales (...) Por otra parte cuando se exigen motivos determinados taxativamente para interponer el recurso y hay limitación de facultades del órgano jurisdiccional, estamos ante un recurso extraordinario, como lo es el de casación.

⁵ "La apelación es un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico" (Roxin, C. 2000).

⁶ Por último, es notorio que el régimen de los recursos se relaciona de manera estrecha con el carácter de los procedimientos, ya que los asentados sobre registros posibilitan revisiones integrales de las cuestiones de hecho y de derecho, como ocurre dentro del tradicional medio de la apelación, mientras que el trámite oral, concentrado, de inmediación probatoria, exige otras formas de control (Vázquez Rossi, J. 1997, p. 466).

física ininterrumpida de los jueces que han de decidir, de tal suerte que su presencia permanente asegura una solución de mayor calidad jurídica. Con este sistema se supera la cultura del expediente y el método de resolución basado en la lectura de las actas y registros procesales; ahora, el Juez no se limitará a leer el expediente, sino que presenciara personalmente los debates iniciales, la producción de la prueba y los alegatos finales. Esta metodología de resolución ha tenido su impacto en el sistema recursivo de la sentencia de primera instancia: como solo los jueces de primera instancia han presenciado la producción de la prueba, solo ellos están en condiciones de fijar los hechos y valorar la prueba; por ello, la labor del tribunal de apelaciones se debería limitar a revisar los aspectos legales de la decisión así como la validez del proceso sustanciado⁷ (Centurion, 2001, 233-234).

Como consecuencia de lo anterior, los ordenamientos procesales inspirados en el sistema acusatorio con centralidad en el juicio oral y público han previsto recursos de alcance limitado en cuanto al poder de revisión de la Alzada, en claro contraste con el sistema inquisitivo basado en la cultura de expediente, en que la lectura del expediente bastaba para confirmar o revocar una sentencia. Así, las limitaciones impuestas a los recursos admisibles contra la sentencia definitiva serían, en opinión de algunos autores, consecuencia natural de la intermediación y contradicción propias del juicio oral y público, en el marco del sistema acusatorio de enjuiciamiento⁸ (Fuentes, 2009).

⁷ A modo de ejemplo, el art. 467 del Código Procesal Penal del Paraguay establece que "El recurso de apelación contra la sentencia definitiva solo procederá cuando ella se base en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal". Comentando esta norma, se ha dicho que "*la apelación procederá solo cuando se den dos condiciones: a) la aplicación incorrecta de una disposición o norma legal, y b) la violación de los principios del debido proceso. En esta etapa ya no podrán ser discutidos los hechos debatidos en el juicio oral y público, sino únicamente las cuestiones de fondo*". (Centurion, 2001, pp. 233-234) (Negritas y subrayados del autor).

⁸ Adicionalmente, muchos sistemas procesales penales reformados, inspirados en el código procesal penal modelo para Iberoamérica, establecieron que para recurrir contra la sentencia emanada de un juicio oral debía interponerse un recurso procesal que no fuera contrario a la lógica y a las bondades de la audiencia de juicio. Muchos países escogieron el recurso de casación, que en general se puede decir es un recurso cuya hipótesis de procedencia es restringida, es usualmente relacionado con déficit de derecho y con una alta carga argumentativa exigida para ser acogida (Fuentes, 2009).

Frente a las limitaciones impuestas al recurso de apelación como consecuencia de la metodología de resolución de primera instancia, basada en la intermediación, el debate oral y la valoración probatoria mediante el sistema de la sana crítica, surge el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo el art. 8, numeral 2, dispone que:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

La pregunta que debemos contestar es: ¿satisface el recurso de casación o los recursos de apelación restringidos el derecho contenido en la norma convencional mencionada? El propósito de esta ponencia es el de compartir reflexiones en torno a este importante problema, y buscar propuestas de solución que sean compatibles con el sistema acusatorio de enjuiciamiento y, a la vez, con los compromisos internacionales asumidos por los Estados signatarios del Pacto.

2 DESARROLLO

2.1 RECURSO DE APELACIÓN TRADICIONAL

El recurso de apelación es un medio de impugnación de resoluciones judiciales mediante el cual se critica la justicia del fallo recurrido, posibilitando un control, tanto respecto de los hechos fijados por el A-quo, como respecto de los aspectos normativos del fallo. Para Alvarado (2010):

La apelación es el recurso por excelencia y el más antiguo que se conoce legislativamente. Siempre se vincula con aspectos puramente subjetivos y es el que utiliza quien ha perdido total o parcialmente una pretensión litigiosa para sostener la injusticia de la decisión judicial que no le otorgó la razón (pp. 799-800).

Cuando se habla de la “justicia” del fallo, no se está haciendo referencia a su conformidad con la idea de justicia o el sentimiento personal de justicia del Juez, sino a su conformidad con el Derecho Positivo vigente; de ahí que también suele decirse que el fallo está o no “ajustado a Derecho”. El recurso de apelación tradicional es el más amplio en cuanto a los poderes de revisión del tribunal de alzada. Aún reconocida la anotada amplitud del recurso, debe advertirse que su planteamiento no supone la posibilidad de renovar el juicio, proponer nuevas pretensiones u ofrecer nueva prueba; de hecho, la segunda instancia no implica revisión completa de la primera instancia, sino un “control de la sentencia del Juez de primera instancia, con sus materiales de hecho y de derecho, a cargo del juez superior” (Coutere, 1993, p. 366).

El recurso de apelación va enderezado, por tanto, a revisar tanto las cuestiones fácticas como las jurídicas resueltas en la sentencia; en otras palabras, se incluye en su posibilidad de análisis la fijación de hechos establecida por el A-quo y la valoración de la prueba, así como la selección, interpretación y aplicación de la norma pertinente. Así, la apelación tradicional permite la revisión íntegra del fallo recurrido. No obstante la amplitud señalada, como lo apunta Couture (1993) una de las notas características de la apelación consiste en la restricción en la producción de nueva prueba:

El principio de que la prueba debe producirse plenamente en primera instancia, sin reservas para la segunda, es absoluto... En segunda instancia solo deben admitirse aquellas pruebas respecto de las cuales la imposibilidad de incorporación al juicio en la primera instancia era insuperable. (p. 359).

Por lo tanto, si bien los poderes de revisión del tribunal de apelaciones son amplios, esa función solo puede cumplirla con la prueba ya producida en la instancia inferior; además, ese análisis se realiza exclusivamente mediante la lectura del expediente, y no mediante la reproducción de la prueba ya diligenciada en la instancia inferior.

El recurso de apelación tradicional fue diseñado en el contexto de los juicios escritos, cuya revisión se efectuaba exclusivamente mediante la lectura del expediente. Maier (1989) nos recuerda el origen histórico del recurso de apelación, vinculado íntimamente con el absolutismo monárquico (Vásquez, 1997, p. 467).

En ese contexto, el recurso de apelación buscaba afianzar el poder del monarca, en nombre de quien los jueces administraban justicia; los jueces eran, en ese sistema, simples delegados del Juez. De ahí que cuando se planteaba un recurso y se remitían los autos al tribunal superior, se devolvía la jurisdicción al Rey (de ahí surge el *efecto devolutivo* de los recursos). Por tanto, el recurso de apelación no era, en principio, un derecho del justiciable a obtener una revisión de su condena, sino un medio técnico para asegurarse de la prevalencia de la voluntad del Rey en los Tribunales de Justicia; un modo de asegurarse de que los jueces administrasen justicia de conformidad a la voluntad del Rey.

Con el advenimiento del paradigma republicano al estilo norteamericano, empieza a tomar fuerza la idea de incorporar a los ciudadanos comunes a las funciones jurisdiccionales mediante los Jurados populares⁹ (Alcaraz, 1994). Con esta innovación, el verdadero soberano (el pueblo) asume directamente la función judicial, por lo que el sistema recursivo propio del antiguo régimen pierde sentido. Además, el sistema acusatorio propio de la República otorga papel central al juicio oral y público celebrado ante la presencia física ininterrumpida de los jurados, lo que garantiza mayor calidad de la decisión definitiva.

En los países hispanoamericanos, con los movimientos independentistas republicanos, se optó por establecer, fiel a la tradición hispana, un sistema inquisitivo, escrito y secreto para una primera parte del proceso (el sumario), con una segunda etapa de mayor corte acusatorio (el plenario), a veces desarrollado en forma oral ante un tribunal distinto del que entendió en el sumario, o incluso ante un Jurado popular. Este esquema procesal permitía una apelación amplia ante un tribunal jerárquicamente superior, la que era resuelta sobre la base de la lectura del expediente. En este contexto, la apelación no era considerada un derecho del justiciable, sino un sistema de control de la actividad de los jueces;

⁹ La Constitución Argentina de 1853 previó expresamente la institución de los jurados populares, la que, en realidad, nunca fue efectivamente implementada en dicho país. En el Paraguay tuvo una implementación fugaz desde 1870, siendo suprimida "sin pena ni gloria" en 1940. Véase Alcaraz B. (1994) *La Oralidad en el proceso penal*. Ed. La Ley. Asunción, Paraguay. p. 38.

La concepción del recurso como un derecho del imputado tiene su frente en el texto de los tratados sobre derechos humanos, entre los cuales destacan la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Horvitz y López, 2004, p. 350).

El recurso de apelación tradicional es catalogado como “ordinario” por cuanto el control que puede efectuar la alzada es amplio, y no se requieren requisitos específicos para su interposición, más allá del plazo legal, y que la resolución sea recurrible. La amplitud de los controles de los tribunales de apelación hace que el centro del debate pase del juicio oral en primera instancia, a la lectura del expediente en segunda instancia.

2.2 RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación es un medio de impugnación de las resoluciones que atiende exclusivamente los aspectos jurídicos o normativos del fallo¹⁰ (Roxin, 2000, p. 466). Se hallan, por lo tanto, excluidos los aspectos fácticos de la decisión; en particular la fijación de los hechos y la valoración probatoria.

Históricamente, la casación es un recurso creado en Francia, cuyo propósito político consistía en asegurar la conformidad de las decisiones judiciales con la voluntad del soberano: en el antiguo régimen, el Rey; en la Francia revolucionaria, el pueblo mediante su representantes electos (los legisladores). El recurso de apelación no surgió como derecho del condenado a procurar la revisión de la sentencia, sino como una herramienta del sistema para vigilar las decisiones de los jueces. La tradicional desconfianza que los franceses sentían hacia los jueces imponía un control estricto de la conformidad de sus decisiones con la voluntad del soberano; para ello, fue necesario el establecimiento de un tribunal de casación que fuera ajeno a la estructura judicial.

Si bien es cierto que la casación es de origen anterior a la revolución francesa, después de esta adquiere sus peculiares

¹⁰ “La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control in jure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida.”. (Roxin, 2000, p. 466).

características que conservaría hasta la segunda guerra mundial. Aunque la revolución supuso la destitución de la mayoría de los jueces, la desconfianza hacia la corporación judicial persistió luego de la Revolución. Esta desconfianza se tradujo en una limitación casi asfixiante de la discrecionalidad judicial, mediante el imperio de la ley sobre las opiniones personales o el sentimiento de justicia de los magistrados; llegó a afirmarse que el juez es “la boca que pronuncia la letra de la ley”. La ley era definida como la “expresión de la voluntad general” y debía ser acatada por los jueces a toda costa. La interpretación era mirada con desconfianza, salvo la estrictamente gramatical, apegada al texto legal. Por supuesto, no bastaba con limitar los poderes judiciales, sino que debía instaurarse un control eficiente, externo a la corporación judicial, para asegurarse de que los jueces se sometieran a la ley a la hora de resolver los casos sometidos a su competencia. Este control no era otro que el recurso de casación. Cualquier desviación de la ley se consideraba un desafío ilegítimo al poder del soberano: el pueblo, representado por los legisladores. Se trataba, por tanto, de un control político tendiente a mantener la división de los poderes.

No obstante las fuertes limitaciones impuestas a los jueces en el aspecto normativo de sus decisiones, el aspecto fáctico quedaba enteramente a su arbitrio. La fijación de los hechos del caso no interesaba al mismo grado que el respeto a la autoridad de la ley. Por tanto, el alcance del control político ejercido por el tribunal de casación se limitaba a asegurarse de que el Juez no ingresara al terreno reservado al legislador; que el Juez aplicara correctamente la ley, sin juzgarla ni emitir juicios de valor respecto de su bondad o acierto. La determinación de los hechos del caso ya no era de interés político del tribunal de casación.

Con el paso del tiempo, se incluyó entre los vicios atacables por vía de la casación la violación del debido proceso anterior a la sentencia y, cuando el tribunal de casación fue incrustado en la estructura de la corporación judicial, también se utilizó la casación como instrumento de unificación de la jurisprudencia. Pero en todos los casos, la fijación de los hechos escapaba del control ejercitable por la vía de la casación. La casación era una herramienta en manos de los legisladores para controlar a los jueces. Este sistema perduraría hasta la segunda guerra mundial.

Las circunstancias históricas y las finalidades políticas que determinaron la aparición del recurso de casación evidentemente ya

no existen, por lo que el mantenimiento de las férreas limitaciones impuestas tradicionalmente al alcance del control ejercitable por esa vía no parece ya justificarse.

Por otro lado, como se ha señalado en la introducción de esta ponencia, la adopción de sistemas procesales acusatorios con juicios orales ha significado una revaloración del sistema de intermediación en la producción de la prueba. En virtud de este principio:

La actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia del tribunal de sentencia o del jurado en su caso, y de los restantes sujetos procesales. En otras palabras no se puede realizar el juicio y producir prueba sin contar con la presencia del juez, del jurado y de los demás sujetos procesales. La importancia de este principio está determinada por el hecho de que la percepción mediante los sentidos de cada uno de los sujetos procesales, de las pruebas que se producen en el juicio, es sin lugar a dudas la mejor forma de garantizar un acierto en la sentencia (Serrano, 1998, p. 661).

Por lo tanto se pregunta sobre la compatibilidad del recurso de casación como único medio impugnatorio de la sentencia con el sistema interamericano de derechos humanos y, en particular, con el derecho del condenado a obtener una revisión íntegra de la sentencia.

Habiéndose descripto en términos generales los recursos de apelación tradicional y el de casación, pasamos a analizar algunos fallos y dictámenes señeros en este tema y que han sido generados en el marco de los sistemas universal y regional de protección de Derechos Humanos.

2.3 SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Caso Cesario Gómez Vázquez c. España. Comunicación Nro. 701/1996 del Comité Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹¹.

¹¹ El texto íntegro del Dictamen del Comité Internacional de Derechos Humanos de la ONU en este caso puede leerse en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/701-1996.html>.

El Sr. Cesario Gómez Vázquez fue condenado por la Audiencia Provincial de Toledo a 12 años y un día de cárcel por el homicidio frustrado del Sr. Antonio Rodríguez Cottin. El condenado planteó recurso de casación (el único admisible contra la condena), el que fue rechazado por el Tribunal Supremo. El denunciante alega que el Tribunal Supremo no reexaminó la prueba producida, sino se limitó a analizar los agravios de carácter legal con criterio muy limitado, y que esta metodología de resolución viola el art. 14, párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Humanos. En lo sustancial, el Comité concuerda con el denunciante en que:

La inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

El Comité agrega que la denominación que se otorgue al recurso (casación o apelación) es irrelevante; lo que importa es que dicho recurso posibilite la revisión íntegra del fallo recurrido, asegurando un doble conforme. Como consecuencia, el Comité emplazó al Estado español por 90 días para informar sobre los ajustes hechos a su legislación interna, especialmente en su sistema recursivo penal, a fin de adecuarlo a los derechos consagrados en el Pacto.

- Caso Manuel Sineiro Fernández c. España. Comunicación Nro. 1007/2001 del Comité Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹².

El Sr. Manuel Sineiro Fernández fue procesado y condenado en España a 15 años de prisión y a una multa de 200 millones de pesetas por tráfico de estupefacientes y pertenencia a una banda dedicada a actividades ilícitas. La sentencia de primera instancia fue dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 6 de setiembre de 1996. El condenado planteó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, recurso que fue rechazado por el Tribunal. Ante

¹² El texto íntegro del Dictamen del Comité Internacional de Derechos Humanos de la ONU en este caso puede leerse en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/1007-2001.html>

ese resultado, se planteó nuevamente un recurso de amparo ante el Tribunal constitucional, el que también le fue rechazado en razón de que la realización de una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador en la instancia para dictar su fallo de condena no forma parte de sus funciones.

Ante esa situación, el afectado llevó el caso al Comité Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, alegando, entre otras cosas, que se había violado el derecho contenido en el art. 14, párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual *“toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*. La víctima alegó que, al negarse el Tribunal de apelaciones a revisar los hechos fijados por la Audiencia Nacional en la primera instancia del proceso, se le negó el derecho a obtener una revisión íntegra de la condena. En dicha ocasión, el Comité se remitió al caso *Gómez Vázquez c. España y*, en concordancia con dicho antecedente, llegó a la conclusión de que:

La imposibilidad del Tribunal Supremo, como única instancia de apelación, de revisar nuevamente las pruebas presentadas en primera instancia equivalió, en las circunstancias de ese caso, a una violación del artículo 14, párrafo 5. Igualmente, en la presente comunicación, el Tribunal Supremo indicó explícitamente que la realización de una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador en primera instancia para dictar su fallo de condena no forma parte de sus funciones. Por lo tanto, la revisión íntegra de la sentencia y del fallo condenatorio le fueron denegados al autor.

En conclusión: el Comité de Derechos Humanos halló nuevamente culpable al Estado español de violar el derecho consagrado en el art. 14 párrafo 5 del Pacto, en razón de que el recurso de casación establecido como única instancia recursiva impide a la alzada reexaminar los hechos y la valoración probatoria, lo cual constituye una violación a los derechos humanos de los condenados. El recurso de casación como única instancia recursiva no es, por tanto, en opinión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, un recurso efectivo para la protección de los derechos del condenado, en los términos del art. 2, párrafo 3, apartado A del Pacto.

3 SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Caso Mauricio Herrera Ulloa c/ Costa Rica. Sentencia del 2 de julio del 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)¹³.

Este es uno de los casos más emblemáticos en lo que respecta al derecho a la revisión íntegra del fallo condenatorio. El Sr. Mauricio Herrera Ulloa se desempeñaba como periodista que trabajaba en el periódico “La Nación” de Costa Rica. Los días 19, 20 y 21 de mayo de 1995 el periódico “La Nación” publicó un grupo de artículos en los cuales Mauricio Herrera Ulloa vinculaba al señor Félix Przedborski, entonces delegado de Costa Rica ante la Organización Internacional de Energía Atómica, con diversas conductas ilícitas. Como consecuencia, el Sr. Przedborski querelló penalmente al Sr. Herrera por difamación. El 12 de noviembre de 1999 se emitió una sentencia condenatoria en contra del señor Herrera Ulloa. El condenado planteó recurso de casación contra la sentencia, el que fue rechazado el 24 de enero de 2001.

El caso involucró cuestiones relativas a la libertad de expresión, el rol de los medios de comunicación en una sociedad democrática y los límites admisibles a dichas libertades. Sin embargo, para esta ponencia, la cuestión que cobra especial relevancia es la relativa al derecho a recurrir el fallo condenatorio. El denunciante alegó violación del art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, en razón de que, en su opinión, el recurso de casación previsto por la legislación interna de Costa Rica no constituye recurso efectivo tendiente a la revisión íntegra del fallo, pues se limita a cuestiones meramente jurídicas, excluyendo así el control sobre la fijación de hechos y la valoración probatoria. El Estado denunciado, por su parte, alegó que el Pacto no exige que el recurso previsto para la revisión del fallo deba ser necesariamente una apelación ordinaria, sino que basta con que “le garantice a los ciudadanos la existencia de una vía a través de la cual se pueda revisar el pronunciamiento del juez o tribunal de primera instancia y que permita que mediante ella se pueda reconsiderar verdaderamente el fallo”. En opinión del Estado de Costa Rica, la determinación del alcance de los poderes de

¹³ El texto íntegro de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en este caso puede leerse en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

revisión de la alzada es una cuestión que debe dejarse a la legislación interna de cada Estado; los requisitos del Pacto se hallan cumplidos siempre que exista un recurso, sea cual sea la denominación, que posibilite la revisión del fallo, y a cargo de un Tribunal distinto del que emitió la condena. Lo que el Pacto no exige, por lo que deja a cargo de cada Estado, es la determinación de la naturaleza ordinaria o extraordinaria del recurso: La Convención no exige que el Estado disponga de una segunda instancia- entendida esta como una revisión plena del fallo dictado por el “a quo”. El Estado también destacó la conexión entre una casación con fundamentos restringidos con el sistema de enjuiciamiento acusatorio con juicio oral: “estas limitaciones son las estrictamente necesarias para mantener un sistema procesal penal basado en la oralidad.

Ante estos argumentos del Estado, la Corte declaró que, ciertamente, la denominación del recurso es irrelevante; lo que importa es la efectividad del mismo para obtener una revisión íntegra del fallo: “se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo”. Destacamos la expresión: recurso ordinario eficaz. Con esto, queda respondido el cuestionamiento del Estado de Costa Rica en cuanto al alcance del recurso previsto para impugnar la sentencia condenatoria. La Corte ha omitido referirse expresamente a la fijación de los hechos y la valoración probatoria, pero ha dejado en claro que el recurso debe ser *ordinario*, lo que significa que los poderes de revisión de la alzada deben abarcar tanto las cuestiones jurídicas como fácticas.

- Caso “Oscar Alberto Mohamed c. Argentina”. Derecho al doble conforme. Sentencia del 23 de noviembre del 2012 (excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas)¹⁴.

El Sr. Oscar Alberto Mohamed se desempeñaba como chofer de unidades de transporte público en la Ciudad de Buenos Aires. El

¹⁴ El texto íntegro de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en este caso puede leerse en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf

16 de marzo del 2002, en ejercicio de su empleo de chofer protagonizó un accidente de tránsito con derivación fatal. Como consecuencia, fue procesado penalmente por homicidio culposo. En primera instancia, la sentencia le fue favorable, de tal suerte que fue absuelto. Sin embargo, la acusación apeló la sentencia, y el Tribunal de Apelaciones revocó la sentencia absolutoria y condenó al acusado a una pena de inhabilitación especial para conducir, a consecuencia de lo cual perdió su empleo. El ordenamiento procesal argentino no prevé un recurso ordinario para impugnar la sentencia de segunda instancia, aunque sea la primera condena del acusado. Debe advertirse que el procedimiento penal al que fue sometido el Sr. Mohamed se hallaba regulado por el Código de Procedimientos Penales de 1888, en el cual se permitía un examen íntegro de la sentencia en segunda instancia, efectuado exclusivamente mediante la lectura de las actas. Sin embargo, una vez dictada la sentencia de segunda instancia, ésta causaba ejecutoria, y solo cabía contra ella un recurso extraordinario.

En este caso, el denunciante alegó que se violó su derecho a recurrir del fallo condenatorio, pues como éste fue dictado recién en segunda instancia, se trató de la primera condena pronunciada en su contra, y al tratarse de una sentencia de segunda instancia, no cabía contra ella recurso ordinario alguno. En este punto, la Corte reiteró la doctrina expuesta en el caso *Herrera Ulloa c/ Costa Rica*, ratificando el derecho de los condenados a obtener la revisión íntegra de su condena mediante un recurso ordinario adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Con ello, la Corte da un paso más adelante que en el caso *Herrera Ulloa*, incluyendo expresamente como materia del recurso exigido “las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas”, y sienta la postura de que la separación neta y categórica entre cuestiones de hecho y de derecho resulta, en la praxis, imposible. Además, establece el derecho al doble conforme en los siguientes términos:

La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al

acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.

Por tanto, el derecho al recurso incluye el derecho al doble conforme¹⁵ (Horvitz y López 2004, p. 360); la sentencia de segunda instancia que revoque la de primera instancia e imponga, por primera vez, una condena al acusado, debe ser susceptible de un recurso ordinario en cuyo marco sean revisables tanto las cuestiones fácticas y probatorias como las jurídicas.

Otro aspecto importante del derecho al recurso destacado por la Corte en el caso “Mohamed c/ Argentina” consiste en la determinación previa, clara y precisa de los requisitos para la admisibilidad del recurso. En el caso de la Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, modificado por la ley 23.774, dispuso que cuando se trata del recurso extraordinario “La Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”. Con esta norma se ha querido incorporar al Derecho Argentino la institución del “certiorari”, propia del sistema norteamericano de control de constitucionalidad; en virtud de ese sistema, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos se reserva el derecho de elegir, de entre los casos que se plantean ante ella, aquellos que considera de especial relevancia institucional, desechando los demás, sin necesidad de fundamentación alguna. Por ello es que, de la gran mayoría de casos que llegan a la Corte Suprema, solo una ínfima minoría recibe tratamiento; las demás son desechadas sin más. Este sistema está inspirado en la idea de que la Corte Suprema solo debe pronunciarse cuando es necesario hacerlo, atendiendo a la gravedad o importancia de las cuestiones en juego.

¹⁵ Según algunos autores, no deben confundirse el “doble conforme” con la “doble instancia”. El primer principio exige la posibilidad de revisión de la condena. Por el contrario, el principio de “doble instancia” exige la posibilidad de renovación de todo el juicio y no solo la revisión de la sentencia; una nueva “primera instancia”. El Pacto de San José de Costa Rica exige lo primero, pero no necesariamente lo segundo. Horvitz & López comentan que esa exigencia de doble conformidad puede imponer la necesidad de un tercer juicio, en caso de absolución en el primero y revocación de la absolución en el segundo, tal como aconteció en el caso de “Mohamed c/ Argentina”. Ver Horvitz, M & López J, (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. T. II, p. 360.

Pues bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó la compatibilidad del “certiorari” con el derecho al recurso establecido en el art. 8.2.h. del Pacto. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sola existencia del recurso y del órgano competente para entender en él no es suficiente para tener por cumplido el derecho al recurso; es necesario, además, que el recurso sea accesible, efectivo y que no esté rodeado de restricciones tan graves que hagan ilusorio su ejercicio. Más concretamente, es necesario, además, que exista algún “parámetro o elemento normativo (...) que pueda orientar a los recurrentes sobre las cuestiones que pueden ser sustanciales o trascendentes para la Corte Suprema” (párrafo 107 del fallo “Mohamed”). En el caso de la atribución prevista en el art. 280 del Código Procesal Civil de la Nación, no existen criterios normativos objetivos que puedan orientar a los litigantes para conocer de antemano si su recurso será o no atendido por la Corte. En ese sistema, la efectividad del recurso depende totalmente de la voluntad discrecional de la Corte, la que no necesita fundamentar el rechazo del recurso. Por tanto, incluso si el recurso extraordinario permitiera la revisión íntegra de la condena (que no lo hace), tampoco sería “accesible” ni “efectivo” por cuanto los requisitos para su admisibilidad no están fijados de antemano por la ley, sino que dependen de la voluntad discrecional de la Corte (Vitale, .f). Finalmente, la doctrina argentina ha cuestionado la compatibilidad del certiorary con el deber funcional de dictar resoluciones “razonablemente fundadas”, establecido en el Título preliminar de su nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, pues el rechazo del recurso no requiere fundamentación alguna (Valenzuela, s.f.).

Otro aspecto interesante planteado por el caso “Mohamed” guarda relación con la legitimación para apelar: ¿es este un derecho exclusivo del condenado o puede ejercerlo igualmente la querrela o el Ministerio Público? En el caso de Mohamed, la sentencia de primera instancia fue absolutoria para el imputado, pero la acusación apeló el fallo, accionando la revisión en segunda instancia, de cuya consecuencia la sentencia absolutoria fue revocada y el Sr. Mohamed fue finalmente condenado. En dicho caso, se recurrió a la opinión experta del Dr. Julio Maier, quien afirmó que la admisión del recurso de apelación a instancia exclusiva de la acusación expone al imputado a un segundo juzgamiento que viola la regla del *non bis in idem*. Por tanto, el derecho a recurrir de la sentencia solo puede acordarse válidamente al imputado, no así a la acusación; un

temperamento contrario transgrediría la prohibición del doble juzgamiento. A pesar de los argumentos de los representantes de la víctima y del experto que declaró como perito, la Corte Interamericana consideró que no hubo vulneración de la prohibición de doble juzgamiento, pues la sentencia absolutoria que benefició al Sr. Mohamed no quedó firme. Con ello, legitimó el derecho de apelar incluso a favor de la acusación.

En conclusión, tanto en este caso como en los anteriores, los sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos han establecido vez tras vez, el derecho del condenado a obtener una revisión íntegra de su condena, que incluya tanto los aspectos fácticos como los normativos de la decisión. Cabe recordar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al ser un órgano internacional y puede limitar las decisiones de las Cortes o Tribunales al interior de los Estados, este no se cataloga como una cuarta instancia o un Tribunal de Casación (Ramírez, 2017), si el Sistema Interamericano interviene en un Estado, como una cuarta instancia vulnera la soberanía del mismo desestabilizando el poder que tienen ambos sujetos internacionales (Ramírez, 2017).

4 EL DERECHO AL RECURSO CONTRA LA CONDENA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL PARAGUAYO

El Código Procesal Penal del Paraguay permite la impugnación de la sentencia definitiva recaída en el juicio oral y público mediante dos vías: 1) la apelación especial, y 2) la casación.

La apelación especial se halla prevista en el art. 467, según el cual:

El recurso de apelación contra la sentencia definitiva solo procederá cuando ella se base en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal. Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto de procedimiento, el recurso solo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho la reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta, o cuando se trate de los vicios de la sentencia.

Como se ve, el recurso lleva la denominación de “apelación”; sin embargo, el art. 466 del mismo cuerpo legal dispone que sólo podrá deducirse *apelación especial* contra las sentencias definitivas dictadas por el Juez o el tribunal de sentencia en el juicio oral.

El nombre del recurso es, por tanto, apelación especial, el que se distingue netamente de la apelación general prevista en el art. 461 del Código Procesal Penal. La primera diferencia es el tipo de resoluciones impugnables: la apelación especial está reservada para la sentencia definitiva recaída en juicio oral y público, mientras que la apelación general se extiende a cualquier otra resolución que ponga fin al juicio o genere agravio irreparable. Pero la segunda diferencia, aunque más sutil, es más importante para nuestro estudio: el recurso de apelación general es un recurso amplio, que posibilita un reexamen integral de las cuestiones debatidas en primera instancia; incluso se posibilita el ofrecimiento de pruebas, con la única carga de señalar los hechos que se busca confirmar mediante ellas. Aunque la ley no lo dice expresamente, la doctrina es conteste al afirmar que la apelación general permite un reexamen integral de la decisión recurrida:

La apelación especial, contrariamente a la apelación general, en la que se puede hacer un estudio mucho más amplio, al estudiar los hechos y los motivos jurídicos que sirvieron al inferior en sustento a su decisión, se preocupa única y exclusivamente de la constatación, repetimos, de la observancia o correcta aplicación de las normas formales y materiales (López, 2011, p. 164).

La apelación, tradicionalmente, está relacionada con el reexamen integral de los hechos y el Derecho aplicado; sin embargo, la apelación especial prevista en el art. 466 del Código Procesal Penal del Paraguay no tiene esa amplitud. Al decir de López Cabral, se trata sin dudas de una “casación disfrazada” (López, 2011, p.159) que fue incorporada al solo efecto de satisfacer las exigencias vinculadas a la doble instancia. En modo alguno, sin embargo, se pensó en instituir un recurso amplio, como la apelación en materia civil y comercial. A pesar de la restricción del alcance del recurso, originalmente se pensó que “este sistema permite un adecuado control sobre la aplicación del derecho y sobre las condiciones de legitimidad de la sentencia, relacionada generalmente al estricto cumplimiento de los derechos procesales y garantías judiciales”

La apelación general ha sido descalificada como vinculada a sistemas de enjuiciamiento con delegación de funciones de producción probatoria:

El recurso de apelación ha sido tradicionalmente ligado a los sistemas penales que no respetan el principio de inmediación, porque se otorga de una manera muy amplia, pudiendo el nuevo órgano estudiar cuestiones de hecho y de derecho. Por ello, a fin de lograr un mayor respeto del principio de inmediación, el nuevo código procesal penal paraguayo, ha previsto el recurso de apelación con dos vertientes (general y especial)” (Khon, 2000, p. 136).

Por tanto, se ve a la apelación general como opuesta al principio de inmediación, con las limitaciones que ello implica (Blinder, 1999, pp. 289- 290). Por ejemplo, la inmediación que caracteriza la metodología de decisión de los tribunales penales de juicio oral constituye mayor garantía de una decisión de calidad. Por el contrario, la falta de contacto físico de los jueces de apelaciones con la prueba producida desemboca, necesariamente, en una decisión de calidad inferior, no por la menor preparación de los jueces de apelación, sino por su conocimiento más limitado del material probatorio. De permitirse una apelación amplia con posibilidad de revertir la valoración probatoria efectuada por los jueces de primera instancia, se estaría haciendo prevalecer la decisión de los jueces menos informados por sobre la decisión de los jueces mejor informados.

A estos cuestionamientos se ha respondido proponiendo la posibilidad de producir prueba nuevamente en la instancia de apelación. Sin embargo, en tales casos ya no nos encontraríamos ante la revisión de una sentencia, sino ante la renovación del juicio, con nueva producción probatoria. En segunda instancia, la sentencia se fundaría ya en la prueba producida en esa instancia solamente, generándose así una *nueva primera instancia*, con la dificultad de que la prueba disminuye de valor cuanto más lejos se halla en el tiempo de los hechos investigados: la declaración del testigo que depone dos años luego del hecho tendrá menos valor probatorio que la declaración del que depone dos meses luego del mismo hecho, y aunque se trate del mismo testigo. Además, si nos hallamos ante una nueva primera instancia, los problemas recursivos volverán a presentarse ¿puede accionarse un nuevo control íntegro sobre la nueva sentencia recaída en el nuevo juicio?

Los temores ante la posibilidad de una condena irrecurrible se asocian, generalmente, con nuestra tradición de Juzgados unipersonales de primera instancia. Cuando la sentencia es dictada por un solo magistrado, las posibilidades de error son mayores que cuando se dictan con participación de, por ejemplo, tres magistrados. Por ello, el Código Procesal Penal paraguayo prevé la apelación especial solo para las sentencias recaídas en juicio oral y público sustanciado por un tribunal penal de sentencia (integrado por tres jueces), mientras que si la sentencia es dictada por un Juez unipersonal, el recurso admisible es la apelación general, aunque la resolución constituya igualmente decisión condenatoria definitiva.

Sin embargo, el solo hecho de que el tribunal de mérito esté compuesto por tres jueces no elimina los temores ante la posibilidad de condenas erradas, y explica la necesidad de controles eficaces y serios de dichas sentencias. Lo que se discute es la extensión de la revisión a que tiene derecho el condenado, con independencia del modo de integración del tribunal de mérito.

En Paraguay, López Cabral hace una crítica velada al recurso de apelación especial, tildándolo de “casación disfrazada”. Esto es así por cuanto los motivos previstos para la procedencia del recurso de apelación especial coinciden casi totalmente con los motivos de procedencia del recurso de casación. En primer lugar, los motivos de procedencia del recurso de apelación especial *no incluyen* la discordancia del tribunal de apelación con el tribunal de primera instancia en cuanto a la fijación de los hechos y la valoración de la prueba. De hecho, el recurso de apelación especial solo permite el estudio de los aspectos jurídicos del fallo, lo que legitima al Tribunal de apelaciones para rechazar el recurso de apelación especial por el solo hecho de haberse incluido en su fundamentación la discusión sobre los hechos controvertidos.

Comparando los motivos de procedencia del recurso de apelación especial con el de casación, tenemos que en ninguno de los dos casos se puede, en principio, reabrir el debate sobre los hechos; ambos recursos se limitan al reexamen de los aspectos jurídicos o procedimentales del fallo: la apelación especial solo puede fundarse en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal, o en un defecto del procedimiento previo a la sentencia, mientras que el recurso extraordinario de casación previsto en el art. 477 del Código Procesal Penal, permite casar o anular el fallo en las hipótesis de inobservancia o errónea aplicación de un precepto de

rango constitucional, cuando el fallo contravenga precedentes judiciales de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia, o cuando la sentencia sea manifiestamente infundada.

La denominación “apelación especial” no debe hacernos perder de vista de que este recurso difiere radicalmente con el de apelación tradicional en cuanto a la extensión de los poderes del Tribunal revisor, acercándolo mucho más a la casación. El mantenimiento del nombre “apelación” quizás haya obedecido más a razones de tradición que a la esencia misma del recurso; o quizás haya se haya querido satisfacer los requerimientos de la doble instancia y el doble conforme. No obstante, la regulación de los motivos de procedencia del recurso ha terminado por desvirtuar a finalidad pretendida.

En el marco de la apelación especial, solo puede ofrecerse prueba cuando el fundamento de la apelación consista en un defecto de procedimiento; en otras palabras, solo puede ofrecerse prueba tendiente a confirmar las afirmaciones referentes a actuaciones procesales impugnadas. No puede, por tanto, ofrecerse prueba referente a los hechos principales discutidos en el juicio. Esta regla deja en claro que la apelación especial no constituye una nueva instancia, ni permite la renovación del juicio o la revisión de los hechos fijados en la sentencia, sino solo de los aspectos jurídicos del fallo.

5 LOS HECHOS Y EL DERECHO

La clasificación de recursos en ordinarios y extraordinarios, así como las restricciones al recurso de apelación especial, descansan en la distinción neta y tajante entre cuestiones fácticas y cuestiones jurídicas. Por otro lado, el criterio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos viene sosteniendo apunta a una crítica a los sistemas recursivos que no permiten una discusión amplia de todas las cuestiones (fácticas y jurídicas) que interactúan en la decisión. Las restricciones al alcance de los poderes del Tribunal de Apelaciones solo cobran sentido pleno si pueden distinguirse con claridad las cuestiones puramente normativas de las fácticas. La posibilidad de esta separación ha sido puesta en duda por buena parte de la doctrina, e incluso en pronunciamientos judiciales señeros. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha declarado en el caso “Matías Eugenio Casal y

otros s/ recurso de hecho” que: “la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante”. Seguidamente la Corte Argentina pasa a remarcar la relación íntima que existe entre las cuestiones fácticas y las normas legales relativas a la valoración de la prueba. Por ejemplo, se recuerda que las normas legales suelen imponer al Juez el deber de valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; este es, sin duda, un deber legal establecido en normas jurídicas. Por tanto, el Juez que valorase la prueba conforme a otro criterio, distinto del de la sana crítica, estaría incurriendo en inobservancia de una norma legal, habilitando así la vía casatoria. Además, si el mismo juez aplicase el sistema de la sana crítica, pero erróneamente, asignando a cada medio probatorio un valor incorrecto, la decisión estaría viciada de “errónea aplicación de una norma legal”. Así, la valoración de la prueba no puede escapar totalmente al control de la casación, pues para realizarla, el Juez debe necesariamente aplicar normas legales, cuya correcta interpretación y aplicación puede y debe ser materia de revisión por la vía de la casación (o apelación especial, en Paraguay).

El art. 478 del Código Procesal Penal paraguayo incluye entre los motivos de procedencia del recurso de casación el que la “sentencia o el auto sean manifiestamente infundados”. La manifiesta falta de fundamentación se relaciona con el concepto de sentencia arbitraria: aquella que se funda exclusivamente en la decisión voluntarista y discrecional del juzgador, sin apoyarse en normas legales o la prueba producida en el proceso. La posibilidad de analizar, por la vía de casación, si la sentencia se halla debidamente fundada en los hechos confirmados en el proceso introduce, ciertamente, una ampliación al alcance generalmente atribuido al control ejercido por la vía de casación, autorizando al Juez de la casación el análisis de si los hechos declarados en la sentencia concuerdan o no con los probados en el proceso; en caso negativo, la sentencia carecerá de fundamentación idónea, habilitando la casación o anulación del fallo.

En cuanto a la apelación especial, tampoco puede decirse que la redacción legal impida totalmente un examen de los hechos fijados en la sentencia, o la valoración probatoria. La apelación especial se funda, al igual que la casación, en la incorrecta aplicación o inobservancia de alguna norma legal. Pues bien, la inobservancia o errónea aplicación de las normas legales relativas a la valoración de la prueba o al deber de fundar la sentencia en las pruebas producidas

en el proceso habilitan la apelación especial. Esta lectura amplia de los motivos de procedencia de ambos recursos se impone, no solo desde el derecho constitucional de defensa en juicio sino sobre todo desde la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho del condenado a recurrir la sentencia condenatoria.

En el mencionado caso de “Matías Eugenio Casal y otros s/ recurso de hecho”, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina declaró que no existe, realmente, incompatibilidad absoluta entre el principio de inmediación y el control amplio exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Más bien, las exigencias de dicho órgano de control de Derechos Humanos deben orientar una interpretación evolutiva de la legislación procesal en el sentido de amplificar los alcances del control atribuido a los tribunales de casación, incluyendo cuestiones fácticas, probatorias y normativas.

6 CONCLUSIONES

La regulación procesal de los medios de impugnación de sentencias definitivas en los distintos países sometidos a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe ser establecida en cada legislación procesal concreta.

Esa legislación procesal debe contemplar un recurso ordinario y efectivo mediante el cual el condenado pueda acceder a un control amplio de las cuestiones fácticas, probatorias y normativas involucradas en el proceso, realizado por un Juez o Tribunal distinto del que pronunció el primer fallo.

En la determinación de si el recurso instituido por cada legislación procesal satisface o no el estándar exigido por el sistema interamericano de derechos humanos, no importa tanto la denominación del recurso como la amplitud de los poderes de revisión de tribunal superior.

La implementación de reformas procesales penales tendientes a otorgar centralidad al juicio oral y público en el marco de un sistema acusatorio de enjuiciamiento debe ser entendida y aplicada a la luz de la interpretación hecha por los organismos

internacionales de protección de derechos humanos respecto al derecho humano fundamental de recurrir el fallo condenatorio.

El estándar fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para tener por satisfecho el derecho del condenado a recurrir el fallo condenatorio exige del Tribunal revisor el máximo esfuerzo de revisión posible, sin exclusiones innecesarias.

La diferenciación entre el recurso de casación y de apelación, basada en la exclusión de cuestiones fácticas en el primero e inclusión de las mismas cuestiones en el segundo, tropieza con la dificultad de que, en los hechos, las cuestiones fácticas y las normativas se hallan tan íntimamente ligadas que es casi imposible pronunciarse sobre unas sin afectar la decisión sobre las otras.

La redacción legal de la mayoría de los Códigos Procesales Penales de Latinoamérica, en particular el Código Procesal Penal del Paraguay, no excluye expresa ni tajantemente la consideración de cuestiones fácticas y probatorias por el órgano revisor.

SISTEMA NACIONAL DE FACILITADORES JUDICIALES:

EL ACCESO A JUSTICIA COMO EJE TRANSFORMADOR DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA EN AMERICA LATINA

Ana Carolina Silveira Arza¹

Sumario: 1. Introducción. 2. El acceso a justicia como eje transformador del servicio público de justicia. 3. Estrategias de impacto.

1 INTRODUCCIÓN

El acceso a justicia es un derecho humano fundamental. Lograr una verdadera igualdad en el acceso a justicia para las personas y grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad es uno de los desafíos primordiales que enfrenta el servicio público de justicia en la sociedad actual. Asumir el reto de acortar esa brecha debe ser responsabilidad prioritaria para los poderes judiciales de la región, pero el desafío no se agota en ello, puesto que la justicia es una responsabilidad de todos. Estado, sociedad civil y academia

¹ Egresada de la facultad de ciencias jurídicas y sociales Universidad Nacional de Asunción. Especialista en docencia superior universitaria de la Universidad Nacional de Asunción. Egresada de la Escuela Judicial de Asunción. Consejo de la Magistratura. Diplomada en ciencias penales de la Universidad Nacional de Asunción. Diplomada en derecho penal y procesal penal Consejo de la Magistratura. Especialista en ciencias penales de la Universidad Nacional de Asunción.

deben validar las políticas públicas de acceso a justicia, para lograr un impacto que sea realmente significativo.

Articular esa alianza estratégica entre el poder público, la sociedad civil y la academia es un deber que se tiene en el siglo XXI. Es un imperativo del momento. Los avances en las últimas décadas en los campos de la ciencia y tecnología han sentado las bases de una “sociedad de la información”, sociedad en la que las personas, mas allá de sus diferencias, y especialmente los grupos históricamente soslayados, han iniciado un proceso de empoderamiento a través de la universalización del conocimiento, que se traduce en una exigencia cada vez mayor al Estado al momento de hacer valer sus derechos.

Esta situación podría ser utilizada de manera favorable para restaurar los vínculos que históricamente han sido derruidos entre la sociedad civil y el Poder Judicial, escuchando las demandas ciudadanas para ofrecer un servicio público de justicia que dé respuestas a sus exigencias particulares. Sin embargo, es notoria la ineficacia que han mostrado los servicios públicos de justicia ante esta situación. Si hacemos una mirada rápida sobre los poderes judiciales en América Latina, sorprende el bajo nivel de credibilidad y confianza con que cuentan los mismos por parte de la ciudadanía.

Trabajar, de manera articulada y con enfoques participativos, en el acceso a justicia de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, puede ser el eje transformador de esta relación históricamente endeble entre sociedad civil y Poder Judicial. Si ofrecemos a la ciudadanía un servicio público de justicia que realmente dé respuestas a las necesidades propias de cada sector las personas estarán conformes con la actuación estatal. Sólo de esta manera es posible afianzar los vínculos sociales históricamente derruidos y mejorar la percepción y confianza que tienen las personas hacia la labor judicial.

La presenta ponencia desarrolla una idea transformadora del servicio público de justicia, una ruta inclusiva basada en los derechos humanos a través de cuatro estrategias fundamentales: acceso a justicia como derecho humano fundamental y eje del proceso, voluntariado, liderazgo comunitario, y la estructuración del poder judicial como hospital de campaña. Para ello, se determina la implicancia de tres actores estratégicos: Estado, sociedad civil y academia.

2 EL ACCESO A JUSTICIA COMO EJE TRANSFORMADOR DEL SERVICIO

2.1 AMÉRICA LATINA Y LA BAJA PERCEPCIÓN HACIA LA LABOR JUDICIAL

América Latina es una sociedad históricamente marcada por sus profundas diferencias socioeconómicas, así como también por la excesiva burocracia estatal. Sin embargo, con el auge de la sociedad de la información y la irrupción de nuevas tecnologías a menores costos, las poblaciones que han sido tradicionalmente soslayadas o invisibilizadas en el discurso público han iniciado un proceso de empoderamiento, exigiendo cada vez más igualdad en sus relaciones con los entes públicos.

Esta situación histórica, que puede ser utilizada de manera favorable para restaurar los vínculos derruidos entre sociedad civil y justicia, no ha sido aprovechada. Cuando el Estado falla al momento de proveer, de manera igual e indistinta, servicios públicos de calidad a la ciudadanía, los niveles de percepción y confianza que éstos tienen hacia las instituciones públicas, bajos ya de por sí, por la ineficiencia característica de la burocracia, continúan decayendo. Por tanto, el marco social que envuelve las relaciones entre el Poder Judicial, como prestador del servicio público de justicia, y la ciudadanía, como usuaria de tal servicio, se caracteriza por una baja percepción de la calidad institucional y un alto nivel de desconfianza acerca de la labor estatal.

Una nueva y diferente mirada que facilite el acceso a justicia a personas en situación de vulnerabilidad requiere por tanto un cambio de prisma a uno que no obligue a *mirar hacia abajo*, con un enfoque inclusivo que derribe barreras y construya puentes entre la ciudadanía y las instituciones públicas.

2.2 ACTORES ESTRATEGICOS DE CAMBIO

Estado

En primer orden se encuentra el estado. La idea gobernabilidad democrática imperante hoy en día requiere de un cambio de paradigma al momento de prestar servicios públicos. La lógica tradicional de esperar a que el ciudadano se acerque, munido de todos los documentos necesarios, hasta la ventanilla pública para hacer valer sus derechos ha quedado en desuso. El cambio de paradigma requiere de un Estado ágil, accesible, y hasta incluso *móvil* para que la respuesta sea eficaz. Ello significa derribar las barreras de acceso existentes al momento de hacer valer los derechos, como pueden ser las de tipo arancelarias o burocráticas, en aras a garantizar el verdadero acceso de las personas, más allá de la resolución o decisión a la que posteriormente se llegue en caso de controversia. En este sentido, los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), así como el uso de nuevas tecnologías para crear portales de acceso próximos a las personas, se presentan como herramientas fundamentales. Otra ventaja del uso de nuevas tecnologías es que, al lograr una red de comunicación interna entre distintos entes Estatales, posibilita que la documentación que tradicionalmente se exigía sea reunida por el ciudadano (en un verdadero *viacrucis* de entidades públicas), sean ya tramitadas de manera interna entre distintos entes estatales, minimizando las barreras burocráticas. Además, es responsabilidad del mismo adecuar la legislación correspondiente y dotar de los recursos humanos y materiales necesarios para las que las transformaciones se lleven a cabo, respectivamente.

Si bien el Estado es uno de los actores estratégicos, no debemos olvidar que cada política pública tiene un destinatario específico. En ese sentido, es preciso realizar el proceso de cambio de paradigma al momento de trabajar el acceso a justicia desde un enfoque que integre a los destinatarios del servicio de manera previa a la implementación de las decisiones adoptadas, y que permita trabajar en alianzas estratégicas con las demás instituciones públicas, medios de comunicación, academia y sociedad civil.

Sociedad Civil

En segundo orden es la sociedad civil la que tiene la necesidad de asumir la responsabilidad de mejorar el acceso a justicia desde dos espacios diferentes.

En una etapa previa a la implementación de políticas públicas de acceso a justicia, es requisito indispensable dar participación a la sociedad beneficiaria en todo el proceso de diagramación, a través de enfoques participativos. Sólo de esta manera se logrará un resultado final que minimice al máximo las posibilidades de descontento de los usuarios finales del servicio, mejorando de esta manera la relación de la ciudadanía con la justicia, y con ella los niveles de percepción y confianza.

Pero, además, en una etapa posterior a la implementación de políticas públicas de acceso a justicia, es fundamental el rol que debe ejercer la sociedad civil, de manera consciente, al momento de asumir su responsabilidad como contralora del accionar Estatal. Es imperativo para lograr una transformación eficaz de las relaciones existentes que la población acompañe la ejecución de las distintas políticas, planes, programas y proyectos que se lleven a cabo, ejerciendo una ciudadanía activa.

Academia

En tercer orden, la responsabilidad para lograr los cambios propuestos debe ser necesariamente asumida por la academia, que es la instancia que validará las distintas acciones de acceso a justicia que se lleven a cabo. Para ello es indispensable que la labor investigativa y científica sea promovida por el Estado y la sociedad civil, y que las personas que integran las distintas academias se empoderen en su labor de generadores de pensamiento crítico y progresista.

3 ESTRATEGIAS DE IMPACTO

3.1 ACCESO A JUSTICIA COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL Y EJE TRANSFORMADOR

Profundizar las distintas estrategias y experiencias existentes al momento de trabajar el acceso a justicia de poblaciones en situación de vulnerabilidad se presenta como la herramienta primordial de transformación ante las exigencias de la sociedad actual. Para ello, es imperativo diferenciar el acceso a justicia real como derecho humano fundamental del concepto de acceso al sistema judicial.

El acceso al sistema judicial implica la transformación del problema ciudadano en un expediente judicial y, lo más importante, la expropiación de la capacidad de solucionar sus problemas por parte del sistema para llegar a una resolución impuesta por una tercera persona. Una vez que se judicializa un conflicto social se burocratizan las relaciones sociales, con todos los perjuicios conocidos que ello puede producir. Más burocracia significa menos eficacia y mayor descontento y desconfianza.

El acceso a justicia como derecho humano fundamental significa el empoderamiento de las poblaciones en situación de vulnerabilidad para que ellas, en situación de igualdad a las demás, puedan hacer valer sus derechos. Ello implica además la educación en derechos, puesto que no se puede hablar de acceso efectivamente si ni siquiera estamos informados acerca de los mismos. También requiere de derribar las barreras existentes, sean de tipo burocráticas, arancelarias, de tiempo, lugar, para que todas las personas, sin distinción de ningún tipo, puedan tener ese primer contacto con las instituciones. Exige además devolver la capacidad de solucionar sus problemas a la sociedad civil en sí, a través de la promoción de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), para que las personas voluntariamente sean parte integra de todo proceso que les sea pertinente, de manera que la solución final sea no impuesta, sino deseada. Además, el uso de MARCs al reducir el número de expedientes judiciales favorece a la desburocratización, lo que se traduce en un considerativo ahorro de recursos económicos, humanos y materiales.

Voluntariado

El mejor instrumento que posee el ciudadano para salir de la exclusión social es el voluntariado. Incentivar el voluntariado implica promover la participación social en las cuestiones públicas, fortaleciendo el rol que cumple la sociedad civil como actor estratégico de cambio. Es menester que la ciudadanía asuma su rol y responsabilidad en la cosa pública.

Liderazgo comunitario

Para articular una alianza estratégica entre el poder judicial y sociedad civil necesariamente se requiere de un nuevo modelo de liderazgo, como es el liderazgo comunitario, centrado en el voluntariado basado en valores, para poder prestar un servicio gratuito a su comunidad.

El líder comunitario debe tener vocación de servicio, preocuparse por la gente y trabajar voluntariamente en beneficio de su comunidad. El liderazgo puede presentarse como una fuerza disruptiva que permite transformar su visión, en realidad.

La promoción de liderazgos comunitarios en poblaciones en especial situación de vulnerabilidad permite que las voces y necesidades específicas de cada grupo llegue de manera clara y concisa a las autoridades, favoreciendo la diagramación de políticas, planes, programas y proyectos que den respuestas también específicas a los problemas planteados. Solamente dando participación a voluntarios y líderes comunitarios, a través de enfoques participativos, el resultado final será entonces validado por todos los actores estratégicos que participan de los procesos, pero sobre todo, por los destinatarios de las acciones estatales.

Poder Judicial como Hospital de Campaña

La transformación presentada requiere de un Poder Judicial que funcione, en las palabras del Papa Francisco, como un hospital de campaña. Significa un cambio profundo del paradigma hasta ahora utilizado en la administración pública a uno basado en principios de gobernabilidad democrática: El servicio de justicia no debe ser percibido como un sanatorio privado y moderno donde ingresan solamente los que tienen más. Diagramar al Poder Judicial como un hospital de campaña significa atender con equidad a las personas, sin dejar afuera a nadie, priorizando la dificultad del ciudadano y no las exigencias que impone la burocracia.

Características del Modelo

- De proximidad y cercanía: da cuidados de emergencia a los heridos. En las palabras del Papa Francisco: “Es absurdo preguntarle a un herido si tiene colesterol alto o como esta su nivel de azúcar en sangre! Primero hay que sanar sus heridas para después hablar de todo lo demás. Curar las heridas, curar las heridas (...) y avanzar desde allí”.
- Inclusivo o de puertas abiertas: No discrimina entre heridos según sus condiciones o situaciones personales, como pueden ser cuestiones de clase, raza, sexo, género, ideología o religión, si no que atiende a todos por igual.
- Móvil: Se traslada al campo de batalla de para dar respuesta a las víctimas, y no espera a que las personas acudan hasta el para solucionar sus problemas.
- Sentido de urgencia: Atiende según urgencias y no según características personales. No se inmiscuye en la vida privada de las personas, salvo que sea solicitado.
- Flexible: Demuestra flexibilidad al momento de encontrar soluciones a los problemas a que se enfrenta.
- Descentralizado: Otorga altos poderes de decisión a las partes involucradas.
- Ágil: Da respuestas prontas y con eficiencia.
- Eficaz: Da respuestas adecuadas según las necesidades específicas de cada persona.
- Trabajo de Campo: Exige que los funcionarios estatales, sociedad civil y academia se inmiscuyan en el campo con las personas en situación de vulnerabilidad para adentrarse en la problemática específica de cada población en particular.
- Sencillo: En su funcionamiento, simple de entender por la ciudadanía en general.
- Servidores públicos: dar un rostro humano al servicio público de justicia, en que los funcionarios involucrados ponen a la persona primero, con vocación de servicio personal.



Parte III

CUESTIONES AMBIENTALES

Capítulo XXIII

EL AMPARO AMBIENTAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH Y LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Luis Enrique Abadia Garcia¹

Pablo Andres Murillo Posso²

William Yeffer Vivas Lloreda³

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho al medio ambiente dentro de la categoría de derechos de tercera generación. 3. Mecanismos de amparo ambiental. 4. Otorgamiento de derechos al medio ambiente. 5. Conclusiones.

¹ Doctorando en Derecho y Magister en Derecho Procesal Constitucional de la UNLZ - Argentina; Magister en Derecho Público y Especialista en Derecho Constitucional - U. Externado de Colombia; Maestrando y Esp. en Derecho Procesal Contemporáneo - U. de Medellín; Esp. en Derecho Procesal Penal - U. Cooperativa de Colombia; Especialista en Derecho Laboral y Seguridad social- U. Libre de Pereira. Docente Universitario U. del Chocó y U. Cooperativa de Colombia; Gerente Seccional I Medellín Auditoría General de la República.

² Abogado Universidad del Chocó, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo, Candidato a Magister Derecho Procesal Contemporáneo, Asesor de Asuntos étnicos Defensoría del Pueblo.

³ Doctorando en Derecho y Magister en Derecho Procesal Constitucional de la UNLZ – Argentina; Maestrando y Especialista en Derechos Procesal Contemporáneo de la U. Medellín; Esp. Derecho Procesal Penal – UCC de Colombia; Maestrando en Derechos Humanos y Derecho de los Conflictos, Esp. Derecho Contencioso Administrativo – U. Externado de Colombia; Docente Universitario Universidad del Choco, Universidad Militar Nueva Granada.

1 INTRODUCCIÓN

La protección a un ambiente sano es hoy uno de los derechos en que los Estados hacen mayor esfuerzo y de paso la comunidad internacional, el reconocimiento que la naturaleza en su conjunto debe funcionar de manera armónica con todos sistemas de vida, entendiendo que los seres humanos hacemos parte de ella como un componente, que requiere de los demás para garantizar nuestra existencia, ha conllevado a dar un salto entre el reconocimiento de la naturaleza con objeto de derechos a ser hoy considerada como sujeto de derechos, como una entidad con atributos jurídicos iguales a los de una persona.

Con este trabajo buscamos contribuir al debate sobre si el medio ambiente sano debe considerarse como derecho humano, fundamental o colectivo, para concluir que con base en el desarrollo contemporáneos del derecho ambiental, basado en lo dicho por la Corte Idh, este es un derecho humano autónomo, con existencia propia y que su protección es necesaria para la validez y realización de los demás derechos humanos, no es posible una vida digna sin un espacio o medio ambiente propicio para vivirla.

2 EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE DENTRO DE LA CATEGORÍA DE DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN

El derecho al ambiente sano se encuentra consagrado en la constitución Política de 1991 en sus artículos 79 y 80, así:

Artículo 79: Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Artículo 80: El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

A partir de dicha consagración, la Corte Constitucional de Colombia mediante la sentencia de tutela T - 415 de 1992, afirmó que el derecho al medio ambiente y en general, los derechos de la llamada tercera generación, han sido concebidos como un conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten su supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

Los derechos de tercera generación, denominados también derechos colectivos, sirven de complemento a los de las dos generaciones anteriores (primera y segunda) en cuanto se refieren a la creación de condiciones concretas para el ejercicio de ellos (Grijalva, 2009).

La relación inescindible existente entre los derechos de primera y segunda generación con los derechos de tercera generación o colectivos es innegable, pese a que los derechos al medio ambiente hayan sido ubicados dentro de esta categoría, la importancia de estos es tal que sin la defensa de estos y el goce efectivo de estos, no es posible la efectividad de los de otra categoría; el desconocimiento o violación del derecho al medio ambiente (derechos de tercera generación) conlleva generalmente consigo la violación sistemática de derechos fundamentales y humanos. Es necesario reafirmar que “Además, el Estado no puede transgredir los derechos fundamentales, que hoy constituyen una especie de derecho común de todos los países con un sistema constitucional democrático” (González, 2018:71).

2.1 EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE COMO FUNDAMENTAL

Para la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia T – 536 de 1992, establece que el ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho **Constitucional fundamental** por conexidad, pues su violación atenta directamente contra la perpetuación de la especie humana y, en consecuencia, con el derecho más fundamental del hombre: la vida. Además su violación acarrea el desconocimiento de los derechos a la salud, al territorio, a la cultura, estos son derechos fundamentales porque son esenciales al hombre, la salud y los demás derechos citados anteriormente se

encuentra ligados al medio ambiente que le rodea y que dependiendo de las condiciones que éste le ofrezca, le permitirá desarrollarse económica y socialmente a los pueblos, garantizándoles su supervivencia (Corte Constitucional de Colombia, 1992, al considerar el derecho al medio ambiente como derecho fundamental y con él la posibilidad de reclamar su amparo a través de la acción de tutela, está plenamente delimitado por la doctrina constitucional de la corte constitucional, la que ha proferido una nutrida jurisprudencia sobre el tema en las sentencias T – 444 de 1993, T – 257 de 1996, C – 431 de 2000, C – 339 – 2002, T – 154 de 2013, T – 724 de 2011, T-622 de 2016.

2.2 EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El derecho al medio ambiente sano, es para gran parte de la doctrina un derecho humano, la preocupación de los Estados por la protección de un medio ambiente sano, se origina inicialmente en el ámbito internacional, con el objeto de procurar que los estados mitigaran las prácticas que buscan el *desarrollo* amenazan significativamente la vida y la salud humana; de esta preocupación internacional es que se gesta el reconocimiento del medio ambiente como derecho humano, a partir de allí se han adoptado una serie de instrumentos internacionales que procuran su protección como la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, que trata de la protección de los ecosistemas, las especies y sus entornos; La cumbre de Río de 1992, donde se establecieron obligaciones a los Estados de la conservación y protección de los bosques; Cumbre del clima de París de 2015, entre otros; pero para nuestro estudio tomaremos el artículo 11 del protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, (Vernet, 2007) en dicho instrumento se estableció:

Art. 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. (Departamento de Derecho Internacional, OEA, 1988).

A partir de la consagración del derecho al Medio ambiente sano en la Convención Americana de Derechos Humanos en su protocolo adicional II, podemos afirmar que este es un verdadero derecho humano, necesario para la existencia misma del hombre y que la Corte Interamericana de derechos humanos desarrolla claramente en la Opinión consultiva 023 de 2017, al responder a una consulta formulada por el Estado Colombiano.

Opinión Consultiva – 023/17: En esta la Corte IDH indica que ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. Asimismo, el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”), resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales -que incluye el derecho a un medio ambiente sano - y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena (Corte IDH, 2017), el derecho humano al medio ambiente sano, se constituye así, en un derecho de otorga las condiciones necesarias para la realización de los otros; importante indicar aquí este derecho pertenece a la categoría de derechos humanos de carácter colectivo.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, precisa para la realización y goce efectivo de varios derechos de rango fundamental, es necesario como precondition una calidad medio ambiental mínima, ya que existe una interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, en el análisis y estudio de estos surgen múltiples puntos de conexión por los cuales, como fue expresado por el Experto independiente, “todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio (Corte IDH, 2017).

Al existir una interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos, con los económicos, sociales y culturales, deben estos ser entendidos como derechos humanos todos de forma

conglobada, afirma la Corte IDH, sin la existencia de jerarquía entre sí, el derecho al ambiente sano debe entenderse como un derecho humano autónomo y de existencia propia a los demás derechos humanos, no puede entenderse el derecho humano como derecho humano conexo, por el contrario es un derecho humano de existencia propia.

Para la Corte IDH,

El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, (Corte IDH, 2017).

El derecho humano al medio ambiente sano como derecho autónomo procura la defensa de todos los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y organismos vivos con quienes se comparte el planeta, los que según la corte idh, merecen protección, por ello la tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales como lo veremos más adelante, ya que el desconocimiento y afectación de este conlleva a la violación de los derechos a la vida, integridad personal, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a la seguridad, a la libertad, la paz, etc, lo que conlleva a una serie de obligaciones del Estado en procura de su defensa y protección. De esta manera también se observa que “El Derecho Internacional, en particular los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, demandan de los Estados el cumplimiento cabal de una serie de obligaciones internacionales, cuya infracción genera la responsabilidad internacional de estos”. (Daza, 2011, p. 54).

3 MECANISMOS DE AMPARO AMBIENTAL

En Colombia existen mecanismos judiciales (penales); administrativos (sancionatorios, Consulta Previa) y constitucionales (acciones constitucionales) cuyo objeto es proteger el medio ambiente, como lo veremos a continuación:

3.1 MECANISMOS JUDICIALES

En este punto, los derechos humanos son mecanismos de garantía primigenia de las inherentes cualidades de los hombres. (Agudelo et al, 2016, p. 41).

- **Delitos Ambientales:** Para combatir la anterior problemática que causa una degradación incalculable en el medio ambiente y la cultura misma de las comunidades negras e indígena, el legislador estableció en el código penal (ley 599 de 2000) una serie de delitos que buscan la protección de los recursos naturales renovables y no renovables, es así que en el Título XI, Delitos contra los recursos naturales y medio ambiente, estableciendo entre otros: 1) Artículo 328. *Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables*. Modificado por el art. 29, Ley 1453 de 2011. 2) Artículo 329. *Violación de fronteras para la explotación de recursos naturales*. Modificado por el art. 30, Ley 1453 de 2011. 3) Artículo 330. *Manejo ilícito de microorganismos nocivos*. Modificado por el art. 31, Ley 1453 de 2011. 4) Artículo 331. *Daños en los recursos naturales*. Modificado por el art. 33, Ley 1453 de 2011. 5) Artículo 332. *Contaminación ambiental*. Modificado por el art. 34, Ley 1453 de 2011. 6) Artículo 333. *Contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo*. Modificado por el art. 36, Ley 1453 de 2011. 7) Artículo 334. *Experimentación ilegal en especies animales o vegetales*. Modificado por el art. 37, Ley 1453 de 2011. 8) Artículo 335. *Pesca ilegal*. Modificado por el art. 38, Ley 1453 de 2011. 9) Artículo 336. *Caza ilegal*. 10) Artículo 337. *Invasión de*

áreas de especial importancia ecológica. Modificado por el art. 39, Ley 1453 de 2011. 12) **Artículo 338.** *Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales.*

La consagración del delito ambiental o delito ecológico que integra los tipos penales antes enlistados es una de las principales armas del gobierno colombiano para proteger los recursos naturales y en especial en las zonas importancia ecológica y territorios protegidos; el derecho penal como instrumento resulta aquí la última opción que emplearía el estado en procura de la defensa de este derecho el derecho colectivo que tal como lo indico Leonardo Guiza Suárez (2008):

Derechos colectivos o difusos son derechos humanos específicos de los cuales son titulares ciertos grupos humanos. Una de las novedades de la Constitución de 1991 consiste en dedicar un capítulo completo a la regulación de los denominados “derechos colectivos”, entre los cuales abarcan un gran espectro los que buscan proteger el ambiente como tal, debido a que su conservación, degradación y reparación involucra a toda la comunidad. Entre los derechos colectivos o difusos de carácter ambiental consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano encontramos el derecho colectivo a un ambiente sano, el derecho colectivo al equilibrio ecológico, el derecho colectivo a la biodiversidad, el derecho colectivo al paisaje natural, el derecho colectivo a la preservación y restauración del ambiente, el derecho colectivo al patrimonio genético, el derecho colectivo al desarrollo sostenible, el derecho a la protección de áreas de especial importancia ecológica y el derecho colectivo a la prohibición de introducir al territorio nacional residuos nucleares o tóxicos.

3.2 MECANISMOS O ACCIONES CONSTITUCIONALES

- **Acción de Tutela**

Consagrada está en el artículo 86⁴ de la carta política de 1991 y reglamentada por el decreto 2591 de 1991⁵, la que por su

⁴ Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos

naturaleza tal y como emana del artículo antes citado en principio, se ejerce solo para la defensa de derechos fundamentales, pero excepcionalmente se podrá utilizar la acción de tutela para la defensa de derechos colectivos cuando la amenaza o violación de esto afecte un derecho fundamental, es así que la Jurisprudencia ha reiterado los eventos en que procede la acción de tutela en relación con derecho colectivos: [...] cuando ésta busca proteger derechos fundamentales conculcados como producto de la violación a derechos colectivos. Las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son claras al establecer las dos circunstancias en que procede la acción de tutela para proteger derechos fundamentales cuya afectación se derive de la violación de derechos colectivos: (i) cuando la tutela actúe como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y (ii) Cuando la amenaza o vulneración de un derecho colectivo, produce la afectación directa de un derecho fundamental (Corte Constitucional, 2014).

De igual manera encontramos que el concepto de bidimensionalidad del derecho al agua se extrae, por un lado, del análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, en donde la acción de tutela se ha posicionado como protectora del derecho al agua, entendiéndolo como un derecho autónomo de categoría fundamental, garantizando entonces la esfera individual, así mismo mediante el rastreo de decisiones de acciones populares adoptadas por la jurisdicción contenciosa administrativa, en donde principalmente se ha entendido el derecho al agua como uno de naturaleza colectiva, relacionado estrechamente con los derechos al ambiente sano, la salubridad pública y el acceso a los servicios públicos (Cubides et al, 2016, p. 123).

La Corte Constitucional en anterior sentencia de Tutela N° 517 de 2011, con Ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indicó que requisitos habían que cumplirse para la procedencia de la acción de tutela en caso de afectación de derechos colectivos a saber:

constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

- ⁵ Artículo 2º-Derechos protegidos por la tutela. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.

- a. Que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, y que exista una conexidad entre el daño o amenaza del derecho fundamental con la perturbación del derecho colectivo.

Por tanto, el accionar de la política pública como Estado social de derecho debe dar respuesta a la garantía de derechos y principios y al disfrute del bienestar colectivo de la sociedad, lo que redundaría en los capitales social, humano, intelectual, cultural, político y económico, entre otros (Ramírez, 2017, p. 44).

- b. El Sujeto activo de la acción o peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental.
- c. La vulneración o la amenaza del derecho fundamental debe ser expresamente probadas en el expediente.
- d. La petición que se resuelva con la sentencia debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.

El autor Fernández (2016) afirma que el restablecimiento del derecho, las personas con interés directo, que se consideren lesionadas en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrán solicitar la nulidad del acto administrativo de adjudicación por las mismas razones ya expuestas, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño. (p. 62).

- e. Debe demostrarse el requisito de inmediatez⁶, de tal manera que en el proceso aparezca demostrado que la acción popular no es idónea, en el caso concreto, para amparar, específicamente, el derecho fundamental vulnerado o amenazado (Corte Constitucional, 2011).

Como precedente judicial de una acción de tutela para la protección de derechos fundamentales afectados por la violación de derechos colectivos, muy recientemente el máximo tribunal de lo constitucional mediante sentencia T - 622 de 2016, en demanda interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra

⁶ En Relación con este requisito ver sentencia de Tutela N° 622 de 2016.

Digna", en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca) y otros, contra Presidencia de la República y otros, siendo M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; demanda en la cual los demandantes manifiestan que:

Han habitado en sus territorios ancestralmente y en los que han establecido sus formas tradicionales de vida a través de la agricultura, la caza, la pesca y la minería artesanal, actividades con las que garantizan su abastecimiento total de alimentos, que ahora -a juicio de los accionantes- se encuentra en peligro por el desarrollo intensivo de actividades mineras y de explotación forestal ilegales, en una región que ha sufrido los rigores de la guerra y del desplazamiento forzado en el marco de la intensificación del conflicto armado interno (Corte Constitucional, 2016).

Indican los accionantes que dicha explotación mecanizada viene afectando no solo al río Atrato sino también a todos sus afluentes y en el desarrollo de la actividad utilizan químicos contaminantes como el cianuro, el mercurio y otros químicos que son vertidos al Río Atrato que baña parte de los territorios colectivos de comunidades negras del Choco, lo que para los demandantes.

Representa un alto riesgo para la vida y la salud de las comunidades toda vez que el agua del río es utilizada para el consumo directo, es la fuente principal para la agricultura, la pesca y para las actividades cotidianas de las comunidades. En consecuencia, considera el Demandante que la contaminación del río Atrato está atentando contra la supervivencia de la población, los peces y el desarrollo de la agricultura que son elementos indispensables y esenciales de alimento en la región, que es el lugar en donde las comunidades han construido su territorio, su vida y recrean su cultura (Corte Constitucional, 2016).

En este sentido, por ejemplo, las comunidades locales, étnicas e indígenas que hacen valer sus derechos bioculturales, se fundamentan en los siguientes preceptos: 1.- la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica de las comunidades basado en una forma de vida y los derechos bioculturales deben proteger esta manera de vivir; 2.- La forma de vida relevante para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica está vinculada con una tenencia y uso de la tierra, e igualmente, derechos a la cultura,

conocimiento y a distintas prácticas. Los derechos bioculturales establecen el vínculo entre la comunidad o lo que se denomina 'peoplehood' y ecosistemas (Corte Constitucional, 2016).

En esta sentencia la corte constitucional expreso que para la procedencia de la acción de tutela se debe verificar el requisitos de inmediatez, legitimación por activa, subsidiariedad y en este último requisito el amparo será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (a) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (b) se requiere del amparo constitucional como mecanismo transitorio, puesto que, de lo contrario, se configuraría un perjuicio irremediable; y, (c) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es un sujeto de especial protección constitucional.

Sobre el particular es preciso recordar que los accionantes, al ser comunidades étnicas, campesinas y sujetos de especial protección constitucional, obran con el objeto que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio, que vienen siendo violentados por la explotación legal e ilegal de modo irracional de los recursos naturales, lo que hace viable el uso de este mecanismos de amparo de sus derechos colectivos.

El autor Tovani (2014) afirma que en otras zonas, en cambio, el desarrollo económico es visto como útil a las exigencias del parque natural y las exigencias de protección del ambiente también restringen la utilización del bien y en las últimas todavía se permite un uso muy eficiente. (p. 66).

- Acción Popular:

En la Constitución Política de 1991, esta acción se lleva al rango de acción constitucional, ya que esa misma Carta le otorgó el carácter de constitucional a los derechos colectivos, estableciendo como acción idónea para la defensa de éstos la acción consagrada en el artículo 88 de la misma, la que posteriormente fue desarrollada y reglamentada por la Ley 472 de 1998, siendo una acción constitucional pública y ciudadana, autónoma y principal, para la defensa de derechos e intereses colectivos, considerada por algunos autores como derecho fundamental, también como derecho humano,

mientras otros la catalogan de garantía de los derechos colectivos (Vivas, 2014, pp. 131-141).

De conformidad con la Ley 472 de 1998, art. 2°, las acciones populares son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

- Acción de Grupo:

Se encuentra establecida en nuestra Constitución Política de 1991 en el artículo 88⁷, reglamentada por las Leyes 472 de 1998 y 1437 de 2011.

Esta según la Corte Constitucional, en Sentencia C-215 de 1999 (M.P.: María Victoria Sáchica Méndez), la acción de grupo o de clase es la garantía constitucional de carácter judicial que permite a una pluralidad de personas, constituidas como grupo, acudir ante la justicia para reclamar la reparación del daño ocasionado a un derecho fundamental, a un derecho o interés colectivo, a un derecho de carácter patrimonial de cada uno de los miembros de ese conjunto de personas, cuando el daño sea producido para todas por una misma causa (Maya, 2004).

3.3 MECANISMOS ADMINISTRATIVOS

- Proceso Administrativo Sancionatorio Ambiental

El Proceso administrativo sancionatorio ambiental y que en adelante se denominara el PASA, fue reglado por la ley 1333 de 2009, cuyo objeto es el establecimiento de medidas correctivas y preventivas contra las personas naturales y jurídicas que en la realización de una actividad o la existencia de una situación que por

⁷ En este artículo la Constitución Política en su párrafo segundo y tercero dijo: [...] También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

acción u omisión afecten, causen daño⁸ o atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana.

Es importante indicar que la iniciación del PASA se hará de oficio por parte de la autoridad ambiental una vez conozca el hecho generador del daño o amenaza o a petición de parte; el acto administrativo que impone la sanción o toma la medida preventiva debe ser debidamente motivado, contra el auto que impone la sanción caben los recursos de ley, pero las medidas preventivas no serán objeto de recursos alguno por ser estas transitorias y de aplicación inmediata, la autoridad ambiental se apoyara en la Fuerza Pública para hacer efectiva las sanciones y las medidas preventivas ordenadas.

- La Consulta Previa

Cualquier tipo de intervención que se vaya a realizar en los territorios de las comunidades étnicas y que ponga en riesgo su cultura, su territorio, usos y sus derechos ancestrales debe ser objeto de consulta, para que esa comunidad consienta o no en dicha intervención; esa consulta que es obligatoria hacerle a las comunidades étnicas, por mandato de la Corte Constitucional por medio de su jurisprudencia se constituye en un derecho fundamental de titularidad colectiva.

Desde la adopción del Convenio 169 de la O.I.T. a través de la Ley 21 de 1991, el Estado Colombiano viene desarrollando un marco Constitucional, Jurisprudencial y Legal en pro de la protección real y efectiva de los Derechos Colectivos de las minorías étnicas y de sus integrantes individualmente reconocidos.

La mayor evolución de la consulta previa está en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la que en reiteradas oportunidades ha indicado que “la consulta previa constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social” (Corte Constitucional, 2009).

⁸ Según el artículo 5 de la ley 1333 de 2009, se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto-ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes emanados de la autoridad ambiental competente.

En sentencia SU-039 de 1997 que fue reiterada en la sentencia T – 652 de 1998 la Corte tuvo la oportunidad de examinar la relación entre los proyectos extractivos y de desarrollo y el deber de consulta previa a comunidades étnicas. En efecto, la Corporación encontró que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, y por esa razón ratificó la doctrina constitucional de unificación relativa a la protección que debe el Estado a tales pueblos, y de manera muy especial consideró que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena. (Corte Constitucional, 2016).

Igualmente en sentencia C- 1051 de 2012 y que fuere reiterada en la ya citada sentencia T – 622 de 2016, la Corte expuso que los grupos étnicos requieren para sobrevivir y para desarrollar su cultura del territorio en el cual están asentados. A lo anterior, se agregó que “desde ese punto de vista, el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en tales territorios, mediante el desarrollo de actividades comunes como la caza, la pesca y la agricultura, ‘es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos’, lo que conlleva, entonces, el derecho de las comunidades a participar e intervenir en las decisiones que guarden relación con tales actividades.

El Gobierno nacional en aras de cumplir e implementar el derecho fundamental a la consulta previa expidió la Directiva Presidencial 01 de 2010, cuyo propósito fue dar aplicabilidad a los mandatos constitucionales y los compromisos internacionales

ratificados por el Estado colombiano en lo que respecta al derecho a la consulta previa de comunidades étnicas. La directiva señala los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, las actuaciones que requieren la garantía del derecho, y los procedimientos mediante los cuales debe adelantarse la consulta previa (Rodríguez, 2014, pp. 55-56).

Por último, el Gobierno Nacional expidió la Directiva Presidencial 10 de 2013, por medio de la cual se estableció una “Guía para la realización de la consulta previa”, donde se daban los lineamientos que se deberían seguir como protocolo de coordinación de las entidades estatales para la materialización de los principios de eficiencia administrativa, economía y transparencia en los procesos de consulta previa en medidas administrativas. Para reglamentar los instructivos de la directiva de la referencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2613 de 2013 por medio del cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa (Rodríguez, 2014, p. 57).

4 OTORGAMIENTO DE DERECHOS AL MEDIO AMBIENTE

El otorgamiento de derechos al medio ambiente viene siendo una tendencia mundial en los último diez (10) años, en donde se da el paso de la **naturaleza-objeto** a pasar a la **naturaleza-sujeto**; lo que constituye y motiva hoy grandes debates doctrinarios, partiendo por el reconocimiento de derecho a la naturaleza como tal, pero también a seres vivos de la naturaleza – fauna, como es el caso del reconocimiento de derechos a animales, a la selva o a los ríos; este reconocimiento hecho por la constitución de los Estados, por una ley específica o el órgano judicial a través de sentencias judiciales, siendo esta ultima la manera como más se ha desarrollado esta categoría de derechos, como lo veremos a continuación.

El estudio sobre el reconocimiento de derechos a la naturaleza que haremos en esta parte de este trabajo no la vamos hacer en orden cronológico, la haremos dividiéndolos en tres categorías o formas de reconocimiento así: reconocimiento constitucional, reconocimiento judicial y reconocimiento legal.

4.1 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

El reconocimiento de derechos a la naturaleza utilizando como fuente la constitución política de los Estados, nos conlleva a citar dos casos especiales, Ecuador en su constitución de 2008 y Bolivia en su constitución de 2009.

El autor Galán (2016) enfatiza que por eso, la constitucionalización sigue siendo un mecanismo viable para el desarrollo y la implementación, pero no desde una visión monológica, sino desde una perspectiva universal, ya que las visiones monológicas de los Estados promueven iniciativas orientadas a respaldar política, filosófica y jurídicamente discursos particulares. (Galán, 2016, p. 38).

Ecuador: Estableció en su constitución que la naturaleza, a la que denomina *pacha mama*, es un ser vivo, por lo que se le reconocen derecho y ordena el respeto y conservación integral, de cada uno de los componentes de esta; para la protección de los derechos a la naturaleza, la carta política faculta para que cualquier ciudadano pueda exigir a la autoridad pública el cumplimiento y respeto de los derechos de la naturaleza cuando los vea conculcados o amenacen con su desconocimiento.

En este país la constitución quiso ser más específica frente a los derechos de la naturaleza e indico que esta, tiene derecho al respeto (i) a la existencia, (ii) Conservación, (iii) regeneración y (iv) a la restauración.

El reconocimiento de derechos a la naturaleza en esta constitución, parte del preámbulo y se desarrolla en el **Capítulo séptimo**, denominado **“Derechos de la naturaleza”** el que estableció:

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.

Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.

Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado (Constitución Política de Ecuador).

En relación con los derecho a la naturaleza a la existencia y conservación, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia N° 166 de 2015 dijo que se refiere a que todas las actuaciones del Estado, así como de los particulares, debe hacerse en observancia y apego con los derechos de la naturaleza, procurando su respeto y uso racional, lo que guarda absoluta concordancia con lo establecido en el artículo 83 inciso 6 de la carta política, Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) 6. Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible; la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar la importancia de los derechos de la naturaleza que derivan en la obligación del Estado y sus funcionarios de incentivar y promover el respeto a todos los elementos que forman parte de un ecosistema, y el derecho a que se respete a la naturaleza en su integralidad (Corte Constitucional de Ecuador, 2015).

Respecto al derecho a la restauración, lo que implica también la regeneración precisó implica la recuperación o rehabilitación de la

funcionalidad ambiental, de sus ciclos vitales, estructura y en sus procesos evolutivos, sin considerar las obligaciones adicionales de carácter económico que el responsable del daño deba cancelar a quienes dependan de los sistemas naturales afectados. Este derecho, se refiere entonces no a la reparación pecuniaria a favor de las personas perjudicadas, sino a la restitutio in integrum, es decir, a la plena restitución de la naturaleza mediante la reparación de los daños producidos en el medio físico hasta regresar en lo posible el ecosistema original, es decir, la restauración debe estar encaminada hacia el aseguramiento que el sistema natural vuelva a gozar de condiciones que permitan el correcto desenvolvimiento en relación a sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (Corte Constitucional de Ecuador, 2015).

Este derecho a la restauración, además, se encuentra relacionado con la obligación del Estado de establecer mecanismos eficaces que permitan la recuperación de los espacios naturales degradados de que trata el artículo 397 inciso 2° de la constitución política.

Bolivia: Es este otro de los Estados que podemos referenciar como ejemplo de haber consagrado en su constitución que la naturaleza es sujeto de derechos, lo que se puede extraer a simple vista de la lectura del artículo 33 en su parte final, sin embargo este derecho a la *madre tierra* como es denominado, el que de manera taxativa dice: **Artículo 33** las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

Si bien Bolivia hace un reconocimiento de derechos a la naturaleza, es en una ley que veremos adelante que desarrolla este derecho.

Igual a lo anterior otros países con sus constituciones se han acercado al reconocimiento constitucional de derechos a la naturaleza, dentro de esos Venezuela la que en su capítulo IX trata de los derechos ambientales, indicando que es un derecho y deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y de las próximas generaciones y precisa que para ello el Estado deberá proteger la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y

monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica (Roncal-Vattuone, 2013).

4.2 RECONOCIMIENTO LEGAL

Hay países que han optado por la vía de la ley para otorgar derechos a la naturaleza, esta ley que puede resultar ser una reglamentación del derecho consagrado en la constitución del Estado o por el contrario obedece a la necesidad y decisión del legislativo de otorgarles derechos a la naturaleza, como es el caso de Bolivia y Nueva Zelanda.

Nueva Zelanda: Es uno de los antecedentes más importantes de reconocimiento de derechos a la naturaleza y el primero que se conoce es en este país, que se dio mediante la ley N° 51 de 2014 “*Ley Te Urewera*” en esta en la subparte III que hace referencia a la identidad legal de la reserva natural de *Erewera*, afirma que esta es una entidad legal, y tiene todos los derechos, poderes, deberes y responsabilidades de una persona jurídica y crea un consejo que se encargara de ejercer en nombre de la reserva los derechos que se le otorgan (Oficina del Consejo Parlamentario de Nueva Zelanda, 2014).

Pero además el caso más referenciado por la literatura constitucional, es el reconocimiento de derechos a un Río, donde el Parlamento expidió una ley en marzo de 2017, mediante la cual reconoció derechos al río Whanganui, estos es, darle estatutos de persona jurídica, dándole la representación legal a la comunidad Whanganui (Maories), esto partiendo de la creencia que el río está vivo, que el río es una entidad viva y que tiene una interrelación con la comunidad de manera inescindible (Astorga, 2017); es importante indicar que no es la primera vez que Nueva Zelanda reconoce estatus de persona jurídica a un recurso natural, pues ya lo había hecho en 2013 con el Parque Natural Te Urewera, en la Isla Norte (Maraniello, 2017), lo que deja claro que este país lleva pasos avanzados, en la protección de la naturaleza y los seres vivos que hacen parte de la naturaleza en su conjunto (animales, ríos, lagos, montañas etc) son entidades vivas que tiene derecho y como tal deben ser respetados y defendidos por el Estado y la sociedad.

Bolivia: Este país como ya lo indicamos en el acápite anterior (Reconocimiento Constitucional), en el texto del artículo 33 de la constitución política se hizo reconocimiento de derechos a la naturaleza, pero este de manera muy tímida, lo que conllevó a que la Asamblea Legislativa expidiera la ley N° 071 del 21 de Diciembre de 2010, cuyo objeto según se desprende del artículo 1° es *“reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos.”*, la naturaleza como se desprende del artículo antes citado es denominado *la madre tierra*, y que en el artículo 3° se indicó que se debía entender por esta *“el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida⁹ y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”*.

Según la ley 071 de 2011, la naturaleza (la Madre Tierra) y todos sus componentes incluyendo las comunidades humanas asentadas en ella son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos, estos es, como quiera que todos los Bolivianos al hacer parte de la comunidad de seres que habitan la madre tierra podrán ejercer los derechos que consagra esta ley, de manera individual o colectiva.

Esta ley a que venimos haciendo referencia, precisa en su artículo 7° que los derechos de la Naturaleza (Madre tierra) son:

- I. **A la vida:** Es el derecho al mantenimiento de la integridad de los sistemas de vida y los procesos naturales que los sustentan, así como las capacidades y condiciones para su regeneración.
- II. **A la diversidad: de la vida:** Es el derecho a la preservación de la diferenciación y la variedad de los seres que componen la Madre Tierra, sin ser alterados genéticamente ni modificados en su estructura de

⁹ Según el art. 4 los sistema de vida Son comunidades complejas y dinámicas de plantas, animales, micro organismos y otros seres, y su entorno, donde interactúan comunidades humanas y el resto de la naturaleza como una unidad funcional, bajo la influencia de factores climáticos, fisiográficos y geológicos, así como de las prácticas productivas, y la diversidad cultural de las bolivianas y los bolivianos, y las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas.

manera artificial, de tal forma que amenace su existencia, funcionamiento y potencial futuro.

- III. **Al agua:** Es el derecho a la preservación de la funcionalidad de los ciclos del agua, de su existencia en la cantidad y calidad necesarias para el sostenimiento de los sistemas de vida, y su protección frente a la contaminación para la reproducción de la vida de la Madre Tierra y todos sus componentes.
- IV. **Al aire limpio:** Es el derecho a la preservación de la calidad y composición del aire para el sostenimiento de los sistemas de vida y su protección frente a la contaminación, para la reproducción de la vida de la Madre Tierra y todos sus componentes.
- V. **Al equilibrio:** Es el derecho al mantenimiento o restauración de la interrelación, interdependencia, complementariedad y funcionalidad de los componentes de la Madre Tierra, de forma equilibrada para la continuación de sus ciclos y la reproducción de sus procesos vitales.
- VI. **A la restauración:** Es el derecho a la restauración oportuna y efectiva de los sistemas de vida afectados por las actividades humanas directa o indirectamente.
- VII. **A vivir libre de contaminación:** Es el derecho a la preservación de la Madre Tierra de contaminación de cualquiera de sus componentes, así como de residuos tóxicos y radioactivos generados por las actividades humanas (Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010).

Para la defensa de los anteriores derechos traídos por la ley multicitada, se estableció en ella una serie de obligaciones al Estado en el art. 8° como lo son desarrollar políticas públicas y acciones sistemáticas de prevención, alerta temprana, protección, precaución, para evitar que las actividades humanas conduzcan a la extinción de poblaciones de seres, la alteración de los ciclos y procesos que garantizan la vida o la destrucción de sistemas de vida, que incluyen los sistemas culturales que son parte de la Madre Tierra (Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010); además para el cumplimiento de los derechos de la *madre tierra* crea una institución llamada la Defensoría de la Madre tierra, quien tiene la misión de velar por la vigencia y efectividad de los derechos que se le reconocen a la naturaleza.

4.3 RECONOCIMIENTO JUDICIAL

En este grupo tenemos los estados en los que el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derecho, ha sido producto de la decisión de los jueces de la república de modo oficioso o por la petición de los pueblos, esto enmarcado dentro del activismo judicial, que ha dado la posibilidad que el Juez en procura de defender los derechos de las personas, acuda a la protección de otros elementos que de no ser protegidos afectarían sus derechos directa o indirectamente; darle la calidad de personas a la naturaleza, busca detener afectación de la vida, la salud, la integridad, la cultura, la alimentación, el agua, etc de las comunidades principalmente étnicas que viven en zonas rurales, generada por la degradación y explotación indiscriminada del medio ambiente.

Estas decisiones van encaminadas a otorgarles derechos subjetivos a la Naturaleza en general, junto con todo su sistema ecológico - ambiental o algún elemento o ser vivo que hace parte de ella, y que nos permitiremos citar algunos casos presentados en Argentina, India y Colombia como lo veremos a continuación:

- **Argentina.** En este país se presentó el caso del Orangután Sandra, que estaba en cautiverio en el Zoológico de Buenos Aires, cautiverio que llevaba más de 20 años, lo que conllevó a una organización animalista promover una acción de habeas corpus con el objeto de lograr la liberación de la Orangután, para ello plantearon como principal argumento esgrimido en el Habeas Corpus promovido fue que mantener en cautiverio a *la orangután*: “conculca de forma manifiestamente ilegal y arbitraria el derecho a la libertad ambulatoria, el derecho a no ser considerada un objeto o cosa susceptible de propiedad y el derecho a no sufrir ningún daño físico o psíquico que titulariza como persona no humana y sujeto de derecho la ORANGUTANA SANDRA...” por lo que se demanda a efectos de que se ordene que “se libere a SANDRA y se la reubique en un Santuario acorde a su especie donde pueda desarrollar su vida en un real estado de bienestar” (Cámara Federal de Casación Penal, 2014).

La demanda en primera instancia correspondió al Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 47, el que precisó que al hacer una interpretación armónica de los artículos 30 y 511 del Código Civil de la Nación la Orangután “Sandra” no puede ser sujeto de habeas corpus, por no ser esta una persona, por lo que decidió rechazar el amparo solicitado (Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción, 2014); esta decisión fue apelada por los demandantes, correspondiéndole el conocimiento a la Cámara Federal de Apelaciones, la que en una decisión trascendental por lo que decide revocar la decisión en primera instancia y conceder el Habeas Corpus invocado por los demandantes, indicando que a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática hay que reconocer a Sandra, el carácter de sujeto de derecho, y lo califica como un sujeto de derechos no humano y que es titular de derechos al igual que las personas humanas (Cámara Federal de Casación Penal, 2014).

- **India:** En este país al igual que el antes desarrollado, el Tribunal Superior del Estado de Uttarakhand mediante sentencia del 20 de Marzo de 2017, declaró que los ríos Ganges y Yamuna, eran entidades vivas, son personas jurídicas y por ende sujeto de derecho al igual que las personas, estos dos ríos los de mayor importancia para la población India y que poseen un valor sagrado en el hinduismo se encontraban altamente afectados por la contaminación producto del vertimiento de aguas servidas y distintas sustancias y residuos sólidos a su lecho (Clavijo, 2017).
- **Colombia.** En el caso de Colombia tenemos tres antecedentes judiciales, por un lado una sentencia de tutela de la corte constitucional, una por la corte suprema de justicia y un habeas corpus, que desarrollaremos a continuación.

Sentencia T – 622 de 2016, mediante esta sentencia de amparo tutelar, la corte constitucional declaró que el Río Atrato es una entidad sujeto de derechos y precisa que los derechos que posee el río son a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, esto en razón a los denominados **derechos bioculturales**, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y

que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos, en el entendido que el hombre es uno de los seres vivos que hacen parte de la naturaleza y la necesidad de la protección presente y asegurar para las futuras generaciones un medio ambiente sano y sostenible, en dicha sentencia se ordenó al Estado a través del Ministerio de Medio Ambiente llevar la representación legal de los derechos del río, al igual que la conformación de un panel de expertos encargado de verificar el cumplimiento de las órdenes dadas por la corte y sobre la efectividad de los derechos del río Atrato, como también la conformación de una comisión de guardianes del río, quien estarán encargados de la restauración del río y que no continúe la violación de sus derechos (Corte Constitucional de Colombia, 2016).

Posterior a esta sentencia la corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, al resolver un recurso de apelación de una sentencia de tutela con radicación STC 4360-2018, basado en la decisión de la Corte Constitucional citada anteriormente, *reconoce* a la Amazonía colombiana como *una entidad sujeto de derechos* titular de la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado; a la vez ordena al estado, organizaciones no gubernamentales, sociedad civil en general a la construcción de un “*pacto intergeneracional por la vida del amazonas colombiano PIVAC*”, dirigido a la toma de acciones y políticas públicas para proteger el medio ambiente (Corte Suprema de Justicia, 2018).

Pero además del reconocimiento de derechos al río Atrato y a la Amazonía, en Colombia se registra un antecedente de reconocimiento de derechos a través de una acción de habeas Corpus a un oso de ante ojos llamado “oso chucho” en la sentencia que venimos refiriendo de la sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, manifiesta que si bien la acción de hábeas corpus, por tratarse de una herramienta constitucional dirigida para salvaguardar la garantía suprallegal de la libertad de las personas, la

misma no resulta entonces incompatible para asegurar a los animales como “seres sintientes”, y por tal sujetos de derechos, legitimados para exigir por conducto de cualquier ciudadano, la protección de su integridad física, así como su cuidado, mantenimiento o reinserción a su hábitat natural. Claro está, analizando mesuradamente, las circunstancias específicas de cada situación, razón por la cual decide revocar la decisión de primera instancia que negó el amparo solicitado y en su defecto concede el habeas corpus solicitado (Corte Suprema de Justicia, 2017), ordenando a las entidades accionadas el traslado del oso a una zona que mejor se adecúe su hábitat, toda vez que los animales deben estar libres de incomodidad, sin hambre ni sed y libres para desplegar todos sus comportamientos naturales (Rivadeneira, 2017).

5 CONCLUSIONES

El avance mostrado a través de lo largo de la historia en la incansable tarea de lograr el reconocimiento del derecho al medio ambiente sano como un derecho humano, siendo un derecho inescindible e interdependiente de los demás derechos, sea este ubicado como un derecho de tercera generación o un derecho fundamental; aunque para nosotros inequívocamente se trata de este de un derecho humano autónomo que demanda de la protección no solo del medio ambiente sano sino de todos los seres y/o factores bióticos o abióticos que forman el ecosistema – la naturaleza –, lo que desde la perspectiva de la Convención Interamericana de Derecho Humanos, en OC 023 de 2017 es necesaria la protección de la naturaleza como sujeto de derecho y dejar en el pasado la concepción de ver la naturaleza como objeto de derecho, este salto de ser la naturaleza objeto para pasar a ser sujeto, trae en consecuencia obligaciones claramente demarcadas por la Corte Idh en la OC 023 de 2017 de establecer medidas eficaces que permitan la protección de la vida en todas sus formas, lo que ha conducido a que los estados a través de mecanismos judiciales, constitucionales y legales, se procure dicha protección otorgándole la calidad de sujeto de derecho a los sistemas de vida que hacen parte de la naturaleza, como es el caso de Ecuador en su constitución, Bolivia en la ley y

Colombia en sentencia T – 622 de 20116, basada en el tránsito de la visión antropocéntrica del Derecho, pasando por un enfoque biocéntrico para luego trascender hasta una concepción ecocéntrica, nos indica que vamos por el camino correcto.

La naturaleza como sujeto de derechos al igual que las personas tiene derecho a la vida, a la conservación, a la restauración, al equilibrio, recuperación, a la protección y ante todo de asegurar para nosotros mismos y las generaciones futuras un medio ambiente propicio para la realización de los demás derechos.

A SUSTENTABILIDADE E ÁGUAS NA UNASUL: O QUE A JUSTIÇA ECOLÓGICA TEM A NOS DIZER?

Mayara Pellenz¹

Sumario: 1. Introdução. 2. Justiça ecológica: retrospectivas e perspectiva. 3. Sustentabilidade, unasul e água: uma aproximação necessária. 4. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

O tema da Justiça está situado no contexto da Filosofia Política, social e no âmbito do Direito. Trata-se de uma categoria com definições oriundas da Antiguidade e que acompanharam o processo civilizatório até os dias de hoje. Não raro, questiona-se o sentido e o significado da Justiça, bem como seu alcance a partir da ciência jurídica e do agir humano ético e moral.

Atualmente enfrenta-se um momento crise, o que demanda uma reflexão a respeito da forma como a Humanidade vem se

¹ Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional - IMED. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional - IMED. Integrante do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade - RS. Integrante do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos - RS. Docente Titular do Curso de Direito da Faculdade UNISOCIESC em Blumenau (SC), nas disciplinas de Direito Ambiental, Filosofia Jurídica e Direito Penal. Docente da Pós-Graduação em Direito da Faculdade Avantis, Balneário Camboriú (SC). Autora de obras jurídicas e artigos científicos em periódicos de Direito, em âmbito nacional e internacional. Endereço para acessar CV: <http://lattes.cnpq.br/4364613932101832>. Email: maypellenz@hotmail.com.

relacionando com o mundo natural. Não se pode negar o quanto a problemática ambiental afeta a vida dos indivíduos, especialmente nos lugares do Planeta onde os elementos naturais já estão escassos.

Sem a pretensão de solucionar os problemas vivenciados pela sociedade no tocante a crise ambiental, as presentes linhas objetivam lançar novos questionamentos e reflexões sobre o tema e sugerir alternativas viáveis à concretização da Justiça Ecológica a partir do que dispõe do princípio da Sustentabilidade, numa perspectiva intergeracional.

A problemática da Justiça, no viés ambiental, inicia na dificuldade de se determinar sua compreensão enquanto critério de igualdade. Seu acesso e sua aplicabilidade tornam-se, também, nebulosos, quando se desconhece os valores que orientam o pensar e agir humanos nos dias de hoje. O indivíduo, em verdade, não encontrou os espaços necessários para avaliar os impactos promovidos pelo progresso. O resultado de um desenvolvimento desenfreado, durante muitos séculos, culminou na crise ambiental que despontou nos países mais ricos nos anos 1970. Foi nesse momento histórico que surgiram Relatórios, Documentos e Declarações Universais de proteção a Natureza, a partir da necessidade da preservação do mundo natural como pressuposto para a manutenção da vida humana nesse Planeta.

Por certo, reflexões a respeito de Justiça Ambiental perpassam pela análise da compreensão sobre Pessoa Humana e suas múltiplas inter-retroações. Qualquer esforço teórico que desconsidere o agir humano não se torna possível sem um olhar interdisciplinar. Quando não há Justiça Ecológica, ainda que minimamente, não é possível a efetivação da categoria Dignidade: ambas não devem ser objetos passíveis de ser negociados. Por esta razão, a Justiça destina-se também aos elementos do mundo natural, pois não é somente o Homem, como agente social transformador, o destinatário da categoria, sob a ótica ambiental. Tudo aquilo que integra o Planeta, desde os macros aos microssistemas, devem experimentar a Justiça Ecológica, como condição de existência e de manutenção de ciclos vitais e naturais, sem interferências negativas de fenômenos humanos como o desenvolvimento, o progresso, o avanço tecnológico, dentre outros.

No que diz respeito a Água, é preciso destacar a importância de se refletir acerca do tema, diante da impossibilidade de vida

humana e não humana sem o referido elemento. Diante de sua imprescindibilidade, a Água ensaja Cuidado² e Responsabilidade, em dimensão global. A escassez de Água, em algumas regiões do Planeta, provoca doenças, óbitos e disputas territoriais, além de impulsionar o deslocamento de populações, por não possuírem condições de vida e de saúde sem o elemento vital. No que tange a Água potável, com qualidade suficiente para ser suprimida, a situação é ainda pior, já que o número de pessoas sem acesso ao elemento é alarmante. O panorama é piorado quando se analisa relatórios específicos sobre a Água no mundo, e a constatação de que num futuro próximo, os conflitos serão intensos em virtude da escassez da Água mesmo nos locais onde ela é, aparentemente, abundante.

Diante desse cenário, busca-se nesse artigo analisar a Justiça Ecológica, a Governança e a Sustentabilidade da Água, considerando que o tema é de interesse global. Problemas de dimensão planetária devem ser discutidos e analisados sob um viés transfronteiriço, visto que toda a comunidade internacional, em união, pode somar esforços no sentido da superação da crise. Nesse sentido, o elemento Água, como questão de Justiça e de acessibilidade a todos, necessita ser a pauta cotidiana, frente a complexidade destas categorias no cenário jurídico global.

Partindo do pressuposto da Justiça, como valor universal, indaga-se: é possível se falar em uma Justiça Ecológica? Como compatibilizar a ideia de Justiça com a problemática da Água? Quais são os principais desafios da Sustentabilidade em relação ao elemento vital?

A hipótese para a primeira indagação surge, inicialmente, como negativa, á medida em que a Justiça Ecológica não está sendo vivenciada em condições de igualdade por todos os seres. Na perspectiva antropocêntrica, o principal destinatário da Justiça Ambiental ainda é o Homem, na sua condição de ser humano. Qualquer outro elemento que habite esse Planeta é considerado como destinatário secundário, sob o ângulo da economia, da liberdade, da Justiça, dentre outros. Diante da imprescindibilidade da

² A categoria Cuidado, “do ponto de vista antropológico, advém dos termos *cura* ou de *cogitare*, o que implica em mostrar interesse, ter atenção através de uma atitude de desvelo, de preocupação e bom trato [...]”. NOVAES, Maria Helena. Paradoxos contemporâneos: o Cuidado numa convivência saudável. In: PEREIRA, Tânia da Silva; Guilherme de Oliveira (coord.). **Cuidado e Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 198.

Água para a manutenção de vidas humanas e não humanas nesse Planeta, é necessário aproximar a Justiça da categoria Água, por meio da Sustentabilidade, como projeto global a ser construído e executado a partir do momento presente.

O objetivo geral deste estudo é investigar se há, de fato, uma Justiça Ecológica a ser concretizada atualmente, considerando o contexto da crise. Busca-se compatibilizar a categoria Justiça com a problemática da Água e os desafios da Sustentabilidade na sociedade contemporânea.

Esse cenário possibilita, por exemplo, que os sistemas biológicos não sejam destruídos, que os ciclos naturais completem suas etapas sem interferência humana, que os rios sigam seus cursos, que os oceanos e florestas sejam respeitados, que a biosfera terrestre e marítima seja preservada, a partir do agir humano que não comprometa aquilo que é vivo. O método de pesquisa é o indutivo e as técnicas de pesquisa são a Bibliográfica, a Categoria e o Conceito Operacional.

2 JUSTIÇA ECOLÓGICA: RETROSPECTIVAS E PERSPECTIVA

Inicialmente, busca-se contextualizar e debater a ideia de Justiça a partir das relações entre indivíduo e Natureza. A Justiça, neste viés, é necessária para balizar as ações humanas na realização de um bem estar social e ambiental, direcionada a humanos e não humanos. Nesse sentido, o Homem é capaz de canalizar seus esforços para que a crise planetária, no que diz respeito à Natureza, seja superada, a partir da adoção de um modelo de desenvolvimento sustentável e de um agir ético a respeito dos elementos que integram esse mundo. Com Cuidado, busca-se o aprimoramento da ideia de Justiça Ecológica, tanto em relação à expansão das liberdades quanto à conquista do bem comum supremo, a Felicidade³.

³ O conceito aristotélico de felicidade “[...] requer bens exteriores, pois é impossível, ou na melhor das hipóteses não é fácil, praticar belas ações sem os instrumentos próprios. Em muitas ações usamos amigos e riquezas e poder político com instrumentos, e há certas coisas cuja falta empana a felicidade – boa estirpe, bons filhos, beleza – pois o Homem de má aparência, ou mal nascido, ou só no mundo e sem filhos, tem poucas possibilidades de ser feliz, e tê-las-á ainda menores se seus filhos e amigos forem irremediavelmente maus ou se, tendo tido bons filhos e

As condutas humanas nas decisões relevantes ao Meio Ambiente implicam na importância fundamental e na equidade do comportamento e Responsabilidade do indivíduo, no que diz respeito à participação do processo de decisão e distribuição da Justiça Ecológica. Essa categoria busca o equilíbrio acerca do uso desmedido e irresponsável dos elementos naturais que não são, meramente, objetos destinados à utilização humana, sem qualquer forma de zelo ou comprometimento.

2.1 A IDEIA DE JUSTIÇA

A categoria Justiça, necessariamente, dialoga com questões sociais, políticas, econômicas, ecológicas, dentre outras. Atualmente, não há como dissociar a Justiça de uma contextualização ao mundo da vida, tão complexo no século XXI.

Acerca de Justiça, buscou-se na obra de Aristóteles a definição, entendendo-a como virtude completa, pois a põe como um hábito, não sendo essa algo natural ao ser humano, nato, mas um ramo do conhecimento que estuda o comportamento humano. Para o filósofo, está situada a tripartição das modalidades de ciências: as ciências teóricas, produtivas e as práticas. Essa última é a que se apresentará aos nossos estudos, pois a investigação da Ética denota o conhecimento do justo e do injusto, do bom e do mau, e é um argumento para que a ação humana se converta numa ação socialmente justa.

A Ética não se distancia dessas relações. A categoria fundamenta no caráter de seus cidadãos, que repercute diretamente na conduta da sociedade. Desse modo, a Ética se orienta pela prática política como vetor para se alcançar o Bem Supremo, ou seja, a Felicidade. Aristóteles destaca que a conduta Ética se manifesta como exercício da Virtude, qual seja, a capacidade do Homem de discernir entre o injusto e o justo, e fazer escolhas, optando conforme sua consciência por meio das diferentes ações.

amigos, estes tiverem morrido. Como dissemos, então, a felicidade parece requerer o complemento desta ventura, e é por isto que algumas pessoas identificam a felicidade com a boa sorte, embora outras a identifiquem com a excelência". ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. Ed. Brasília: Editora da UNB, c1985, 1999, p. 26.

Aristóteles, teorizando a respeito da Justiça e do Direito, realiza investigações para análise e o uso dessa expressão: a Justiça Legal, significando a observância da lei no que é legítimo e melhor para bem da comunidade. A ação que se conecta à legalidade estabelece uma norma a todos e para o bem de todos, correspondendo ao um justo legal e a forma de Justiça. Por outro lado, a Justiça Distributiva, como exercício habitual de uma virtude, é assegurar o Bem Comum para todos. Tem como fundamento a organização social pacífica, onde o equilíbrio será o justo, que tem por finalidade conceder a cada um aquilo que lhe é devido, conforme seu merecimento. Nessa linha de pensamento, para Aristóteles, o injusto é o que transgride o proporcional, e o justo é a proporcionalidade. Assim, a Justiça leva o Homem a praticar as demais virtudes, não usando-as em benefício próprio, mas principalmente para com o Outro.

A Justiça ocorre como a prática entre os homens em sociedade por meio de discurso prático e racional numa comunidade humana com vista a uma organização que beneficie a todos. Nestes moldes, a Justiça, no aspecto político, é cultivar a virtude dos cidadãos e aprender a viver a vida boa e a melhor forma de governar, ou seja, aplicar a lei aos que tenham capacidade de deliberar em convívio na comunidade, numa ordem natural, pois a Felicidade não ocorre individualmente. A virtude, para Aristóteles, é a realização da Natureza do Homem que alcança a Justiça a partir das ações justas habituais, descritas pelas categorias como liberdade, coragem, equilíbrio, prudência, tolerância, equidade, entre outras.

Sobre esse cenário, que, de acordo com a teoria de Aristóteles, o critério de distribuição de bens deve favorecer condições a uma boa vida que possa tornar o Homem capaz de escolher com equidade ao saber o que pode e o que deseja escolher. Esta capacidade possibilita no Homem a ideia de bem comum, de exercer sua Natureza, não como uma simples Felicidade útil, mas, sim, na construção da vida onde o desenvolvimento deve estar em observância para expandir as Liberdades usufruídas e permitir a completude. Contudo, é evidente que a Justiça não é direcionada a todos os seres. Neste Planeta, os indivíduos não são iguais, especialmente no acesso a direitos e serviços considerados indispensáveis. Assim, o exercício da Liberdade é a condição indispensável e segura para superação das desigualdades e para organização de uma sociedade justa.

No intuito de estruturar as relações sociais sob o crivo da Justiça, os cidadãos devem interagir de forma responsável com o mundo natural e garantir condições de vida para sobrevivência no momento presente, sem prejudicar as futuras gerações. Essa é uma das perspectivas da Justiça Ecológica. Já se comprovou que o atual modelo de desenvolvimento priorizou o crescimento econômico baseado na produção e no consumo de bens, desvelando uma realidade cruel de condições de vida, pautadas na existência de tomadas de decisões, as quais nem todas as pessoas têm a oportunidade de participar, enfrentar e avaliar de maneira igualitária.

Esse desenvolvimento ocasionou um desequilíbrio do Ecossistema, pois aprofundou as desigualdades e desencadeou uma crise que sinaliza para a perda de valores essenciais na relação entre Homem e Natureza. Por esse motivo, é tão importante destacar a Justiça Ecológica como categoria a ser vivenciada cotidianamente.

A Justiça, nestes moldes, sinaliza para o afastamento dos comportamentos de interesses exclusivamente particulares, pois a Justiça adquire um valor moral que integra a ciência jurídica. Sob essa ótica, Boff destaca que Humanidade é uma expressão da Terra, a sua porção consciente, inteligente e responsável pela preservação das condições que continuamente produzem e reproduzem a vida (Boff, 2014, p.13). Contudo, o momento presente desvela um esvaziamento ético em relação à Justiça, pois, em seu viés ambiental, o destinatário único é o ser humano. A sociedade está vivendo uma crise de valores sem precedentes e, diante da desertificação daquilo que é caro à sociedade, há interferência direta no agir humano e na forma com que este se relaciona com o meio em que vive (Pellenz, 2015, p. 32). A partir do antropocentrismo a dinâmica é simples: o que não é humano, pela sua condição intrínseca, acaba sendo “coisificado” e figura como bem à disposição da humanidade.

Desse modo, o ideal de Justiça, sob o enfoque ambiental, não pode ser apenas um compromisso, mas, sim, um comportamento cotidiano que qualifique, com dignidade, a relação entre humanos e mundo natural, no sentido da preservação e do respeito dos ciclos naturais, como expressão máxima da Sustentabilidade e sua perspectiva intergeracional.

2.2 JUSTIÇA ECOLÓGICA

A Justiça Ecológica é vetor para a valorização da vida, no seu sentido mais amplo, concretizada por meio do agir humano ético, que respeite o mundo natural e seus ciclos regenerativos, a fim de mitigar as ações que exploram, desmedidamente, a Natureza e reconheçam a importância do mundo natural, para além de uma concepção antropológica neste mundo. A categoria remete para as relações entre humanos e Natureza, haja vista que as teorias sobre Justiça têm sido insuficientes, na compreensão da dimensão real da problemática ambiental.

Chama-se atenção à necessidade de adequar a semântica e os significados daquilo que uns chamam de Justiça Ambiental e outros, de Justiça Ecológica. Bosselmann esclarece que há diferenciação entre essas expressões⁴: a primeira diz respeito a justiça da distribuição entre o meio ambiente e os seres humanos, e a segunda diz respeito a ideia de justiça das relações entre os humanos e o mundo natural. A Justiça Ecológica⁵ se refere ao tratamento digno e justo para humanos e não humanos na qual o cidadão, por meio dos seus comportamentos e Responsabilidades, vivencie a interdependência necessária com o meio ambiente natural,

⁴ Se a relação entre os seres humanos e o resto do mundo natural tem ou não relação com a “justiça” é fato controverso. Aqueles que concordam falam de “justiça ecológica” como um conceito a incluir os dois aspectos relacionais. Aqueles que discordam insistem que a nossa relação com o resto do mundo natural é uma questão de ética e moralidade, mas não de justiça. Para eles, “justiça ambiental” é o único termo disponível para descrever os problemas de distribuição no que diz respeito a proteção ambiental. BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade**: transformando direito e Governança. Tradução Philip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 108.

⁵ Justiça ecológica significa que cada pessoa singular tem o direito de desfrutar a plenitude da sua própria forma de vida. Em segundo lugar, todas as formas de vida são mutuamente dependentes e dependentes de formas não vivas. Constatando que os princípios podem funcionar na prática criando conflito na tomada de decisões, eles são qualificados por três distinções. A primeira que a vida tem precedência moral sobre a não vida, o segundo é que as formas de vida individualizadas prevalecem moralmente sobre as formas de vida que só existem como comunidades e finalmente os seres humanos tem precedência sobre outras formas de vida. Estas condições visam resolver valores competitivos e assegurar que uma distinção moral entre a vida humana e não humana permanece. Bosselmann, K. **O Princípio da Sustentabilidade**: transformando direito e Governança. p. 114-115.

para além dos fenômenos da Globalização⁶, da transnacionalidade ou do mercado. Nesta pesquisa, adota-se a segunda definição.

A Justiça Ecológica tem por objetivo redimensionar a relação entre Natureza e os seres humanos, orientada pelos princípios da Sustentabilidade, responsabilidade e igualdade. A crise ambiental enfrentada nesse século e agravada nas últimas décadas, deixa claro a necessidade de se refletir sobre a harmonização da relação entre o Homem e a Natureza a partir da Justiça e do Direito.

A respeito do papel que o Direito, como saber social, pode desempenhar nesta tarefa, cabe mencionar que instrumentos e mecanismos políticos-jurídicos são invocados na defesa e na proteção do meio ambiente. No sentido de superar as desigualdades, pois ao Homem, todos os direitos; à Natureza, nenhum -, já existem diplomas legais que elevam os elementos que compõe a natureza no patamar de sujeitos de direitos⁷. Esse novo cenário, onde a Natureza é “ser próprio”, é também uma manifestação da Justiça Ecológica, especialmente na possibilidade de se inverter a lógica da destruição do mundo natural, a partir dos critérios de Sustentabilidade. A categoria sinaliza para uma perspectiva que possibilita condições adequadas para se estabelecer um vínculo harmônico e equilibrado entre Homem e Natureza, por meio do Desenvolvimento Sustentável.

Desse modo, a Justiça Ecológica se destina a assegurar as garantias legais ao mundo natural e reconhecer direitos ambientais, a

⁶ Globalización, nas palavras de Grasso, se refere à “expansión creciente de las actividades de la economía, producción, circulación, cambio y consumo de cosas, más allá de los confines territoriales y los vínculos del derecho positivo de los Estados”. GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del Constitucionalismo después del Estado Moderno**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 111.

⁷ Sobre Direitos da Natureza, Gussoli explica que um primeiro passo é superar as barreiras que impedem a consideração teórica séria dos direitos da Natureza é separá-la da doutrina dos direitos dos animais. A partir da distinção justiça ambiental (voltada aos seres humanos) e justiça ecológica (voltada ao meio ambiente natural). Alberto Acosta explica que a consideração do valor intrínseco da Natureza e o reconhecimento de sua personalidade jurídica não tem como consequência a proibição do cultivo de plantas, a criação de animais ou mesmo a pesca. Pode-se comer qualquer tipo de carne ou grão, ora a própria manutenção da vida exige a cadeia alimentar. Os direitos da Natureza, portanto, representam um interesse maior que é a manutenção do ecossistema. [...] a justiça ecológica, então, não defende uma natureza intocada, mas sim uma natureza preservada em seus conjuntos de vida. Gussoli. F.K.. **A natureza como sujeito de direitos na Constituição do Equador**: considerações a partir do caso Vilacamba. Disponível em: www.direito.ufpr.br/.../anais-da-xvi-jornada-de-iniciacao-cientifica-vol-1. Acesso em: 30 out. 2005.

serem protegidos, tutelados e assegurados por toda a coletividade. O novo paradigma da Justiça Ecológica deverá conduzir e superar, todos os dogmas atuais, numa dimensão espacial e temporal do objeto de proteção mais amplo capaz de alcançar uma dimensão universal para o futuro da questão ecológica.

A busca de um equilíbrio sobre o uso e compartilhamento dos bens comuns não é uma atitude fácil, embora se possa compreender sua finalidade nos principais documentos internacionais. A viabilidade de um desenvolvimento proporcional somente se torna “de carne e osso” quando se observa a convergência de esforços das diferentes redes humanas a partir daquilo que enuncia a Sustentabilidade ecológica. Esse é o ponto que se visualiza como concretização das metas a ser alcançada, a exemplo da proposta que vem da América Latina, especialmente pela UNASUL⁸, a qual assegura a construção harmoniosa entre Ser Humano e a Natureza a partir dos diferentes ecossistemas (litosférica, hidrosfera, atmosfera e biosfera).

América Latina abre o caminho da revolução paradigmática de Sustentabilidade, de matriz ecológica, na expectativa de uma Justiça Ecológica⁹ pautada no princípio da Solidariedade. Sob a perspectiva do Direito, essa reviravolta ocorre pelo constitucionalismo de feição ecocêntrica, a exemplo das Constituições do Equador e da Bolívia¹⁰, onde protagonizou a Natureza como sujeito de direitos, que,

⁸ Importante saber que, na confluência do dilema entre os direitos de Pachamama (da Natureza) e os Direitos Humanos, e, perante este grande desafio dos tempos atuais, de articular e compatibilizar as macro políticas ambientais, exigências do mandato ecológico, introduzindo na constituição equatoriana, de maior preservação dos ecossistemas, com as macro políticas sociais minimizadoras das desigualdades sociais e regionais, sobretudo nos países menos desenvolvidos do Hemisfério Sul, o modelo do Bem Viver, ora em constante reconstrução, parte da crença de que não seja possível equacionar essas questões sem quem que se reveja a relação do ser humano com as forças cósmicas e telúricas, simbolizadas, respectivamente, pelo Pai Sol e pela Mãe Terra (Pachamama). MORAES, Germana de Oliveira. O Constitucionalismo Ecocêntrico nos Andes: os direitos de Pachamama, o Bem Viver e o Direito à água. In: WOLKER, Antonio Carlos; CADEMARTORI, Daniela; MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; WOLKMER, Maria; CADEMARTORI, Sérgio (Orgs.). Para além das Fronteiras: o tratamento jurídico das águas na UNASUL. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 9 a 31.

⁹ Em outras palavras, o conceito de desenvolvimento sustentável só pode desempenhar as suas funções normativas na medida em que incorpora a ideia de Sustentabilidade ecológica. BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade**: transformando direito e Governança. p. 64.

¹⁰ A Constituição da Bolívia estabelece, também, essa preocupação de se resgatar a Natureza como sujeito e não objeto de exploração infinita. Os princípios estabelecidos por essa República, no seu artigo 8º, destaca a necessidade de uma

no campo jurídico, se manifesta pela primeira vez, ou seja, trata-se de uma transição do antropocêntrico ao biocêntrico.

Neste mesmo sentido, o Brasil vem abrindo caminhos, através da consultoria do MAPAS (Caminhos para o meio ambiente e saúde) e de sua fundadora Vanessa Hasson, ampliando uma conscientização, para que se consiga enxergar o meio ambiente, não só como serviço a todos e sim numa relação traduzida em responsabilidade e solidariedade, essa reciprocidade vem ganhando espaços como no Município de Bonito em Pernambuco, que se destaca como iniciativa inédita a ser a primeira cidade brasileira que aprovou, a alteração da Lei Orgânica para reconhecer os Direitos da Natureza, um feito histórico em dezembro de 2017 e que teve repercussão junto à Assembleia Geral das Nações Unidas -ONU, por meio da plataforma *Harmony with Nature*, integrada por especialistas de todo o mundo. Nesse sentido, outras cidades estão adiantadas na tramitação da conscientização da importância da participação de proposituras e avançar no reconhecimento aos Direitos da Natureza, a exemplo, no município de São Paulo-SP que já elabora na forma do PLO nº5/2015, Fortaleza-CE, Alto Paraíso-GO e Caseara-TO.

A partir dessa dimensão, os processos somente terão sentido com a participação de gestores públicos e a comunidade comprometidos e conscientes da necessidade da profunda mudança e devem-se declarar como responsáveis não somente uns com os outros, mas com a comunidade da vida ao desenvolverem, de modo habitual, uma conduta centrada na Responsabilidade e no Cuidado, orientados pela Justiça Ecológica.

sociedade plural, pautada em valores éticos, tais como o *suma quamañana*. A adoção dessa postura indígena andina revela o que se perdeu pela descoberta de um universo microscópico durante a revolução científica na Modernidade. Aquino, S.R. A Importância de Sustentabilidade como Critério de Desenvolvimento do Constitucionalismo Latino-Americano. In: AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de; Bastiani, Ana Cristina Bacega de. **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI**. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. p. 225.

3 SUSTENTABILIDADE, UNASUL E ÁGUA: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA

A complexidade da sociedade contemporânea e, de modo geral, ao atual estado deste mundo, revelam a amplitude do debate proposto nesta pesquisa.

O Estado-Nação¹¹ dotado de soberania, precisa ser analisado sob dois prismas: a Soberania interna, compreendida como o poder supremo do Estado de impor normas e de ser respeitadas como fonte legítima de direito, sua Constituição e forma de governo, não podendo sofrer intervenção dos demais países, visto que cada Estado tem suas regras e ordenamentos; e a Soberania externa, que dialoga em patamar de igualdade com a comunidade internacional.

No período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se um amplo processo de mundialização das relações, processos e estruturas de dominação, apropriação e integração. Aos poucos, a esfera da vida social, coletiva e individual foi alcançada pelo fenômeno da globalização (Ianni, 2008, pp. 35-36), instalando-se o exercício de um poder hegemônico de natureza técnico, econômico e financeiro disseminado a nível global (Staffen, 2013, pp. 152-153).

Cabe destacar que a ordem jurídica global somente pode ser compreendida a partir da crise do Estado, observada na metade do último século, e da globalização de pretensões jurídicas diversificadas. Pouco a pouco, a globalização adquiriu uma potência que se sobrepôs ao Estado, enfraquecido por relações de mercado, pela livre circulação de mercadorias, produtos e serviços nos mais variados espaços do globo. Com a formação de blocos econômicos e especialmente no pós-guerra, a fragilidade do ente estatal se tornou ainda mais evidente, pois os espaços físicos e virtuais se sobrepõem ao Estado e a limites geopolíticos pré-estabelecidos. Isso porque os comportamentos jurídicos e sociais passaram a gravitar em contextos transfronteiriços. A partir da aproximação gerada pelo ciberespaço, o indivíduo possui acesso à informação, à mecanismos de participação política e social, à organismos e organizações transnacionais, dentro

¹¹ Muito além das fronteiras do Estado-nação, os cidadãos devem estar cientes de suas Responsabilidades acerca da Natureza, das Águas, da biodiversidade, dos animais humanos e não humanos e dos demais elementos que integram o grande lar compartilhado chamado Planeta Terra. PELLEZ, Mayara. **Cidadania e Educação ambiental**: novas perspectivas a partir da transnacionalidade. p. 148.

e fora de seu país, por meio da Internet. A Globalização gera tal complexidade e o Direito, como instrumento de regulação social, deve absorver estas situações emergentes.

Ao mesmo tempo, os fluxos oriundos da globalização, iniciados no pós-guerra e que estão em permanente processo de expansão, passam a integrar o cotidiano econômico, político e social, a partir da convergência de interesses pré estabelecidos, e que originaram blocos, alianças, instituições, agremiações e Organizações Não Governamentais ao redor do mundo. Estas últimas são cada vez mais atuantes: são novas matrizes de poder.

Considera-se, antes de tudo, os números: os Estados nacionais são 192 e as organizações internacionais cerca de 2.000 (as ONG's correspondem a 20.000, segundo uma recente avaliação da Organização das Nações Unidas). Para exemplificar a complexidade do que está se propondo, é possível imaginar um condomínio em assembleia: se, para a resolução de conflitos, todos os proprietários de apartamentos em condomínios reunissem-se, instalar-se-ia o caos porque há mais condomínios do que proprietários.

Por outro lado, não são todas as organizações internacionais que integram apenas do Estado. Muitas atuam também com poder supra-estatal, como é o caso da União Européia (que faz parte, por exemplo, da WTO – *World Trade Organization* e IOCC – *International Olive Oil Council*). A equação parece cada vez mais difícil de ser resolvida e é essa complexidade que precisa ser considerada quando se reflete a respeito de uma ordem jurídica deste porte: as organizações globais não podem ser todas definidas como inter-governos, mas sim, para além desses.

A partir destas constatações, Snyder destaca que a globalização é governada pela totalidade de conjunções estrategicamente determinadas, contextualmente específicas e frequentemente episódicas, irradiadas de diversos lugares pelo mundo, com elementos institucionais, normativos, processuais específicos, mas não necessariamente exclusivos (1999, p. 334). Neste cenário, os desafios são muitos. As transformações ocorridas a partir da globalização são apenas o ponto de partida para a pluralidade de elementos que integram esse novo momento histórico, de dimensão transnacional. Os cenários atuais suscitam a reflexão a respeito de possibilidade para além do Estado, pois os interesses comuns são diversos. Sobre o tema, Cassese destaca que há uma

tendência à formação de uma ordem jurídica global¹², podendo ser argumentada por diversos elementos como: plurissubjetividade, normatização, administração, jurisdição, legitimação e justiça (Oliviero y Staffen, 2013).

Assim, não importa qual o cenário da integração que permite a formação deste ou daquele bloco, mas sim, a compreensão de que atividades de cooperação e pontos em comum são uma realidade sem afetar a questão da soberania. Partindo desse pressuposto, cabe ressaltar que o processo de globalização altera o papel dos atores sociais, que assumem a centralidade no espaço público mundial. As características habituais de governo são transladadas para a acepção Governança mundial¹³, em razão de vários fatores, como a concentração de riquezas e exclusões sociais (Tomaz, 2013, pp. 212-227), os processos econômicos, a inexistência de controle da transnacionalização, dentre outros.

No âmbito da questão ambiental, isso também pode ser observado: a globalização conjugou os questionamentos da comunidade internacional a respeito do esgotamento do mundo natural, o que fez surgir organizações internacionais transnacionais com objetivo de defender os interesses comuns, ou seja, estruturou-se uma nova forma de Governança direcionada ao direito ambiental internacional.

Nesse cenário, para Bosselmann (2015), há duas situações a serem consideradas: em primeiro, o pensamento ambiental foca no

¹² A crise do Estado nacional e, consequência de uma Constituição, a instabilidade da soberania, a alteração dos sistemas de fontes e a debilidade do constitucionalismo constroem um terceiro aspecto da crise. A adoção de novas fontes, notadamente as decorrentes do direito transnacional em matéria econômica, subtraídas de controles parlamentares e de vínculos constitucionais materiais e formais, tornam-se os aspectos mais sediciosos desta trajetória que atingem incisivamente o ordenamento jurídico nacional. STAFFEN, Márcio Ricardo. Constitucionalismo em Mutação, pp. 151-171.

¹³ Notadamente entre 1980 e 1990, a caracterização da concepção habitual de governo é transladada para a acepção governo (*governance*), a partir dos postulados de Rosenau e Czempel, haja vista a combinação de instituições, políticas e iniciativas conjuntas com propostas claras e definidas. Com isso, o problema de governar o mundo se funde em contextos que perpassaram por alianças militares (OTAN); instituições intergovernamentais (ONU, UNESCO, UNICEF, OMS e afins); ORGANISMOS REGIONAIS (Conselho Europeu); agremiações pós-imperialistas (*Commonwealth*, Comunidade dos Países de Língua Portuguesa); ordenamento quase políticos (União Europeia, Mercosul, UNASUL); *sumit* (G-20, G-8, BRICS) e outras milhares de ONGs. Staffen, M.R. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 59-60.

aspecto global e o pensamento jurídico foca no Estado, ou seja, nas normas internas e nas leis ambientais: trata-se da integridade ecológica de dimensão planetária e de conceitos jurídicos que devem responder a realidade, respectivamente. (p.188).

Em relação à água, o caráter global e transfronteiriço do elemento é evidente, a exemplo do Aquífero Guarani, presente em quatro países do Continente sul-americano: Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai. O mesmo ocorre em Águas superficiais como a bacia hidrográfica do rio Níger (continente africano) e na Europa, na bacia do rio Danúbio. Logo, os Estados compartilham de uma mesma realidade, pois para o elemento Água, não há fronteiras. Os interesses comuns sinalizam para a normatização nesse mesmo sentido. Sob semelhante argumento, Leff (2010), que depois do “outro negro e do outro verde, hoje a água surge na superfície do mercado como o ouro azul”. (p.109).

Na mesma toada, a Sustentabilidade da Água possui um marco jurídico na Governança global, situado num discurso de integração e no reconhecimento do elemento como Direito Humano e Direito à Vida. Em Cochabamba, na Bolívia, em abril de 2010, proclamou-se, na Conferência Mundial dos Povos sobre Mudanças Climáticas e os Direitos da Mãe Terra, a Água como fonte de Vida. A Assembleia das Nações Unidas acatou a proposta do governo boliviano, e o Conselho de Direitos Humanos aprovou a Resolução A/HRC/RES/15/9, onde os Estados são convocados a efetivar esse Direito essencial à vida, em todas as suas manifestações.

A hegemonia globalizada, que se sobrepõe aos Estados pelo interesse comum, demonstrado nesse artigo pelo elemento Água, demonstra um critério de união na comunidade internacional e sinaliza para a necessidade de um Direito Global. Nesse ínterim, Staffen (2013) esclarece, “o sucesso do paradigma global de Direito carece de superar a problemática inerente à legitimação das instituições globais a construção, se possível, de uma democracia cosmopolita, capaz de influenciar a produção, interpretação e aplicação do modelo global”. (pp. 164-165).

Chama-se atenção, neste período de grandes mudanças e transformações, a necessidade quanto ao elemento manter seu caráter comum e coletivo. Há uma questão de poder que precisa ser analisada com cautela, considerando uma possível eclosão de disputa sobre o controle da Água, como resultado da diminuição da oferta mundial. Assim, fatores como o aumento da população e o

consumo imprudente, já resultam em graves conflitos pelo domínio da Água (Black, 2005, p.78) neste Planeta.

A Água, como mercadoria, gera uma discussão complexa. De um lado, prevalece o domínio público do elemento, como indispensável para a manutenção de tudo que é vivo no globo terrestre. De outro, a cobrança pelo uso da Água atribui a esta um valor econômico. No contraponto, Black (2005, p.78), insiste: a Água, se for considerada um bem econômico, poderá ser utilizada de forma irresponsável e configurar-se como *“amenaza de un futuro sin agua”*.

O Direito Global, em Governança aos elementos naturais, se faz necessário a partir do intercâmbio de decisões judiciais monocráticas ou de Tribunais, com objetivo de compartilhar entendimentos onde a Justiça Ecológica seja via de cooperação e integração entre os povos. A partir desta perspectiva, Arizio (2017) orienta que “a governança para a Sustentabilidade sinaliza que o ambiente não pertence nem ao Estado nem a humanidade, mas apenas a si próprio diante do seu valor intrínseco, que estabelece limites para soberania do Estado e o meio ambiente”. (p.64).

No cotejo entre Água como necessidade à concretização do Direito humano à Vida e estratégias de mercado, deve prevalecer o entendimento de que os bens comuns são direito dos povos, em detrimento de seu caráter mercantilizável. Não ter direito à Água é não ter direito a diversos outros e, ainda, ter ofendida ou violada essa condição. Por esse motivo, sinaliza-se para um tratamento jurídico e social adequado para essa questão, como forma de transformar a realidade e caminhar rumo à era sustentável.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise ambiental que hoje se enfrenta neste Planeta resultou na conscientização de que o Homem, em posição antropocêntrica e de superioridade frente aos outros elementos que integram o mundo, adotou um modelo de desenvolvimento insustentável, pautado na exploração da Natureza como se fosse objeto a disposição da humanidade. Inserida nesse contexto está também a crise da Água, elemento vital para todo o ser que habita esse Planeta. Trata-se de um cenário alarmante, pois sem água, não há vida. O acesso à Água não deve ser seletivo nem escasso, mas sim, suficiente para garantir

condições de vida a seres humanos e não humanos. A crise hídrica atingiu países desenvolvidos e a qualidade da Água restou prejudicada, fato que desencadeou a reflexão da comunidade internacional acerca do tema.

As Organizações das Nações Unidas promoveram documentos de caráter global incentivando a proteção da água, como garantia de bem estar e de saúde. A partir destas iniciativas, diversos outros mecanismos surgiram ao redor do mundo, com a finalidade de tutelar o bem mais essencial para a manutenção da vida humana na Terra. Para além de interesses econômicos, a água adquiriu relevância diante da possibilidade de sua finitude.

Sem a pretensão de lançar respostas últimas ao tema, buscou-se, nessa pesquisa, analisar a Justiça Ecológica e a Governança da Água, a partir dos aspectos destacados da Sustentabilidade. Num primeiro momento, discorreu-se sobre a categoria Justiça e seu viés ambiental, que são questões que perpassam pela compreensão sobre Pessoa Humana e suas múltiplas inter-retroações. Entende-se que, na ausência da Justiça Ecológica, ainda que minimamente, não é possível a efetivação da categoria Dignidade. Por esta razão, a Justiça destina-se também aos elementos do mundo natural, pois não é somente o Homem, como agente social transformador, o destinatário da categoria, sob a ótica ambiental.

No que diz respeito a Água, diante de sua imprescindibilidade, o elemento enseja Cuidado e Responsabilidade, em dimensão global. Para sua gestão e proteção, existem autores que defendem uma Governança nesse sentido, diante da condição transfronteiriça e do interesse comum deste tema, na comunidade internacional.

Nesse sentido, a tutela da Água deve ser compromisso político e social, muito além dos mecanismos legais já existentes. Sinaliza-se para um tratamento político, jurídico e social adequado para o elemento, como forma de transformar a realidade e caminhar rumo à era sustentável. Sob essa linha de pensamento, diversas legislações de países do mundo, organizações mundiais, entre outros, têm demonstrado essa preocupação. Exemplo disso são as Constituições do Equador e da Bolívia, com a elevação da Natureza e dos animais a sujeitos de direitos.

A necessidade do equilíbrio entre as ações humanas, as atividades econômicas e o crescimento culminaram na Sustentabilidade, introduzida para manter a integralidade dos elementos naturais também para as gerações futuras. Nesse sentido, para alcançar os objetivos propostos pela Sustentabilidade, a Água deve estar no centro do debate, seja pela possibilidade de uma tutela jurídica global ou de uma governança a partir de pontos de interesses comuns, já que, numa situação de crise, as perspectivas são globais e os problemas são transfronteiriços. Limites geopolíticos são o contraponto da desterritorialização do Estado, que mantém sua soberania, mas também pode associar-se em blocos com afinidades compartilhadas, a partir do mundo natural como critério de união.

No cotejo entre Água como necessidade à concretização do Direito humano à Vida e estratégias de mercado, deve prevalecer o entendimento de que os bens comuns são direito dos povos, em detrimento de seu caráter mercantilizável. Não ter direito à Água é não ter direito a muitos outros direitos, como vida e saúde, para exemplificar. Chama-se atenção a necessidade de um tratamento jurídico e social adequado para essa questão, em prol do bem comum mundial.

SERVIÇO PÚBLICO E DIREITOS HUMANOS

Valter Foletto Santin¹

Sumario: 1. Introdução. 2. Serviço público. 3. Serviço público como direito humano. 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos têm sido fontes de inúmeros estudos, para proteção da pessoa, liberdade, direito de expressão e muitíssimas outras acepções, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, passando pelas Convenções Europeia de Direitos Humanos, Interamericana de Direitos Humanos e de outros continentes.

Porém, é rara a abordagem da questão da preservação dos direitos humanos na atividade de prestação de serviços públicos pelo Estado, no atendimento das necessidades do povo e da população, na linha de que o Estado deve buscar na sua atuação ordinária melhores condições de coexistência social harmônica, benefícios ao cidadão e o bem-estar da sociedade, em contraprestação à contribuição de impostos.

¹ Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP, Campus Jacarezinho, Brasil), Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil), Pós-doutor pelo programa do *Ius Gentium Conimbrigae* (Coimbra, Portugal). Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. E-mail: valtersantin@apmp.com.br ou santin@uenp.edu.br

O Estado tem obrigação institucional de atender às necessidades sociais, procurando atender aos pedidos ou demandas, na definição e implementação de política pública, tendo como norte o fornecimento de serviços adequados ao cidadão ou usuário, direta ou indiretamente, e a busca da efetivação dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana, que necessitam de serviços públicos.

O objetivo deste estudo é de verificação se a prestação de serviços públicos pelo Estado pode ser considerada como mais um direito do rol dos chamados direitos humanos.

O trabalho adotou o método hipotético-dedutivo, com cotejamento de obras jurídicas de autores latino-americanos, por meio da pesquisa bibliográfica em livros e periódicos.

2 SERVIÇO PÚBLICO

O serviço público é o principal modo de atuação estatal para cumprimento das finalidades públicas, em benefício da coletividade e do cidadão e contraprestação pela arrecadação de tributos.

A legislação brasileira, Lei 13.460 de 2017, que trata do Código do Usuário do Serviço Público, a vigorar inicialmente em junho de 2018, trouxe a definição legal de serviço público como “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública” (art. 2º, II) e de usuário como “pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público”.

As definições sobre serviço público na doutrina brasileira são variadas, podendo ser destacada a sua característica de atividade desenvolvida pela Administração Pública, para benefício da coletividade e do cidadão, em desempenho de funções estatais, para cumprimento de finalidades públicas, como contraprestação pela arrecadação de tributos pagos pelo povo.

Valter Foletto Santin define serviços públicos como “as atividades desenvolvidas pela Administração Pública em prol da coletividade e do cidadão no desempenho de funções estatais, no cumprimento das finalidades públicas, em contraprestação pela

arrecadação de tributos pagos pelo povo” (Santin, 2013, p. 25; 2018, p. 244).

Tradicionalmente, Hely Lopes Meirelles anota que a atribuição primordial do governo é a prestação de serviços públicos, “a própria razão de ser” do Estado, para garantia da “coexistência dos governados em sociedade”, na manutenção da paz externa e concórdia interna, garantia e fomento da iniciativa privada, regulação da ordem econômica, promoção e acesso à educação e preservação da saúde pública, outras medidas para o bem-estar social, por meio de obras e serviços necessários ou convenientes (Meirelles, 1990, p. 257-258 e 263-264).

Por outro lado, Maria Silvia Zanella Di Pietro enfoca o serviço público como atividade material legal, exercida pelo Estado ou por delegados, para satisfazer necessidades coletivas, pelo regime jurídico total ou parcialmente público, com base em elemento subjetivo (criação por lei e gestão direta ou indireta), material e formal (regime jurídico por lei e preponderância do direito administrativo) (Pietro, 2013, p. 106-108).

Seguindo a mesma trilha, José Antonio Remedio concebe os serviços públicos mediante os mesmos elementos básicos, adotando os critérios orgânico ou subjetivo (serviço público prestado pelo Estado ou seus órgãos, agentes e pessoas jurídicas por ele criadas), formal (regime jurídico de direito público) e material (identificação pelo objeto, a satisfação de atividade ou necessidades de interesse coletivo) (Remedio, 2014, p. 541).

José dos Santos Carvalho Filho conceitua serviço público como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade (Carvalho Filho, 2014, p. 329).

Por seu turno, Marçal Justen Filho destaca que serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidade individual ou transindividual, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público”. (Justen Filho, 2012, p. 687).

No direito peruano, Jorge Danós Ordóñez entende que os serviços públicos se referem a atividades econômicas de especial transcendência para a vida do país, de caráter prestacional, para cumprimento pelo Estado de garantias da satisfação das necessidades públicas para o bem-estar geral, por operadores privados ou pelo Estado diretamente (Danós, 2008, p. 258). Ele salienta que “en la Constitución los servicios públicos refieren a actividades económicas de especial trascendencia para la vida del país, de carácter prestacional”. E prossegue anotando a condição do Estado de garante ou assegurado da satisfação das necessidades públicas, para “alcanzar el bienestar general, a través de la prestación por parte de operadores privados, o en su defecto, por el Estado directamente” (Danós, 2008, p. 258).

César Ochoa Cardich observa que a noção de serviço público prestacional deve assegurar a qualidade de vida como direito fundamental de todas as pessoas. Ele enfatiza que “la noción de servicio público prestacional no ha muerto. Es el Lázaro jurídico que ha resucitado en um sentido amplio y funcional, y que em nuestro sistema jurídico debe asegurar la calidad de vida como derecho fundamental de todas las personas” (Ochoa, 2013, p. 119).

Na doutrina colombiana, Sergio Roberto Matías Camargo visualiza serviço público como atividade organizada tendente a resolver as necessidades de interesse geral, coletivas ou públicas da população, de forma regular, contínua e obrigatória, pelo regime de direito público, com participação da Administração Pública na prestação direta, regulação e controle. Acrescenta que “los servicios públicos son aquellas actividades que satisfacen necesidades colectivas, generalmente esenciales, que deben ser ofrecidos en forma universal, obligatoria, continua y en condiciones de igualdad y calidad, a toda la comunidad” (Matías, 2014, p. 318).

No tocante a serviço público municipal, no direito mexicano, salienta Jorge Martín Cordero Torres que são as atividades realizadas de maneira uniforme e contínua para satisfazer as necessidades básicas da comunidade. Agrega ainda o papel importante dentro das funções do município, que “desempeña el ayuntamiento, ya que a través de ellos se refleja la buena marcha de la administración y se responde a las demandas planteadas por la comunidad para mejorar sus condiciones de vida” (Cordero, 2011, p. 690).

Eduardo Alcaraz Mondragón e Erik Iván Matamoras Amieva observam que serviço público é a forma que o Estado satisfaz as necessidades sociais, por meio de seus órgãos (Alcaraz e Matamoras, 2009, p. 15).

As classificações brasileiras tradicionais de serviços públicos são: serviços públicos propriamente ditos e de utilidade pública, serviços próprios e impróprios, primários e secundários, essenciais e não essenciais, gerais (*uti universi*) e específicos (*uti singuli*), divisíveis e indivisíveis, compulsórios e facultativos (Meirelles, 1990 p. 258-261; Santin, 2013, p. 26-27).

Depois da Reforma Administrativa no Governo FHC (1996), no Brasil, também se pode extrair novas classificações como serviços estratégicos, de atividades exclusivas, não exclusivas e de produção de bens para o mercado, serviços privatizáveis e não privatizáveis (Brasil, Presidencia, 1995, p. 52-53; Santin, 2013, p. 27). Luiz Carlos Bresser Pereira visualiza os setores dentro do Estado, congregando o núcleo estratégico do Estado, as atividades exclusivas de Estado, os serviços não-exclusivos ou competitivos e a produção de bens serviços para o mercado (Bresser, 1996, pp. 24-25), que podem indicar e justificar uma nova classificação de serviços, sem afastar a classificação tradicional.

3 SERVIÇO PÚBLICO COMO DIREITO HUMANO

O acesso ao serviço público é direito humano, conforme se extrai de normas internacionais, podendo ser referido o enunciado específico constante da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que previu que “todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país” (art. 21, 2) (ONU). Também há preocupação universal com o direito a um padrão de vida mínimo, do ser humano e sua família, para ser assegurado saúde e bem-estar, representados por alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, direito à segurança social por desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (art. 25, 1) (ONU).

O Pacto de San José da Costa Rica programa o desenvolvimento progressivo como um componente dos direitos

humanos (Decreto 678, de 1992, art. 26) (Brasil, 1992). Também o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966) sinaliza o direito ao desenvolvimento do povo (Decreto 591, de 1992) (Brasil, 1992).

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata de antecipar a instituição de um Estado Democrático, para “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (Brasil, 1988).

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a obrigatoriedade de fornecimento de serviço público adequado (art. 175, parágrafo único), princípio que deve ser “desenvolvido e interpretado em consonância com os norteamentos da atividade econômica, adaptados à atividade pública, sua destinação social e os fundamentos republicanos e do Estado Democrático de Direito”, conforme anota Valter Santin (2013, p. 28)

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 1990, previu a obrigação de órgãos públicos ou concessionárias ou permissionárias de fornecimento de “serviços adequados, eficientes, seguros, e quanto aos essenciais, contínuos” (art. 22, caput), possibilitando a exigência de cumprimento e reparação de danos em caso de descumprimento total ou parcial (art. 22, parágrafo único). Também como direito básico do consumidor estabeleceu a mesma lei “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (art. 6º, X) (Brasil, 1990).

Posteriormente, a Lei federal 8.987 de 1995 estabeleceu como serviço adequado as características de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade da tarifa (art. 6º, § 1º) (Brasil, 1995).

A Lei 13.460 de 2017, Código do Usuário do Serviço Público, prevê a obrigação de prestação de serviços públicos adequados ao usuário, com observância dos princípios da “regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia” (art. 4º). O legislador considera como direito básico do usuário a obrigação de agentes públicos e prestadores de

serviços públicos observar as diretrizes de “urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários” (art. 5º, I) (Brasil, 2017).

Além disso, o atual Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) (Decreto 7.037 de 2009) direciona a política brasileira de direitos humanos, preocupando-se também com o Desenvolvimento e Direitos Humanos (Art. 2º, Eixo Orientador II), podendo ser destacadas a efetivação de modelo de desenvolvimento sustentável (diretriz 4), a valorização da pessoa humana (sujeito central, diretriz 5) e a promoção e proteção dos direitos ambientais (diretriz 6) (Brasil, 2009).

É corrente que os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. Eles incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre e muitos outros, sendo que o Poder Público garante tais direitos através da sua atuação normal na prestação de serviços públicos. Todos merecem estes direitos, sem discriminação.

Os direitos fundamentais e direitos humanos são conceitos próximos, com pequena distinção entre os diplomas normativos do seu reconhecimento, aquele na Carta Magna de um Estado e este em avenças nas relações internacionais.

Em tal sentido, Vladimir Brega Filho salienta a distinção, observando que os direitos fundamentais são “reconhecidos e positivados na Constituição de um Estado, enquanto a expressão direitos humanos é utilizada em documentos do direito internacional, dando a esses direitos um caráter transnacional e intertemporal” (Brega, 2007, p.70).

No sistema brasileiro, há especificamente um rol de direitos sociais exemplificativos no art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, prevendo como tais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, com inegável intuito de busca da igualdade material e efetiva, dentro do norteamto inerente à dignidade da pessoa humana, dum mínimo existencial ou vital.

Ingo Sarlet entende a interdependência entre a dignidade da pessoa humana os direitos sociais prestacionais, cuja intensidade da

conexão aumenta com a própria “importância dos direitos sociais para a efetiva fruição de uma vida com dignidade”, em “dados variáveis” de acordo com a sociedade e a época (Sarlet, 2012, p. 114).

É cediço que a realização dos direitos sociais se processam por políticas públicas. Em tal sentido, Fabio Konder Comparato anota que a execução de políticas públicas visa “garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente” (Comparato, 2010, p. 77).

Nessa linha, surge o chamado mínimo existencial, considerado como “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2011, p. 202).

Vidal Serrano Nunes Junior cuida de analisar os direitos sociais e a concretização da “ideia de um mínimo existencial” (Nunes, 2009, p. 74). Ele minimiza a aplicação da teoria da reserva da possível, de “aplicação excepcional”, somente para direitos sociais além do “mínimo vital” (Nunes, 2009, p. 196).

Inegavelmente, o acesso à água também faz parte integrante do mínimo existencial, conforme destaca Augusto César Leite de Resende ao tratar da condição de direito fundamental ao serviço, por se tratar a água de “elemento constitutivo da vida” e condição essencial e necessária para “sobrevivência minimamente digna do ser humano” (Resende, 2017, p. 281).

Em especial, o direito à água é considerado como social, vital e fundamental, dentro da noção de desenvolvimento sustentável. Julian Enrique Pinilla Malagón, Jaime Cubides Cárdenas e Luz Eliyer Cárdenas Contreras preconizam que tal direito tem “el fin de mantener las condiciones materiales mínimas de acceso al líquido vital para que los individuos puedan ejercer sus demás derechos esenciales, tanto de manera individual como colectiva”, dentro de uma perspectiva ambiental e ecológica. Por adoção de conceitos como “el desarrollo sostenible” (Pinilla, Cubides e Cárdenas, 2016, p. 132). Eles defendem até mesmo ação popular para proteção judicial, na esfera coletiva do direito e também individual (p. 132-133 e 145-146), informando a concessão de ação de tutela pela Corte Constitucional colombiana (Corte Constitucional de Colombia, 2011,

Acción de tutela, T- 3071067. T-725) (Pinilla, Cubides e Cárdenas, 2016, p. 126).

A proteção à saúde é serviço de relevância pública (art. 197, da Constituição Federal do Brasil), com previsão de se tratar de “direito de todos e dever do Estado”, em sistema de acesso universal e igualitário às ações e serviços, para promoção, proteção, recuperação e recuperação do usuário do serviço redução de riscos (art. 196) (Brasil, 1988).

A própria redução de risco de doença deve ter papel essencial no serviço de saúde, em especial a priorização de atividades preventivas, o que facilitaria a otimização de recursos financeiros e o efetivo acesso universal e igualitário (Kulitch, 2017, p. 250-251).

O direito à Educação é considerado direito social (art. 6º, da Constituição Federal) e dever do Estado, de cunho eminentemente fundamental, pelas características de universalidade e destinação ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, da Constituição Federal) (Brasil, 1988).

Um mecanismo importante também de busca de desenvolvimento social e igualdade é o fomento à economia popular solidária, com objetivo de “emancipar o trabalhador e promover a concreção dos princípios constitucionais de desenvolvimento econômico e promoção da igualdade social”, conforme pretendem Mariana Leiu Richter e Sebastião Sérgio da Silveira (Richter e Silveira, 2012, p. 203).

A propósito, é pertinente enfatizar que o mínimo existencial não deve ser objeto de retrocesso, de “mudanças em seu núcleo essencial, sem a criação de outros mecanismos compensatórios”, até como “limite da atividade legislativa” (Agostinho e Brega, 2012, p. 257), apesar da proibição de retrocesso não ser expressa, mas implícita e decorrente de “análise do conteúdo material dos direitos fundamentais e sociais”, em especial da dignidade da pessoa humana e dos fundamentos republicanos brasileiros (art.1º, III, da Constituição Federal) (Agostinho e Brega, 2012, p. 252-253).

Em época de intensa migração, em que essencial e indispensável a atuação do Estado em favor de necessitados e vulneráveis pela mudança de vida, em geral forçada, é importante anotar que “as políticas públicas devem principalmente voltar-se à

formação de cidadãos capacitados para se adaptar em qualquer localidade e vencer as adversidades da natureza e da vida” (Asakura, Santin e Theodoro, 2016, p. 242).

Na mesma preocupação com os migrantes, Valter Foletto Santin, José Antonio da Silva e Antonio Sergio Cordeiro Piedade prescrevem a atualização e expansão de políticas de proteção aos migrantes, “não apenas abrigo, mas também condições de estabelecimento definitivo das pessoas e possibilidade real de acesso à educação, saúde, segurança e outros direitos fundamentais, incluindo o direito ao trabalho, para a sua manutenção digna”, receitando especificamente a facilitação de acesso para obtenção de habilitação como motorista de veículo automotor ou o reconhecimento imediato das habilitações de estrangeiros, como “um instrumento de baixo custo para a qualificação dos estrangeiros e sua melhor inserção no mercado de trabalho” (Santin, Silva e Piedade, 2016, p. 116).

Adriana da Costa Ricardo Schier e Paulo Ricardo Schier defendem os serviços públicos adequados e proporcionais como instrumento de realização dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana, de inclusão social, revelando-se como garantias fundamentais, enfatizando que o regime de prestação deve ser universal, contínuo e com tarifas módicas, tudo dentro da dimensão ampla de desenvolvimento humano, social e econômico, nos moldes constitucionais (Schier e Schier, 2016, p. 986-987).

De forma semelhante, Alcaraz Mondragón e Matamoros Amieva entendem que o serviço público constitui um direito humano e fundamental para toda pessoa, reconhecimento de suma importância para acesso a toda pessoa, sem custo ou obstáculo (Alcaraz e Matamoros, 2009, p. 15).

Na consideração como direito humano, Jorge Martín Cordero Torres anota que para o reconhecimento dos direitos econômicos e sociais há necessidade de intervenção do Estado na regulação da atividade econômica e social, quadro em que a prestação de serviços públicos correspondentes deve ser considerada um direito humano, de forma que “la falta de los mismos es atender contra el individuo, es decir, la no prestación de estos servicios es una violación a los derechos humanos de los individuales y de las comunidades” (Cordero, 2011, p. 699).

No mesmo sentido, Sergio Roberto Matías Camargo visualiza os serviços públicos essenciais como direitos fundamentais, destacando tal condição em relação a água potável, saneamento básico, energia elétrica, gás combustível, telecomunicações, educação e saúde. Ele enfatiza que devem ser tratados “realmente como derechos fundamentales, deben ser reconocidos, declarados y garantizados formal y materialmente em lo político-jurídico y en lo económico-social” (Matías, 2014, p. 326).

Nessa preocupação, Lafayette Pozzoli salienta a necessidade de positivação de direitos ligados ao humanismo, porque os Direitos humanos “conscientizam e declaram o que vai sendo adquirido nas lutas sociais e dentro da história, para transformar-se em opção jurídica indeclinável” (Pozzoli, 2002, p. 81).

Apesar das dificuldades de obtenção de igualdade absoluta, é válida a “luta pela desigualdade mínima”, para administrar “alguma desigualdade”, na diminuição das distâncias sociais, em consonância com os princípios de justiça substantiva (Roso e Alves, 2007, p. 84).

Cabe destacar as boas palavras de Gilberto Giacoia, quando busca aproximar a Justiça da dignidade da pessoa humana, com a visão de que “as forças sociais encontram-se em processo de contínua recomposição”, sendo necessário que “o pacto social acompanhe essa renovação”, por sua condição de “dínamo de um novo tempo, a atualização do contratualismo há que se ancorar na doutrina dos direitos humanos, ainda que considerada como nova religião civil, reescrevendo-se a história sob o signo da dignidade” (Giacoia, 2002, p. 28).

De forma precisa, Ilton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi e Zilda Cangussu Dantas Cachichi difundem a ideia de misericórdia em benefício do seu semelhante, até mesmo pela necessidade de socorro prestado pelo Estado, pois “aquele que tem fome, aquele que tem sede, aquele que está nu, aquele que está desesperado, aquele que está doente, o Estado, quando misericordioso, há de socorrer” (Costa, Cachichi e Cachichi, 2016, p. 98).

Uma qualidade especial do serviço público é a obrigatoriedade de tratamento cordial pelo servidor público do usuário do serviço, no sentido de tratamento educado, cortês, com atenção e disponibilidade verbal e não verbal, na gentileza, integridade, lealdade e urbanidade. Tal qualidade é colocada por Valter Foletto

Santin como o “principal requisito” do serviço público, por ligação direta “ao modo de atendimento ao usuário” (Santin, 2018, p. 249). Cortesia tem relação com amabilidade, gentileza, atitude ou gesto delicado (Dicionário caldas aulete).

Diogenes Gasparini entende o princípio da cortesia como obrigação da Administração Pública de oferecimento de “um bom tratamento”, como um direito do cidadão, porque se exige “de quem presta serviço público um tratamento urbano, sem o desdém daquele que o oferece” (Gasparini, 2011, pp. 356-357).

Ao tratar do dever funcional de bem atender os administrados, Emerson Odilon Sandim destaca que a cortesia e bom vontade caracterizam-se o “esforço do servidor pela boa assimilação do contido no conceito de disciplina”, tratar mal uma pessoa pode “causar-lhe um dano moral”, também deixar o servidor que pessoas fique esperando-o, sem justa causa, equivale a desvio ético (Sandim, 1998, p. 5).

Carlos Navas Rondón refere que o funcionário público deve cultivar a sensibilidade ética, colocar-se em lugar do outro e imaginar como pensa e sente o administrado, para um trato justo e equitativo pelo conhecimento das diferenças sociais (Navas, 2017, p.79). Ele acrescenta o direito do cidadão a ser tratado com respeito e consideração (Navas, 2017, p. 124).

Os programas de gestão de qualidade dão muita importância ao cliente, ao seu atendimento, preocupação que o Estado deve ter no atendimento do usuário de serviço público. O foco no usuário demonstra uma atitude ética do Estado e seus agentes públicos para a satisfação do usuário (Brasil, Procuradoria Geral da União, 2012).

Inegavelmente, o bom atendimento e tratamento cordial ao usuário tem relação direta com a preservação da dignidade da pessoa humana e dos próprios direitos humanos, conforme expressa Valter Foleto Santin (2018, p. 250).

A urbanidade de tratamento é componente dos códigos de ética de profissões, do relacionamento interpessoal para desempenho de qualquer atividade profissional e social. Juarez Freitas vê a boa administração como plexo de direitos, regras e princípios, num “somatório de direitos subjetivos públicos”, como o direito à administração pública transparente, sustentável, dialógica, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada, preventiva, precavida e eficaz (Freitas, 2015, p. 195-217).

E ainda mais: a cortesia ou gentileza é um dever legal do servidor público no atendimento ao público, observando que o tratamento inadequado pode gerar falta funcional do servidor público e até responsabilidade civil do Estado, em casos excepcionais (Santin, 2018, p. 252). Uma qualidade essencial do bom administrador é a sua atuação ética, devendo buscar o tratamento educado, o bom atendimento, uma relação de respeito, cordialidade e consideração para o povo e usuário do serviço público, inclusive para evitar ou minimizar atritos.

Tudo isso dentro de uma postura humanitária, uma ação de misericórdia, de compaixão, inerente à própria condição humana de socorrer o necessitado, além da efetiva atividade do Estado de buscar o bem comum e auxiliar os desamparados e necessitados.

Todos esses exemplos de atividades seguem a busca de realização do Estado Democrático de Direito, que pressupõe o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (preâmbulo da Constituição Federal), cujos fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político (art. 1º, I a V, da Constituição Federal), na busca dos objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, e promoção do bem de todos (art. 3º, I a IV, da Constituição Federal) (Brasil, 1988).

É pertinente a exigência de prestação de boa administração pelo Estado, podendo em algumas situações demandar ação judicial, para obtenção de prestação de serviço público de qualidade, com eficiência, como exemplo os serviços de educação, saúde, amparo social e segurança pública.

No sentido de possibilidade de exigência de serviço público e efetivação de política pública, Valter Foleto Santin defende a sindicabilidade da política de segurança pública, por sua característica de direito ou interesse difuso da segurança pública, da possibilidade de controle por ação civil pública e legitimidade do Ministério Público brasileiro (Santin, 2005 e 2013).

Assim, a colocação do serviço público como direito humano ou direito fundamental é um mecanismo de ação afirmativa, de

prestígio e destaque da atividade pública, um fator importante para a melhoria da prestação de serviço público ao povo, com inegável capacidade de transformação social, redução das desigualdades, melhor atendimento pelos órgãos públicos e instrumento importante para a efetivação dos direitos sociais e do mínimo existencial.

4 CONCLUSÃO

O Estado deve prestar serviços públicos adequados, de boa qualidade, eficiente e com todos os requisitos legais, com destaque para a cortesia, para cumprimento das finalidades públicas, em benefício do povo e do cidadão, como contrapartida pela contribuição compulsória de tributos.

O direito ao serviço público pode ser considerado mais um direito humano ou direito fundamental, para a convivência social, efetivação dos direitos sociais, busca da igualdade material e melhoria da qualidade de vida da população, como um direito a um padrão de vida mínimo, o chamado mínimo existencial, para bem-estar do ser humano e sua família.

A colocação do serviço público como direito humano ou direito fundamental é um mecanismo de ação afirmativa, de prestígio e destaque dessa atividade ou função pública, um fator importante para a melhoria da prestação de serviço público ao povo, com inegável capacidade de transformação social, redução das desigualdades, melhor atendimento pelos órgãos públicos e instrumento importante para a efetivação dos direitos sociais e do mínimo existencial.

ENSAIOS DE UMA COSMO VISÃO TELEOLÓGICA PARA ELABORAÇÃO DE UMA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA DA TAA (TERAPIA ASSISTIDA POR ANIMAIS)

Erika Zanoni Fagundes Cunha¹

José Sebastião Fagundes Cunha²

Sumario: 1. Introdução. 2. Brevíssima Contextualização das Práticas Correntes. 3. Legislação. 4. Primeiras Constatções nos Projetos de Lei em Andamento. 5. A impugnação da Lei nº 18918/16 do Estado do Paraná. 6. Os Critérios de Seleção, Treinamento e Sanidade dos Animais. 7. Reflexões Finais.

1 INTRODUÇÃO

Considerando que a IAA (Intervenção Assistida por Animais) é objeto de pesquisa e de importantes e significativos experimentos de vários grupos não coordenados, sem legislação específica, sem delimitação dos atos de especialidade de cada um dos vários atores de cunho multidisciplinar; contemporaneamente se submete a vários

¹ Doutoranda em Zoologia (UFPR), mestrado em ciências veterinárias pela Universidade Federal do Paraná (2005) e graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Federal do Paraná (2003). Atualmente é diretora do Hospital Veterinário do Centro de Ensino dos Campos Gerais (CESCAGE).

² Pós-Doutor e mestre em Direito. Docente universitário do CESCAGE. Desembargador (Juiz Superior) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná/Brasil.

projetos de leis estaduais, municipais e dois projetos de lei federal que não são harmônicos, apresentando várias questões de alta relevância e risco para a saúde pública, pode-se afirmar a emergência de se criar instrumentos legais que regulamentem de maneira uniforme e adequada a utilização de animais para a recuperação da saúde humana, com práticas adequadas, determinadas por profissionais em suas especialidades.

O Projeto de Lei Federal nº 5.083, de 2016, de autoria de Mara Gabrilli que dispõe sobre Intervenção Assistida por Animais - IAA e utilização de animais de intervenção assistida define como todo tipo de intervenção terapêutica, de assistência, de apoio, de serviço, de educação ou de lazer que utiliza o animal como parte do processo para melhorar a qualidade de vida e a participação social da pessoa assistida, bem como sua resposta terapêutica. A IAA pode ocorrer por meio de Terapia Assistida por Animais - TAA, Educação Assistida por Animais - EAA e Atividade Assistida por Animais - AAA, conforme as seguintes definições: TAA - Terapia Assistida por Animais: metodologia de intervenção, realizada por profissionais de saúde, em que o animal é considerado parte integrante do processo terapêutico; EAA - Educação Assistida por Animais: recurso pedagógico em que o animal é considerado parte integrante do processo ensino-aprendizagem formal ou informal ou do processo de socialização na vida escolar; e AAA - Atividade Assistida por Animais: intervenção sem fins terapêuticos, direcionada à melhoria da socialização, da educação, da qualidade de vida e da participação social da pessoa com deficiência ou da pessoa com mobilidade reduzida, do idoso, da pessoa com doença crônica ou da pessoa com transtornos globais do desenvolvimento.

Diversos estudos e práticas demonstram inúmeras contribuições da IAA, na relação ser humano/animal, destacando-se as mais citadas: melhora da autoestima, mudanças comportamentais, sentimentais, afetivas, sociais e de qualidade de vida e de saúde.

O objetivo deste estudo é compreender a IAA (Intervenção Assistida por Animais) como gênero e a TAA (Terapia Assistida por Animais) como espécie, em relação ao ser humano e ao animal no âmbito da terapia humana auxiliada e mediada por animais, buscando-se possíveis contribuições de caráter multidisciplinar da Medicina, da Psicologia e da Medicina Veterinária, auxiliados por Fonoaudiólogos, Fisioterapeutas, Enfermeiros e outros, a partir da construção dos marcos teóricos na escolha, treinamento e preparo

dos animais, antes e durante as visitas, em especial a utilização de escalas de avaliação comportamental, vacinas, medidas profiláticas, tais como, exames periódicos, inclusive de sangue, fezes e urina, além de outras medidas de higiene como banhos com antissépticos determinados por Médico Veterinário. A seguir, com a atribuição de diagnóstico pelo Médico da possibilidade do paciente se submeter a TAA e o diagnóstico do Psicólogo de quais as terapias possíveis e as adequadas ao pacientes. Portanto, a delimitação do ato médico, do ato psicológico e do ato médico veterinário.

Faz-se necessário o estabelecimento de critérios legais que regulamentem cada etapa da atividade com a atribuição de competência de cada profissional em sua área do saber; a delimitação da autorização do ingresso de animais e quais sejam, nos hospitais públicos, privados, contratados, conveniados e cadastrados no Sistema Único de Saúde, clínicas e outros locais. Estabelecimento de regulamentos quanto ao critério de organizar o tempo e o local de permanência dos animais para a visita dos pacientes internados. Delimitação dos setores hospitalares onde poderão ingressar os animais.

Concluindo o presente, há uma proposta de discussão adequada para o desenvolvimento da legislação, através de audiências públicas na Câmara Federal e Assembleias Legislativas, discutindo a legislação de *lege ferenda* com os atores (Conselhos de Classe, Ongs, Ocips, Entidades afins etc.).

2 BREVÍSSIMA CONTEXTUALIZAÇÃO DAS PRÁTICAS CORRENTES

Em brevíssima contextualização destacamos o Programa Mascotes da Alegria, que mantém um meticuloso protocolo de conduta nas intervenções assistidas por animais do qual adiante se enfrentará para demonstrar a necessidade de regulamentação; coordenadora do Projeto na qualidade de docente da Faculdade de Medicina Veterinária do CESCAGE – Ponta Grossa a pesquisadora Erika Zanoni, Médica Veterinária, mestre e doutoranda na Universidade Federal do Paraná, convidada a realizar conjuntamente as presentes reflexões.

O mencionado protocolo cita que a Terapia Assistida por Animais é uma intervenção direcionada na qual um animal devidamente treinado e que atenda aos critérios necessários, sob a supervisão de profissionais da saúde devidamente habilitados e capacitados se torna parte integrante do processo de tratamento (Civita, 2008). O uso de animais possibilita aos profissionais de saúde e educação novas perspectivas em termos de recursos auxiliares, obtendo sucesso até nos casos onde métodos tradicionais falharam. (Flôres, 2009). A TAA é direcionada para promover saúde física, social, emocional e/ou funções cognitivas do ser humano, podendo-se dessa forma mensurar resultados obtidos, construindo laços de extrema afetividade entre criança e animal, com o intuito de minimizar sentimentos de solidão e isolamento, sentimentos esses reflexos da modernização da sociedade atual. (Ribeiro, 2010; Medeiros, 2008).

A Atividade Assistida por Animais envolve a visitação, recreação e distração por meio do contato de animais com pessoas (Dotti, 2005). Os resultados observados por Silva (2009) em seu trabalho com idosos demonstram que existe a possibilidade de incremento da qualidade de vida física e emocional através da prática de AAA.

A Educação Assistida por Animais é uma ação pedagógica ampla que envolve a utilização de animais em todo o cenário educacional e com diversos públicos. Ela pode utilizar cães, cavalos e outros animais nos atendimentos de crianças com ou sem necessidades especiais, na pedagogia hospitalar ou na andragogia (Petenucci, 2015).

Prosseguindo, destacamos a importância da prática da TAA frente a utilização corrente em importantes e renomadas instituições de saúde, a maioria delas reconhecidas como de excelência internacionalmente.

Segundo Amaliani Raquel Oliveira dos Santos e Cíntia de Jesus Silva, in *Os projetos de terapia assistida por animais no estado de São Paulo*, no Brasil, o primeiro registro da utilização de TAA foi da médica psiquiatra Nise da Silveira, que utilizou de cães e gatos no tratamento de pacientes com transtornos psiquiátricos. Esse trabalho foi desenvolvido no centro Psiquiátrico Engenho de Dentro – Rio de Janeiro em 1955, onde nomeou e considerou os animais que realizavam esse tipo de trabalho como co-terapeutas (Volpi e Zadrozny, 2012).

Atualmente animais como cães, gatos e cavalos têm se tornado importante instrumento de pesquisa na minimização dos sentimentos apresentados pela sociedade contemporânea como a solidão, o isolamento e o estresse (Medeiros e Carvalho, 2008). Sendo assim, já podemos encontrar animais em alguns consultórios, hospitais, escolas, instituições e postos de bombeiros, para uma melhoria do humor, recuperação de doenças e sendo utilizado como guia para pessoas que apresentam deficiência visual (Caetano, 2010).

De acordo com Pereira, Pereira e Ferreira (2007), na TAA o animal é geralmente utilizado com o objetivo de restabelecer o bem estar e a autoestima dos pacientes em tratamento. Segundo Dotti (2005) a TAA envolve o comprometimento de profissionais da área de saúde na utilização dos animais como ferramenta para a melhoria da condição física, social, emocional e cognitiva apresentada pelos pacientes. A TAA busca a promoção da saúde através da diminuição da hiperatividade, da depressão, da solidão, da ansiedade, dos problemas respiratórios, de lesões cerebrais, de moléstias cardiovasculares, na melhoria da interação social, na superação motora, dentre outros (Kawakami e Nakano, 2002). De acordo com estes a utilização da TAA auxilia no aumento das células de defesa do corpo, na diminuição do uso de medicamentos e consequentemente no tempo de internação dos pacientes.

Elas constataram ao menos vinte e nove projetos que admitem a TAA como parte do tratamento direcionado aos pacientes no Estado de São Paulo: Amicão; Amigos da Hippo; Amigos da Malu; Atividade, Terapia e Educação Assistida por Animais de Campinas (ATEAC); Caminhar; Cão Afeto; Cão Carinho; Cão Cidadão; Cão Idoso; Cão Terapeuta; Centro de Hippoterapia e Equitação Terapêutica (CHET); Centro de Reabilitação e Equoterapia Santo André (CRESA); Doutor Escargot; Equoterapia do Jockey Club; Equoterapia Itapetininga, Equoterapia Mirassol; Equoterapia Mirassolândia; Fundação Selma; Grupo de Trabalho Integrado (GATI); Instituto Brasileiro de Educação e Terapia Assistida por Animais (IBETAA); Instituto Nacional de Ações e Terapia Assistida por Animais (INATAA); Instituto Passo a Passo Equoterapia (IPPE); Medição; Novo Guia; Patas Therapeutas; Pet Terapia; PetSmile, Projeto Social e Wendy. É público e notório que também o renomado Hospital Albert Einstein adotou a TAA como um procedimento de rotina.

Instituições não governamentais ocupam os espaços públicos e privados não regulamentados, como o Instituto para Atividades, Terapia e Educação Assistida por Animais de Campinas que está em atividade desde 2004, auxiliando o tratamento na região de Campinas.³ A iniciativa de fundar o **ATEAC** surgiu após a experiência pessoal da bióloga Silvia Ribeiro Jansen Ferreira. Seu filho Daniel, portador da Síndrome de Asperger (autismo), obteve melhora significativa na sua capacidade motora e social devido ao convívio com Luana, cadela da raça Labrador. Devido a essa interação, Daniel voltou a estudar e foi o primeiro portador da síndrome a defender uma tese de mestrado no Brasil.

Diante disso, a bióloga, que já tinha conhecimento do trabalho da “Delta Society” (organização internacional sem fins lucrativos que promove a melhoria da saúde humana e qualidade de vida com a ajuda dos animais), iniciou o trabalho distribuindo cartazes em padarias e pet shops na tentativa de encontrar voluntários adeptos a ajudá-la nessa causa. Entrou em contato com instituições oferecendo o tratamento, rompeu barreiras do preconceito e em 2005, iniciou o atendimento em um núcleo e um abrigo para menores. Em 2006, por meio de indicação, as atividades tiveram início na Associação para Desenvolvimento de Autistas (Adacamp).

No ano de 2008 iniciou-se o atendimento no Mario Gatti – hospital pioneiro em Campinas a receber a terapia assistida por animais. Nos anos seguintes, a **ATEAC** passou a atender o Hospital das Clínicas da Unicamp, Hospital Ouro Verde e Hospital de Nova Odessa. Com o desenvolvimento do trabalho, a Terapia Assistida por Animais tornou-se reconhecida e valorizada por muitos profissionais da área de saúde.

Podemos constatar que hoje, a exemplo, atende , , , Hospital , , , entidades de renome nacional e internacional, dentre outras. A seriedade, o reconhecimento internacional de algumas de tais entidades de per si referendam a importância das práticas de TAA.

O Patas Therapeutas⁴, fundada em 2012, organização sem fins lucrativos atua nas áreas de Atividade, Educação e Terapia Assistida por Animais com uma equipe formada de voluntários e profissionais que trabalham com seus próprios animais (cães, aves, coelhos e demais bichos de estimação) ou sem, em hospitais, asilos

³ Para mais informações visite <http://ateac.org.br/>

⁴ Para mais informações visite <http://patastherapeutas.org/>

e abrigos nas cidades de São Paulo e de Porto Feliz. Dentre as instituições atendidas por eles destacamos: Associação Marly Cury (AMC) é uma organização social, sem fins lucrativos, fundada em 2000, que atende crianças e adolescentes de 0 a 17 anos e 11 meses, ambos os sexos, em situação de risco e vulnerabilidade social; Hospital Infantil Darcy Vargas atende especialidades pediátricas, sendo referência para doenças crônicas de média e alta complexidade nas áreas clínicas e cirúrgicas pediátricas de Oncologia, Nefrologia, Hematologia, Urologia, Cardiologia, Dermatologia, Alergia e Imunopatologia; Hospital Israelita Albert Einstein administra o RIAE e oferece aos idosos toda a infraestrutura do hospital, além de atendimento médico e psicológico, também oferece atividades terapêuticas, socioeducativas e socioculturais supervisionadas por profissionais das áreas da saúde e voluntários, reconhecido internacionalmente como instituição de referência na área; Associação dos Familiares e Amigos dos Idosos oferece alternativa aos familiares ao acolher os idosos com semidependência e com necessidades de assistência multiprofissional; fundada há mais de quatro séculos, a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo é uma instituição filantrópica e privada e é considerada hoje o maior hospital filantrópico da América Latina, atendendo aos Prédios de Pediatria e Ortopedia; Hospital Municipal Infantil Menino Jesus é uma instituição pública que atende crianças e adolescentes, de 0 a 17 anos e 11 meses. Instituto do Câncer de São Paulo Octavio Frias de Oliveira é uma Organização Social de Saúde, criada pelo Governo do Estado em parceria com a Fundação Faculdade de Medicina para ser o maior hospital especializado em tratamento de câncer da América Latina; Polícia Militar de São Paulo; Sociedade Beneficente Alemã que possui infraestrutura e profissionais especializados para a residência de idosos independentes, parcialmente dependentes ou dependentes de cuidados especiais constantes; Hospital São Luiz – Unidade Anália Franco que é referência no tratamento de diversas doenças há mais de 70 anos; Hospital Sírio-Libanês é um complexo hospitalar de natureza filantrópica, reconhecido internacionalmente como de excelência, onde realizam visitas na Pediatria; e Cidade dos Velhinhos – Porto Feliz que é uma entidade filantrópica, sem fins lucrativos, que ao longo do tempo vem realizando serviços de abrigo, acolhimento, cuidados e proteção constante aos idosos a partir de 60 anos, com ou sem referência familiar.

A seriedade e o reconhecimento internacional como referências nas suas áreas de atuação da maioria das entidades envolvidas conformam a convicção da importância das práticas de TAA, a diversidade de público alvo quanto a faixa etária e quanto a patologia apresentada o que implica em um amplo espectro que envolve a sensibilidade do paciente e do animal, a possibilidade de autodefesa e outras questões que repercutem na segurança da atividade.

3 LEGISLAÇÃO

3.1 LEGISLAÇÃO COMPARADA

Diversos países já possuem legislação sobre intervenção assistida por animais ou legislações específicas sobre o uso de animais ou cães de intervenção assistida: Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Austrália, Nova Zelândia, Japão, Espanha, Dinamarca, Áustria, Bélgica, Alemanha, Itália, Noruega, Portugal, Equador, Nicarágua, Uruguai, Chile, Argentina, entre outros. Entretanto, é de se lamentar que nos estudos e justificativas dos projetos de lei em tramite e aprovados não encontramos qualquer enfrentamento do direito comparado.

3.2 LEGISLAÇÃO NACIONAL, ESTADUAL E MUNICIPAL

- Legislação nacional

No Brasil se encontra em tramite na Câmara Federal o Projeto de Lei nº 5.083, de 2016, de autoria de Mara Gabrilli que dispõe sobre Intervenção Assistida por Animais - IAA e utilização de animais de intervenção assistida; até o momento o uso de animais em intervenção assistida foi regulamentado exclusivamente em relação ao cão-guia, através da Lei nº 11.126, de 27 de junho de 2005. Estudiosos do tema da TAA entendem que a Lei nº 13.146, de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), dispõe que a

tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social; pode ser entendida como regulamentadora, ainda que *a latere* da TAA.

A Câmara Federal analisa também o Projeto de Lei nº 4455/12, do deputado Giovani Cherini, que regulamenta o uso de Terapia Assistida por Animais (TAA) nos hospitais públicos e em outros cadastrados no Sistema Único de Saúde, desde logo de se ressaltar que os projetos de lei nos Estados da Federação se preocuparam em legislar em sobreposição a tal projeto.

- Legislação estadual

No Mato Grosso o Projeto de Lei de Janaina Riva libera acesso de Pets a hospitais de e *institui Terapia Assistida por Animais*. A Deputada reconhecendo nas experiências em outros Estados que comprovam que o acesso de animais em ambientes hospitalares pode ajudar na recuperação e na cura de pacientes, é que propôs o projeto de lei.

No Brasil, os hospitais Albert Einstein, Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas e Instituto Dante Pazzanese de Cardiologia, ambos de São Paulo já realizam com muito sucesso a Pet Terapia e indicam seus bons resultados terapêuticos. Do ponto de vista fisiológico, os contatos com os animais estão associados à redução de estresse, avaliado cientificamente a partir dos níveis de hormônio cortisol, e ao aumento de bem-estar relacionado à liberação de ocitocina (hormônio que protege contra o estresse) em tutores de cães, gatos e outros animais. Estes benefícios, muitas vezes, surgem pela simples observação de um animal, como um aquário, tática utilizada em alguns consultórios médicos e odontológicos para ajudar a relaxar o paciente. Por estas razões, sua prática será extremamente benéfica a todo o Sistema Único de Saúde, reduzindo, sobretudo o período de internação e trazendo efeitos colaterais positivos, tratamento e risco de infecções por internações prolongadas no hospital.⁵

⁵ Para mais informações visite
<https://www.al.mt.gov.br/midia/noticia/136566/visualizar>

No Rio Grande do Sul⁶ o Projeto de Lei 347/2015, em tramitação na Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, proposto pela deputada Regina Becker Fortunati permite a visitação de animais domésticos e de estimação em hospitais privados e públicos cadastrados no Sistema Único de Saúde (SUS) no Estado. Ressalta que há cada vez mais brasileiros com animais em casa. Pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2013, aponta que 132 milhões de pessoas possuem pelo menos um pet.

Fundada em 2011, a Agata é uma iniciativa de profissionais da saúde que deseja divulgar e proporcionar para a população do Rio Grande do Sul os benefícios e efeitos da interação humano-animal por meio de modalidades terapêuticas humanizadas. Atualmente, a associação realiza somente atividade assistida por animais pois trabalha com voluntariado. Ela ainda conta com alguns profissionais de saúde que auxiliam na ação. Já a TAA é exclusivamente realizada por esses especialistas. Bernardette Serra, médica psiquiatra que trabalhou com a terapia, ressalta a importância da presença de um profissional da saúde e outro especializado em comportamento animal no tratamento. Ela diz não haver riscos, mas deve-se ter alguns cuidados para evitar acidentes. “Pacientes com iminência à agressividade ou que tenham atitudes que assustem o bicho devem ser evitados”, revela a médica. Algumas situações contraindicam o trabalho como alergia a pelos, problemas respiratórios, medo por parte do paciente ou qualquer condição que coloque em risco o co-terapeuta e o assistido. “Geralmente o medo por parte do enfermo pode ser trabalhado”, esclarece Denise.

Na casa Menino Jesus de Praga, localizada em Porto Alegre, mensalmente, a Agata trabalha com um grupo infantil especial. Na atividade, é utilizado um pet por criança, ambos acompanhados de dois adultos. Os exercícios proporcionados aos alunos são de dessensibilização, toque em diferentes texturas, reconhecimento de partes do corpo, incitamentos de fala e memória e estímulos motores como jogar bolinha. “Essas práticas estimulam a socialização, promovem a recreação e diminuem o estresse”, conta Denise. A única diferença da terapia para a atividade é a presença de um profissional da saúde.

⁶ Para mais informações visite
http://proweb.procergs.com.br/consulta_proposicao.asp?SiglaTipo=PL&NroProposicao=347&AnoProposicao=2015.

- **Legislação Municipal**

No Rio Grande do Sul, em cidades como Porto Alegre e São Leopoldo, já tramitam projetos desta natureza, como visto em recente matéria publicada em Zero-Hora (24/08/15), que confirma e publicita. A cidade do Rio de Janeiro através do Projeto de Lei nº 2096, de 2016, dispõe sobre o ingresso de animais domésticos e de estimação em hospitais públicos, privados, clínicas da família e ambientes terapêuticos e de tratamento e dá outras providências.⁷ Na cidade de São Paulo o Projeto de Lei nº 535, de 2014, leva a terapia assistida por cães para a rede pública⁸, o projeto acrescenta que o Hospital Universitário da Universidade de São Paulo e a Santa Casa utilizam tais práticas.

4 PRIMEIRAS CONSTATAÇÕES NOS PROJETOS DE LEI EM ANDAMENTO

Comparando os projetos e as leis sancionadas verificamos que há uma repetição no Estado do Rio Grande do Sul, no Estado do Paraná e em alguns municípios, do texto legislativo, diversamente do que está no Projeto de Lei de 2012, de Giovanni Cherini⁹ que dispõe sobre o uso da Terapia Assistida por Animais (TAA) nos hospitais públicos, contratados, conveniados e cadastrados no Sistema Único de Saúde – SUS.

Segundo ele a Terapia Assistida por Animais integra o conjunto das ações de saúde oferecidas pelo SUS e para o atendimento dos pacientes necessitados desta terapia, os estabelecimentos mencionados no art. 10 deverão manter, nos respectivos quadros, profissionais habilitados na prestação dos serviços de que trata este Projeto de Lei.

⁷ Para mais informações visite
<<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro1316.nsf/13df1141087cf5230325775900523a40/2c40d684bc6eb51d8325808800481407?OpenDocument&CollapseView>>.

⁸ Para mais informações visite
<<http://www.camara.sp.gov.br/blog/pl-leva-terapia-assistida-por-caes-para-rede-publica/>>.

⁹ Para mais informações visite
<<https://cd.jusbrasil.com.br/noticias/100292859/hospitais-do-sus-poderao-oferecer-terapia-com-animais>>.

É fundamental o trabalho de uma equipe multidisciplinar capaz de prescrever o método mais adequado a ser aplicado, acompanhando as atividades e o bem-estar dos animais e dos pacientes, o que irá refletir-se no benefício real da qualidade de vida dos mesmos (San Joaquín, 2002).

Os primeiros registros de resultados positivos obtidos da interação entre animais e pacientes datam de 1792, na Inglaterra. A partir daí, a atenção de alguns profissionais da saúde se voltou para essa prática buscando uma melhor compreensão dos seus efeitos, bem como de suas implicações. Além dos cachorros, diversos outros animais passaram a integrar esse trabalho: gatos, pássaros, peixes, surgindo assim, a denominação de Terapia Assistida por Animais. Nos últimos anos, tem desportado o uso dessa terapia em ambientes hospitalares, tomando-se cuidado com os riscos de zoonoses e de alergias que a entrada de animais, poderia causar nos pacientes, existindo programas, principalmente nos E.U.A., especializados nessa área, e que vêm alavancando benefícios aos pacientes, familiares e a própria equipe técnica, por reduzir o impacto e estresse gerados pela situação de doença e da hospitalização, alterando o foco perceptual e, também, por promover melhor adesão à terapêutica proposta. Destacamos ainda que, embora seja uma intervenção que utiliza animais, traz consigo um forte apelo à humanização, pois ajuda a desconstruir o clima pesado de um ambiente hospitalar, melhora as relações interpessoais e facilita a comunicação. Por essas razões, sua prática será extremamente benéfica a todo o Sistema Único de Saúde, reduzindo, sobretudo, o período de internação dos pacientes, e acarretando efeitos colaterais positivos, como a redução dos custos do tratamento e riscos de infecções por prolongada permanência no ambiente hospitalar, em razão da resposta mais rápida (em torno de 60%) à TAA, quando utilizada como tratamento adjuvante. Diante do exposto, solicitamos o apoio dos ilustres pares para a aprovação deste presente projeto de lei.¹⁰

¹⁰ Para mais informações visite
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=530AC46A18914F492D821B68B9306A7C.proposicoesWebExterno1?codteor=1026496&filename=PL+4455/2012>.

5 A IMPUGNAÇÃO DA LEI Nº 18918/16 DO ESTADO DO PARANÁ

No Estado do Paraná há a Lei nº 18918 de 07/12/2016, publicada no DOE em 08/12/2016, dispõe, genericamente, a respeito da *permissão da visitação de animais domésticos e de estimação em hospitais privados, públicos contratados, conveniados e cadastrados no Sistema Único de Saúde - SUS*. A Assembleia Legislativa aprovou e o Governador promulgou, nos termos do § 7º do art. 71 da Constituição Estadual, em apertada síntese, o Projeto de Lei nº 836/2015 conforme segue.

A Lei autoriza o ingresso de animais domésticos e de estimação nos hospitais privados, públicos, contratados, conveniados e cadastrados no Sistema Único de Saúde - SUS que possuam sede ou sucursal dentro dos limites territoriais do Estado do Paraná. Considera animal doméstico e de estimação todos os tipos de animais que possam entrar em contato com os humanos sem lhes proporcionar perigo, além daqueles utilizados na Terapia Assistida de Animais - TAA como cães, gatos, pássaros, coelhos, chinchilas, tartarugas, hamsters e outras espécies que devem passar pela avaliação do médico do paciente para autorização, segundo o quadro clínico do mesmo.

Dispõe que cada estabelecimento, a seu critério, criará normas e procedimentos próprios para organizar o tempo e o local de permanência dos animais para a visitação de pacientes internados. O ingresso de animais para a visitação de pacientes internados deverá ser agendado junto à administração do hospital; respeitar os critérios estabelecidos pela instituição; e observar os dispositivos desta Lei; ademais, somente poderá ocorrer quando em companhia de algum familiar do visitado ou de pessoa que esteja acostumada a manejar o animal. O transporte dos animais dentro do ambiente hospitalar deverá ser realizado em caixas específicas para este fim, de acordo com o tamanho e a espécie de cada animal visitante, ressalvado o caso de cães de grande porte.

O ingresso de animais não é permitido nos seguintes setores hospitalares: de isolamento; de quimioterapia; de transplante; de assistência a pacientes vítimas de queimadura; na central de material e esterilização; de Unidade de Tratamento Intensivo - UTI; nas áreas de preparo de medicamentos; na farmácia hospitalar; e nas áreas de manipulação, processamento, preparação e armazenamento de

alimentos. O ingresso de animais também poderá ser impedido em casos especiais ou por determinação de Comissão de Controle de Infecção Hospitalar dos serviços de saúde.

Segundo a Lei a permissão de entrada de animais de que trata esta Lei fica condicionada ao cumprimento das seguintes regras estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde - OMS: verificação da espécie animal a ser autorizada; existência de autorização expressa para a visitação, expedida pelo médico do paciente internado; apresentação de laudo veterinário atestando as condições de saúde do animal, acompanhado da carteira de vacinação atualizada, com a anotação da vacinação múltipla e antirrábica, assinada por médico veterinário com registro no órgão regulador da profissão; observação das condições de higiene do animal; no caso de caninos, existência de equipamento de guia, composto por coleira (preferencialmente do tipo peitoral) e, quando necessário, enforcador e focinheira; determinação de um local específico dentro do ambiente hospitalar para o encontro entre o paciente internado e o animal de estimação, podendo ser no próprio quarto de internação, em sala de estar específica ou, no caso de cães de grande porte, no jardim interno, se o estabelecimento dispuser deste espaço. A autorização mencionada será exigida apenas para a primeira visita, devendo ser renovada sempre que houver alguma alteração no quadro de saúde do paciente internado.

Para o atendimento dos pacientes que desejarem usufruir do benefício ora instituído, os estabelecimentos mencionados e o Poder Executivo poderão celebrar convênios com profissionais habilitados, hospitais veterinários, organizações não governamentais, e outros estabelecimentos congêneres, bem como com o Poder Público Municipal.

Cabe ao Poder Executivo regulamentar esta Lei para garantir a sua fiel execução, o que até a data da elaboração do presente não ocorreu.

Perante o Órgão Especial do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná há em tramite, quando da elaboração do presente, ação direta de inconstitucionalidade sob o nº 1.37.780-3, em que autor FEHOSPAR – Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Paraná impugna a Lei Estadual nº 18.918, de 7 de dezembro de 2016, que dispõe sobre a permissão da visitação de animais domésticos e de estimação em hospitais. O Órgão Especial é composto por vinte e cinco desembargadores e

dentre os presentes apenas um votou em sentido contrário ao que decidido no aresto, conforme ementa a seguir:

Ação direta de inconstitucionalidade – medida cautelar – preliminar – rejeição – alegação de ilegitimidade ativa da federação sindical autora – legitimidade decorrente de norma expressa da constituição paranaense – irrelevância da expiração do prazo de validade da certidão de registro sindical considerando a superveniência de portaria do ministério do trabalho que converteu certidões provisórias em definitivas – independe de autorização dos substituídos a legitimidade extraordinária das entidades sindicais para defender em juízo os direitos e interesses dos integrantes da categoria – alegada ofensa a legislação infraconstitucional insuscetível de impugnação no âmbito do controle abstrato da constitucionalidade exercido pelos tribunais locais, cujo parâmetro essencial é a constituição estadual – mérito – lei estadual que permite a visitação de animais domésticos e de estimação em hospitais – inconstitucionalidade formal por infringir o princípio da separação de poderes ao dispor sobre matéria de competência exclusiva do governador do estado – inconstitucionalidade material por violação ao direito fundamental à saúde – competência concorrente dos estados para legislar em matéria de saúde – instituição de programa de visitação de animais a pessoas hospitalizadas (terapia assistida por animais – taa) que ostenta caráter obrigatório. deficiência nos critérios de admissão de animais que coloca em risco a saúde pública dos pacientes. necessidade de regulamentação. – “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*” configurados – liminar deferida.

Importa salientar que a concessão de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade constitui providência de caráter excepcional, exigindo relevância jurídica do fundamento da arguição (*fumus boni iuris*) e demonstração do risco de manter-se com plena eficácia a lei impugnada (*periculum in mora*), sendo certo que deferida a liminar para suspender a eficácia da Lei.

A lei criticada condiciona a mencionada visitação ao cumprimento de regras estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde (OMS): 1) verificação da espécie animal; 2) existência de autorização expressa do médico do paciente internado; 3) apresentação de laudo veterinário, atestando as condições de saúde do animal, acompanhado da carteira de vacinação atualizada, com anotação de vacinação múltipla e antirrábica, assinada por médico veterinário com registro no órgão regulador da profissão; 4) observação das condições de higiene do animal; 5) no caso de caninos, existência de equipamento de guia composto por coleira e, quando necessário, enforcador e focinheira; e 6) determinação de

local específico para o encontro entre o paciente internado e o animal de estimação (artigo 4º).

Em semelhante contexto afloram as primeiras preocupações com questões essenciais.

6 OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO, TREINAMENTO E SANIDADE DOS ANIMAIS

Os animais selecionados pelo Programa Mascotes da Alegria, por exemplo, são avaliados com base nos critérios sanitários (inspeção, auscultação, frequência respiratória, frequência cardíaca, termometria, avaliação de mucosas, tempo de preenchimento capilar, palpação e avaliação de linfonodos) e comportamentais (Tabela 1) estabelecidos pela médica veterinária responsável. Após passar nos testes teóricos o animal participa de três sessões no local para ser aprovado.

Dimensão Física (problemas com...)	Nunca	Quase nunca	Às vezes	Frequentemente	Quase sempre
Andar	0	1	2	3	4
Correr	0	1	2	3	4
Pular	0	1	2	3	4
Passear	0	1	2	3	4
Baixa energia	0	1	2	3	4
Dor	0	1	2	3	4
Locomoção Repetitiva	0	1	2	3	4
Lambadura de patas	0	1	2	3	4

Dimensão emocional (problemas com...)	Nunca	Quase nunca	Às vezes	Frequentemente	Quase sempre
Sente medo	0	1	2	3	4
Apatia	0	1	2	3	4

Irritabilidade	0	1	2	3	4
Problemas com sono	0	1	2	3	4
Vocalização (latir em excesso)	0	1	2	3	4

Dimensão Social (problema com...)	Nunca	Quase nunca	Às vezes	Frequentemente	Quase sempre
Brincar	0	1	2	3	4
Aceitar outros cães	0	1	2	3	4
Ciúmes?	0	1	2	3	4
Relacionamento com outros animais	0	1	2	3	4

Dimensão Fisiológica (problemas com...)	Nunca	Quase nunca	Às vezes	Frequentemente	Quase sempre
Urinar	0	1	2	3	4
Defecar	0	1	2	3	4
Comer	0	1	2	3	4
Beber	0	1	2	3	4
Peso	0	1	2	3	4

Tabela 1. Escalas de qualidade de vida adaptadas de Pediatric Quality of Life Inventory 4.0 — PedsQL. Os tutores dos cães avaliados responderam questões relacionadas às dimensões física, emocional, social, cognitiva e fisiológica de acordo com a frequência do comportamento apresentado pelo animal.

Prosseguindo, de se destacar que utiliza o teste de personalidade sugerido por Dehasse et al (1995) para a seleção dos filhotes de cães que posteriormente, após os 6 meses de idade poderão ingressar como coo terapeutas (Anexo 1).

Para melhorar o relacionamento animal-assistido é necessário compreender as necessidades biológicas e evolutivas dos animais de terapia. Os animais possuem necessidades emocionais como nós seres humanos. Quando os mantemos com restrições de oportunidades de execução dos comportamentos normais para a

espécie, observamos desordens comportamentais. Segundo Broom & Molento (2004) o bem estar animal é a tentativa de um indivíduo de se relacionar com o ambiente. Se o animal não pode manifestar sua motivação interna, seu bem estar está comprometido (Durham, 2003).

O estresse é uma resposta biocomportamental do organismo diante de qualquer desafio (estressor) capaz de perturbar a homeostase a ponto de danificar a regulação da resposta, sendo inerente a todos os seres vivos (SGAI, 2010). Isto pode, por evidente, levar a reações imprevisíveis dos animais e acidentes com as pessoas que recebem a terapia.

O bem-estar do animal deverá ser priorizado para assegurar que os animais participantes fiquem livres de estresse e ansiedade e também para evitar possíveis acidentes com mordeduras e fugas. Deve ser realizada a busca pelo respeito e cumprimento das cinco liberdades preconizadas pelo conselho de bem-estar animal, sendo elas: livre de fome e sede; de desconforto; de dor, lesões e doenças; para expressar seu comportamento normal; de medo e estresse.

O aresto leva em consideração as precauções do projeto Mascotes da Alegria e assinala que, a exemplo, do que de nada diz o estabelecido na legislação quanto a avaliação comportamental e é certo que a literatura especializada recomenda, o que é adotado pelo Programa Mascotes da Alegria, que os animais terapeutas devem ter comportamento social equilibrado, não podem apresentar medos e fobias, não devem ser possessivos com relação a brinquedos. Devem ter comportamento previsível e ser testado com relação ao comportamento frente a obstáculos que vai enfrentar tais como: quando o pelo é puxado, reação com crianças e bebês, com bengalas, cadeiras de rodas, etc.

Diante de tais considerações o aresto fundamenta que a lei como posta é ineficiente para evitar problemas comezinhos que podem ocorrer, pede apenas um atestado de vacina e não limita requisitos que órgãos especializados de há muito estão pesquisando e publicando a respeito, que a experiência cotidiana de quem atua na área já resultou de experiências e são de cuidados muito mais detalhados. Há no projeto Mascotes da Alegria a investigação de problemas comportamentais.

No Programa Mascotes da Alegria a observação do comportamento animal é realizada pela equipe de médicos veterinários em todas as sessões de atividade e educação assistida

por animais, isto é, não se trata de um mero atestado do estado de vacinação e de saúde do animal como consta na lei paranaense. Estabeleceu-se que quando observados sinais compatíveis com ansiedade e medo, a sessão de Educação ou Terapia Assistida por animais será interrompida imediatamente. A avaliação comportamental é realizada pelo método de observação do animal focal, classificando em especial os cães, segundo Houpt (2005) como:

- Calmo – aquele que permanecem com as orelhas e cauda abaixadas;
- Alerta – aquele cuja cauda e orelhas permanecem apontadas para cima e/ou com um dos pés apontados para frente;
- Agressivo – pelos do dorso eriçados, lábios retraídos caudalmente, orelhas para frente e cauda abanando lentamente;
- Medo – o animal permanece abaixado, com a cauda entre as pernas e as orelhas caídas.

Além dessa classificação, foram desenvolvidas pelo grupo, uma tabela de sinais de e se observado qualquer sinal abaixo, a sessão estaria encerrada:

Animal	Expressão de estresse
Pequenos roedores	Tentam morder o assistido, vocalizam, ficam ofegantes, não Aceitam petiscos, não tomam banho com o pó de mármore e ficam apáticos.
Cães	Lamber o focinho constantemente, comportamento destrutivo, distúrbio de eliminação, farejar constantemente o chão, tentativas de fuga, aumento das frequências cardíaca e respiratória e vocalização excessiva.

Felinos

Procurar se isolar buscando esconderijo, vocalização excessiva e diminuem a ingestão de alimentos.

Postas tais questões que na literatura especializada são praticamente incontroversos, os mesmos demonstram a complexidade no trato com os animais a serem utilizados para a visitação em hospital, há necessidades de prevenção e preparo além do que previsto em lei, que são apenas as vacinas e um lacônico atestado. Acidentes com mordeduras podem ocorrer, mas existem sinais de estresse e a sessão deverá ser interrompida antes.

Dentre os itens assinalados e deles vamos melhor discorrer a respeito, tem as verificações o objetivo de detectar doenças, parasitas, bactérias e outros agentes novos à saúde humana. As doenças que eventualmente podem ser transmitidas de animais para seres humanos também podem ser perfeitamente evitadas com medidas de vacinação, desverminação e banhos. Dentre elas: Leptospirose, Ancilostomíase, Dermatofitose, Toxocaríase e Giardíase. Para evitar as chamadas zoonoses, o grupo realizará exames periódicos (tabela 2). Antes das sessões banho com clorexidine a 2%, escovação do pelo, corte de unhas e limpeza das orelhas. Nada disto está previsto na lei. O Projeto Mascotes da Alegria ainda exige para que o animal possa ser utilizado exames específicos, tais como:

Exame	Intervalo de tempo
Sorologia Leptospirose	Inicial
Hemograma	6 meses
Exame de fezes	4 meses
Pesquisa de giárdia	4 meses
Tricograma	Inicial

Tendo em vista a importância das terapias e vários conteúdos devem ser criteriosamente explorados durante a execução de um projeto de intervenção assistida por animais projeto, tais como:

1. Fundamentos comportamentais: as bases do comportamento dos animais utilizados estudadas para a identificação dos possíveis sinais de estresse e distúrbios de comportamento.
 2. Medo, ansiedade e o sofrimento: conhecimento de “comportamentos deslocados” ou estereotípicas em que essas situações ficavam evidentes.
 3. Mecanismos do estresse: estudos acerca de todo mecanismo neuroendócrino que envolve o estresse.
 4. Transporte de animais de pequeno e médio porte - cães e gatos: como esses animais eram transportados até as escolas para as sessões, o conhecimento de mecanismos para minimizar o estresse provocado pelo transporte se fez necessário.
 5. Avaliação do bem-estar animal: aprender a avaliar e transportar para uma escala o bem estar animal.
 6. Cinco liberdades que regem o bem estar animal: estudo e aplicabilidade na prática.
 7. * Senciência: a capacidade de sentir é uma discussão muito atual em nossa sociedade e que cada vez mais tenta mudar os hábitos para minimizar o sofrimento animal.
- * Dor: discussão sobre a relevância da dor nos animais.
- * Desconforto: sinais e prejuízos causados.
8. Indicadores de bem-estar animal
 - a. Indicadores comportamentais de estresse (sinais de estresse através das reações posturais e de locomoção)
 - b. Indicadores fisiológicos de estresse (temperatura retal, frequência cardíaca, respiratória).

- c. Indicadores de prazer: sinais comportamentais e fisiológicos de satisfação e bem estar de cada espécie.

Anexo 1: *Teste de Personalidade do Filhote*

Diante das seguintes situações, como reage o filhote?

1. Atração social: Coloque o filhote no chão, com suavidade, no centro da área de teste. Afaste-se aos poucos e agache-se. Chame-o com um tom de voz alegre, batendo palmas para atrair a atenção do filhote.
2. Desejo de acompanhar: O filhote estando perto de você fique em pé e afaste-se do filhote, sem encorajá-lo, caminhando de maneira normal. Tenha certeza que ele percebe seu afastamento.
3. Dominância por sujeição: Agache-se e faça deitar o filhote, faça-o rolar de lado e o coloque de barriga para cima, delicadamente. Segure-o nesta posição durante 30 segundos.
4. Dominância social: Acaricie o filhote afagando a cabeça, pescoço, ombros e costas. Passe a mão nas orelhas, focinho e patas.
5. Dominância por elevação: Coloque suas mãos entrecruzadas sob o tórax do filhote e o levante-o do solo de tal maneira que suas patas não toquem mais o chão. Mantenha-o assim durante 30 segundos; o filhote não tendo mais nenhum controle deve confiar totalmente em você e aceitar sua dominância.

Todo o comportamento do animal é cuidadosamente estudado, além de treinado em três sessões pelo menos como já afirmado, do que nada há na lei paranaense. Há, por exemplo, um quadro de avaliação.

COMPORTAMENTO NOTA

ATRAÇÃO SOCIAL – Assinalar uma nota

Vem imediatamente, rabo levantado, pula, morde mãos (1)

Vem imediatamente, rabo levantado, empurra com patas, lambe mãos (2)

Vem diretamente, rabo levantado (3)

Vem diretamente, rabo baixo (4)

Vem com hesitação, rabo baixo (5)

Não vem (6)

DESEJO DE ACOMPANHAR – Assinalar uma nota

Acompanha prontamente rabo levantado, entre pés e morde pés (1)

Acompanha prontamente rabo levantado, entre pés (2)

Acompanha prontamente rabo levantado (3)

Acompanha prontamente rabo baixo (4)

Não acompanha ou vai por conta própria (5)

DOMINÂNCIA POR SUJEIÇÃO – Assinalar uma nota

Debate-se ferozmente, investe com patas, rosna/morde (1)

Debate-se ferozmente, investe com patas (2)

Acalma-se, debate-se, acalma-se com contato visual (3)

Debate-se, depois acalma (4)

Sem debate (5)

Sem debate, esforça-se para evitar contato visual (6)

DOMINÂNCIA SOCIAL - Assinalar uma nota

Pula, empurra com patas, morde, rosna (1)

Pula, empurra com patas (2)

Aninha-se no examinador, tenta lambe o rosto (3)

Tenta se desvencilhar, lambe mãos (4)

Vira de Barriga para cima, lambe mãos (5)

Afasta-se e permanece afastado (6)

DOMINÂNCIA POR ELEVAÇÃO – Assinalar uma nota

Debate-se ferozmente, morde ou rosna (1)

Debate-se o tempo todo (2)

Sem debater, relaxado (3)

Debate-se. acalma, lambe (4)

Sem debater, lambe mãos (5)

Sem debater, congela (6)

TESTE DE OBEDIENCIA

Busca de objetos: mostrar um papel amassado ao filhote. Quando você perceber que ele o viu, arremesse-o na frente dele, a uma curta distância.

Persegue objeto, apanha objeto e foge (1)

Persegue objeto, de pé sobre o objeto, não volta (2)

Persegue objeto e volta com o objeto para o examinador (3)

Começa a perseguir objeto, perde o interesse (4)

Não persegue objeto (5)

Sensibilidade ao toque: Pegue uma das patas anteriores e pressione com intensidade crescente a membrana interdigital até obter uma resposta, enquanto você conta até 10. Pare assim que o filhote queira se desvencilhar ou mostrar desconforto.

8 - 10 seg. Antes de responder (1)

6 - 7 seg. Antes de responder 2

5 - 6 seg. Antes de responder 3

2 - 4 seg. Antes de responder 4

1 - 2 seg. Antes de responder 5

Sem resposta 6

Sensibilidad sonora: Coloque o filhote no centro do ambiente de teste. Produza (você ou seu assistente) um barulho forte a mais ou menos 1,5 m de distância. Você pode usar bater com uma colher de metal em uma panela de metal.

Ouve, localiza o som, vai à direção a ele, latindo 1

Ouve, localiza o som, late 2

Ouve, localiza o som, mostra curiosidade, anda em direção ao som 3

Ouve, localiza o som 4

Encolhe-se, afasta de ré, esconde 5

Ignora o som, sem curiosidade 6

Sensibilidad visual: Coloque o filhote no centro do ambiente de teste. Amarre uma toalha com barbante e puxe-a pelo chão a uma distância de mais ou menos 1,5m do filhote.

Olha o objeto, ataca e morde 1

Olha, late, rabo para cima 2

Olha com curiosidade, tenta investigar 3

Olha, late, rabo entre as pernas 4

Foge, se esconde 5

Ignora o objeto 6

Resultado

Quantas vezes você assinalou cada uma das notas?

As notas de 1 a 6 significam:

1. Dominante Agressivo
2. Dominante
3. Equilibrado
4. Submisso Adaptado
5. Extremamente Submisso
6. Independente

Predominância de 1, combinado com 1 ou 2 em sensibilidade ao toque:

Este filhote é extremamente dominante e mostra tendências agressivas. Pode morder. Não é indicado como primeiro cão, nem para uma família com crianças pequenas ou idosas e nem para uma pessoa muito tranquila e dócil.

Seu dono deverá ser adulto, experiente e saber educá-lo com firmeza, mas sem agressividade para não deixá-lo ainda mais agressivo. O cão poderá se tornar um bom companheiro e prestar bons serviços, mas há também a possibilidade de que venha ser difícil de controlá-lo.

Predominância de 2: O filhote tende a ser extrovertido e dominante. Não é indicado como primeiro cão nem para uma família com crianças pequenas, embora sirva para crianças mais velhas. Será um bom cão de trabalho para um dono experiente.

Predominância de 3: É um cão relativamente equilibrado. Serve para a maioria das pessoas, se adapta a maioria das situações. Serve para a família com crianças pequenas, aceita bem o treinamento, adequado para quem nunca teve um cão.

Predominância de 4: É um cão submisso, que vai se enquadrar bem na maioria das casas. Talvez seja um pouco menos extrovertido e dinâmico do que aquele que obteve mais 3's. Dá-se bem com crianças e aceita bem o treinamento.

Predominância de 5: É um animal muito submisso, que vai precisar muito reforço positivo e manuseio carinhoso, para aumentar sua autoconfiança. Não se adapta bem as mudanças, e precisa de um ambiente ordenado e estruturado. Assusta facilmente, leva tempo para se acostumar a

situações novas. Não deve ser tratado com violência ou castigos severos.

Predominância de 6: principalmente na rubrica dominância social, indica um cão de educação difícil, independente. Faz o que bem entende. Se além dos 6's houver 1 ou 2's tem-se um animal que poderá morder em situações de estresse. Não é indicado para crianças ou donos inexperientes. É um animal que pode não gostar de ser acarinhado ou ficar no colo. É um animal de relacionamento difícil, quer ele seja um cão de serviço ou apenas de companhia.

7 REFLEXÕES FINAIS

Na fundamentação do aresto buscamos utilizar nas razões de decidir o conhecimento e a experiência do Programa Mascotes da Alegria, pois o Programa também realiza pesquisa científica com as intervenções e bem estar animal. O objetivo é produzir conhecimentos para melhorar a saúde e o bem estar psicológico de animais e humanos com segurança.

São produzidos relatórios para submissão ao comitê de ética e pesquisa humano e ao subcomitê animal. Os dados obtidos são utilizados para publicação em simpósios e congressos, bem como encaminhados para revistas (publicação), com palestras ministradas inclusive no exterior (a exemplo, Canadá e Peru). Portanto, diante de tal contexto entendeu claro que é insuficiente o critério adotado na Lei mencionada.

Frente ao quadro acima delineado, não pareceu, ao menos em juízo de cognição sumária, como relator da ação de inconstitucionalidade, que a lei adversada invade seara reservada à iniciativa privativa do Chefe do Executivo, **mas viola o direito fundamental à saúde** na forma em que se encontra.

Com efeito, o artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal, e o artigo 13, inciso XII, da Constituição do Estado do Paraná, estabelecem a competência da União e dos Estados para legislar concorrentemente sobre proteção e defesa da saúde.

Na interpretação teleológica depreende-se da justificativa do projeto de lei em comento que

A Terapia Assistida por Animais é um tratamento alternativo que pode auxiliar significativamente no tratamento de doenças, sob o aspecto físico e psicológico (...). A atividade terapêutica assistida por animais se insere às práticas humanizadas exaltadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que se utilizam do animal como parte integrante do tratamento psicológico do paciente. A partir da Pet Terapia, há uma adaptação do paciente ao ambiente hospitalar, o que permite redução do estresse e o aumento de bem-estar relacionado à liberação de ocitocina (hormônio que protege contra o estresse).

Entretanto, ao empregar os verbos *permitir* e *autorizar*, o diploma normativo, aparentemente, não parece ter pretendido *obrigar* hospitais e clínicas paranaenses a instituírem programa de visitação de animais a seus pacientes, mas sim definir regras e procedimentos médicos, sanitários e administrativos a serem observados pelos estabelecimentos que, no exercício de sua autonomia, resolvam adotar a chamada *pet terapia* como método complementar de tratamento de seus pacientes.

Não é verdade, a interpretação sistemática, melhor estudando, em verdade a expressão no art. 1º dispõe que autoriza o ingresso de animais domésticos e de estimação nos hospitais privados, públicos, contratados, conveniados e cadastrados no Sistema Único de Saúde – SUS que possuam sede ou sucursal dentro dos limites territoriais do Estado do Paraná deve ser interpretado à luz do parágrafo segundo do artigo primeiro que possibilita aos hospitais apenas criem normas e procedimentos próprios para *organizar o tempo e o local de permanência dos animais para a visitação de paciente internados*. Nada mais!

A ausência de determinação de exames específicos, de banhos e outros cuidados, especialmente quanto ao temperamento dos animais, coloca em risco a saúde pública. A importância de semelhantes Programas é reconhecida internacionalmente, mas também internacionalmente são elencados critérios para a sua realização, os quais não encontramos no texto da lei. É o que se observa, a exemplo, quando navegamos pelo site da Delta Society.

Recentemente, de 16 a 18 de outubro de 2017, em São Luís, Maranhão, na Universidade Federal promovido o III Encontro A

Psicologia e as Intervenções Assistidas por Animais, oportunidade em que o Prof. Dr. Jean Marlos Pinheiro Borba discorreu a respeito da questão enfocando a legislação e projetos de uns poucos Estados. Manifestou preocupação quanto a ausência de discussão pública e com as entidades de classe dos médicos, psicólogos e veterinários, o que implica, como na legislação em comento, no aparente ato médico como diretor de todos os procedimentos o que é um equívoco teórico e legal. O aresto entendeu, no mesmo sentido da necessidade de uma ampla discussão, razão pela qual de todo recomendável a realização de audiência pública, a qual designou, convocando os órgãos especializados e que praticam as terapias para avaliar as condições a serem impostas para a admissão dos animais, especialmente, ainda, porque a lei insere animais silvestres que podem trazer outras zoonoses, como chinchilas, tartarugas, hamsters e outras espécies; além da ampla discussão a respeito do que consiste o ato médico, quanto a admissão da terapia e o ato do psicólogo na terapia a ser utilizada, isto com uma ampla participação do ato médico veterinário, inclusive presente quando das intervenções em casos específicos, como dito, designada audiência pública a ser realizada.

Na Câmara dos Deputados se encontra em tramite o Projeto de Lei nº 5.083, de 2016, da Sra. Mara Gabrilli que dispõe sobre Intervenção Assistida por Animais - IAA e utilização de animais de intervenção assistida. Segundo o projeto, animal de intervenção assistida é o animal individualmente treinado e qualificado para realizar serviços ou tarefas específicas, sendo classificado em: animal para terapia assistida, habilitado para atuar nas atividades a que se refere o inciso I do art. 2º desta Lei; animal para educação assistida, habilitado para atuar nas atividades a que se refere o inciso II do art. 2º desta Lei; e animal de assistência, habilitado para atuar nas atividades a que se refere o inciso III do art. 2º desta Lei. Animal de intervenção assistida é considerado tecnologia assistida ou ajuda técnica, nos termos do art. 3º, inciso III, da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. É assegurada proteção, qualidade de vida e bem-estar ao animal de intervenção assistida o que não ocorre na legislação paranaense. É assegurado ao usuário de animal de intervenção assistida o direito de ingressar e de permanecer com o animal em todos os meios de transporte e em estabelecimentos abertos ao público, de uso público e privados de uso coletivo, desde que observadas as condições impostas por esta lei, o disposto aplica-se a todas as modalidades e jurisdições do serviço de transporte coletivo

de passageiros, inclusive em esfera internacional com origem no território brasileiro.

Prevê que serão objeto de regulamento os requisitos mínimos para identificação do animal de intervenção assistida, o tipo de animal a ter acesso aos locais previstos no *caput* deste artigo, a forma de comprovação de treinamento do animal e do usuário que o utiliza, o valor da multa e o tempo de interdição impostos à empresa de transporte ou ao estabelecimento público ou privado responsável pela discriminação.

Portanto, o Projeto de Lei Federal avança nas cautelas em relação a Lei Estadual.

Reconhece na justificativa que a IAA tem se disseminado em todo o mundo, suscitando inclusive o engajamento de diversas universidades no desenvolvimento de estudos, pesquisas e programas que visam demonstrar a melhoria nas condições de saúde, mobilidade, aprendizagem, autonomia e socialização das pessoas assistidas pelos tipos de intervenção acima identificados.

A título ilustrativo, importa destacar que a Universidade Complutense de Madrid desenvolve projeto conjunto com empresas, como o Grupo Carrefour, e entidades de treinamento de cães de intervenção assistida para evidenciar as melhoras nos processo de aprendizagem de crianças com transtorno do espectro autista e outras deficiências, o que já esclarece a necessidade de treinamento dos animais a serem utilizados nas TAAs.

Ressalta que utilizam-se cães para intervenções assistidas por animais, mas outros animais também estão aptos a desenvolver muitas atividades terapêuticas ou de apoio, como cavalos (equoterapia), golfinhos (delfinoterapia), macacos-prego como apoio para cadeirantes, entre outros.

Os cães de intervenção assistida são geralmente classificados da seguinte forma: cão-guia, para pessoas cegas ou com baixa visão; cão de serviço, para auxiliar pessoas com deficiência física ou mobilidade reduzida; cão de sinalização ou cão para surdos, com a finalidade de indicar fontes sonoras para pessoas surdas ou com deficiência auditiva; cão de alerta, para avisar a pessoas com doenças crônicas, como epilepsia, por exemplo, da proximidade de ocorrência de um ataque; cão para pessoas com Transtorno do Espectro Autista - TEA, adestrado para cuidar da integridade física e controlar situações de emergência.

Finalmente, que o uso de animais de intervenção assistida tem-se expandido além das fronteiras supramencionadas. Nas escolas, os animais são utilizados como recurso pedagógico e contribuem para maior participação de crianças e adolescentes com deficiência intelectual, transtornos do espectro autista e transtornos globais do desenvolvimento, pois melhoram sua concentração e interação com o ambiente, que muitas vezes lhes parece hostil. Em relação a veteranos de guerra e idosos, o uso de cães de intervenção assistida tem-se mostrado positivo para melhora dos casos de depressão, de stress pós-traumático¹¹ e para maior interação e deslocamento de pessoas com algum tipo de demência ou Alzheimer. Atualmente, empresas como a Pfizer têm desenvolvido projetos para utilização de cães de serviços para inserção laboral de pessoas com deficiência.

8 CONCLUSÃO

A realização de audiências públicas na Câmara Federal, nas Assembleias Legislativas, nas Câmaras Municipais e nos Tribunais (quando das impugnações) com os interessados, envolvendo os Conselhos Federais e Estaduais é medida que se impõe para melhor delinear as atribuições dos profissionais de saúde, como médicos, psiquiatras, psicólogos e médicos veterinários, bem como os critérios na fixação de critérios de escolha, treinamento e bem estar animal, de segurança sanitária.

¹¹ Informações extraídas da publicação “Dogs: a medicine for mental health problems?”. Disponível em <http://edition.cnn.com/2012/08/01/health/mental-health-service-dogs/> Acesso em 26.10.2015.

LA 4ª GENERACION DE DERECHOS. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COMO META-GARANTÍA

Armando Rafael Aquino Britos¹

Sumario: 1. Introducción. 2. La democracia constitucional y sus aportes. 3. El proceso de gestación. 4. Los derechos emergentes. 5. Los problemas. 6. Los desafíos.

1 INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento del constitucionalismo como proceso político, institucional, cultural y social, los estados fueron reconociendo en sus constituciones el conjunto de derechos que en cada época se le reconocía al hombre como tal; transformándolos en derechos fundamentales que se inscribieron como derrotero a cumplir por todos y para todos. Esto como hito fundamental se tiene a la revolución francesa de 1789.

Los derechos humanos que “protegían al ser humano como creación sagrada revestida de juridicidad con las características de inherencia, necesidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad, oponibilidad erga omnes, universalidad e independencia” como los define Manili (2017) al ser reconocidos en los textos constitucionales pasan a ser considerados fundamentales (dan fundamento, sostén y razón a la existencia del Estado como tal). (p. 15).

¹ Abogado profesor de teoría y derechos constitucionales y profesor de Derecho procesal constitucional de la Fac De derecho de la UNNE Argentina. Doctor en el área de derecho de la UNNE.

Estos derechos se ampliaron a medida que los cambios políticos se transformaron en datos insoslayables en beneficio de la humanidad al calor del avance y progreso de las sociedades. Se institucionalizaron en normas y más tarde adquirieron jerarquía constitucional².

El legado del liberalismo, como expresión filosófica y política, nos dejó los derechos civiles y políticos; el socialismo, en igual sentido, nos brindó los derechos sociales como su expresión más nítida; más tarde una corriente solidaria y participativa nos dejó derechos colectivos que eran de todos, pero de nadie en particular, para proteger un espacio común.

Advertido de tal proceso, pero mirando la bandera tricolor de Francia y las consignas de la revolución de aquel país que nos marcara con nitidez el fin del absolutismo monárquico (libertad, igualdad y fraternidad) se le ocurrió a Karel Vasak, (ex) director de DDHH de la Unesco, en 1979, expresar el concepto de “generaciones” de derechos, lo que fue una expresión casi intuitiva rápidamente fue aceptado por la mayoría de los pensadores como una forma de clasificar los periodos de cambios productivos en los Estados que recepcionaban derechos fundamentales.

Se critica a esta idea que el concepto de “generación” significa limitar los derechos fundamentales ya que estos no desaparecen por la irrupción de otros; y carece de precisión temporal o histórica en el surgimiento de una especie de derechos fundamentales; entre otras objeciones (Gonzáles).

En esta visión retrospectiva es necesario advertir que “generación de derechos” debe ser tomado como un hito, momento, acontecimiento especial, o circunstancia insoslayable que nos permite apreciar que ello tiene la virtualidad de “concebir, producir, engendrar o elaborar” otros hechos o productos, en este caso derechos, que surgen o se les reconocen a partir de ese hecho o momento histórico determinado.

Lo cierto es que las “categorías” de derechos aparecen en todos los instrumentos internacionales, y también son expresamente receptados en las constituciones de cada estado nación.

² Hay quienes sostienen que los derechos humanos se protegen a través de los instrumentos internacionales y los derechos fundamentales a través de las garantías emergentes de los procesos constitucionales de cada Estado.

Toda “teoría” es una descripción de naturaleza cognoscitiva, que pretende ser sistemática, de una situación fáctica, real y concreta a la que se da una explicación fundada. Puede tener mayor o menor rigor científico, pero es de indudable sentido práctico; a diferencia de una doctrina que tiene una expresión “deontológica” de carácter normativo, que expresa proposiciones conforme a un plexo de valores, principios y leyes que condicionan una forma de concebir y realizar los actos.

La primera “generación”, denominada de los derechos civiles (libertad, propiedad, derechos a la vida, integridad física y moral, dignidad, justicia e igualdad en sus diversos modos de ejercicio de tales libertades: pensamiento, conciencia, religión, opinión, expresión etc.) y derechos políticos (derechos de reunión, de votar, etc.) Fueron una fuerte limitación al poder estatal, pues se erigieron como defensa del individuo como expresión concreta de la libertad que identificara el pensamiento de la ilustración y las revoluciones burguesas del siglo XVIII, lo que se establece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

La segunda etapa generacional de los derechos económicos, sociales y culturales; comprende a los derechos de la propiedad tanto individual como colectiva y los derechos a la seguridad, social, derechos a la alimentación, trabajo, seguridad social, salario justo, descanso, sindicalización, huelga, salud, vivienda y educación y culturales entre tantos, que son productos de la idea de igualdad universal nacida del pensamiento humanista y socialista del siglo XIX.

Marca un cambio de época, del Estado Liberal por el Estado Social de Derecho como expresión de morigeración de las desigualdades socialmente.

La tercera generación de derechos se manifiesta con la recepción de los derechos de la solidaridad, los derechos colectivos y participativos que hacen a hombre y su entorno y la convivencia. Tal los derechos a la paz, desarrollo económico, al ambiente sano, al patrimonio cultural, el acceso a la justicia y la protección a los derechos del consumidor, la libre determinación de los pueblos que amplía las bases de la legitimación de los gobiernos, etc. Este proceso se advierte en la segunda mitad del siglo XX, donde se trata de garantizar la satisfacción de las necesidades futuras (de la actual y las futuras generaciones) que expresan los valores de la fraternidad y la solidaridad que buscan preservar y asegurar la calidad de vida de todos los habitantes del planeta.

La internacionalización de todo el plexo de derechos que se amplía sin sustracción de los reconocidos con anterioridad, marca el signo de la solidaridad como expresa Fayt, pues el conjunto de tales derechos tienen como destinatario al hombre “como ser humano individual y social al que se le reconocen y protegen sus derechos y garantías fundamentales para su protección y plena satisfacción” (Fayt, 2014, p. 18).

Esta modalidad reconocida en casi todas las naciones gana terreno en el plano de la “internacionalización del derecho constitucional como protección a los derechos fundamentales o constitucionalización de los derechos humanos” y tuvieron la intención de poner límites a que el hombre fuese el “lobo del hombre” no solo para terminar con el semejante sino capaz de provocar, por la avaricia del lucro, la menor calidad de vida de sus semejantes.

Paradójicamente, los últimos 20 años del siglo XX, la concepción neo-liberal como expresión del pensamiento político e institucional gana los mayores escenarios, EEUU y Gran Bretaña fueron los abanderados de tal proceso, sumado ello a que se produce la caída del muro de Berlín y las políticas de la “glasnost” y perestroika en URSS sumado al proceso de conformación de nacionalidades de Europa del Este le quito a ese espacio la gravitación internacional que antes tenía. Parecía el fin de la historia expresado por Francis Fukuyama (1989).

Va de suyo que “los acontecimientos que marcaron la fisonomía del siglo XX, explican el surgimiento de un nuevo orden mundial impuesto por la inserción de la globalización en la sociedad posesiva del mercado y en este de la democracia como sistema político y gubernamental” explica Fayt (2010) pero también aparecen respuestas internas y externas significativas que marcan una nueva época. (p. 95).

La resistencia por defender los valores, principios y conquistas hechas normas logradas en la época de la solidaridad y fraternidad no solo pusieron límites a las desmesuras en el ejercicio de los poderes constituidos de tipo formal, sino que se levantaron contra los poderes de tipo fáctico, concreto y real que existen en cada sociedad y que al no tener en cuenta al hombre y su dignidad se transforman en “poderes salvajes” como expresa Ferrajoli (2011).

La revolución tecnológica y científica hizo aportes inmensos a la humanidad, en todos los planos, pero sobre todo en la interrelación

entre los hombres, borro fronteras, acorto distancias, la información llega del hecho o acontecimiento al hombre casi sin intermediación son los signos positivos, sumado a un proceso de democratización de la información a través de las llamadas redes sociales.

El predominio del poder real y concreto (poder factico) sobre los derechos humanos (y fundamentales) será una constante siempre, pero lo cierto es que más allá de la magnitud y proporción de los primeros sobre los segundos, no lograron imponerse. La sociedad generó sus propios anticuerpos.

Lentamente – y de forma larvada- una nueva época se va corporizando en nueva generación de derechos de la mano de la llamada democracia constitucional como una forma de evitar caer en los totalitarios o autoritarismos donde la dignidad de las personas, su vida, libertad o derechos más elementales fueron signados por el odio, fundamentaciones artificiosas pero que produjeron episodios de luto y llanto universal que se manifestó en el holocausto, la 2ª guerra mundial y expresiones genocidas.

No todo reconocimiento de un derecho puede ser considerado una generación de los mismos por más amplia que sea la categoría que los recepciona. Debe marcar un cambio de época y ser abarcativo, pero también generador, de otros derechos y dotar a estos de sus respectivas garantías.

Es develador de la nueva época la gestación una nueva generación de derechos que enriquece y fortalece las anteriores y oficia de “meta garantía” de los precedentes, pero que es tributaria y resultante del proceso histórico.

Esta 4ª generación de derechos se manifiesta con mandatos constitucionales estampados en algunos textos constitucionales que resguardan el sistema democrático y el orden constitucional, tutelan derechos mínimos e indispensables para todos, preservan los derechos de las minorías de toda índole (derechos políticos con cuotas mínimas, pluralidad, diversidad, incremento de acciones positivas que protegen al “débil” o más desfavorecido, poniendo el acento en la equidad) para que adquiera reconocimiento internacional que “solo con el sistema democrático” y “dentro del orden constitucional” se efectivizan los derechos de 1ª, 2da y 3ª generación. Tal carta democrática de la ONU en el año 2000, y Carta Democrática de la OEA año 2001.

Nuevo siglo, nueva generación de derechos donde alumbra la democracia constitucional como un sistema que garantiza el resto de los derechos fundamentales.

2 LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y SUS APORTES

El sistema de gobierno que permite la “isonomía, la isocracia y la isegoría” es la democracia, como expresara Tucídides; es el gobierno que garantiza la igualdad ante la ley, igualdad de acceso a los cargos públicos, e igualdad ante las cargas públicas.

El marco histórico signó la forma de relación del sistema con el Estado; en la antigua Grecia tuvo como nexo predominante a la política, en Roma el derecho, en el medioevo a la “ideología” refiere De Cabo Martín (2014), y podemos decir que el nexo comunicante en el Estado moderno fue el poder concentrado, mientras que en el Estado contemporáneo afloraron los derechos universalmente reconocidos en una aceptable igualdad formal, pero con franca libertad, lo que diera lugar al proceso histórico antes mencionado.

Desde la irrupción del constitucionalismo fue solo en y con el sistema democrático donde produjeron los cambios institucionales que permitieron la ampliación de derechos que se da en llamar “generaciones”.

Fue siempre el sistema democrático el que permitió receptar la positivización de los derechos fundamentales y ello dio un aditamento al Estado de derecho que significó su evolución (liberal, social, y social y democrático luego). Dicho con más claridad: solo con la democracia se lograron más libertades y mejores derechos, pero la omnipotencia de las mayorías también trajo la perdición del sistema político que permitiera tales avances como lo prueba la Italia de Mussolini y la Alemania de Hitler.

El sistema político, entendido como “el conjunto coordinado e interdependiente de las ideas, normas, principios, estructuras, comportamiento y todo los demás factores y circunstancias que constituyen, caracterizan y definen el quehacer político, así como la permanente interacción que se opera entre ellos” (Linares, 1976, p. 129). La democracia, lentamente y con intermitencias, expandió sus raíces y fue también un modo de vida, ya que no puede

comprenderse tal sistema sin concebir y admitir otros valores que lo exceden. Es la democracia como forma de vida.

Este sistema político fue adoptado casi de manera universal por lo que Fayt, siguiendo a Bordeau ha llamado el tránsito de la democracia gobernada “por la democracia gobernante que expresa la voluntad del pueblo capaz de satisfacer las expectativas colectivas tomando como centro al hombre, cuyo paso fue de la democracia política a la democracia social” (Fayt, 1995, p. 378) de allí la apertura a cauces de participación inéditos para el esquema formal.

Este se manifiesta con mayor o menor calidad, con mas o menos intensidad en cuanto a su transparencia; de variable apertura en la participación y control de la actividad de los representantes, pero fue la democracia la que permitió (y permite) el ejercicio de la soberanía del pueblo a través del imperio de la ley que fueron los principios estructurantes (político y jurídico) sobre los que se edificó el estado de derecho consagrando la división de poderes, diferencia entre poder constituyente y poder constituido, la periodicidad de la funciones, responsabilidad de los gobernantes, independencia del poder judicial, legalidad administrativa, publicidad de los actos de gobierno, partiendo de la supremacía de la constitución como un principio de garantía de los derechos emergentes de tal arquitectura constitucional.

El cambio, desde los albores del constitucionalismo hasta después de la 2ª guerra mundial, fue claro: poco a poco las constituciones dejaron de ser un “estatuto del poder juridificado” donde se establecían las coordenadas del poder y ser la hoja de ruta del Estado hecha ley suprema, para recepcionar a partir del reconocimiento de más y mejores derechos, ensanchando los anteriores y recibiendo los nuevos.

Este sistema fue llamado democracia constitucional ya que es la resultante de la “democratización del constitucionalismo y los regímenes instaurados en base a ella son democracias consustancialmente unidas a la vigencia de una constitución de especial contenido” explica López (1987), que la concibe como la forma más racional y simple de institucionalizar la realidad política, comprendiendo las diferencias, aceptando la diversidad, utilizando el diálogo y el encuentro plural a través del consenso ya que duele el recuerdo de las pérdidas de las libertades y el más cruel horror del siglo XX: el holocausto es producto de la perdida de este rumbo. (p. 159).

Cierto es que la revisión al proceso de posguerra nos revela un realismo donde quedaron de manifiesto lo que Bobbio llama “las promesas incumplidas de la democracia” (Bobbio 1993), y donde se advierte el predominio de los poderes facticos sobre los poderes formales, pero fue siempre con la democracia, en la que y con la que, se pudieron producir los cambios que abrigaban las esperanzas y conquistas de la humanidad en procura de un mundo mejor.

Por ello Pérez Luño sostenía como tesis que “los derechos siguen, desde su formulación inicial para limitar al poder absoluto, tres grandes procesos, de positivación, de generalización y de internacionalización, a los que añadirá un cuarto al que llama de especificación que reconoce al hombre específico, en la especificidad de sus diferentes status sociales, tomando en consideración criterios distintos de diferenciación, el sexo, la edad, las condiciones físicas. “y resalta que la relación entre derechos humanos, democracia y paz, porque “sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos” (Bobbio, 1991, p. 9) lo que ahora se advierte con la vertiginosa transformación producida por la revolución tecnológica y científica que invade todas las esferas del conocimiento, relaciones, prácticas sociales del hombre en un mundo globalizado que dejó atrás viejas fronteras y límites.

La Declaración del milenio aprobada por la ONU en el año 2000 “recuerda que los derechos humanos son el resultado de un proceso inacabado y en permanente transformación. Emergen nuevos compromisos, necesidades y nuevos derechos, pero, sobre todo, aparece una toma de conciencia de las sociedades actuales que hacen visibles a pueblos y grupos sociales que hoy aparecen con voz a través de la emergencia de una sociedad civil internacional organizada. La Carta de Derechos Humanos Emergentes pretende ser una respuesta a los retos que se derivan de los procesos de globalización cuya naturaleza parcial y desigual excluye de sus beneficios a amplias capas de la población mundial, en particular los países subdesarrollados, pero también en los desarrollados, diseñando como marco de relación global un escenario de pobreza, violencia y exclusión” (Pérez, 2013) nacen nuevos derechos, se reconocen nuevas titularidades de los mismos, nuevas formas de ejercer su tutela ante nuevos desafíos, renovados ataques de sectores de poder que aumentan su poderío precisamente usando las bondades de esa revolución tecnológica.

El catálogo de valores, principios y derechos que se reconoce en este texto fundamental para la humanidad reivindica la carta de las Naciones Unidas como pacto, destaca la intemporalidad y vigencia de los derechos humanos conquistados, como la libertad sustancial de vivir con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia. La mejor forma de garantizar esos derechos es contar con gobiernos democráticos y participativos basados en la igualdad y la solidaridad, en el marco de la tolerancia y el respeto de la naturaleza que obliga a una responsabilidad común y compartida.

Expresa los valores la paz, la seguridad y el desarme para liberar a nuestros pueblos del flagelo de la guerra y liberar de las armas de destrucción en masa; lo que reafirma el compromiso de consolidar el respeto del imperio de la ley y se comprometen a intensificar la actividad del concierto de las naciones para asegurar este propósito, con el objetivo de poner el acento en adoptar medidas concertadas contra el terrorismo internacional y redoblar esfuerzos para luchar contra el problema mundial de la droga, e intensificar nuestra lucha contra la delincuencia transnacional como la trata y el contrabando de seres humanos y el blanqueo de dinero.

Se entiende que ello solo es posible con el desarrollo de los pueblos y la erradicación de la pobreza extrema que es una forma de sometimiento a los seres humanos, para lo cual se mencionan políticas activas y el aporte, aún pendiente, de los países más prósperos y civilizados, para erradicar la mortalidad infantil, reducir la propagación del VIH/SIDA, el flagelo del paludismo y otras enfermedades graves que afligen a la humanidad, aumentando la atención médica y de medicamentos lo que se lograra solo con la protección del ambiente común, los recursos naturales.

Para concretar estos objetivos se debe garantizar los derechos humanos, dentro del sistema democrático y en el marco del buen gobierno.

La exhortación para aplicar los principios y las prácticas de la democracia y el respeto los derechos de las minorías, luchar contra todas las formas de violencia contra la y adoptar las medidas para garantizar la tolerancia sancionando los actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en muchas sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas las sociedades, lo que solo se logra con la predica concreta de la igualdad, para lo que resulta indispensable la libertad de los medios de difusión para cumplir su indispensable función y el derecho del público a la información.

Es la democracia constitucional el sistema, soporte y fundamento del cual parten, se nutren y sostienen los nuevos derechos que emergen en esta época. La democracia se nutre y legítima, si y solo si, se respetan los derechos fundamentales, y esta realización solo puede darse en este sistema.

3 EL PROCESO DE GESTACIÓN

Cada “generación” de derechos tiene una finalidad, un propósito, una pretensión que la caracteriza y es por ello que diversas opiniones se manifiestan en distintos sentidos para señalar que no hay otra generación sino varias, que han surgido desde la 3ª etapa.

No estamos de acuerdo. Solo desde una visión singular e insular puede admitirse que por cada irrupción de un derecho determinado, por si solo, constituya una etapa que signe el cambio de época. Es menester, para ello, cambios de paradigmas para comprender que son una constelación de derechos, un verdadero archipiélago que como expresión del conjunto emerge y pone en evidencia tal situación.

Morello (1994) cree que el proceso justo como garantía de la tutela efectiva de los derechos nos devela una nueva generación de derechos (p. 88). y ello tiene que ver, a nuestro juicio con la transformación de las ciencias jurídicas, donde la internacionalización del derecho constitucional o constitucionalización del derecho por la forma de producción jurídica donde el estado nación ya no es el productor monopólico de las normas, es un dato insoslayable signado por los procesos de constitucionalización del ordenamiento jurídico (con valores, principios y normas) que obligan a una forma y modo de concebir y aplicar el derecho donde la prepotencia normativa del legislador vernáculo pierde terreno ante un juez que garantiza los derechos y con ello legitima su rol y función constitucional.

Otros autores creen encontrar en los derechos que emergen de la revolución tecnológica y científica otra generación, pero ella es consecuencia del avance de otras disciplinas que nos enriquecen y elevan la calidad de vida, pero tienen sustento en la ética que obliga a reformular, encauzar a tales derechos emergentes como expresa Bustamante Donas quien apunta que “el desarrollo social y moral del ser humano no ha sido nunca opaco al desarrollo de las realidades técnicas científicas. Dichas realidades se constituyen en condición de

posibilidad para el cambio social, la emergencia de nuevos valores, la aparición de nuevos paradigmas éticos y, en definitiva, el advenimiento de nuevas formas de organización social” puesto que hay que dar respuesta a “los nuevos derechos que son inherentes al hecho mismo del vivir en una sociedad tecnológica, las llamadas exigencias políticas de la tecnociencia” (Bustamante, 2001).

Allí convergen los derechos de acceso a la informática con igualdad y sin discriminación, uso del espacio comunicacional, a la educación en base a las nuevas tecnologías y a la autodeterminación en base a estas.

Se reconoce a la globalización y a la tecnología generadora de diferentes derechos que abarca, pero se trata de derechos ya enunciados y regulados anteriormente, sólo que redefinidos por las nuevas condiciones de la sociedad, la tecnología y la globalización. (Flóres, 2015, p.35).

El constitucionalista y teórico brasileiro Paulo Bonavides (2008) sostiene que la democracia, el pluralismo y el derecho a la información constituyen una 4ª generación de derechos pero que asistimos a una 5ª generación donde emerge el derecho fundamental a la paz dando otra dimensión a los derechos fundamentales. (p. 571).

Creemos que ello es consecuencia, no causa de la irrupción de nuevos derechos, pues en la armonía entre democracia y constitución se encuentra el reconocimiento de esta nueva generación (y dimensión) de los derechos fundamentales. Se parte de la democracia como el sistema caracterizado como un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos (reglas de juego) deben servir para tomar decisiones colectivas, las decisiones que interesan a toda la colectividad, con el máximo de consenso y el mínimo de violencia” (Bobbio, 2003, pp. 459-460) pero quienes estén llamados a decidir deben respetar alternativas reales para que la sociedad esté en condiciones de elegir entre una alternativa y otra en base al respeto a la autonomía de la persona, a su libertad, de ello se colige que se debe respetar a la minoría, y ello es límite infranqueable para la mayoría (territorio inexpugnable) ya que esta puede ser, mediante la alternativa, alternancia y virar de minoría a mayoría. Estas reglas se deben respetar siempre.

Es el fundamento para pasar de la democracia formal a la democracia sustancial que manifiesta con el estricto respeto a los derechos fundamentales que toda sociedad, a través de su constitución, reconoce a los individuos generando vínculos tanto negativos como positivos impuestos por el sistema democrático de base constitucional.

Los vínculos generados por los derechos de libertad son aquellos que ninguna mayoría puede restringir o excluir, y otros derechos fundamentales generan una segunda obligación, que constriñe y condiciona a los poderes constituidos a cumplir, sobre todo, en el ámbito de los derechos sociales, generando una esfera intocable, inderogable, no sujeta a condición que es la “esfera de lo indecible” (Ferrajoli, 2006) que es propio del Estado constitucional de derecho, donde los gobiernos solo se legitiman cuando respetan, cumplen y satisfacen los derechos fundamentales.

Es imperativo asegurar este funcionamiento y sus garantías; que se manifiestan, en principio de manera positiva y negativa, pues “son dos caras de una misma moneda y se corresponden con la doble naturaleza de los derechos fundamentales constitucionales: como expectativas negativas y como expectativas positivas. Las garantías negativas consisten en la prohibición de derogar; las garantías positivas en la obligación de aplicar lo que las normas constitucionales disponen. Las garantías constitucionales negativas, es decir, las que consisten en prohibiciones, tienen que ver con la inderogabilidad de la Constitución por parte del legislador ordinario y procuran impedirle la producción de normas contrarias a ella.

Para ello el estado cuenta con “garantías primarias” las que establece el propio ordenamiento jurídico para asegurar su cumplimiento en caso de violaciones u omisiones, y “garantías secundarias” donde se revaloriza la actuación del juez constitucional que legitima su función, en el marco de la democracia constitucional, cuando manda satisfacer los derechos inalienables e indisponibles, al margen de la voluntad de las mayorías circunstanciales.

La clave del funcionamiento del sistema es el llamado garantismo, que apareció como una expresión de tutela en los procesos penales para extender su égida a toda controversia sobre los derechos fundamentales cualquiera sea el ámbito de discusión ya que los “representantes” ceden el poder casi omnímodo de otrora para reconocer al soberano y así se pone límites al abuso, la opacidad y hasta la felonía de los mandatarios públicos que deben

seguir el orden impuesto constitucionalmente a su accionar como un modo concreto de efectivizar su legitimación democrática (Ferrajoli, 2010, p. 60).

El sistema democrático a través de las garantías encuentra entonces su mecanismo de retroalimentación ya que es un modo y forma de satisfacer los derechos fundamentales de toda sociedad democrática. Lo contrario es una conformación autocrática. El mayor grado de insatisfacción genera el cambio de gobierno y de sus representantes.

Se requiere el cumplimiento de las reglas mínimas que satisfagan la libertad e igualdad que son las bases de la democracia constitucional para lo cual se deben abrir las esclusas de la participación y control a fin de sortear los flagelos que pueden debilitar el sistema o tornarlo defectuoso. Es imprescindible lograr “la adecuada representación de intereses, vedar la influencia indebida de los intereses económicos, la ausencia de obstáculos indebidos para la participación de los individuos, impedir la intromisión injustificada del poder político en la opinión pública, imparcialidad de los tribunales, lograr la equidad y la no discriminación en las relaciones económicas y sociales, y la efectividad de la rendición de cuentas de los funcionarios ante los ciudadanos” dice Greppi (2012) para evitar el desencanto o el malestar con el sistema, ya que así como se lo conquistó, se lo puede perder. (p. 22).

Las cartas constitucionales, como forma de concretar el derecho, generan estas “instituciones de seguridad creadas en favor de las personas con el objeto de que dispongan del medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho” (Bidart, 1999) y como señalamos en otro lugar (Aquino, 2017, p. 83), este itinerario de la 4ª generación de derechos, para nosotros, empieza cuando se amplían los derechos con otro capítulo en el texto constitucional, se estampa la defensa del orden constitucional y la protección del sistema democrático y su defensa reconociendo su mecanismo de ultraactividad en caso de suspensión, de evitar su vigencia y alteración por violencias y consagrando la resistencia a la opresión al mismo tiempo que se amplía el espectro de los delitos calificados como “traición a la patria” a los que se anexa delito de enriquecimiento ilícito que pueda cometer un funcionario público en el ejercicio de su función.

Nuestra reforma constitucional, como expresión de aquel tiempo en 1994, deja como tres ejes fundamentales que evidencian

un verdadero giro copernicano en la conjunción indisoluble de democracia y constitución para comprender los tiempos actuales: 1° el reconocimiento de los instrumentos internacionales a los que se adopta con la misma jerarquía que la constitución nacional con lo que se refuerzan y fortalecen los derechos y garantías ya reconocidos generando un bloque constitucional, 2° un capítulo de “nuevos derechos y garantías” que nos pone en sintonía con los derechos de 3ª generación (y para nosotros es la base de los derechos de 4ª generación) y en 3er lugar nuevos sistemas de control a lo que se suma la modificación sobre los poderes constituidos.

El proceso emancipatorio de las tutelas autoritarias y autocráticas se empezó en el año 1983 y bien pueden señalarse hitos que hicieron se cumpla el art.29 de la C. Nacional, el que siempre fue objeto de mutación por sustracción de su vigencia y efectividad por hechos de fuerza. Único ejemplo en el mundo donde la autoridad democrática con la sola fuerza de la legitimidad popular pudo llevar adelante la epopeya de consagrar este sistema para siempre.

La defensa del sistema rápidamente tuvo respuesta en la ley 23077 llamada de defensa de la democracia que modifico el C. Penal, con capítulo de normas procesales; la ley N 23049 que modifico el Código de Justicia militar puso la nota de igualdad ante la ley y termino con irritantes privilegios; se derogo la Ley 22.924, de “Pacificación Nacional” (llamada de autoamnistía) y se juzgó a las cúpulas militares y terroristas acto inédito en el mundo que termino con la crisis pendular de gobiernos democráticos (débiles y condicionados) que permitían irrupciones dictatoriales supuestamente fuertes.

Fue auspicioso de aquel gobierno adoptara los tratados más importantes de derechos humanos para dar amplitud y mayor fundamento a la incipiente democracia.

Este proceso de transición democrática se consolidó con la reforma constitucional de 1994 ya que en el art.36 “emerge la democracia como valor constitucional formalmente enunciada y elemento esencial de gobierno establecido” (García, 2008, p. 101) en el sistema que sorteo la fuerte crisis del año 2000, y todo indica, por suerte, que el sistema instituido vino a quedarse ya que se ampliaron derechos.

Otro hecho que consolido el sistema democrático fueron la anulación de las leyes de obediencia debida y del punto final para no

resignar la búsqueda de verdad y justicia (año 2003) a lo que se sumó la declaración de inconstitucionalidad de dichas normas por la CSJN en el año 2005.

4 LOS DERECHOS EMERGENTES

La tolerancia encuentra tutela en la ley antidiscriminación 23592, más tarde la creación del INADI (ley 24515) entre tantos marcan un derrotero seguido en este sentido.

En cuanto a la familia, desde el divorcio vincular (ley 23515), la patria potestad compartida que impedía el viejo código civil (ley 23264) a la ley de matrimonio igualitario (26618) fertilización asistida (26862) y la protección a la mujer en todos sus ámbitos que va desde la reforma al código penal hasta la ley contra la trata de personas (26.364 y su modificación 26842) son paulatinas conquistas en esta materia.

Lo mismo se dio con la participación igualitaria de la mujer (art.37 de la Constitución. Nacional) pero que tuvo su reconocimiento con la ley 24012 (luego reformada por ley 27412) que modificó el C.Electoral nacional y ley orgánica de partidos políticos. Nunca más acertado el propósito de la discriminación inversa o positiva para comenzar a terminar con un resabio cultural autoritario y machista propio de las autocracias.

Este proceso encuentra en el nuevo código unificado en materia civil y comercial que se reclamaba desde muchos años con la ley 26994 donde queda en evidencia este cambio de épocas, pues incluye nuevas regulaciones en materia de matrimonio, divorcio, contratos prenupciales, fertilización asistida y nuevas formas de propiedad colectiva, protección al consumidor etc; al mismo tiempo que se procura un nuevo código procesal penal (ley 27063) pero suspendida su vigencia, mientras que una comisión elaboró un proyecto de código penal que sustituyera al de 1921.

La protección ambiental con diversas leyes 25.675, 25.688, 25612, 25679, nos brindan un panorama de un verdadero estado ecológico de derecho³. También la protección al consumidor con las leyes 24240, 25156 (defensa de la competencia) y 22802(lealtad

³ Ver Quiroga Lavie, Humberto "El estado ecológico de derecho en la Constitución" LA LEY 1996-B- 950

comercial) y luego la ley 26361, dieron cumplimiento a los mandatos de los arts.41 y 42 de la C. Nacional.

Es manifiesto y notorio el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico reconociendo plenamente los derechos y sus garantías como describe Guastini (2010)

La libertad de prensa, como libertad preferida se ve robustecida cuando se integra a un derecho que la comprende como es el derecho a la información con lo que la democratización se amplía, con la pluralidad y obliga a la objetividad y a la verdad. Entonces el derecho es “bifronte”. (p. 355).

La distribución de la riqueza, las políticas de inclusión y las políticas sociales como formas de combatir la pobreza, también fueron objeto de atención, mas allá de los resultados .Ello requiere que se mejore y perfeccione el sistema para lograr la igualdad real de oportunidades puesto que “el empleo del poder político para ganar acceso a otros bienes es de uso tiránico”explica Walzer (2015) siguiendo a los clásicos, ya que “el libre intercambio (de bienes y servicios) palmariamente abierto no garantiza ningún resultado distributivo en particular” (p. 34). El estado cumple su rol allí, y ello solo es posible en un sistema democrático de base constitucional que puede aunar calidad de vida y calidad institucional.

Este contexto de nuevos derechos se afirmó en un proceso de integración de América Latina donde los países atravesaron procesos de transición y consolidación democrática, de distinta índole y variada intensidad, y el llamado Mercosur esta para quedarse. Pero el hito más importante es que los países de esta zona del planeta suscribieron la carta democrática de la OEA el 11 de septiembre del 2001, aprobada en Lima, Perú, que para la región tiene una importancia superlativa.

No solo se consolidan instituciones como la Comisión Americana de los Derechos Humanos, la Corte IDH, sino que en 28 artículos se ratifica la democracia y el sistema interamericano, como marco de realización de los derechos humanos. Se reconoce que es único sistema sobre el cual se puede lograr el desarrollo y el combate a la pobreza, y se establecen mecanismos para fortalecer y preservar la institucionalidad democrática para lo cual se establecen

mecanismos de garantías para los eventos electorales y el compromiso de la promoción de la cultura democrática.

El paso de la democracia formal a la democracia sustancial en cuanto al sistema capaz de dotar y garantizar los derechos fundamentales se traslada del plano normativo al plano factico de las realizaciones.

La democracia como sistema político se traslada a la esfera normativa pues se concreta en su respeto y subordinación a la Constitución rígidamente establecida y que mantiene su vigencia y efectividad. Ésta democracia sustancial se nutre de la formal pero solo se realiza si satisface los derechos fundamentales de los ciudadanos, para lo cual la efectividad del sistema reposa claramente en las garantías que la misma, y la legislación establece.

El garantismo ofrece así el reaseguro del funcionamiento mismo del sistema, ya que no hay derechos sin garantías en esta democracia constitucional.

El proceso del cual fluyen y emanan derechos no solo se advierte en el plano normativo e institucional, sino que se expresa en el plano de la abstracción de las ideas que sustentan los procesos políticos, así la soberanía, expresión modal del poder que expresa la potestad estatal nacional ya no tiene su justificación en la “representación del pueblo” como lo expresara Sieyes, sino en que el titular de la soberanía, el pueblo tiene una parte alícuota del mismo y que son sus derechos fundamentales que están exentos de modificación, supresión, lesión de las mayorías, más inclinado a la postura de Rousseau. La soberanía es la suma de las partes alícuotas de los derechos fundamentales de cada uno de los ciudadanos, como expresa ferrajoli (2014).

El concepto clásico de soberanía ha sido superado. La concepción de Estado cerrado se constata en la pérdida del carácter omnicomprensivo en el ámbito del derecho constitucional. (p. 81). Es un proceso vinculado a la globalización y a la creciente interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional como predica Carbonell (2003).

Claro que esto, en el marco de la globalización, implica nuevos desafíos, nuevos problemas, que pueden menoscabar o restringir los derechos fundamentales, sobre todo en los países con menores recursos y que gozan de menor calidad institucional. (p. 1-16).

5 LOS PROBLEMAS

Los grandes flagelos emergen como amenazas sobre los sistemas de democracia constitucional que respetan estos derechos fundamentales y encuentran en las garantías la forma de su efectivización a los que pasamos revista:

- A) El gran poder económico de los estados más fuertes y las empresas transnacionales que hacen prevalecer su poderío económico que parece no respetar límites y fronteras legales ni parámetros éticos.
- B) Esto trae aparejados problemas sobre los recursos naturales (medio ambiente) sobre todo de las zonas con menor capacidad de protección de los mismos. La depredación es salvaje y pone en peligro el hábitat actual y futuro.
- C) El terrorismo como una forma delictiva e inhumana de pretender imponer una creencia política y religiosa que desnuda la falta de sensibilidad y que puede generar caos y daños colectivos incommensurables pero que es una invitación, cuando no excusa, para una cultura propia del populismo penal que se expresa a través del derecho penal simbólico con alta inflación legislativa pero que se justifica solo con la aplicación de sanciones sobre los estratos más bajos de la población.
- D) Lo dicho anteriormente debe tenerse presente para encontrar el motivo de una alianza espuria entre “representación (infidel) de la sociedad con algún sector de la misma, empresario venal, sea nacional o extranjero, que mediante hechos de corrupción sustraen los dineros públicos que deben estar destinados a concretar las “garantías positivas” esto es la prestación de servicios o satisfacción de derechos sociales para concretar la igualdad real o material que señalan los arts. 16 y 14 bis de la C. N y que esta obliga cumplir al congreso (art. 75 incisos 19 y 23 entre otros) La lucha contra la corrupción debe dejar de ser una consigna vacía, el lugar común carente de concreciones, o la muletilla utilizada para cargar de culpas de un sector a otro. Debe ser una política de estado sabiendo que el

sistema control es el comienzo y fin del mismo sistema republicano. Este modelo de democracia constitucional no reniega, sino que lo enaltece.

- E) La posverdad y la posdemocracia: son muletillas que socaban a los procesos constitucionales. La pérdida de finalidad la verdad jurídica objetiva como principio cardinal de los mismos, por un lado, como a todo el sistema que se nutre de legalidad y verdad como elementos legitimante de la democracia constitucional es grave pues pasan a segundo plano; cuando en verdad, son la base y sustento del sistema.

La posverdad hace que el hecho sea verosímil (aunque no verdadero) para que fácilmente, sin ponderar cuanto y en qué manera, se lesiona el derecho fundamental a una persona. La posdemocracia hace que se cedan espacios a la tecnología, la tecnoburocracia y a las decisiones circunstanciales de las mayorías en el proceso de legitimidad de medios (no de resultados y menos de fines) en la adopción de decisiones estatales. De “post” no tiene nada en realidad son prácticas del medioevo traducidas a una sociedad cibernética que no puede desconocer los valores, los principios y las normas fundamentales que informan y sostienen la democracia constitucional.

6 EL DESAFÍO

Con un repaso del proceso y evolución del constitucionalismo está claro que esta nueva generación de derechos es tributaria del modelo de democracia constitucional que impone límites al ejercicio de las mayorías circunstanciales, respeto escrupuloso por los derechos humanos, satisfacción de los derechos fundamentales que encuentra el reaseguro del funcionamiento en las garantías que emergen de nuestro bloque constitucional federal.

Impone ello la conducta de preservar las conquistas, asegurar el funcionamiento del propio sistema y una actitud de alerta profunda exigiendo que los principios de igualdad, equidad, en el marco de la libertad, con tolerancia reconocida por una sociedad plural que articula consensos y con ello encuentra sus denominadores comunes de una deliberación anterior que la precede, tiene una base sustancial, común, ya indiscutida: el cumplimiento y la vigencia de la

C. Nacional. Y nos coloca en la obligación de dar cumplimiento a una apertura en los canales de participación, articulación de acciones que hagan al ciudadano responsable de su parte alícuota de la soberanía (sobre todo la popular) y que no descansen la defensa “solo en la resistencia a la opresión” como estipula el art.36 de la C. Nacional, sino en el mandato de “armarse en defensa de la patria” y tal mandato en la interpretación dinámica de estos derechos de 4ª generación deben entenderse con acciones populares que ante hechos que pongan en vilo, peligro o la propia existencia del sistema democrático y el orden constitucional, sean los ciudadanos quienes tengan plena y total legitimidad para efectuar los reclamos y llevar las acciones judiciales ante todo ámbito jurisdiccional (civil o penal) y la legislación adjetiva todavía no le da tal potestad al hombre común que es el titular de la parte alícuota de la soberanía.

No hay arma más útil y efectiva que el derecho. No hay causas más nobles que la defensa del conjunto y, sobre todo, de los sectores más débiles.

No puede la defensa del sistema recaer “solo” en el ministerio público (art.120 C. N y leyes reglamentarias 24.946, 27.148) ya que las disposiciones reglamentarias trasladan el centro de gravedad del ejercicio de la potestad soberana (en estas cuestiones) en una representación indirecta de poca base de legitimidad, y al titular de una parte alícuota de dicha potestad soberana lo deja sin capacidad de postulación procesal para articular la defensa del orden constitucional.

Advertido de los cambios culturales y políticos es que se comprende a este fenómeno como derechos de cuarta generación sobre la base de los conceptos de transparencia, de seguridad y de protección de usuarios y consumidores. Es como si desde adentro de los derechos de 3ª generación, se hubiese traspulado los nuevos derechos “transpersonales” y “transnacionales” por ser absolutamente de todos y por importar una tutela, jamás ejercida con tanta sensibilidad, para con los órganos del estado que administran los bienes públicos” explica Mikkelsen Löth (2001, p. 22).

Más allá de los problemas que imponen nuevos desafíos y obligan a renovadas acciones, sin dudas que estamos transitando un escenario de una nueva generación de derechos que surge de la democracia constitucional que se debe fortalecer para que cada vez el hombre sea más humano.

Creemos, que la limitación del art. 22 de la C. Nacional, donde el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes debe interpretarse de manera dinámica y armónica con el art.36 en función del art.29 de nuestro máximo texto constitucional.

Cierto es, como explica con impecable prosa Sagües (2017) que “del texto constitucional solo surge el habeas corpus como acción popular” pero lo que se atribuye como riesgo sistémico para permitir su ampliación y total reconocimiento en el caso encuentra total fundamento ya que el ciudadano ejercerá el derecho a que el sistema democrático no se menoscabe y que el orden constitucional no se altere ya que la resistencia a la opresión debe ser la última ratio para ejercer la defensa del mismo.

Como bien se señala el orden infraconstitucional por imperio del art. 41(defensa del medio ambiente) mediante la legislación infraconstitucional reconoce al amparo ambiental (art.30 ley 25675), se admiten acciones “cuasi populares” como amparos colectivos, las acciones de clase reconocidas de manera pretoriana (Halabi).

Pero también emerge desde la legislación infraconstitucional una verdadera acción popular en defensa de la participación y el sistema democrático el amparo electoral previsto en el art. 10 de la ley 9.945 C.E.N⁴.

Basterra (2005) sostiene que el hábeas corpus y el debido proceso son garantías de primera generación, en tanto el amparo sería una garantía de segunda generación y el hábeas data y amparo colectivo serían garantías de tercera generación; fundamentando tal clasificación en la aparición cronológica de tales remedios procesales. (p. 141).

Siguiendo este señalamiento entendemos que los arts.1, 21,33,36 de la Constitución Nacional y los principios emergentes (pro actione y pro homine art.29) de la CADH nos llevan a inferir que debe receptarse una acción popular que en tribunales pueda hacer efectiva la defensa del orden constitucional y el sistema democrático y no dejar en manos exclusiva la misión de custodia y control de los

⁴ Ver en Pérez Corti, José María en Derecho Electoral Argentino. Nociones, 3ª ed., Advocatus, Córdoba, 2016, cap. VII y lo define como “una garantía contemplada en la legislación electoral específica y contenida en los denominados códigos electorales, teniendo por objeto la tutela efectiva del ejercicio pleno del derecho de sufragio en el marco de un acto comicial estadual.

misimos a los representantes ya que el temor, la felonía, pueden ser pasiones que impidan la defensa de un derecho que es de todos y no le pertenece a nadie con exclusividad, y que emerge como expresión garantística de los derechos de 4ª generación.

En materia penal los delitos contra el orden constitucional y el sistema democrático que fueron receptados por la ley 23.077 satisface el mandato constitucional del art.36, mas no el art. 268(2) que fuera instituido por ley 16.648 y luego modificado por la 25.188, pues está dentro de los delitos contra la administración cuando claramente el art.36 señala que el “bien jurídico constitucional” de esta acción configura un delito contra el orden constitucional y el sistema democrático.⁵

La propuesta de reforma del Código Penal elaborada por la comisión de juristas presidida por el Dr Zaffaroni mantiene esta situación.

El Código Procesal penal instituido por ley 27063 no permite que un ciudadano sea considerado victima en estos tipos delictivos e impide la participación como querellante conjunto.

Estas son algunas de las asignaturas pendientes que los inquilinos de los poderes constituidos le adeudan a los ciudadanos y están en mora con el mandato constitucional para “empoderar” al ciudadano que también tiene la obligación de custodiar el orden constitucional y sistema democrático, ya que a diferencia de las garantías emergentes en cada generación de derechos, en esta 4ª generación, la democracia constitucional oficia de “meta garantía” sobre la cual, como sistema mismo, descansan, reciben y satisfacen el resto de derechos y garantías que emergen del texto constitucional y otras leyes.

Mantener esta omisión es transitar el camino de la “desconstitucionalización” (Sagüés, 2010, p. 97) “pues es imperioso lograr el mínimo de universalismo que garantice el mutuo entendimiento, que no es enemiga de las diferencias, es saber “cómo seguir” ante otros y con otros que tienen el derecho de hacerlo de

⁵ Ver en “Aquino Britos, Armando Rafael “Derecho penal constitucional de la traición a la patria” Ed Contexto Resistencia 2017 (allí planteamos la forma de canalizar estas acciones pag. 285 y sig ya que otros países receptan este mandato constitucional como acción popular)

manera diferente que es condición “sine qua non” de las comunidades soberanas” dice Bauman (2011)

Por ello entendemos que dotar de capacidad de postulación en el ejercicio de la defensa del orden constitucional y el sistema democrático, a cualquier ciudadano es un modo y forma de la aplicación viva de la constitución, la que “no se necesita de ley o de reglamentación alguna para admitir su aplicación”. (p. 211).

Es auspicioso que la CSJN haya considerado que “En estas situaciones excepcionalsimas, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés 'especial' o 'directo'. Ello es así ya que, cuando están en juego las propias reglas constitucionales 'no cabe hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la preservación de la fuente de todo derecho. Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé' (Fallos: 317:335 y 313:594) considerando 9^o6 dándole a la acción directa de inconstitucionalidad este mecanismo apto para la defensa del orden constitucional y el sistema democrático.

⁶ CSJN fallo del 14/04/2015 en causa C22.XLV Recurso de hecho Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro s/ inconstitucionalidad).

INCLUSÃO SOCIAL ATRAVÉS DAS INTERVENÇÕES ASSISTIDAS POR ANIMAIS (TAA)

Aciane Grolli Carvalho¹

Erika Zanoni Fagundes Cunha²

Sthephani Prestes de Castro³

Sumario: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento.
3. Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

A inclusão social tem se consagrado no mundo ocidental, especialmente a partir da década de 1980, como lema impulsionador de importantes movimentos sociais e ações políticas. Na Europa e nos Estados Unidos da América, já nos anos 1970, a inclusão social das pessoas com deficiência figurava entre os direitos sociais básicos expressos em importantes documentos legais e normativos. Gradativamente as sociedades democráticas vêm divulgando, discutindo e defendendo a inclusão como direito de todos em relação aos diversos espaços sociais. (Mazzota e D'antino, 2011).

¹ Bacharel em Enfermagem pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - CESCAGE, graduanda em Medicina Veterinária pela mesma Instituição.

² Doutoranda em Zoologia (UFPR), mestrado em ciências veterinárias pela Universidade Federal do Paraná (2005) e graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Federal do Paraná (2003). Atualmente é diretora do Hospital Veterinário do Centro de Ensino dos Campos Gerais (CESCAGE).

³ Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - CESCAGE, graduanda em Medicina Veterinária pela mesma Instituição.

Acompanhando a tendência mundial de inclusão do desigual na sociedade, o Governo Brasileiro sancionou a Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispondo sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE) que teve como principal objetivo o apoio às pessoas portadoras de necessidades especiais e sua integração, apontando a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos, delimitando a atuação do Ministério Público e crimes decorrentes (Freitas 2006).

Regulamentando a lei em questão, foi publicado o Decreto 914, de 06/12/93, posteriormente, revogado pelo atual Decreto 3298/99, que instituiu a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência. Assim como a lei em comento, a instituição dessa política objetivou assegurar o pleno exercício dos direitos sociais e individuais daquelas pessoas. Da leitura dos textos legais, acima identificados, depreende-se que todo o conteúdo do direito à integração das pessoas portadoras de deficiência, se encontra no campo das liberdades positivas que requerem prestações a serem desenvolvidas pelo Estado, para a sua concretização (liberdades positivas). (Ribeiro, 2002)

Movimentos nacionais e internacionais têm buscado o consenso para a formatação de uma política de integração e de educação inclusiva, sendo que o seu ápice foi a Conferência Mundial de Educação Especial, que contou com a participação de 88 países e 25 organizações internacionais, em assembleia geral, na cidade de Salamanca, na Espanha, em junho de 1994. Este evento teve como culminância a "Declaração de Salamanca" (Maciel, 2000)

Com base nessa evolução social e normativa acima citadas originaram parâmetros éticos e sociais na vigente Constituição Federal do Brasil, para Lima e Dantas (2013), a Constituição de 1988 traz parâmetros éticos e sociais que devem ser atendidos pela sociedade e pelos aplicadores do direito para efetivação de seus princípios e objetivos fundamentais. Neste sentido tanto a Declaração de Direitos Humanos da ONU, quanto os documentos posteriores, e portanto, a Convenção de Direitos das Pessoas Com Deficiência ajudam a constituir a base ética que permeia a Constituição, da qual o resultado é a Cidadania.

Os estudos sobre a terapia assistida por animais (TAA) têm demonstrado muitos resultados positivos para o tratamento de pessoas com deficiência. Tal atividade consiste na utilização de animais como instrumentos facilitadores de abordagem e de

estabelecimento de terapias de pacientes, tais como aqueles com necessidades especiais, crianças com distúrbios cognitivos ou emocionais e idosos (Dotti, 2005). A TAA tem demonstrado grande utilidade por trazer benefícios emocionais e espirituais, tanto para os pacientes e familiares, quanto para a equipe de saúde, pois ajuda a reduzir o estresse da situação de doença. O uso de animais nestas situações traz um apelo à humanização do tratamento, por ajudar a descontraír o ambiente (Bussoti, 2006).

Na TAA o animal deve ser devidamente treinado e atender aos critérios necessários, sob a supervisão de profissionais da saúde devidamente habilitados e capacitados se torna parte integrante do processo de tratamento (Civita, 2008). O uso de animais possibilita aos profissionais de saúde e educação novas perspectivas em termos de recursos auxiliares, obtendo sucesso até nos casos onde métodos tradicionais falharam. (Flôres, 2009).

O objetivo é oferecer às pessoas com deficiência, de uma instituição especial em Ponta Grossa-PR, o acesso a uma terapia alternativa, através da construção de laços de afetividade entre criança, animal e acadêmicos do curso de medicina veterinária, com o intuito de facilitar os trabalhos de reabilitação fisioterapêutica.

2 DESENVOLVIMENTO

Participaram do projeto dez adultos com deficiência mental, de ambos os gêneros, com idade entre 30 e 56 anos em atendimentos terapêuticos de reabilitação com TAA complementar que não apresentam alergia à pelo ou fobia a animais (Figura 1).



Crêterios de inclusão dos pacientes no grupo de terapia:

- Adultos com atraso de linguagem (oral), que demonstrem interesse e motivação mediante contato com animal, com comportamento tímido e/ou retraídas e com problema de autoestima, supostamente relacionado à história de sua deficiência. Estas são pré-selecionadas pela assistente social e pela pedagoga da instituição, por estas terem conhecimento da história de cada criança e de suas dificuldades.

O critério de exclusão:

- Não aceitação do animal como co-terapeuta ou distúrbios graves da fala, que requerem atendimento individual ou problemas psicológico-psiquiátricos que envolvam o encaminhamento para outros profissionais da saúde.
- Pacientes com imunossupressão acentuada.

- Pacientes alérgicos.

A Terapia assistida por animais foi semanal. Era o esperado um aumento na demonstração de emoções positivas (riso, satisfação) e diminuição das negativas (medo, insegurança); melhora na comunicação verbal e não verbal dos pacientes. Além destas condutas, obter facilitação de movimentos ativos funcionais e melhora na postura. Avaliações durante oito semanas.

Os animais utilizados foram: porquinho da índia (*Cavia porcellus*), gato (*Felis catus*) e cachorro (*Canis lupus familiaris*). Os animais selecionados foram avaliados com base nos critérios sanitários estabelecidos pela médica veterinária responsável. O bem-estar dos animais também foi priorizada, assim como, a busca pelo respeito e cumprimento das cinco liberdades preconizadas pelo conselho de bem-estar animal, sendo elas:

- Livre de fome e sede;
- Livre de desconforto;
- Livre de dor, lesões e doenças;
- Livre para expressar seu comportamento normal;
- Livre de medo e estresse.

O trabalho foi realizado pelo período máximo de 1 hora, tendo água à disposição, cama e brinquedos específicos. E os animais serão de propriedade dos participantes e/ou de voluntários do projeto. Os materiais utilizados nas sessões terapêuticas foram: pente, cama e bebedor de água para animais; alimentos, ração e petiscos. A câmera digital fotográfica/filmadora também será utilizada durante as sessões para coletados dados. Os resultados foram divulgados por meio de pesquisas acadêmicas baseada em dados científicos das literaturas existentes, e na análise dos dados observados pelos pesquisadores durante a execução do projeto.

Os resultados das expressões estão demonstrados na tabela 1. O observador era convidado a anotar se houve emoção positiva (representada pelo número 1) ou se não houve (representada pelo 0).

TABELA 1 - EXPRESSÕES DE EMOÇÕES DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL NAS SESSÕES DE TERAPIA ASSISTIDAS POR ANIMAIS X

Assistidos	Expressão verbal espontânea	Alegria	Motivação
Miguel			
Maria Ivete	0	1	1
José Carlos	1	1	1
Jonatas	1	1	1
Icleia	0	1	1
Rosimeire	1	1	1
Jeferson	0	1	1
Israel	1	0	0
Raquel	1	1	1
Silvana	1	1	1

Assistidos	Expressão verbal espontânea	Alegria	Motivação
Miguel	1	1	1
Maria Ivete	1	1	1
José Carlos	1	1	1
Jonatas	1	1	1
Icleia	0	1	1
Rosimeire	1	1	1
Jeferson	0	1	1
Israel	0	0	0
Raquel	1	1	1
Silvana	1	1	1

Assistidos	Expressão verbal espontânea	Alegria	Motivação
Miguel	1	1	1
Maria Ivete	1	1	1
José Carlos			
Jonatas	1	1	0
Icleia	1	0	1

Rosimeire	1	1	1
Jeferson			
Israel			
Raquel			
Silvana	1	1	1

Assistidos	Expressão verbal espontânea	Alegria	Motivação
Miguel	1	1	1
Maria Ivete	1	1	1
José Carlos			
Jonatas	1	1	1
Icleia	1	0	1
Rosimeire	1	0	1
Jeferson	1	1	1
Israel			
Raquel	1	1	1
Silvana	1	1	1

Assistidos	Expressão verbal espontânea	Alegria	Motivação
Miguel	1	1	1
Maria Ivete	1	1	1
José Carlos			
Jonatas	1	1	0
Icleia	1	0	1
Rosimeire	1	1	1
Jeferson			
Israel			
Raquel			
Silvana	1	1	1

Assistidos	Expressão verbal espontânea	Alegria	Motivação
Miguel	1	1	1
Maria Ivete	1	1	1
José Carlos	1	1	1
Jonatas	1	1	0
Icleia	1	0	1
Rosimeire	1	1	1
Jeferson			
Israel			
Raquel			
Silvana	1	1	1

Assistidos	Expressão verbal espontânea	Alegria	Motivação
Miguel	1	1	1
Maria Ivete	1	1	1
José Carlos			
Jonatas	1	1	0
Icleia	1	0	0
Rosimeire	1	0	0
Jeferson	1	1	1
Israel			
Raquel			
Silvana	1	1	1

Durante as sessões foram observadas manifestações de alegria em 83% dos participantes avaliados. Em 84,9 % dos casos, os pacientes demonstraram motivação em participar das sessões. Os participantes expressaram vocalizações em 86,8% dos casos em resposta ao estímulo animal.

Os animais possuem necessidades emocionais como nós seres humanos. Quando os mantemos com restrições de oportunidades de execução dos comportamentos normais para a espécie, observamos desordens comportamentais e problemas

graves relacionados ao medo e à ansiedade. Segundo Broom & Molento (2004) o bem estar animal é a tentativa de um indivíduo de se relacionar com o ambiente. Se o animal não pode manifestar sua motivação interna, seu bem estar está comprometido. Animais sociais.

Artificialmente confinados apresentam frequentemente, quando comparados aos exemplares vivendo em seu ambiente natural, comportamentos patológicos no que diz respeito a seu desenvolvimento e emocional (Durham, 2003). O estresse é uma resposta biocomportamental do organismo diante de qualquer desafio (estressor) capaz de perturbar a homeostase a ponto de danificar a regulação da resposta, sendo inerente a todos os seres vivos (Sgai, 2010).

Vários conteúdos foram explorados durante o projetos, tais como:

- Fundamentos comportamentais: as bases do comportamento dos animais utilizados, foram estudadas para a identificação dos possíveis sinais de estresse e distúrbios de comportamento.
- Medo, ansiedade e o sofrimento: conhecimento de “comportamentos deslocados” ou estereotípias em que essas situações ficavam evidentes.
- Mecanismos do estresse: estudos acerca de todo mecanismo neuroendócrino que envolve o estresse.
- Transporte de animais de pequeno e médio porte - cães e gatos: como esses animais eram transportados até as escolas para as sessões, o conhecimento de mecanismos para minimizar o estresse provocado pelo transporte se fez necessário.
- Avaliação do bem-estar animal: aprender a avaliar e transportar para uma escala o bem estar animal.
- Cinco liberdades que regem o bem estar animal: estudo e aplicabilidade na prática.
- Senciência: a capacidade de sentir é uma discussão muito atual em nossa sociedade e que cada vez mais tenta mudar os hábitos para minimizar o sofrimento animal. Dor: discussão sobre a relevância da dor nos animais. Desconforto: sinais e prejuízos causados. 8- Indicadores de bem-estar animal a. Indicadores

comportamentais de estresse (sinais de estresse através das reações posturais e de locomoção)

3 CONCLUSÕES

Pode-se concluir, com as observações que a presença de animais no processo terapêutico (TAA) parece ser um preditor forte de motivação para a manifestação de emoções nesse grupo de crianças e idosos.



Parte IV

CUESTIONES POLÍTICO-SOCIALES

NECESIDAD DE PROMOVER MODELOS DE ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL FRENTE A REGÍMENES AUTOCRÁTICOS

Oreana Díaz Sánchez¹

Sumario: 1. Introducción. 2. La dignidad humana frente al desafío de los regímenes autocráticos. 3. La necesidad política y el respeto a la persona humana. 4. La acción cívica, la participación ciudadana y la defensa de los Derechos Humanos. 5. Las Organizaciones No Gubernamentales y Observatorios de Derechos Humanos como mecanismos de defensa y protección de derechos. 6. Conclusiones.

¹ Abogada por la Universidad de Margarita Venezuela, con estudios en Derecho Procesal Civil por la misma casa de estudios, en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Monteávila Venezuela y en Derechos Humanos y Derechos Humanitario según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la Red Latinoamericana para la Investigación de los Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Argentina-Actualidad). Miembro del Equipo Internacional de Investigadores y Docentes del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica Latin Iuris, Ecuador, Directora General del Observatorio de Derechos y Dignidad Humana (Venezuela), Coordinadora Académica del Centro de Investigación y Promoción de Cultura Jurídica (Venezuela).

1 INTRODUCCIÓN

Venezuela registra en la actualidad una serie de fenómenos, que han sido catalogados por organismos nacionales e internacionales, como la ruptura del orden constitucional, la pérdida del Estado de Derecho y la ocurrencia de violaciones masivas y sistemáticas de Derechos Humanos. Observándose que el Estado se encuentra guiado por agentes que aplican una política de arbitrariedad y dominación a las personas, que conllevan a la regencia de la autocracia, el totalitarismo, el absolutismo, el autoritarismo, en fin, toda clase de tiranía. Empero, es ineludible la necesidad de generarse un sistema de control ajeno al Estado que permita el ejercicio de la acción cívica y demás mecanismos de autogestión, con el objeto de satisfacer necesidades políticas, económicas, jurídicas y sociales que acierten en una transición democrática para lograr los fines de paz, libertad, igualdad, bienestar y respeto a la dignidad humana.

En efecto, para hablar de democracia y de elecciones libres se necesitan opciones políticas identificables como tales (el pluralismo ha sido reducido de manera violenta por las consecuencias económicas de la globalización) y candidatos que representen opciones ideológicas diferenciadas. (González, 2018, p. 61)

Surge la necesidad de implementar nuevos mecanismos que permitan la acción cívica y demás mecanismos de autogestión, al enfrentarse la ciudadanía a una realidad que refleja la fractura del sistema democrático por la instauración del Estado Totalitario. Fenómenos como la desconstitucionalización del Estado, el secuestro del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial y del Poder Electoral, la inacción u omisión de acciones de defensa de la Defensoría del Pueblo y de la Contraloría General de la República, la usurpación de las funciones de la Fiscalía General de la República, la ineficacia del Consejo Moral Republicano en el Poder Ciudadano, la instauración de una espuria asamblea nacional constituyente, y la limitación arbitraria de las facultades del Poder Legislativo, han planteado un nuevo paradigma en Venezuela: ¿Quién defiende la Constitución y exige el respeto a la dignidad humana cuando los organismos

encargados de defender la supremacía constitucional² y proteger los derechos del hombre se encuentran secuestrados por un régimen autocrático?, “Esto trae consigo el debate de si se efectivizan los derechos humanos en el mundo contemporáneo, anclado a la norma constitucional integrada de cada país, máxime cuando los diferentes Estados-Nación avanzan hacia el modelo de Estado social de derecho”(Ramírez, 2017:8). En este caso como lo es Venezuela un Estado social y democrático de Derecho.

Ante tal paradigma, y la continuidad de los actos negativos cometidos por el Estado en detrimento de los derechos humanos que constituyen violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, entendemos que, se encuentra en las personas en base a su dignidad humana y el ejercicio de su soberanía, la defensa de la supremacía constitucional y el establecimiento de límites al Estado totalitario, y que existe una necesidad de generarse un sistema de control ajeno al Estado, que permita el ejercicio de los mecanismos de autogestión, encontrándose, en las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), especialmente, en los Observatorios de Derechos Humanos, un mecanismo que permite su realización.

Considerando las variables de transformación del Estado Totalitario, los fenómenos de la política arbitraria y de dominación, e incluso, el fenómeno de reajuste de la política arbitraria o su improvisación para lograr la satisfacción de los intereses del régimen autocrático, y las variantes que surgen en el desarrollo interno del Estado como consecuencia de las actuaciones de la comunidad internacional; se debe comprender que la *necesidad* como fenómeno varía en la determinación del tiempo, personas y espacio, por cuanto su origen revierte en un fenómeno de violación masiva y sistemática de derechos humanos que no puede ser previamente cuantificado. “La idea de Estado está condicionada a esta necesidad de orden, pero cuando este decide sobre materias o toma decisiones con las cuales una parte de la sociedad no está de acuerdo”. (Manzo, 2018, p. 20). Por lo que, se desarrolla el presente trabajo como una investigación empírico-cualitativa, por ser la metodología adecuada al estudio de los fenómenos, que según Villabella Armengol, se inspiran en paradigmas emergentes, alternativos, naturalistas, humanistas, constructivistas, interpretativos o fenomenológicos, cuya construcción

² Vid. Artículo 7 CRBV: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

permite responder el paradigma y precisar su cualidad. (Armengol et al, 2015, p. 928).

2 LA DIGNIDAD HUMANA FRENTE AL DESAFÍO DE LOS REGÍMENES AUTOCRÁTICOS

Existe una necesidad en Venezuela de generar mecanismos que permitan el cese a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Empero, las trabas impuestas por el Estado Totalitario, conducen a que sea un verdadero desafío en el ámbito interno, generar un mecanismo que permita la observación de los derechos, el ejercicio de la acción cívica, la participación ciudadana directa en los asuntos de política pública y el derecho de petición masiva como modalidad de autogestión y control civil; es decir, un mecanismo que actúe frente a la falta de control político y el incumplimiento de la responsabilidad del Estado de respetar los derechos humanos, y la inacción, omisión o conspiración de los organismos competentes del Poder Público Nacional que actúan a favor de la tiranía, y no contienen los abusos del régimen autocrático. Pues, naturalmente, los mecanismos existentes en la Constitución y asumidos en el marco de los tratados y pactos internacionales han sido planteados para su funcionamiento dentro de la estructura del sistema democrático.

El aporte de Kant referente a la dignidad humana:

La dignidad consistiría en el valor absoluto, incondicionado e incomparable que tiene toda persona y que en consecuencia obliga a un trato en el que se considere como tal un fin en sí misma, respetando y refiriendo plenamente la libertad, la autonomía y la conciencia: en esto consistiría la matriz del deber moral como expresión de la exigencia de una buena voluntad característica del ser humano. (Díaz et al, 2017, p.16).

Históricamente la defensa de los derechos frente a regímenes autocráticos ha estado guiada por la acción cívica, siendo muchos los regímenes que según SHARP “han caído o se han tambaleado cuando se les ha enfrentado una población desafiante y movilizada” (Sharp, 2003, p. 1). Puesto que, el primer defensor de los derechos

del hombre, es el propio hombre, y siendo la dignidad humana como afirma González Pérez “el rango de la persona como tal” (Pérez, 2011, p. 27), siempre pertenecerá en un primer nivel al ciudadano, la potestad de imponer límites y ejercer control a las actuaciones arbitrarias del Estado y exigir el respeto a la dignidad humana, por ser, sin duda alguna, los hombres iguales en dignidad.

En ése sentido, González Pérez afirma que, “la igualdad de los hombres consiste en que teniendo todos la misma naturaleza, está llamados a la misma eminente dignidad”(pp.184-174) siendo principales característico de la dignidad de las personas, que ésta no “admita discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias, siendo la dignidad independiente de la edad, inteligencia, salud mental, o de su situación, cualidad, conducta o comportamiento, puesto que “por muy bajo que caiga el hombre, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona con la dignidad que ello conlleva”(p.27). De este modo, frente a la degradación del Estado de Derecho, la desconstitucionalización de la norma, y la desdignificación de la persona humana que enfrentan las personas en Venezuela, existe un derecho que es “absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás: el derecho de ser reconocido siempre como persona humana” (p.76).

El reconocimiento de la personalidad jurídica fundamenta el principio por el cual se reconoce que la persona es acreedora de derechos fundamentales que le son inherentes por su naturaleza humana. Este derecho fundamenta “la obligación que adquieren los Estados de reconocimiento a la totalidad de los miembros de la comunidad, sin ningún margen de discriminación” (Suárez et al, 2015, p. 69) y de la misma manera, obliga al Estado a respetar y tutelar a los derechos que sus miembros tienen “por el solo hecho de ser persona” (p.69), haciéndolo sujeto de responsabilidad internacional frente a otros Estados. Es por ello que, Legaz Y Lacambra (1951) en su “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre” señala que el desconocimiento de la personalidad jurídica es una excepción, y sólo es posible, si se desconoce la libertad como derecho inherente de la persona humana:

(...) por necesidad ontológica, la negación de la personalidad jurídica a la persona humana no puede ser más que una excepción, que, además, tropezará con un mínimo infranqueable de subjetividad jurídica, que demostrará que el problema de la esclavitud, y en general

de las restricciones de la personalidad, no es el problema de la personalidad, sino de libertad (...)" (p. 21).

En otras palabras, aun cuando cualquier régimen autocrático restrinja la libertad y desmejore la condición de los hombres como persona sujeta de derechos y obligaciones y le reduzca a un estado de cosas, sometiendo a la persona a la esclavitud a través de mecanismos de dominación; nunca dejará de ser persona, por cuanto el reconocimiento de su personalidad jurídica como ser humano con dignidad, afirma en palabras de Legaz y Lacambra, que "todo hombre, en tanto que tal, es – hasta cierto punto – y debe ser – en cierto mínimo al menos – persona en un sentido jurídico"(Legas et al s.f, p. 21). Incluso, sometida la persona bajo un Estado de tiranía, el reconocimiento de la personalidad jurídica le hace ser permanentemente sujeto activo internacional de protección de derechos humanos, siendo extensible la obligación internacional de protección más allá del Estado responsable de la persona, por lo que, todos los Estados tienen la obligación de intervenir en la protección de los derechos humanos.

Pero además, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce a las personas como sujetos de derechos humanos³, suscribe el Sistema Universal y Regional de Protección de Derechos Humanos, confirmando la obligación del Estado de respetar y garantizar la dignidad humana⁴. De este modo, quedó consagrada en el preámbulo de la Constitución Política como valores fundamentales para la refundación de la República: la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la convivencia, el imperio de la ley, la garantía del derecho a la vida, la justicia social, la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, entre otros, les otorga supremacía al ratificarla como valor superior del Estado⁵ e

³ **Artículo 19 CRBV:** "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen".

⁴ **Artículo 3 CRBV:** "El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines".

⁵ **Artículo 2 CRBV:** "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad,

incluye como obligación constitucional cumplir con los pactos y tratados internacionales otorgándoles jerarquía constitucional⁶, incluso, de aquellos derechos no reconocidos⁷.

Sin embargo, más allá del reconocimiento positivo de tales principios axiológicos en la Constitución Política. Desde el año 1999 existe en Venezuela un sistema de arbitrariedad en la gobernanza política que utiliza el Poder Público Nacional para interponer los intereses de ciertos partidos políticos frente a los intereses colectivos o difusos de las personas, transformando el Estado democrático bajo la dominación totalitaria. Lo que ha producido paulatinamente, el fenómeno de desconstitucionalización de la norma, el desconocimiento e incumplimiento de los tratados y convenios internacionales suscritos por Venezuela en materia de protección de los derechos humanos, y la violación masiva y sistemática de los mismos, haciendo, incluso, inefectivos los mecanismos constitucionales de protección de derechos humanos, y eludiendo los mecanismos de presión internacional. En ése tenor, afirma Sharp (2003) en su manual “De la dictadura a la democracia; un sistema conceptual para la liberación” que:

Los dictadores generalmente hacen caso omiso a las barreras constitucionales y legales, las decisiones judiciales y la opinión pública. Reaccionando a las brutalidades, la tortura, las desapariciones, las muertes, se entiende que todo esto ha hecho pensar al pueblo que sólo por la violencia se puede acabar una dictadura. Las airadas víctimas a veces se han organizado para combatir a los brutales dictadores, con el poco poder militar y violencia que hayan podido reunir, y a pesar de tenerlo todo en contra. Esta gente, por lo general, ha peleado valientemente, pagando un alto precio en sufrimientos y vidas. Sus logros a veces han sido considerables, pero casi nunca han obtenido la libertad. Las rebeliones violentas desencadenan violentas represiones

la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

⁶ **Art 23 CRBV:** “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

⁷ **Artículo 22 CRBV:** “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

que con frecuencia dejan a la población más indefensa que antes. (p. 4).

Es por ello que, en Venezuela resulta un gran desafío que las personas se defiendan del régimen autocrático y exijan respeto y protección de la dignidad humana, por cuanto, en ésta clase de regímenes es ineludible, por ejemplo: i) el sometimiento de la población a través de restricciones que originen fallas en la garantía alimentaria y de la salud; ii) el sometimiento de la población a través del incremento de la inseguridad; iii) la represión en las manifestaciones públicas, iv) la censura a medios de comunicación; v) la privación ilegítima de libertad a personas por “instigación al odio”; vi) la limitación del ejercicio de la libertad de expresión a políticos y activistas a través de medidas de censura en el uso de las Tecnologías de la Comunicación e Información; vii) la disminución inconstitucional del alcance tutelar de los amparos constitucionales; e incluso, viii) la limitación en el acceso a los sistemas internacionales protección de derechos humanos, por sólo nombrar algunos.

El régimen impone barreras a la ciudadanía para dejarla indefensa y evitar las reclamaciones de responsabilidad frente a organismos nacionales, regionales y universales de protección de derechos humanos (Hung, 2016, pp. 381-399) e incumple los convenios y tratados internacionales, que como apunta Llugdar, “están compuestos de principios universalmente aceptados, que desde un plano ético y moral informan que cada ser humano tiene condición de tal” (Llugdar, 1996, p.50). Siendo esta condición, en palabras de Llegaz y Lacambria, lo que “afirma el valor de la persona” que consiste “en ser más que el mero existir”, en el hecho que hombre tenga el dominio sobre su propia vida, encontrándose en este valor la raíz de la dignidad humana (Llegaz et al, s.f, p. 19). Lo que fundamenta, como señala Gonzalez Pérez, que los hombres no sólo deban rechazar todo cuanto suponga la denegación de su personalidad jurídica como seres humanos, sino que, sea necesario se facilite al hombre todo lo que éste necesite para vivir una vida verdaderamente humana (González et al, s.f, p. 77), y una vida humana parte de los valores que la hacen digna, “es aquí donde encontramos que los “Estados sociales de Derecho deben garantizar un sometimiento de sus ordenamientos jurídicos a los derechos humanos y positivizarlos, para dar lugar a la aparición de los

derechos fundamentales. Asimismo, debe garantizar la obediencia al principio democrático” (Agudelo y Galán, 2015, pp. 113-134).

Por otra parte, interpreta Llugdar que el Estado en la toma de decisiones – tanto en lo que respecta a situaciones individuales, como las que respectan al planteamiento político y la ejecución de actividades de la administración pública que tiendan a garantizar el bienestar general, la prevalencia del Estado y sus garantías a las generaciones futuras – “está obligado a inclinarse por aquellas situaciones que sean más favorable a los derechos de la persona”, siendo las restricciones de los derechos y libertades fundamentales “excepciones de conformidad a las situaciones autorizadas por un Tratado, un Pacto, Constitución o ley” (González et al, s.f, p. 50), estando además el Estado obligado a “armonizar el interés individual con el interés general, preservando la efectividad del derecho garantizado a los sujetos comprendidos”(p.50). Lo que para Gonzalez Pérez se traduce en la obligación del Estado de respetar y proteger la dignidad:

(...) Deben, en primer lugar, respetarla. Es decir, abstenerse de cualquier medida que suponga un atentado a la dignidad (omissis) No podrá promulgar normas, dictar actos imperativos, emitir juicios, imponer condiciones a la actividad humana que, de cualquier forma, supongan desconocimiento, atentado y menoscabo de la dignidad de la persona. (omissis) Deben también protegerla, impidiendo atentados de los particulares, adoptando las medidas adecuadas para evitarlos y reaccionando ante los ataques de cualquier tipo con medios proporcionales suficientes. (ommissis) El Estado no puede ser neutral ante los actos – por libérrimos que sean – de degradación de la persona (...)" (pp. 77-78)

En ése orden de ideas, Gonzalez Pérez afirma que “no es concebible una vida con dignidad entre el hambre, la miseria y la incultura”. (p.79), por lo que, todo acto contrario a la obligación de respeto y protección de la dignidad humana, es una negación en sí mismo de la dignidad humana, que en otros términos, significa la ejecución por parte del Estado de un acto de tiranía. De ésta manera, la ocurrencia de fenómenos como los descritos en este capítulo, terminan alienado a las personas, que como plantea Sharp, produce un estado de debilidad en la población, carente de confianza en sí misma e incapaz de ofrecer resistencia al Estado Totalitario, estando las personas sumidas bajo el miedo, con condiciones físicas y

psicológicas debilitadas, por lo que asumen el sufrimiento bajo la obediencia y admiten el futuro de la nación sin esperanza. (pp. 3-4).

Partiendo de la anterior premisa, Sharp indica que las personas cuando se encuentran oprimidas, deben emprender ciertas tareas o actos para lograr de manera efectiva la apertura a una transición democrática, ofreciendo una alternativa no violenta para la recuperación del Estado, e incluso, no dependiente de intervenciones extranjeras – ésta última, por lo general sólo logra avanzar cuando atiende intereses económicos, militares o políticos del extranjero – o de negociaciones que tienen limitaciones cuando los asuntos por resolver están incursos problemas de la libertad humana o el desarrollo futuro de la sociedad. Para Sharp en un proceso para la transición democrática, es necesario el fortalecimiento de la población oprimida en su determinación de luchar, en la confianza en sí misma y en sus aptitudes de resistir, lo cual se puede lograr, a través del fortalecimiento de grupos sociales e instituciones independientes de los ciudadanos oprimidos, que permita la creación de una fuerza de resistencia interna, que ejecuten planes estratégicos globales para la liberación. (pp. 5-8).

De allí que, se comparta la idea de la necesidad en Venezuela de promover la acción cívica mediante mecanismos de observación, participación ciudadana, control ciudadano y autogestión, que por lo general se desarrollan a través de la dinámica de la interacción de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), quienes pueden actuar desde el ámbito interno en el fortalecimiento de la población oprimida, ejerciendo acciones frente a los organismos del Estado⁸ y los organismos internacionales⁹, desarrollando vías que permitan la apertura de procesos de dialogo entre el Estado y las

⁸ **Artículo 29 CRBV:** “El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”.

⁹ **Artículo 31 CRBV:** “Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”.

personas, para lograr la atención prioritaria a los asuntos de intereses colectivos y difusos en la defensa de sus derechos civiles y políticos, o sus derechos económicos, sociales y culturales, sin que ello signifique, una intervención de los intereses de los partidos políticos. Esto representa una dinámica de defensa de los intereses de la nación a través de la acción cívica, que genera soluciones que conduzcan a la paz, la defensa de la supremacía constitucional y el respeto a la dignidad humana, muchas veces encontramos que no son la organizaciones las que deben estar al tanto de estos problemas, “es el Estado quien debe velar por el bienestar y el respeto de la población, con miras a no provocar ningún daño o afectación a los derechos humanos”(Cubides et al, 2017, p. 105).

3 LA NECESIDAD POLÍTICA Y EL RESPETO A LA PERSONA HUMANA

Para comprender los distintos ámbitos de la neccessitas, hay que estudiar como afirma Ossorio las distintas acepciones del vocablo <necesidad> que ofrecen un relieve jurídico mediato o inmediato, por lo que, la necesidad puede definirse en un sentido factico como “un impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido”, o como “todo aquello a lo cual es imposible substraerse, faltar o resistir”, pero también, en un sentido de carencia, la “falta de lo preciso para conservar la vida” y la “falta de alimentos que provoca desfallecimiento”(Ossorio et al, s.f).

Es decir, la neccessitas opera en el obrar del hombre desde la naturaleza de sus impulsos o desde el racionamiento de su conciencia, sus actuaciones derivan del carácter autónomo del ser o de una condición externa que influya en sí. Operando de acuerdo a una situación o experiencia motivada por una fuerza – por la naturaleza biológica, o por el deseo, el placer, el dolor, el rechazo – que siempre perseguirá un estado de resolución de algún aspecto interior o exterior del ser.

Encontramos también la verdad histórica y verdad racional de la persona, por ello debemos hacer mención al filósofo Lesing

Describe dos formas y tipos de verdades: Verdades históricas y verdades racionales necesarias, como las de la física o matemática, como el teorema de Pitágoras que establece que en un triángulo rectángulo la suma de los cuadrados de los catetos es igual al cuadrado de la hipotenusa, o más simple: como la adición uno más uno, igual a dos. Estas verdades tienen su fundamento en la razón humana. (Puentes, 2014, p. 26).

El hombre en una condición ontológica de su ser es un hombre libre, y actúa como individuo, y en éste plano, la necesidad comprende todo aquello que le haga un ser digno (libertad, alimento, vestido, vivienda, familia, educación, trabajo, religión, buena fama, respeto, honor, acceso a información, obrar de acuerdo con la norma recta de su conciencia, igualdad, propiedad, sanidad, medio ambiente, por decir alguna) (González et al, s.f, pp. 73-81); pero a su vez, en el plano de su existencia, al convivir e interrelacionarse el hombre con otros hombres dentro de la dinámica social, la necesidad comprende en este plano, la atención de una serie de intereses colectivos y difusos que se instituyan en bienestar general y garantías a la ciudadanía, y el desarrollo de las garantías para las generaciones futuras, que es obligación del Estado respetar, cumplir, proteger o atender, y es aquí, cuando nos encontramos la necesidad política de una nación, esto nos ha demostrado que la “necesidad de contar con una serie de derechos y de garantizar su cumplimiento hace del poder judicial uno de los ejes fundamentales de las democracias contemporáneas, ya que es a través de esta institución que el Estado es capaz de ofrecer al individuo un ambiente propicio para el desarrollo de las cualidades de agencia necesarias para ejercer una ciudadanía plena (Vásquez y Oseguera, 2008, p. 238).

Sin embargo, se impone un límite al Estado en la procura de las necesidades de sus ciudadanos, y esto es que las funciones del Estado no pueden afectar la dignidad humana. Sin embargo, el régimen autocrático venezolano se escuda en la falacia argumentativa de la existencia de una “necesidad política” que no lo es tal, y desatiende los aspectos fundamentales de la vida de los hombres, como la necesidad humanitaria de abastecimiento de alimentos y medicinas para cubrir la garantía alimentaria y de salud, rechazando incluso recibir la ayuda humanitaria que ofrecen otros países. En otras palabras, se contraponen los intereses gubernamentales del régimen autocrático ante las necesidades fundamentales, se impone los intereses de un modelo de Estado

Totalitario, que es contrario al “Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia” contemplado en el artículo 2 de la Constitución, afectando la garantía pro homine en ella instituida.

En Venezuela, se ha confundido la política del Estado con los intereses partidistas. Se ha entendido a la Constitución como un mecanismo para lo antijurídico, y su interpretación ha servido para la limitación arbitraria de derechos y libertades fundamentales, para la usurpación del poder público y el establecimiento de límites al poder originario. Cuando la Constitución tiene un valor normativo como fuente de derecho, su interpretación es funcional, y es un sistema de limitación del poder y de control político (García, 2006, pp. 41-61), que incluye a quienes detentan la función pública, pudiendo recaer en responsabilidad civil, administrativa, penal¹⁰ e internacional por corrupción en detrimento de los derechos humanos y delitos de lesa humanidad (Burneo et al, 2009, pp. 333-347); obligando la Constitución al Estado al cumplimiento de las garantías constitucionales y el respeto a la dignidad humana, siendo una conducta antijurídica, inconstitucional y violatoria de los derechos inherentes a la persona, que el Estado propugne miseria, incertidumbre, dominación y limitación del desenvolvimiento del ser humano.

Es por ello, que se hace menester comprender que la política no es el interés político, y que el interés político de un régimen autocrático no atiende la necesidad política de una nación, por último, que sobre cualquier clase de interés priva la dignidad humana. Para García-Pelayo, la política es “la aspiración a participar en el poder o a influir en su distribución, sea entre Estados, sea, dentro de un Estado, entre los hombres incluidos en él” (2004:13), pero esta conceptualización no es la política, sino el interés político de las personas o de los partidos políticos. Para Sartori, tras un análisis teleológico de la palabra “política”, su origen etimológico Griego, el sentido aristotélico del hombre como un *zoon politikon*, su tergiversación histórica desde tiempos de Roma y su contexto hasta la época medieval, deduce que la concepción aristotélica de la política es referida al hombre como ser político, y no, a una

¹⁰ **Artículo 25 CRBV:** “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

concepción de la política per sé, por cuanto “el hombre vive en la polis, y porque, viceversa, la polis vive en él, por lo que el hombre se realiza completamente como tal” (Sartori, 1999, p. 204).

Afirmando Sartori que la política se debe concebir como autónoma, estando determinada su concepción por cuatro factores: i) que sea distinta, ii) que sea independiente, iii) que sea autárquica, y iv) que sea una causa primera en sí misma y en todo el resto (p. 209). El autor señala, que esta concepción fue planteada por Maquiavelo, para quien la política era distinta a la moral y a la religión, justificándolos como instrumentos esenciales para la política. En ése tenor, Sartori afirma que “la política es política; y lo es por medio de un imperativo que es propio de la política”, afirmando que “la política tiene sus leyes, leyes que el político debe aplicar” (pp.209-210).

Esta ley no es otra que la Constitución, que representa la expresión de la voluntad, dónde quedan asentadas las concesiones recíprocas que realizan las personas respecto a sus intereses individuales, colectivos y difusos, para lograr el funcionamiento del Estado, que señala García-Pelayo siguiendo a Webber se relaciona “con la dirección o el influjo en la dirección de una asociación política que en nuestro tiempo es el Estado”(García, 2004, p. 13), es decir que, una “correlación dialéctica” de “lucha, poder y voluntad”(p.20).

En las Constituciones políticas, se plasma de manera orgánica todas las dimensiones de la vida de los ciudadanos en las que el Estado se ve obligado a proveer los mecanismos para la satisfacción de la necesidad política. La razón de ser del Estado, es que el hombre asociado, como unidad, tiene necesidades que cubrir, necesidades que, por su dimensión unitaria, no puede ser cubierta por la acción de un solo individuo o de algunos de éstos, transformándose entonces, el campo de la satisfacción de las necesidades del hombre-individual al hombre-colectivo. Es por ello que, por ejemplo, el Estado está en la obligación de satisfacer la necesidad política de Educación, y en ése sentido, proveer los medios, tanto para que el hombre en su necesidad individual pueda satisfacer la educación, como para la sociedad, en su necesidad colectiva o general pueda disminuir la ignorancia a través de la educación.

Para lograrlo, el Estado en su calidad de garante de la igualdad en el derecho a la educación, debe crear una política pública de acceso a la educación para aquellas personas que no disponen de medios económicos suficientes para satisfacerla a través de la

educación privada. De éste modo, el derecho a la educación es igualitario a los hombres, pero su acceso, se hace equitativo, con la construcción de escuelas y universidades públicas, ello, sin coartar el derecho de los hombres de elegir entre la educación pública y la privada, ni mucho menos, coartar el derecho de las personas de asociarse con fines de constituir escuelas o universidades privadas.

Por ello, cuando volvemos a lo enunciado por Ossorio que por necesidad se entiende “falta de lo preciso para conservar la vida” y la “falta de alimentos que provoca desfallecimiento”. Se hace evidente, que en Venezuela se están cometiendo graves actos en contra de la humanidad de las personas, la existencia de una crisis humanitaria sin resolver¹¹, que se agrava progresivamente a medida que su solución se deja a resultados del conflicto político, de la lucha por la resistencia civil o del logro de una transición democrática, es sinónimo de que el Estado no cumple con su obligación de proveer los mecanismos necesarios para que las personas puedan atender las necesidades fundamentales ligadas a la supervivencia humana y las condiciones que hacen la vida digna.

¹¹ Especialmente en lo que respecta a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida, el derecho a la salud, la seguridad social y la garantía alimentaria. Es un hecho público y notorio la desprogresión sufrida en estas garantías, a raíz del debacle económico en Venezuela y el déficit en la provisión de alimentos, medicinas y materiales médicos-hospitalarios, cuya escasez ha afectado tanto a nivel de la industria y servicios privados, como a nivel del servicio público gratuito, lo que además, ha incidido en el aumento de la tasa de pobreza. En ése sentido, el Artículo 43 CRBV señala “El derecho a la vida es inviolable (...)”, el Artículo 83 *ibidem* “La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios (...)”, el Artículo 86 *ibidem* “Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social (...)”, y la garantía de seguridad alimentaria definida en el artículo 305 *ibidem* como “(...) la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor (...)”.

4 LA ACCIÓN CÍVICA, LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La acción cívica tiene fuente directa en el principio de soberanía¹², el derecho de participación ciudadana en los asuntos públicos¹³, el derecho de petición¹⁴ y el derecho de autogestión¹⁵, derechos intrínsecos a la condición de ciudadano, siendo estos, elementos fundamentales de la democracia. Hassemer, W. y otros, definen la democracia como “la participación de todos aquellos, cuya vida en el orden jurídico, dependa el establecimiento de dicho orden” (Hassemer et al, 2009:30), esta como señala Sartori encuentra su legitimidad en el poder soberano, basándose la legitimidad de la democracia “en el consenso <verificado> (no presunto)” de la voluntad de los ciudadanos, y es por ello que el carácter fundamental de la democracia es la participación (Sartori, 1999:30). Ahora bien, (Pérez, 2012) define la ciudadanía como:

(...) el derecho y la disposición que tiene un ciudadano de participar en una comunidad a través de la acción autorregulada, inclusiva, pacífica y responsable, con el objetivo de optimizar el bienestar público. Su

¹² **Artículo 5 CRBV:** “La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

¹³ **Artículo 62 CRBV:** “Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica. “

¹⁴ **Artículo 51 CRBV:** “Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta”.

¹⁵ **Artículo 70 CRBV:** “Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad (...)”.

origen se remonta también a la Grecia Clásica y representaba un status del que disfrutaban los hombres y mujeres libres de las polis. Generalmente se ha definido como el «derecho por parte de los individuos de defenderse ante la autoridad gubernamental y puede presentar varias dimensiones: cívica, social, política, intercultural o, más recientemente, ecológica» (...). (p.219).

Parte de la anterior premisa, la importancia de la participación ciudadana en las decisiones que pueda afectar el orden democrático, que abarca, como afirma Hassemer (2009) “desde la publicidad de las deliberaciones políticas, hasta el surgimiento de la cultura política de los ciudadanos” (p.30), siendo extensivo el rango de la participación a “todos aquellos, cuya vida en el orden jurídico, dependa el establecimiento de dicho orden” (30). La participación se erige más allá de las codecisiones de los políticos, puesto que “le corresponde al pueblo erigirse como la última instancia normativa” (p.31). En otro orden, Álvarez Pérez define a la participación ciudadana como “un proceso por el que los ciudadanos comunican sus intereses y preferencias a las autoridades públicas con la intención de influir sobre las decisiones que éstas pueden adoptar” (Pérez, 2012 Cit, Saravia, 2003, p. 41-84).

Ahora bien, la Constitución Política contempla la obligación del Estado venezolano de ofrecer protección tutelar a las personas frente a situaciones de amenaza, vulnerabilidad o riesgo que atenten contra su dignidad humana, sus derechos y libertades fundamentales. De la misma manera, ofrece garantías tutelares cuando es el propio Estado quien incumple con tal obligación o cuando existen fallas estructurales de las políticas públicas, teniendo las personas la posibilidad de acudir a sistemas nacionales e internacionales para su protección.

Empero, tales mecanismos son efectivos, cuando el sistema gobierno respeta los principios universales, los pactos y tratados internacionales en materia de derechos humanos, y los principios democráticos. Empero, la complejidad de la defensa y protección de los derechos humanos surge, cuando el Estado falla su obligación por haberse transformado en un Estado de cosas inconstitucionales¹⁶ o un Estado Totalitario.

¹⁶ Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional de la República de Colombia, donde señala que un Estado de cosas Inconstitucionales es aquel Estado donde se presentan las siguientes características: 1) La vulneración masiva y generalizada

Aumentando la complejidad cuando el hecho lesivo es la omisión del Estado de investigar la responsabilidad de sus agentes en comisión de actos negativos que violan masiva y sistemática los derechos humanos¹⁷, y cuando, por otra parte, el hecho lesivo es producido por actos antijurídicos de lesa nación y lesa humanidad dimanado del Poder Judicial, por decisiones de Tribunales en la jurisdicción ordinaria, militar o de las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, o por actos antijurídicos de complicidad necesaria para la violación, surgidos de la omisión de la Defensoría del Pueblo en el cumplimiento de sus funciones constitucionales de protección.

4.1 PARADIGMA DEL EJERCICIO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LA ACCIÓN CÍVICA FRENTE REGÍMENES AUTOCRÁTICOS

El complejo paradigma de defensa y protección de los derechos humanos que se presenta en Venezuela, retorna la obligación de su defensa y protección al ciudadano, en potestad de su poder originario, a través de las distintas acciones cívicas y mecanismos de participación ciudadana. Por cuanto el hombre, es el principal responsable de sí mismo como consecuencia de su estado natural libre y autónomo, libre de autodeterminarse y autogestionarse en su entorno individual y como su entorno colectivo respecto a todo aquello que le compete, lo que incluye, la autogestión respecto los roles constitucionales que debe cumplir el Estado. Como describe la

de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas. 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos. 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado. 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante. 6) El hecho de que si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

¹⁷ **Artículo 29 CRBV:** “El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades (...)”

idea Kantiana del derecho como “la esencia de las condiciones bajo las cuales puede unificarse el arbitrio del uno con el arbitrio de los demás según una ley general de libertad” (Coing, 1961, p. 165).

Siendo la persona la detentadora del poder originario, es quien ejerce la potestad autorreguladora mediante los derechos civiles y políticos, quien establece las normas constitucionales, quien establece las obligaciones y deberes recíprocos que rigen la voluntad individual o colectiva a través de mecanismos democráticos, y quien controla el poder dominador y gestión del Estado. Es por ello, que la Constitución establece mecanismos de participación y contraloría ciudadana, la desobediencia civil¹⁸ y la obligación a los hombres de reestablecer el cumplimiento efectivo de la Constitución en casos de su inobservancia¹⁹. Y desde ése mismo ámbito, establece el derecho de acceso a vías internacionales para la denuncia los actos negativos de violación de derechos humanos, por cuanto, como anuncia Vivanco “el respeto de los derechos más esenciales de la persona humana es una obligación jurídica que no admite excepciones y que, de violarse, merece una enérgica condena de la comunidad internacional” (Vivanco, 1994, p. 283).

No obstante, Álvarez Pérez postula los desafíos para ejercer las distintas modalidades y mecanismos de la acción cívica (Álvarez, 2012, p. 219); postulados que llevados al plano de la violación masiva y sistemática de derechos humanos se traduce en: i) la existencia de un nivel de complejidad para precisar a nivel regional el alcance de violación de derechos humanos, para determinar el alcance de violación de la obligación tutelar, y ampliar su alcance al contexto nacional y general. ii) A nivel supraestatal, la influencia de las doctrinas antidemocráticas en los procesos de globalización, que se oponen a los fundamentos de la ciudadanía tradicional como son pertenencia, participación, asociación, inclusión-exclusión, identidad nacional y soberanía de la ley garantizada constitucionalmente, que

¹⁸ **Artículo 350:** “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”.

¹⁹ **Artículo 333:** “Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia”.

influyen en el retardo o limitación de los procesos internacionales de intervención humanitaria.

Asimismo, siguiendo las ideas de Álvarez Pérez, en Venezuela existe la necesidad, que el ciudadano juegue un rol activo en los asuntos del Estado – que no sólo se limite al ejercicio del derecho de sufragio (pp.2019-220) Puesto que, su rol activo ciudadano está ligado al derecho de controlar y limitar las arbitrariedades del Poder Público Nacional, y al derecho de poder vivir en una sociedad con dignidad. De este modo, es en el ejercicio de la acción cívica, en particular, de la participación ciudadana dónde la población encuentra su mayor expresión a través de la conformación de ONG y foros organizados, que abren espacios dónde los ciudadanos pueden llegar a conciliaciones con la administración pública, evaluando, cuestionando o apoyando las políticas públicas en función de la necesidad política, siendo estos canales, dónde las personas tienen oportunidad efectiva de actuar en la defensa de sus derechos.

5 LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES Y OBSERVATORIOS DE DERECHOS HUMANOS COMO MECANISMOS DE DEFENSA Y PROTECCIÓN DE DERECHOS

Como se venía anunciando en el punto anterior, los ciudadanos tienen la potestad soberana de participar en los asuntos de política pública del Estado, sin embargo, el deber de promover y defender los derechos humanos a través de los mecanismos de participación ciudadana, con el objeto de lograr la paz y la vida política, civil y comunitaria en el país, se encuentra consagrado en el Artículo 132 de la Constitución Política²⁰, que frente la existencia de un régimen autocrático, el Estado de cosas inconstitucionales o el Estado Totalitario, tal deber o responsabilidad, de conformidad con lo establecido en los Artículos 333 y 350 *ibídem*, se transforma en una obligación de los hombres para hacer cumplir la Constitución.

²⁰ Vid. **Artículo 132 CRBV**: “Toda persona tiene el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social”.

5.1 LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

Las ONG juegan un rol importante en la permanencia de la democracia, el desarrollo de la nación y en la defensa y protección de los derechos humanos. En materia de Derechos Humanos, una ONG se constituye por asociación privadas de personas, que en palabras de Vivanco se “organizan formal o informalmente y que voluntariamente asumen la misión de fiscalizar públicamente el respeto por los derechos humanos en un Estado” (Vivanco, 1994, p. 275). La actividad de estas organizaciones comprende “desde acciones de defensa, investigación y denuncia, hasta educación y promoción en materia de derechos humanos” (pp.275-278), y la misma comprende “una tarea ético-jurídico que nos compromete a todos y que está por sobre los intereses políticos individuales o colectivos” (p.283).

5.2 CATEGORÍAS DE ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

Existen distintas categorías de ONG relacionadas a los derechos humanos, las mismas han sido clasificadas a título ilustrativo por Vivanco (1994; pp. 277-278), distinguiendo entre las más comunes, las siguientes:

- *En atención a su mandato general:*

- A) Defensa, Denuncia y Documentación: trabajan exclusivamente en esta área, usualmente persiguen satisfacer una necesidad urgente e inmediata de corto plazo.
- B) Educación, Promoción y Documentación: apuntan a objetivos de mediano y largo plazo, se proponen la modificación, reforma o eliminación, de las causas que originan las violaciones y los abusos a los derechos humanos.

- *En atención a su mandato específico:*
 - A) Atienden Derechos Civiles y Políticos.
 - B) Atienden Derechos Económicos y Sociales.
- *De acuerdo al ámbito geográfico en el que se desarrollan:*
 - A) Nacionales: aquellas promueven o defienden los derechos humanos en un solo Estado.
 - B) Regionales: aquellas que supervisan el respeto por los derechos humanos en todo un continente.
 - C) Internacionales: aquellas que observan el respeto de los derechos humanos a nivel mundial.
- *En atención al origen de sus miembros o características de su estructura orgánica:*
 - A) *De origen religioso:* Han sido fundadas y funcionan al amparo de alguna iglesia, laboran ampliamente en el campo de los derechos humanos, sin restringir su labor a víctimas que pertenezcan a una iglesia o religión determinada.
 - B) *Asociaciones de Familiares de Víctimas:* En su mayoría, fundadas por personas que han vivido personalmente la tragedia de un familiar desaparecido, ejecutado, torturado o que injusta y arbitrariamente se encuentre detenido.
 - C) *Asociaciones de Indígenas:* Fundadas por personas indígenas con el objeto de defender su derecho a la autodeterminación, sus derechos ancestrales a la tierra, su idioma y tradiciones culturales, como para denunciar los abusos y la discriminación racial de la que normalmente son víctimas.
 - D) *Asociaciones de Profesionales:* Fundadas por ciertos profesionales con la finalidad de manifestar la preocupación del gremio por el respeto de los valores vinculados con su actividad profesional; intentar proteger a colegas que se encuentran en peligro en distintas regiones del mundo, o que desarrollan una

especialización en áreas específicas de derechos humanos.

5.3 CARACTERÍSTICAS DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

De la misma manera, Vivanco (1994; pp. 279-284), ha distinguido las características generales o principios por los que deben regirse las ONG, en ese tenor señala:

- Independencia y Autonomía frente al Estado, por cuanto, su principal valor es la fiscalización objetiva e independiente de los actos gubernamentales que puedan tener consecuencias negativas sobre los derechos humanos, por lo que no pueden formular propuestas alternativas y mantener grados de colaboración y coordinación con las autoridades estatales.
- Investigan violaciones de derechos humanos imputables al Estado y sus agentes, pudiendo investigar tales actos negativos de conformidad con los principios del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.
- Su trabajo se encuentra dirigido a la opinión pública nacional e internacional, denunciando las violaciones de derechos humanos, actuando incluso, a través de procedimientos de defensa en el ámbito regional e internacional, en nuestro caso, los previstos en el sistema universal y sistema interamericano para la protección de los derechos humanos.
- Deben conservar niveles de objetividad y mantener una trayectoria consistente en sus denuncias.

5.4 LOS OBSERVATORIOS DE DERECHOS HUMANOS

A lo largo de la evolución de la humanidad, el término <observatorio> ha estado asociado con la observancia de los fenómenos astronómicos y astrológicos. Sin embargo, en el siglo XX

se comenzó a consolidar el concepto de observatorios para el estudio de los fenómenos sociales, afirmando que un observatorio es el lugar dónde se observa, analiza, procesa y teoriza acerca de una realidad o contexto determinado (Vicepresidencia de la República de Colombia, 2006, p. 13). Los observatorios, por lo general, son organizaciones sin fines de lucro (OSL) o entidades que se encuentran de alguna manera relacionadas a las instituciones y centros de investigación académica, las Universidades, o a organismos e instituciones dedicados a la investigación de los fenómenos que de algún modo dependen del Estado.

Sus actividades en el campo social o jurídico, por lo general, se orientan a servir de instrumento para la investigación relacionadas a la planificación, elaboración, desarrollo e implementación de las políticas públicas del Estado, como el registro y análisis de situaciones y paradigmas sociales y normativos. Para Londoño, estos entes suelen basarse en distintos métodos científicos para registrar sus datos, especialmente, “la descripción, y en algunos casos, la búsqueda de la comprensión de los fenómenos” (Londoño, 2002, p. 233). Por lo general los observatorios se encuentran dirigidos a académicos, profesores, estudiantes, autoridades universitarias y otras Instituciones de Educación Superior, gobernantes, parlamentarios, periodistas y público interesado en general interesados en la información científica para la toma de decisiones.

Ahora bien, los Observatorios de Derechos Humanos encuentran su fundamento universal en la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos* (ONU, 1999), que reconoce el derecho de las personas, individual o colectivamente, de promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional, teniendo las personas en el plano nacional e internacional derecho a reunirse, a manifestar pacíficamente, a formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ello y a comunicarse con las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales²¹.

De la misma manera, reconoce el derecho de las personas a conocer, recabar, obtener, recibir y poseer información sobre todos

²¹ *Ibíd.* Artículo 1 y 5 de la Declaración.

los derechos humanos y libertades fundamentales, a publicar, impartir o difundir libremente a terceros opiniones, informaciones y conocimientos relativos a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, y a estudiar y debatir si esos derechos y libertades fundamentales se observan, tanto en la ley como en la práctica, y a formarse y mantener una opinión al respecto, así como a señalar a la atención del público esas cuestiones por conducto de esos medios y de otros medios adecuados.²²

6 CONSIDERACIONES FINALES

En Venezuela se hace menester un rol activo ciudadano en la defensa y protección de los derechos humanos y la Constitución para poder hacer frente desde mecanismos cívicos a las violaciones masivas y sistemáticas en detrimento de los derechos humanos que se originan de actos negativos y antijurídicos del régimen autocrático. Es necesario despertar a la población presentando alternativas de participación directa en los asuntos de política pública, y a su vez, inmiscuir a la población en el rol activo de peticiones masivas, que aunque congestionen los sistemas, es el único método previsible que permitirá cuantificar la magnitud de las violaciones.

En ése tenor, tras el paradigma planteado de la defensa constitucional, el análisis de los mecanismos constitucionales y principios internacionales, por los que se fundamenta la acción cívica, la participación ciudadana, la petición, la autogestión, y la necesidad política de protección de los derechos humanos y la responsabilidad internacional del Estado y sus agentes en el cese de las violaciones masivas y sistemáticas contra la dignidad humana. Sigue existiendo en Venezuela, la necesidad de erigir nuevos mecanismos que permitan el acercamiento de la ciudadanía a las políticas públicas y hacer frente al régimen autocrático con plena legitimidad de acción, bajo el amparo del poder soberano. A su vez, sigue existiendo la necesidad de un organismo en el ámbito interno que sea independiente del Estado, que pueda recibir las denuncias para agotar los recursos internos y hacer efectivas las denuncias en las instancias internacionales.

²² *Ibíd.* Artículo 6 de la Declaración.

En ése sentido, se ha erigido un mecanismo, que por un lado, se rige bajo los principios de observatorio de derechos humanos, y por el otro, permite la participación ciudadana funcionando bajo la modalidad de ONG; concibiéndose el *Observatorio de Derechos y Dignidad Humana* como una ONG, sin fines de lucro, autónomo e independiente del Estado, que ejerce funciones mixtas.

Con el propósito de ejemplificar una alternativa civil, que actúe como sistema para la defensa, protección de los derechos humanos, y desarrollo de políticas públicas en materia de derechos humanos, a través de mecanismos que permitan el ejercicio del derecho de reunión, la participación ciudadana, el control de la gestión pública y la petición. Significando, además un ente de investigación del paradigma de la protección de los derechos humanos frente al Estado de cosas inconstitucionales o Estado Totalitario.

A CONSTANTE BUSCA PELA FORMAÇÃO HUMANISTA PARA O ENSINO JURÍDICO

Raquel Cristina Ferraroni Sánchez¹

Sumario: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento.
3. Considerações finais

1 INTRODUÇÃO

A aproximação da Educação com o Direito suscita uma série de reflexões sobre a forma de como a relação ensino-aprendizagem tem acontecido nas instituições de Educação Superior. É inegável que a união entre Direito e Educação pode favorecer a promoção de justiça social, o que nos faz alimentar, ainda mais, a busca pela superação de modelos ineficientes de ensino.

Sempre são bem-vindas as reflexões com vistas à melhoria da qualidade do ensino do Direito e, conseqüentemente, do exercício profissional. Para tanto, é necessário ter como norteadores a realidade social, os referenciais humanistas, éticos e solidários na condução do processo de ensino e aprendizagem. Dessa forma, é

¹ Possui Graduação em Pedagogia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1992), Mestrado e Doutorado em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2007) e Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016). Atualmente, é Docente do Programa de Mestrado em Direito, Docente dos Cursos de Pós-Graduação lato sensu e stricto sensu e Pró-reitora de Graduação do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Avaliação Institucional e de Aprendizagem e em Didática do Ensino Jurídico, atuando, também, nos seguintes temas: processos de aprendizagem, projetos pedagógicos e gestão

indispensável criar condições para que a consciência da importância da prática jurídica, ou seja, do exercício das atividades profissionais, seja impulsionadora, também, do exercício da cidadania, com o intuito de contribuir para avanços econômicos, culturais, científicos e sociais.

Para tanto, é preciso superar as posturas acadêmicas tradicionais dos cursos jurídicos, a fim de que se possa contribuir de modo distinto para a formação dos novos profissionais do Direito e, assim, a presente discussão pode, portanto, contribuir na busca por propostas de novas condições para que as aulas sejam conduzidas por docentes comprometidos com práticas pedagógicas humanistas.

Tendo em vista a concretização das investigações, a realização da pesquisa se deu sob o enfoque qualitativo, partindo-se do pressuposto de que os sujeitos conduzem suas ações, balizados por seus valores, crenças, sentimentos e percepções, construindo significados muito particulares que precisaram ser trabalhados pela pesquisa. Assim, caminhou-se pelas exemplares fases de exploração, planejamento, delineamento teórico, coleta e análise dos dados e reflexões.

Nessa perspectiva investigativa, o exame documental, preponderante nas pesquisas em ciências sociais e humanas, foi indispensável, uma vez que a maior parte das fontes documentais (contemporâneas ou históricas) foram a base do trabalho de investigação. A análise documental, técnica importante na pesquisa qualitativa, justificou e embasou as informações obtidas (Ludke e André, 1986).

As reflexões foram subsidiadas pela análise histórica da criação dos cursos jurídicos, de modo que se possa compreender a necessidade da busca por novos caminhos para a educação jurídica, ancorada no exercício docente de ensinar o Direito com os olhos na formação integral do cidadão.

2 DESENVOLVIMENTO

Estudos nos conduziram a compreender que o nascimento do Direito, na América Latina, em sua maioria, obedeceu a lógica dos colonizadores. No Brasil, a lógica portuguesa da Faculdade de Direito

de Coimbra que, aqui, objetivava formar bacharéis para que ocupassem os cargos da alta classe da sociedade brasileira. Entretanto o que se observa é que, no Brasil, eram formados profissionais para a área técnica do Direito, enquanto a formação jurista ficava reservada aos mais abastados, que conseguiam completar os estudos na própria faculdade de Coimbra.

De herança conservadora, o ensino do Direito seguiu condução ortodoxa pelos docentes para manutenção da ordem, regidos por verdades cristalizadas em território português e, assim, os primeiros “lentes” inauguraram o ensino do Direito no Brasil. Até hoje, observamos inúmeras situações de um ensino jurídico engessado em moldes antigos, provocado pela manutenção do hábito dogmático e unidisciplinar, sustentado desde que o Direito deu seus primeiros passos no Império brasileiro.

Há tempos, muitos se alvoroçaram em dizer que o Direito vive um momento de colapso, situação essa que perpassa, também, o ensino jurídico. Perpassa, mas *não* se reduz a ela. Parece haver um consenso, velado evidentemente, de que atribuir as dificuldades do Direito ao ensino jurídico é ligeiramente fácil e se evitaria análises mais aprofundadas sobre as estruturas, as quais se assentam o viés político do Direito.

A forma como o ensino jurídico vem sendo exercitado, desde seu início, de maneira apartada da realidade social, é sofrível. Some-se a isso a intenção política que habita as entrelinhas da história do ensino jurídico no Brasil: formação de mão de obra para os cargos públicos e propagação e manutenção da ideologia de sustentação do estado.

O autor Michel Foucault (2011) nos auxilia a compreender essa dimensão do conhecimento: “Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos, mas dos políticos; devemos compreender quais são as relações de luta e de poder” (p.23).

Alguns críticos apontam a insatisfação com o ensino jurídico, mas se reduzem a olhar pelo viés das mudanças curriculares, das alterações de matrizes, da adoção de novos métodos e outras propostas didático-pedagógicas. Que essas modificações se fazem imperiosas não há dúvidas, mas não serão apenas elas que promoverão a tão almejada resolução para os problemas do ensino

jurídico. O que enfatizamos é que, enquanto se lança luzes sobre as dificuldades do ensino jurídico, encontra-se, na penumbra, os entraves do saber jurídico.

Acreditamos, assim, ser importante compreender os problemas que atingem o “fazer” do ensino jurídico, que atualmente oscilam entre dois balizadores: de um lado o objeto (a Ciência do Direito) e de outro o processo pedagógico do ensino do Direito.

Se o pano de fundo é o sistema político no qual os cursos de Direito estão imersos e, pode-se considerar, contaminados, a probabilidade de alterações é baixa. Para o alcance de ideais como o da construção de uma sociedade democrática, de fato, o ensino do Direito precisará levantar-se do berço em que jaz adormecido, conduzindo um conhecimento dogmático, apartado da realidade, reproduzindo injustiças e diferenças sociais, ou seja, contribuindo para que as relações sejam “reprodutoras”, mantendo o *status quo*.

O primeiro passo é sair/deixar a zona de conforto que embala o ensino jurídico. Para isto, a condição *sine qua non* é entender que ensino e educação são compreensões diferentes da prática educativa. Entende-se, nessa discussão, que ensino se reduz ao ato prático exercido pelo docente no manuseio de transmissão e reprodução do conhecimento, compondo, apenas, uma das vertentes do processo ensino-aprendizagem: o ensino, por outro lado, compreende-se educação como o processo que favorece/contribui para a formação integral do ser humano, desenvolvendo suas potencialidades.

Sob esse entendimento, compreendemos, ainda, conforme apresentado pela “Declaração Mundial sobre Educação para todos” (1990):

Relembrando que a educação é um direito fundamental de todos, mulheres e homens, de todas as idades, no mundo inteiro;
Entendendo que a educação pode contribuir para conquistar um mundo mais seguro, mais sadio, mais próspero e ambientalmente mais puro, que, ao mesmo tempo, favorece o progresso social, econômico e cultural, a tolerância e a cooperação internacional;
Sabendo que a educação, embora não seja condição suficiente, é de importância fundamental para o progresso pessoal e social;
Reconhecendo que o conhecimento tradicional e o patrimônio cultural têm utilidade e valor próprios, assim como a capacidade de definir e promover o desenvolvimento;

Admitindo que, em termos gerais, a educação que hoje é ministrada apresenta graves deficiências, que se faz necessário torná-la mais relevante e melhorar sua qualidade, e que ela deve estar universalmente disponível;

Reconhecendo que uma educação básica adequada é fundamental para fortalecer os níveis superiores de educação e de ensino, a formação científica e tecnológica e, por conseguinte, para alcançar um desenvolvimento autônomo; e

Reconhecendo a necessidade de proporcionar às gerações presentes e futuras uma visão abrangente de educação básica e um renovado compromisso a favor dela, para enfrentar a amplitude e a complexidade do desafio (CONFERÊNCIA, 1990, p. 01)

Portanto, não é possível reduzir o processo de ensino-aprendizagem, apenas, ao ato de “transmitir” informações fragmentadas, que reforçam as desigualdades sociais e não promovem uma prática libertadora.

Edgar Morin (2000) nos incita a romper com as propostas fragmentadas como forma de trabalhar os conhecimentos, defendendo que a educação deve preparar para vida, discutir sobre a condição humana, compreender o outro, enfim, aprender o contexto social.

A educação do futuro deverá ser o ensino primeiro e universal, centrado na condição humana. Estamos na era planetária: uma aventura comum conduz os seres humanos, onde quer que se encontrem. Estes devem reconhecer a diversidade cultural inerente a tudo que é humano. Conhecer o humano é, antes de mais nada, situá-lo no universo, e não separá-lo dele (Morin, 2000, p. 47).

Diante da irrefutável reflexão sobre quais são as condições básicas para se conduzir processos educativos, nos rendemos ao fato de que, como se encontra o ensino jurídico, não poderá permanecer.

Assim, abordar as dificuldades pelas quais passa o ensino jurídico, de maneira a produzir reflexões com vistas à melhoria da qualidade do ensino do Direito e, conseqüentemente, do exercício profissional, deve ser um processo balizado pela realidade social, pelos referenciais humanistas, éticos e solidários. Para tanto, é preciso superar as posturas acadêmicas tradicionais dos cursos

jurídicos, a fim de que se possa contribuir de modo distinto para a formação dos novos profissionais do Direito.

Entretanto, no cenário de toda a América Latina, é possível, ainda, observar um triste quadro de déficits sociais, defasagem econômica, que resultam em desigualdades de todos os gêneros. Oferecer educação de qualidade para a formação de verdadeiros cidadãos, com efetiva inclusão no mundo social e do trabalho, é sempre e, até o presente momento, desafio a ser vencido para que o termo “direito à educação” se realize plenamente.

Se colocarmos em foco o ensino jurídico, a responsabilidade se coloca com mais veemência, pois repousa sobre ele a esperança de se promover a formação de futuros profissionais que, espera-se, romperão com situações de dominação social para favorecer os direitos democráticos de todos os cidadãos.

Para atender aos anseios das sociedades, novas vagas universitárias foram criadas, aumentando-se, assim, as possibilidades de ingresso no ensino superior. Em razão disso, mudou, também, o perfil do alunado ingressante, que não é mais representativo apenas das esferas mais abastadas, como no início do século XX, mas também de outros segmentos econômicos e sociais que exigem novo tratamento durante o processo de ensino-aprendizagem para poderem ingressar no mercado de trabalho e alcançarem melhorias na qualidade de vida e ascensão social.

Diante desse contexto, concordamos com Boaventura de Souza Santos (2000), que nos aponta que a procura pela Educação Superior deixou de ser apenas a procura de excelência e passou a ser, também, a procura por democracia e igualdade.

Observado o processo de abertura da educação a novos sujeitos, resultado de grande movimentação social, é preciso, ao docente, reconhecer as características de seus alunos e buscar novas posturas pedagógicas para promover aulas revestidas de maior qualidade e eficácia, contribuindo para promover mudanças positivas com vistas a atender às demandas das sociedades contemporâneas.

Nessa perspectiva, o espaço físico da sala de aula deixa de ser um espaço aglutinador e difusor de conteúdos sob a forma reprodutiva, de um saber instituído sem questionamentos, para se transformar em espaço-cidadão de discussões sobre os conflitos

sociais para a construção de novas práticas em busca de oportunidades e alternativas para resolvê-los.

Se o processo de ensino de orientação homogeneizada não atende mais às demandas atuais, é possível buscar, em vários autores, justificativas para que se coloquem em prática novas propostas pedagógicas, mas, em Vygotski (2001), encontramos o incentivo para valorizar a interação entre os diferentes sujeitos, compreendendo a diferença como parte inerente à condição humana e ao desenvolvimento.

As práticas sociais mudam ao sabor das relações sociais e é imprescindível que o ensino jurídico acompanhe essas mudanças. Sob este olhar, compreendemos que a abordagem interdisciplinar é inerente ao saber, pois qualquer que seja a formação pretendida, esta deverá ser conduzida no bojo das relações econômicas, sociais, políticas e culturais do homem. Cada momento histórico exerce, portanto, influência sobre a condução da relação ensino-aprendizagem.

É comum a adoção da postura de que, para um efetivo ensino jurídico, basta que o professor traga pronto o conteúdo das aulas e o “transmita” aos alunos. Nesse contexto, ao aluno cabe a tarefa de escutar atentamente para “reproduzir”, com fidelidade, os conteúdos “absorvidos” do mestre. Essa postura pedagógica, tradicionalíssima, espera, também, que o aluno reproduza os conteúdos com exatidão, sem críticas ou reflexões, e, na maioria das vezes, sem conexões com a realidade social concreta. O ensino jurídico praticado regularmente preocupa-se, sobretudo, em observar se a quantidade “devolvida” pelo aluno condiz com a quantidade “transmitida” pelo professor. A quem, um curso assim conduzido interessa?

Além disso, observamos, também, que o discurso adotado nos cursos de Direito necessita de depuração, pois mantém o engessamento e o formalismo do positivismo. Warat (2004),

O ensino do direito tem que se reconhecer comprometido com as transformações da linguagem, aceitar-se como prática genuinamente transgressora da discursividade instituída, como exercício de resistência a todas as formas de violência simbólica, isto é, como uma prática política dos direitos do homem a sua própria existência (p. 375-376).

As mudanças devem atingir todas as instâncias dos cursos de Direito. O “novo” bacharel em Direito necessita de uma formação humanista, tendo como base saberes fundamentais e profissionalizantes, de forma multi e interdisciplinar, como previsto na resolução CNE/CES nº 09/04, que estabelece as Diretrizes Curriculares para os Cursos de Direito, no Brasil. No entanto, essa é uma propositura que não resolve os problemas, apenas lança um feixe de luzes sobre a possibilidade de se pensar o ensino dessa ciência.

Vivemos, atualmente, imersos num cenário de mudanças ideológicas, culturais, econômicas e sociais, enfim de grandes diversidades. Pensar a formação de profissionais do Direito sem olhar com atenção as inquietações que vive o ensino jurídico é temerário. Muitos são os que optam por buscar no positivismo jurídico respaldo para levantar uma cortina de fumaça que desconsidere as necessidades contemporâneas que levariam a um ensino mais crítico e contextualizado, estabelecendo interlocuções com as demandas sociais.

Pensar o Direito como possibilidade de transformações é pensar o Direito capaz de observar e analisar os problemas sociais em busca de alternativas para combater a exploração e a exclusão social.

Durante um período significativo, o ensino jurídico brasileiro resumiu-se a “ensinar a lei”, a valorizar o poder da autoridade, transformando as aulas em reprodução dos textos legais, num processo de qualidade depreciada e distanciada da realidade.

Ao nos debruçarmos sobre as raízes históricas do ensino jurídico nos deparamos com a influência trazida pelos dos “Egressos de Coimbra”², que, depois de formados e de volta ao solo brasileiro, influenciaram diretamente a adoção do direito natural nos currículos e na faculdade de Direito do Recife, segundo a pesquisadora e Professora Ruth Maria Chittó -Gauer (1995). Seus estudos lançam novas luzes sobre como a Universidade de Coimbra influenciou a formação do pensamento jurídico no Brasil.

² Egressos de Coimbra: termo adotado por Ruth Maria Chittó Gauer (1995) para designar os brasileiros que matriculavam na Universidade de Coimbra de 1772 a 1820.

Desvendar esses meandros da construção do pensamento jurídico é importante, pois vivemos numa sociedade plural, complexa, de espectros globais que não superam as diferenças sociais, econômicas, políticas e culturais. Nesse cenário, reproduzir um modelo de ensino jurídico ultrapassado é orientar os alunos a práticas advocatícias que apenas legitimarão a desigualdade e o autoritarismo.

Essa postura, por sua vez, entendemos que não é adotada de maneira intencional e refletida, mas ocorre exatamente porque seus praticantes não vivenciaram exercícios reflexivos críticos. Logo, influenciados pela dogmática tradicional, os futuros profissionais acabarão utilizando o Direito sob normas positivistas e formais, portanto.

O ensino, quando baseado, somente, no aprendizado das leis idealizadas para sociedades fictícias, é ineficiente diante das complexas relações sociais que vivemos atualmente. É necessário mais, é preciso ampliar os horizontes do ensino e do pensamento, tornando o ensino do Direito abrangente e universalizado, criativo e crítico, criterioso e responsável.

Ter a “práxis social” como balizadora para o pensamento jurídico não é tarefa fácil, pois depende de conhecimentos de áreas como a Sociologia, a Filosofia e a Antropologia, que embasam pensamentos mais críticos e que podem auxiliar na compreensão do homem, suas relações com a sociedade e os demais atores sociais. Só quando aprendemos a pensar é que aprendemos a olhar com mais criticidade os fenômenos que nos envolvem. Para tanto, é imprescindível admitir a necessidade de um Direito mais flexível, mais próximo dos conflitos e da sua solução.

A docência no ensino superior exige competências e habilidades próprias para tornar melhor qualificado o trabalho pedagógico, para que favoreça o exercício de crítica, reflexão, pesquisa, criatividade, inovação, questionamento, articulação, interdisciplinaridade, domínio de conteúdos, domínio metodológico, realização de abordagem progressista, favorecimento de relações dialógicas, trabalho coletivo, discussões, visão holística (compreender o ser humano como um todo, valorizando e respeitando suas diferentes inteligências), ética, aplicação de tecnologias inovadoras, entre outras.

Algumas questões que se colocam atualmente giram em torno da consciência que os atuais professores dos cursos de Direito têm a respeito do papel docente que exercem, enquanto profissionais da educação. Quantos docentes se perguntam o que é ser professor? Como é possível sê-lo cada vez melhor? Há alternativas para o modo como ensinar?

Se o docente não tem ideia do que é ser um educador, não terá olhos para as diversas realidades que “co-habitam” sua sala de aula, mas o ensino do Direito não pode reduzir-se a discussões sobre leis, doutrinas e códigos, que evidenciarium um dogmatismo jurídico mediado por concepções tecnicistas. Necessário se faz que o docente tenha consciência da importância de realizar uma interlocução entre os saberes, criar elos entre a educação e os conhecimentos jurídicos, construindo, assim, pontes que favoreçam a ampliação dos horizontes dos envolvidos no processo de ensino-aprendizagem, pontes de ações solidárias para a valorização e ampliação do conhecimento.

Adotar novos procedimentos metodológicos, que favoreçam a aprendizagem do Direito sob uma linha condutora referenciada nos direitos humanos e na efetividade dos direitos constitucionais, pode evitar que os cursos de Direito permaneçam adormecidos frente às demandas contemporâneas. É na sala de aula que nascem as práticas jurídicas que serão a pedra mestra para a construção de uma sociedade equitativamente melhor.

Para o ensino do Direito, buscar alternativas que favoreçam a produção de conhecimentos de forma crítica e reflexiva é caminhar na direção de realizar um trabalho que objetive a transformação do homem e do mundo sob a perspectiva de vivenciar um processo dialético e constante de investigação e produção crítica de novos conhecimentos.

É preciso, portanto, que o docente deixe de atuar como ator principal, como “detentor e transmissor” do conhecimento para edificar uma nova postura, de construir e reconstruir os conhecimentos que a atual realidade social, cultural e educacional exige; requer-se, portanto, do professor ter desenvolvido competências e habilidades de pesquisador do processo de ensino e aprendizagem.

Essa questão nos permite compreender que o ensino tradicional, aplicado aos cursos de Direito, orienta-se, principalmente,

pelos direitos individuais, pautados no modelo liberal-individualista. Esse modelo foi ultrapassado pela necessidade de atender às novas demandas sociais relacionadas a: consumo, questões ambientais e tecnológicas, novas formas de vida, enfim, novos movimentos sociais. Para estas demandas, é preciso um olhar com “pluralismo jurídico” para que o Direito consiga alcançar resultados mais eficazes, pois segundo Wolkmer “(...) Afinal, nesse processo de afirmação de “novos” direitos, fundados na legitimidade de ação dos novos sujeitos coletivos, a inscrição plural e cotidiana do “jurídico” alcança uma humanização mais integral” (2001:167-168).

Segundo João Ribeiro Jr. (2001), o corpo docente da maioria dos cursos de Direito é composto por 90% de juristas e 10% de profissionais com formação pedagógica. Dessa forma, é que enfatizamos ser quase natural o fato de que muitos não estejam atentos para questionar se a mera transmissão de conteúdos é adequada para a formação da futura geração de profissionais do Direito.

Nos cursos de graduação, espera-se que o ensino possa contribuir de forma crítica e científica para a produção de novos conhecimentos (não se limitando às ações de reprodução e transmissão de conteúdos teóricos), por isso é imprescindível que o processo de ensino-aprendizagem se constitua em processo de investigação constante.

Tornar as aulas em experiências únicas de significado real para o aprendente não é tarefa simples, que pode ser conduzida com superficialidade. Ao contrário, exige posicionamento ético e político, pois apenas se tornará aprendizagem efetiva aquilo que tem sentido, que é capaz de tocar o outro e transformá-lo. Luis Alberto Warat (2004) nos chama a atenção para circunstâncias vividas no ensino jurídico que resultam em um ensino insuficiente e ineficiente para acompanhar as transformações atuais, sejam elas da sociedade, do estado e do próprio Direito.

A ação docente, por suas características próprias, é desafiadora e exigente. Marli André (2001) destaca que, quando embasada pela pesquisa, cria possibilidades de desenvolver habilidades e atitudes investigativas nos sujeitos do processo. Evidente que é preciso tomar o distanciamento necessário para não confundir ensino com pesquisa, uma vez que são ações distintas, mas que se complementam quando articuladas, lembrando que teoria

(pesquisa) e prática (ensino) são elementos do mesmo ato: a produção do conhecimento.

Quando a postura de docente pesquisador é assumida pelo profissional, a formação contínua e reflexiva se dá naturalmente na busca da compreensão dos objetivos educacionais. Essa busca deve ser subsidiada pelas discussões, reflexões e produção de novos saberes que melhor sejam percebidos em processos partilhados de experiências com outros docentes.

O saber pedagógico, se embasado pela pesquisa, é legitimado na ação prática do processo de ensino-aprendizagem. Dessa forma, observa-se que cada docente constrói sua prática numa relação dialética que envolve competências, habilidades e atitudes próprias da ação educativa: saberes pessoais, saberes de formação escolar, saber de formação profissional para o magistério, saber de programas e livros didáticos, saber da experiência na profissão (Tardif, 2002).

Observamos, desse modo, que nos encontraremos em uma encruzilhada quando buscamos a articulação entre os saberes pedagógicos e a experiência prática. Somos conduzidos a entender que a formação dos profissionais do Direito tem sido estruturada sobre um formalismo doutrinário, que resiste às mudanças e mantém, no Direito positivista, a esperança de superação das dificuldades encontradas por alunos e professores e que, frente à realidade atual, não produzem efeitos reais, não produzem conhecimento.

Para tanto, é preciso transformar a docência universitária em práticas de mediação entre professor e alunos, tendo como ponto de partida o conhecimento da realidade educacional, dos objetivos educacionais, das características dos educandos, do processo de amadurecimento dos mesmos, das metodologias adequadas, enfim, é preciso que o docente tenha um mínimo de conhecimentos pedagógicos e, consciência de que a docência do Direito deve ser uma ação capaz de promover uma formação crítica, reflexiva, por fim, humanista, subsidiária de exercícios para a cidadania.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contornos históricos nos mostram que o ensino do Direito não tem sido trabalhado com os olhos no futuro, como instrumento transformador da realidade; apesar dos esforços contrários, em muitas instituições e situações, a prática permanece ancorada em propostas manualescas e escolásticas, em pensamentos idealistas. Ter consciência de que os egressos dos cursos de Direito poderão ser atores principais nos processos de transformações, atendendo às necessidades para promoção da cidadania e do desenvolvimento social, econômico e científico é um dos principais passos para promover mudanças significativas no contexto histórico em que vivemos.

A organização didático-pedagógica dos cursos de Direito, em sua maioria, já procura recuperar a proposta de formação humanista para os bacharéis, de maneira que os egressos possam ter uma visão mais ampliada, direcionando seu olhar para questões que ultrapassem a natureza do individual para o “transindividual”, princípio presente nos direitos coletivos e difusos.

Diante do exposto, se faz imperioso, não apenas desenvolver competências técnicas junto aos alunos, mas auxiliá-lo nos processos reflexivos e críticos do universo jurídico. Sem esta compreensão, não conseguiremos promover Educação Jurídica, e presenciaremos a continuidade de um ensino dogmático, atrelado às antigas doutrinas, a posicionamentos cristalizados e reprodutores de monólogos épicos em cada aula.

A contemporaneidade é permeada pelo multiculturalismo, pelo pluralismo político, por uma sociedade inovadora e, por isso mesmo, marcada pela necessidade de um Direito que se compreenda e se encontre em ações de formação de perspectiva humanística, de trabalho interdisciplinaridade e, em última instância, transdisciplinar, por fim, auxiliando a cada aluno a compreender-se como um “construtor” do Direito.

A presente proposta pode, portanto, contribuir na busca por propostas de novas condições para que as aulas sejam conduzidas por docentes comprometidos com práticas pedagógicas com vistas à formação integral do cidadão.

O TRABALHADOR ESTRANGEIRO INFORMAL E OS ASPECTOS EXCLUDENTES DA ECONOMIA NEOLIBERAL

Ilton Garcia da Costa¹

Suelyn Tosawa²

Sumario: 1 Introdução. 2. Mercados financeiros e o trabalho na globalização econômica. 3. Trabalhador estrangeiro e a informalidade. 4. Considerações finais.

¹ Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Líder do Grupo de Pesquisa/ Investigação em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS da UENP, Mestre em Administração pelo UNIBERO, Avaliador Institucional e de Cursos pelo Ministério da Educação e Cultura MEC – INEP, Membro do Comitê de Área da Fundação de Apoio à Pesquisa/ Investigação do Estado do Paraná – Fundação Araucária, ex Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil OAB SP, Presidente da Comissão de Estágio da OAB SP, membro de Comissão de Direito e Liberdades Religiosas, Membro da E-Justiça Latinoamérica, Ex Diretor Planejamento de Banco, Especialista em Mercados Futuros Bovespa/USP, Especialista em Formação Profissional – Alemanha, Matemático, Advogado. E-mail: iltongcosta@gmail.com e ou iltongcosta@uenp.edu.br

² Mestre em Direito pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Bacharel em Direito pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná, Membro do Grupo de Pesquisa GPCERTOS – Constitucional Educacional Relações de Trabalho e Organizações Sociais, Email: suelyntosawa@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A globalização está intrinsecamente relacionada com o rompimento das limitações geográficas. A mutação no tempo e espaço alterou a economia capitalista graças a esse fenômeno. Em meio a tantas mudanças, a mobilidade do capital é uma de suas consequências. Ela ocorre quando empresas são transferidas para outros locais onde há mão de obra mais barata, matéria prima vasta e o mercado de consumo é satisfatório. Os entes privados buscam locais que os ajudem a diminuir seus gastos e aumentem sua lucratividade.

O problema é que esse processo não tem protegido os trabalhadores. A concorrência entre estes também é difícil, ainda mais quando suas empresas migram para locais onde a mão de obra é desvalorizada. Isso leva os indivíduos a se sujeitarem a condições de trabalho cada vez menos dignas. Para não serem dispensados, acabam aceitando trabalhos informais, que aumenta ainda mais a desigualdade e a exclusão social.

Com a globalização, houve um aumento da concorrência capitalista e o mercado se tornou um lugar onde a mobilidade de capital e a desnacionalização da produção, assim como o caráter transnacional das empresas são fatores indispensáveis para que estas sobrevivam. Sem isso, elas não conseguem se manter financeiramente saudáveis e de forma realmente competitivas.

As implicações sociais da imposição de um ritmo tão predatório no mecanismo de produção resultaria na exclusão social do trabalhador informal. Com a facilidade de migrar a empresa de lugar e sem compromisso com os indivíduos, o mercado se torna um local de insegurança e instabilidade para o empregado. Ao mesmo tempo em que ele está empregado, corre o risco de perdê-lo para alguém que está do outro lado do planeta.

A intenção aqui é demonstrar que a globalização demanda uma atenção dos Estados-nação não só para os aspectos econômicos. É imprescindível que se cuide também das implicações sociais decorrentes de tantas modificações. Aquele que conseguir conciliar as questões políticas, sociais, econômicas, culturais e ambientais trará uma harmonia e benefícios imensuráveis para sua nação.

O método utilizado foi o dedutivo-indutivo e o estudo teve como fontes bibliográficas principais a pesquisa em doutrinas, jurisprudências, legislação e artigos em meios eletrônicos. Este trabalho é oriundo de discussões no grupo de estudo GPCERTOS da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

2 MERCADOS FINANCEIROS E O TRABALHO NA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

A globalização traz alterações para a realidade de todos os países. São dificuldades destacadas neste trabalho com relação aos aspectos econômicos e sociais. Os mercados financeiros de um lado precisam aprender a lidar com a mobilidade do capital e a concorrência mundial, enfatizando ainda mais a busca pela lucratividade. Por outro lado, tem-se o trabalho e seus direitos a serem garantidos para que não sejam coisificados.

A crise do capital em 1970 impulsionou uma reorganização produtiva num âmbito global, assim como de seu sistema político de dominação e ideológico. Com isso, adveio o liberalismo, a privatização do Estado, a desregulamentação de direitos trabalhistas e o desmonte do setor de produção estatal (que pode ser representado pela Era Thatcher-Reagan). O capital buscou se suprir do necessário para repor os níveis de expansão anteriormente atingidos, seguido de um processo de reestruturação da produção e de trabalho (Antunes, 2005, p. 85).

Na visão de Maurício Godinho Delgado, a hegemonia do liberalismo econômico teve sua deflagração a partir de meados da década de 1970. A construção disso se deu com o aproveitamento da forte crise econômica que os países capitalistas estavam enfrentando, aliada a incapacidade conjuntural apresentada pelas políticas públicas dominantes keynesianas de combater a inflação e a estagnação da época (Delgado, 2006, p.73)

Importante atentar para o fato de que:

Esse período caracterizou-se, desde então, por uma ofensiva generalizada do capital e do Estado contra a classe trabalhadora e contra as condições vigentes durante a fase de apogeu do fordismo. Em meio a tanta destruição de forças produtivas, da natureza e do

meio ambiente, há ainda uma ação destrutiva contra a força humana de trabalho, que tem enormes contingentes precarizados ou mesmo à margem do processo produtivo, elevando a intensidade dos níveis de desemprego estrutural. Apesar do significativo avanço tecnológico encontrado (que poderia possibilitar, em escala mundial, uma real redução de jornada ou tempo de trabalho, se ele não fosse controlado pela lógica do capital e, desse modo, expressão de uma forma de dominação), pode-se presenciar, em vários países, como a Inglaterra, uma política de prolongamento da jornada de trabalho. (Antunes, 2005, p. 85-86).

Em meio a todos esses acontecimentos, emergiram o toyotismo e a acumulação flexível no Ocidente. A situação crítica de crise estrutural do padrão de acumulação taylorista/fordista de 1970 dava indícios da crise estrutural do capital, que perdura até hoje. Uma de suas mais relevantes consequências foi a implementação de um amplo processo de reestruturação, objetivando a recuperação do ciclo reprodutivo, ao mesmo tempo em que reposicionava um projeto de dominação societal. O confronto e o conflito do trabalho com o ciclo de batalhas sociais de 1968/69 questionavam a sociabilidade do capital e seus meio de controle social (Antunes, 2005, p. 86).

Destaca-se o fordismo como um exemplo de que o sistema de produção contrariava o estado das relações de classe no mundo capitalista. Isso se deu porque os trabalhadores não se familiarizavam com as longas jornadas de trabalho rotinizadas, a falta de controle sobre a organização do processo produtivo e a falta de necessidade das habilidades manuais. Então, apesar dele utilizar mão-de-obra migrante, a rotatividade da força de trabalho era bastante alta (Harvey, 2010, p. 123). Logo,

Quando Ford industrializou seu processo de produção, favoreceu o emprego dos chamados trabalhadores especialistas em relação aos artesãos qualificados; os empregos dos trabalhadores especialistas eram aqueles tipos de operações em miniatura que exigiam pouco pensamento ou julgamento. Na fábrica de Highland Park de Ford, a maioria desses trabalhadores especialistas era composta de imigrantes recentes, enquanto os artesãos qualificados eram alemães e outros americanos mais estabelecidos; tanto a administração quanto os americanos 'nativos' julgavam ser um trabalho de rotina. Em 1917, 55 por cento eram limpadores e faxineiros não qualificados, que pairavam nas laterais da linha de montagem, e os artesãos e técnicos haviam caído para 15 por cento. (Sennet, 2008, p. 44-45).

A partir dos anos 1990, a mobilidade do capital sofreu influência da intensificação do processo de internacionalização da produção, assim como de sua distribuição e administração. Esse fato ocasionou três pontos, quais sejam a alta de investimento estrangeiro direto, a formação de redes internacionais de produção e a forte imposição dos grupos empresariais multinacionais na produção da economia global (Caplan, 2010, p. 128). Importante frisar que:

A empresa de antes era sincera na sua característica de precisar do trabalhador e, com o tempo, incorporou o trabalho em seus domínios, assumindo responsabilidade sobre ele, numa relação altamente hierarquizada. Eram os tempo de regime fordista/taylorista, em que se buscava o pleno emprego, sob os auspícios de Keynes e sob a tutela de uma empresa que controlava todo o aspecto da produção, desde a fabricação da matéria-prima até a finalização da venda, e para isso utilizava-se de um sistema de produção em massa, o qual, se não propiciava muitas opções, garantia estabilidade ao trabalho e à sociedade. (Resende, 2010, p. 87)

Ressalta-se a crítica trazida por Regina de Paula Pereira Marcelino:

Além das contradições propriamente produtivas, em especial a de superprodução, o capitalismo também criou uma subjetividade na classe trabalhadora que, embora tenha sido fundamental para sua expansão, também alimentou uma das causas de seu questionamento: a incapacidade de satisfazer as expectativas de consumo. Suas tentativas de justificar o não cumprimento de suas promessas de consumo passam pelo discurso relativo ao aumento dos custos da produção, às razões econômicas e à necessidade de auto-renúncia em nome do desenvolvimento econômico. Assim, não havia necessidade de que uma manifestação proletária fosse contra o sistema para ser considerada intolerante, bastava reivindicar o que o próprio capitalismo prometeu: qualidade de vida e acesso ao consumo. (Marcelino, 2004, p. 69-70).

Em meio a isso, pode-se notar a globalização dos mercados financeiros, que se deu com a desregulação iniciada nos governos de Margaret Thachter e Ronald Reagan nos anos de 1980, incentivada pelas inovações tecnológicas que auxiliaram o fluxo rápido de recursos e informações (Chanda, 2011, p. 357).

A globalização pode ser vista como um mito justificador, mas em relação aos mercados financeiros, ele se apresenta como algo bastante real. A diminuição dos custos de comunicação modernos se deu pela redução de controles jurídicos e do aprimoramento dos meios de comunicação. Isto fez com que o mercado financeiro se tornasse unificado sem ser homogêneo. Os países mais ricos e pelos que tem sua moeda utilizada como moeda internacional de reserva no âmbito internacional são quem dominam esse mercado, dispondo de bastante liberdade para impor suas vontades. Isso gera uma diminuição da autonomia dos demais mercados financeiros nacionais (Bourdieu, 1998, p. 53).

Ocorre que o sistema econômico contemporâneo se firma com a desregulação do sistema cambial e com a liberação do sistema financeiro, iniciando uma fase de domínio mundial das transações financeiras. Importante destacar então que,

Nesse cenário, o conceito de 'produção local' passa a prevalecer sobre o de 'empresa nacional', interessa aos Estados maximizar uma produção de bens e serviços em suas fronteiras capaz de propiciar crescimento e empregos, não sendo mais relevante – como até poucas décadas atrás – a origem do capital. Para os Estados, nesse sentido, o que realmente importa é atraí-lo para sua própria esfera econômica. E isto requer a desregulamentação financeira para facilitar sua livre entrada ou saída, assim como a eliminação dos diferentes problemas e dos distintos entraves que podem desestimulá-lo, assustá-lo ou dificultá-lo. [...] (Faria, 2004, p. 100).

A hegemonia do capital financeiro-especulativo poupa o Estado de investigar e obter gastos desnecessários, que se contraponha a sua estratégia, visto que garante a vinculação da economia ao mercado globalizado. Além de favorecer mitigação das políticas sociais, incluindo as trabalhistas, em prol da desregulamentação de mercados de bens e serviços (Delgado, 2006, p. 19). Zygmunt Bauman (2005, p. 95-96) exemplifica tocando na questão dos conflitos:

Um dos efeitos mais sinistros da globalização é a desregulamentação das guerras. A maioria das ações belicosas de hoje, e as mais cruéis e sangrentas de todas, são conduzidas por entidades não-estatais, que não se sujeitam às leis do Estado nem às convenções internacionais. São ao mesmo tempo produtos e causas acessórias, mas poderosas, da contínua erosão da soberania do

Estado e da permanente condição de terra de fronteira que caracteriza o espaço global 'interestatal'. Os antagonismos intertribais vêm a tona graças à debilitação do poder do Estado, ou, no caso dos 'novos Estados', do fato de não ter havido tempo para que esse poder se desenvolvesse. Quando desencadeados, eles tornam as leis promulgadas pelo Estado, sejam elas incipientes ou consolidadas, inaplicáveis e quase nulas.

O atual processo de globalização é imperfeito e injusto, principalmente na parceria entre Estado e capital, já que enfatiza as políticas públicas de (des) regulamentação, impactando sobre questões sociais, culturais, organizacionais e ambientais. Com isso, observam-se formas diversificadas de inserções, como o acúmulo de ganhos, ao mesmo tempo em que se obtêm resultados perversos. A parte social é a que mais sofre com essa situação (Brigadão e Rodrigues, 2004, p. 22-23).

Dai a ideia de criar um padrão de pensamento econômico a ser seguido pelos países integrantes do sistema global, uniformizando práticas políticas e econômicas através da diminuição da resistência do conceito de uma economia global, destacando a desregulamentação do mercado de trabalho como um dos ajustes internos inerentes a inclusão no neoliberalismo (Delgado, 2006, p. 26).

Nesse sentido, válido lembrar que:

As preocupações da política regional e global já vão muito além da geopolítica tradicional. O tráfico de drogas, os fluxos de capital, a chuva ácida e as atividades de pedófilos, terroristas e imigrantes ilegais não conhecem fronteiras; tampouco podem conhecê-las as medidas políticas destinadas a seu controle efetivo e à resolução dos problemas que eles criam. A cooperação internacional e a coordenação de políticas nacionais tornaram-se requisitos indispensáveis para lidar com as consequências de um mundo que se globaliza. (Held e McGrew, 2001, p. 33).

A política perde quando resolve competir com o capital, pois este último é muito mais veloz, enquanto aquele é limitado por sua lentidão e sua restrição local. Um governo em busca do bem-estar de seus cidadãos tem como escopo incentivar a vinda do capital para seu território por meio da implantação de melhores condições para o livre mercado atuar. Ele utiliza de seu poder regulador para

desregular e destruir leis e estatutos, que atentem contra a liberdade do capital. Isso significa um mercado de trabalho flexível com baixos impostos e menos regras, objetivando convencer o capital de que ele é livre para ir e voltar quando quiser, mas que as condições propiciadas pelo Estado nacional são melhores que a da concorrência global (Bauman, 2001, p. 172-173).

Então,

O pensamento econômico liberalista extremado – com seu receituário esterilizante do potencial de atuação do Estado, inclusive quanto a investimentos públicos, de desregulação generezalizada dos distintos segmentos da economia, de elevação persistente do rendimento do capital financeiro, de contração radical do crédito às empresas e aos consumidores, de debilitação dos níveis de crescimento econômico e de emprego –, todo este pensamento unitário de manifesto conteúdo anti-social passa a ter influência cada vez maior nas burocracias nacionais. (Delgado, 2006, p. 92).

O novo Estado visa aprofundar-se nas questões monetárias da economia, criando condições favoráveis para os investimentos privados, e com isso fortalecer a hegemonia financeiro-especulativa do sistema com a política de gestão da dívida pública, de juros e câmbio, além de restringir suas próprias atividades econômicas. A redução da presença do Estado na área econômica pode ser atingida mediante programas de privatização ou de desregulamentação, tanto econômica, quanto normativa (Delgado, 2006, p. 21).

Nas palavras de Pierre Bourdieu,

A crise de hoje é uma oportunidade histórica, para a França e sem dúvida também para todos aqueles que, cada dia mais numerosos, na Europa e no mundo, rejeitam a nova alternativa: liberalismo ou barbárie. Ferroviários, empregados do Correio, professores, funcionários públicos, estudante e tantos outros, ativa ou passivamente engajados no movimento, expuseram, com suas manifestações, declarações e as inúmeras reflexões que provocaram e que a mordida da mídia tenta em vão abafar, problemas absolutamente fundamentais, importantes demais para serem relegados a tecnocratas tão presunçosos quanto limitados: como restituir aos primeiros interessados, isto é, a cada um de nós, a definição esclarecida e razoável do futuro dos servidores públicos, saúde, educação, transporte etc; em ligação sobretudo com os que, nos outros países da Europa, estão expostos às mesmas ameaças? Como reinventar a

escola da República, recusando a instalação progressiva, no nível do ensino superior, de uma educação de duas medidas, simbolizada pela oposição entre as Grandes escolas e as faculdades? E podemos fazer a mesma pergunta a propósito da saúde ou dos transportes. Como lutar contra a precarização que atinge todo o pessoal dos serviços públicos e que acarreta formas de dependência e de submissão, particularmente funestas nas empresas de difusão cultural? Rádio? Televisão ou jornalismo? Pelo efeito de censura que exercem, o mesmo no ensino? (Bourdieu, 1998, p. 39).

Já Zygmunt Bauman (2005, p. 105) enfatiza a contradição existente quando os indivíduos que lutavam por menos atuação estatal, libertando o capital e sua força de trabalho, passam a reivindicar vigorosamente a sua intervenção na contenção das consequências sociais advindas da desregulamentação das condições de trabalho e da deterioração da proteção concedida aos que mais necessitavam.

Importante ressaltar que a realidade da história do capitalismo traz o Direito do Trabalho como abrangente e eficaz no mecanismo de integração dos indivíduos com o sistema econômico, mesmo com as diferenciações notadas com os problemas e diferenciações apresentadas pelas pessoas e vida social. Os marcos do sistema capitalista são respeitados, pois tratam-se de consistentes e generalizantes instrumentos de garantias da efetiva cidadania para o plano socioeconômico e de efetiva dignidade no individual. A democracia social está num sistema significativo e garantidor de modo potente e articulado (Delgado, 2006, p.142).

O pensamento neoliberal transmite uma estruturação e funcionamento da economia e da sociedade como primado do mercado econômico, submetendo o Estado e as políticas públicas a sua prevalência (Delgado, 2006, p. 21).

Ricardo Antunes (2005, p. 73) traz a reflexão de que a racionalização da grande indústria capitalista moderna é movida pela lógica do capital. Ela elimina as propriedades qualitativas do trabalhador por intermédio da decomposição do processo de trabalho em operações parciais, o que leva a uma ruptura entre o elemento que produz e o produto do trabalho. Isto é, o indivíduo é reduzido a um nível de especialização que torna a atividade mecânica e repetitiva. E continua:

E essa decomposição moderna do processo de trabalho, de inspiração taylorista, “penetra até a ‘alma’ do trabalhador”. Portanto, podemos dizer que, se por um lado, o trabalho é uma atividade humana central na história humana, em seu processo de sociabilidade, posteriormente, com o advento do capitalismo, deu-se uma transformação essencial que o alterou e o complexificou. Marx utilizou-se de dois termos distintos (em inglês) para melhor caracterizar essa dimensão ampla do trabalho: *work* e *labour*. O primeiro termo (*work*), mais dotado de positividade, é por isso uma expressão mais aproximada da dimensão concreta do trabalho, que cria valores socialmente úteis e necessários. O segundo termo (*labour*) expressa a dimensão cotidiana do trabalho sob a vigência do capitalismo, aproxima-se mais da dimensão abstrata do trabalho, do trabalho alienado e desprovido de sentido humano e social. (Antunes, 2005, p. 73-74).

O universo de trabalho humano sofreu uma mutação com a influência dos processos de produção capitalista, uma vez que apresenta-se uma relação de objetivação do trabalho. Deixa de existir a relação social entre os seres sociais para prevalecer a relação entre coisas. O trabalho perde então seu caráter de atividade vital, de mecanismo de identificação entre o indivíduo e o ser genérico e passa a externar apenas uma forma de objetivação (Antunes, 2005, p. 72).

A ideia da globalização econômica está atrelada ao capital. Este, por sua vez, molda o mercado financeiro, exigindo uma postura neoliberal. Não há preocupação com aspectos sociais como o trabalho, porque não fazem parte das discussões sobre lucratividade.

3 TRABALHADOR ESTRANGEIRO E A INFORMALIDADE

O trabalhador estrangeiro busca o primado do trabalho e emprego independente das fronteiras locais. A informalidade acaba sendo o efeito colateral dessa busca incessante por vagas no mercado de trabalho a qualquer custo. A globalização propicia um encurtamento de distâncias, levando o indivíduo a lugares inimagináveis.

Pautados na primazia da pessoa humana, o sistema nacional de proteção se funde com o internacional para garantir a universalidade dos direitos fundamentais da comunidade. A sistemática internacional faz as vezes de uma garantia adicional de

proteção para quando o Estado se omitisse ou falhasse em garantir a implementação de direitos ou liberdades fundamentais (Piovesan, 2012, p. 431-432).

Dessa forma, o Estado acolhe o aparato internacional de proteção e as obrigações internacionais que decorrem dela, aceitando o monitoramento internacional com relação ao respeito aos direitos fundamentais. O Estado consente com o controle e com a fiscalização da comunidade internacional, uma vez que ocorre casos de violações de direitos fundamentais devido a falta de resposta nacional ou onde ela são insuficientes. Por isso, há uma participação internacional como ação suplementar, assegurando um adicional na proteção dos direitos humanos (Piovesan, 2012, p. 432).

Assim, o raciocínio seria de que os sujeitos de Direito Internacional são colocados em posição de exigir a aplicação imediata dos direitos fundamentais. Aos indivíduos cabe o acionamento do direito internacional em seu proveito, quando houver denúncias de violação de seus direitos humanos enunciados em tratados internacionais. A ideia é de democratizar o provimento de espaço participativo mais eficaz por determinados instrumentos e instituições internacionais. Um exemplo seria alargar a legitimação nas instâncias internacionais (Piovesan, 2012, p. 433-434).

Nessa linha, Flávia Piovesan aduz que:

Enfatize-se que a Constituição brasileira de 1988, como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática no País, ineditamente consagra o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica brasileira ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, exige nova interpretação de princípios tradicionais, como a soberania nacional e a não intervenção, impondo a flexibilização e relativização desses valores. Se a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se consequentemente a admitir a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, para a Carta de 1988, surgem como tema global. (Piovesan, 2012, p. 437).

A Constituição Federal de 1988 assegura que tanto a dignidade da pessoa humana quanto os direitos e garantias fundamentais constituem os princípio constitucionais. Eles incorporam

as exigências de justiça e valores éticos, suportando o sistema jurídico brasileiro. Além disso, destaca-se o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, enfatizando os direitos e garantias fundamentais como principais atingidos. Impõe-se a eles a maior efetividade possível, dando alcance interpretativo a todos os institutos que puderem ser abarcados (Piovesan, 2012, p. 438).

A convenção 97 da OIT³ ratificada pelo Brasil prevê um tratamento acolhedor aos trabalhadores migrantes. Exige-se que se tome medidas de acordo com a competência de cada país, no momento de ajudar na partida, na viagem e no acolhimento desses trabalhadores. A respeito disso o artigo 3º, prevê o combate de qualquer tipo de propaganda enganosa relativos a imigração e emigração. Além da obrigação de prestar serviços médicos a essa parcela da população. Nota-se então que há uma preocupação do Estado em proteger essas pessoas. A exigência percebida é de cuidado e suporte de condições básicas. Destaca-se aqui a parte em que a Convenção define quais seriam os sujeitos merecedores dessa tutela:

Artigo 11: Para os fins da presente Convenção, o termo 'trabalhador migrante' designa uma pessoa que emigra de um país para outro com vista a ocupar um emprego que não seja por sua conta própria; inclui todas as pessoas admitidas regularmente na qualidade de trabalhador migrante.

A presente Convenção não se aplica:

- Aos trabalhadores fronteiriços;
- À entrada, por um curto período, das pessoas exercendo uma profissão liberal e de artistas;
- Aos trabalhadores do mar.

A nacionalização do trabalho, de acordo com a legislação brasileira, protege o trabalhador nacional em detrimento do estrangeiro, impondo obrigações às empresas. Isso não quer dizer que as disposições consolidadas sejam eivadas de inconstitucionalidade. A intenção é de proteger a parte hipossuficiente, assim como a aplicação do princípio da isonomia (Leite, 2013, p. 550).

Com isso,

³ Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/523>

É de se destacar ainda, a preocupação do legislador em proteger não só o brasileiro mas também o estrangeiro que elege o Brasil para trabalhar, principalmente quando este for especialista. Parte-se, assim, da premissa de que o trabalhador nacional somente tem a ganhar com os conhecimentos que lhe possam ser transferidos pelos estrangeiros que elegem o nosso território para exercer atividade laborativa. (Leite, 2013, p. 551).

O trabalhador estrangeiro sofre com a falta de acesso a direitos básicos, quando chega em determinado país. Esse Estado precisa reconhecer a condição civil do indivíduo, para garantir direitos mínimos (Costa e Tosawa, 2012, p. 200).

A ratificação da Convenção 111 da OIT pelo Brasil ressalta a vedação a qualquer discriminação, inclusive entre nacionais e estrangeiros. A Constituição Federal de 1988 a recepcionou, sendo considerado qualquer ato discriminatório entre empregados nacionais e estrangeiros como inconstitucional (Leite, 2013, p. 551).

Importante frisar os esclarecimentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 213-214) com relação aos princípios atinentes aos estrangeiros. Estes seriam o da dignidade da pessoa humana, isonomia, universalidade e *in dubio pro libertate* (interpretação mais favorável a pessoa em detrimento do Estado). Os estrangeiros são os que residem ou estão usufruindo de uma permanência temporária no país. Ele exemplifica a questão falando do estrangeiro, que migra para trabalhar aqui e reside com sua família ou mesmo dos que ingressam de forma eventual. Todos são sujeitos de direitos nesse ponto.

Nesse sentido,

Cumpra assinalar, por oportuno, que a lei admite exceção à regra da proporcionalidade e da igualdade salarial entre nacionais e estrangeiros. Isso ocorre quando a mão de obra nacional mostrar-se insuficiente para atender à demanda das empresas e estas admitam estrangeiros para o exercício de funções técnicas especializadas. (Leite, 2013, p. 553).

Apesar da não disposição constitucional expressa, estende-se a titularidade dos direitos fundamentais a todo e qualquer estrangeiro. Isso ocorre com base no princípio da universalidade, que se fundamenta também na junção do princípio da dignidade da

pessoa humana. A garantia dos direitos fundamentais é genérica em relação aos estrangeiros independente da sua condição. Isto é, a titularidade de um direito fundamental é atribuída a todas as pessoas devido à função interpretativa do princípio da universalidade (Sarlet, 2012, p. 214).

Os estrangeiros de modo geral não perdem a titularidade de seus direitos fundamentais, mesmo em condições de eventual ilegalidade de permanência no Brasil. Contudo, isso pode gerar alguma sanção como a deportação ou a extradição. Então, é salutar que se respeite os direitos, incluindo nesses casos, o devido processo legal (Sarlet, 2012, p. 214).

Pierre Bourdieu (1998, p. 28) acredita que o estatuto do estrangeiro nas democracias modernas precisa ser discutido. Ele se preocupa em delimitar quais são as questões legítimas na imposição ao deslocamento das pessoas. Além disso, reforça a necessidade de uma avaliação dos gastos dos países com políticas de segurança, que na verdade acabam impondo discriminação dos e pelos controles policiais e a ofensa aos direitos fundamentais do indivíduo.

No entanto, há que se falar também daquela parcela da população que migra de maneira irregular. Abdicam de garantias legais e de seus direitos, porque escolheram fugir pra pobreza e miséria em que estavam inseridos. A grande surpresa desses trabalhadores se dá quando se deparam com a mesma realidade ou até uma condição pior daquela em que se encontravam em seu país de origem.

Essa exclusão pode ser decorrente da desconsideração de atributos que objetivam a construção da identidade quando se aplica o discurso pautado na igualdade formal e na ausência de discriminação. Isto é, o conceito de igualdade material deve corresponder a luta pela dignidade humana, gerando condições materiais e imateriais do ser humano desenvolver suas atitudes e aptidões de modo funcional. O indivíduo precisa acreditar que pode aproveitar da globalização do processo de acumulação financeira do capital, para participar e se inserir nessa nova realidade (Caplan, 2010, p. 130).

A exemplo disso:

Migrantes ilegais, por sua vez, são recrutados por empregadores na condição de subemprego, com baixos salários, por curtos períodos de contratação e, quando não, sem proteção trabalhista. Essa é uma das razões de os Estados Unidos e alguns países europeus acolherem imigrantes ilegais da América Latina, da África, da Ásia e de países pobres do mediterrâneo europeu. Tal fonte ilegal beneficia boa parte da economia dos países receptores. É o círculo vicioso engordando a globalização econômica e traumatizando sociedades, tanto as que mandam quanto as que recebem imigrantes... (Brigadão, Rodrigues; 2004, p. 92).

Considera-se a migração como bomba de efeito retardado, uma vez que os acordos internacionais são poucos e ineficazes, mesmo com a participação de um organismo internacional como a OIT. As consequências são as condutas nacionalistas, xenofóbicas e racistas vindo de Estados que sofrem com os movimentos migratórios. Inicia-se outro problema: a questão dos conflitos étnicos e culturais, que nada mais fazem do que reforçar a exclusão social desses indivíduos (Brigadão, Rodrigues; 2004, p. 88).

A lição de Zygmunt Bauman confirma o entendimento esboçado, senão vejamos:

Quando todos os lugares e posições parecem balançar e não são mais considerados confiáveis, a presença de imigrantes joga sal na ferida. Os imigrantes, e em particular os recém-chegados, exalam o odor opressivo do depósito de lixo que, em seus muitos disfarces, assombra as noites das potenciais vítimas da vulnerabilidade crescente. Para aqueles que os detratam (sic) e odeiam, os imigrantes encarnam – de modo visível, tangível, em carne e osso – o pressentimento inarticulado, mas pungente e doloroso, de sua própria condição de descartável. Fica-se tentado a dizer que, se não houvesse imigrantes batendo às portas, eles teriam de ser inventados... De fato, eles fornecem aos governos um 'outro desviante' ideal, um alvo muito bem-vindo para 'temas de campanhas selecionados com esmero'. (Bauman, 2005, p. 73).

Além de serem explorados não possuem respaldo do Estado para serem considerados cidadãos. Passam a viver as margens da sociedade, tendo que lidar com inúmeros problemas. Ilton Garcia e Suelyn Tosawa (2012:192) asseveram que:

Com efeito, na verdade, o que ocorre é que o trabalhador imigrante acaba marginalizado, submetendo-se a condição de trabalho miseráveis, sendo estas piores das que tinha em seu país de origem, não conseguindo retornar ao seu país, prendendo-se a uma vida sem esperanças, cheia de saudade e arrependimentos.

Imprescindível então deixar de observar a exclusão social como passível de duas condições. A primeira delas sugere aos trabalhadores excluídos, que fazem parte do sistema, proporcionando a sua inserção no sistema produtivo apesar da não garantia de seus direitos. Ele ainda possui algum resquício de reconhecimento, mesmo que vil. A segunda parcela de excluídos são aqueles que estão completamente fora do sistema, inseridos na marginalidade de tal maneira, que se torna impossível o ingresso no mercado de trabalho (Caplan, 2010, p. 128).

O cenário social traz que:

Ao mesmo tempo, os bem-educados, qualificados e ricos em todos os países tornaram-se altamente móveis, criando uma enorme disparidade em termos de oportunidades, entre grupos sociais e entre países. Esse migrante da elite internacional global representa os centro ligados à economia financeira e atua em toda a parte, falando a 'língua franca' (inglês), defendendo os mesmos interesses, valores e estilo de vida. Os bem-qualificados não encontram barreiras, e ninguém questiona sua liberdade de movimento. Ninguém barra ou faz objeção à cor da pele de um sultão ou de um milionário ditador negro quando entram e saem de um país qualquer. Às vezes, a cidadania é questão de preço. (Brigadão e Rodrigues; 2006, p. 91).

A parcela da população que se sujeita a tal prática o faz na ilusão de melhorar suas condições em outro lugar. Sonham com locais que imaginam ser constituído por condições e situações sociais diferentes da sua:

Uma coisa é certa: ninguém emigra sem acreditar em algo melhor em sua vida. Lendas foram criadas em torno da migração: a Terra Prometida, El Dorado e Mundo Novo povoaram a imaginação dos que partiram... embora, com a chegada, a realidade, quase sempre, fosse outra. (Brigadão e Rodrigues, 2004, p. 86).

Essa ideia é alimentada pela globalização, que costuma disseminar informações numa quantia astronômica sem a preocupação de filtrá-la ou verificar sua autenticidade/veracidade.

A sociabilidade humana pode ser fundada a partir do trabalho. Esse seria o ponto de partida para o processo de humanização, trazendo a tona na sociedade capitalista o trabalho assalariado e por isso alienado. O labor antes representava a satisfação produtiva e reprodutiva do homem, sendo uma finalidade básica do ser social. O processo de trabalho se transforma e transfigura-se em mecanismo de sobrevivência, fazendo da força de trabalho uma mercadoria. Esta tem o objetivo de criar novas mercadorias para valorização o capital (Antunes, 2005, p. 69).

A crítica de Paula Regina Pereira Marcelino é a de que:

O trabalho em si apresenta-se aos trabalhadores como um elemento contraditório: em diversos momentos como um valor fundamental, que edifica os homens; em vários outros, como um opressor, que desgasta e cansa, prejudicando as relações com a família e os amigos; mas também se apresenta como aquilo que permite uma integração social, mesmo na família. De qualquer forma, o trabalho sempre aparece como algo necessário. Assim é o trabalho sob o capitalismo: permeado de contradições. Estar fora dele, mesmo levando-se em conta todos os seus aspectos negativos, significa não estar integrado a todo o conjunto da vida social. E o desemprego [...] é um importante fator na construção do consentimento. As falas dos trabalhadores, inclusive das lideranças da greve, expressam essas condições. (Marcelino, 2004, p. 198-199).

O problema que os trabalhadores enfrentam é o da mobilidade do capital e da gigante mão de obra disponível, que podem se locomover por todos os lugares do planeta conforme suas necessidades e vontade. As empresas vão onde as condições são mais favoráveis, tendo lugares sedentos por desenvolvimento prontos para abdicarem de tudo que não convier a configuração empresarial pretendida. Isso gera o dismantelamento das organizações de trabalhadores (Caplan, 2010, p. 128).

Ricardo Antunes pondera que:

Da explosão de Los Angeles, em 1992, às explosões de desempregados da França, em expansão desde o início de 1997, desde Seattle, em 1999, às greves gerais na Itália e Espanha, no primeiro semestre de 2002, sem falar na rebelião dos desempregados na Argentina em 2001, assistimos a muitas manifestações de revolta contra os estranhamentos daqueles que são expulsos no mundo do trabalho e, consequentemente, impedidos de viver uma vida dotada de algum sentido. (Antunes, 2005, p. 88).

Pierre Bourdieu (1998, p. 117) toca no âmago da questão quando fala sobre a legislação antimigração. Crítica as grandes discussões jurídicas entre uma ou outra lei. O problema a respeito do mérito central é a abolição de uma lei legítima e discriminatória em sua essência. Coloca-se o estrangeiro em uma posição de suspeição global. Assim: *“O que é um cidadão que tem de provar, a cada instante, sua própria cidadania?”*.

O medo gerado pela presença dos imigrantes é muito nítida. O aspecto econômico faz com que a classe média e os trabalhadores formais em geral sintam-se inseguros com seu padrão de vida e com o futuro. Essas são prioridades inegociáveis, daí a pressão sobre a legislação antimigratória se tornar cada vez mais rígida. Ignora-se a solidariedade internacional sob a desculpa de proteção ao mercado de trabalho e ao emprego, que são preocupações nacionais (Brigadão e Rodrigues, 2004, p. 94-95).

A respeito disso:

Nas condições atuais, o cidadão do lugar pretende instalar-se também como cidadão do mundo. A verdade, porém, é que o ‘mundo’ não tem como regular os lugares. Em consequência, a expressão cidadão do mundo torna-se um voto, uma promessa, uma possibilidade distante. Como os atores globais eficazes são, em última análise, anti-homem e anticidadão, a possibilidade de existência de um cidadão do mundo é condicionada pelas realidades nacionais. Na verdade, o cidadão só o é (ou não o é) como cidadão de um país. (Santos, 2008, p. 113).

O pensamento é o de que os trabalhadores de um determinado país perdem com a chegada dos estrangeiros, tendo que buscar a incrementação de seu capital humano para poder competir. São poucas pessoas que tem essa possibilidade. Seus equivalentes estrangeiros trazem o medo de perderem seus espaço social. Para esconder a angústia de achar que os estrangeiros estão

mais bem preparados para o labor, insurgem-se contra eles por meio de preconceitos étnicos ou raciais. As fontes de energia humana são transferidas de acordo com a necessidade apresentada pela globalização, sempre deixando alguém de fora disso (Sennett, 2008, p. 86-87).

O discurso neoliberal prevê a necessidade de possuir um posto de trabalho, independente das condições. A proteção a dignidade do trabalho acaba se esvaindo, visto que:

Se há inconstância do Direito do Trabalho em arregimentar para seus quadros trabalhadores efetivamente protegidos, pois o seu comportamento, por influência do novo modelo capitalista e das teorias neoliberalizantes, é o de expulsar empregados, jogando-os para zonas fronteiriças ou para a franca informalidade, aquela parcela já minoritária, ao ponto de se considerar uma elite atualmente, que está sob a cobertura da influência democratizante do Direito do Trabalho, não tem qualquer garantia de continuidade de sua situação. (Resende, 2010, p. 104).

Entende-se necessário a criação de estatutos com vigência supranacional para estabelecer alguns pontos como os padrões sociais e trabalhistas básicos entre os blocos econômicos regionais. Para que haja alguma esperança, é preciso que se efetue a adoção de códigos internacionais de proteção do contrato de trabalho contra a discriminação e a deportação arbitrária por exemplo. A intenção é de fazer com que haja aplicabilidade dos direitos sociais no plano global (Brigadão e Rodrigues, 2004, p. 95).

Assim, importante frisar que uma postura mais ativa na garantia dos direitos do trabalhadores estrangeiros é imprescindível para uma efetivação dos direitos humanos na atual conjuntura global.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização é, sem dúvida, um dos fenômenos que mais influencia a atualidade. Ela traz consigo inúmeras vantagens e desvantagens. Aqui, ressaltou-se um pouco de como o aspecto econômico e social estão conflitando e quais as alterações necessárias para que se tornem harmônicos.

O primeiro ponto discutido foi a questão da globalização do processo de produção. As empresas buscam localidades onde existam maiores benefícios no que atine a mão de obra e matéria prima mais baratas, assim como o mercado de consumo mais intenso. A China é um dos grandes exemplos desse processo.

As empresas se mudam para tais lugares, visando aumentar sua taxa de lucro. A mobilidade do capital propiciado pela globalização acaba causando alguns problemas sociais, uma vez que os entes privados só se atentam para a questão econômica.

Isso ocorre também com os trabalhadores, que se utilizam da possibilidade de um deslocamento mais facilitado pela globalização para ir de encontro aos locais onde acredita haver empregos disponíveis. Migra-se em busca das vagas de trabalho.

A exclusão social do trabalhador informal acontece em meio a esse processo de globalização da produção, quando os trabalhadores são trocados por outros em localidades distantes que vendem sua força de trabalho por valores muito menores dos que eles o faziam. Isso gera uma precarização e desvalorização do sujeito, levando-os ao desemprego ou à submissão ao trabalho informal para sobreviver.

Cabe então a atuação do Estado para evitar que esse processo deixe de ser rotina. Algumas medidas precisam ser tomadas para facilitar a proteção dos trabalhadores imigrantes e para garantir o direito ao trabalho digno e decente.

O problema é que falta ainda uma atuação mais efetiva para que os trabalhadores consigam uma integração social, sendo tratados como cidadãos e não como produtos do sistema, que podem ser dispensado a qualquer momento.

LA MUERTE COMO BALUARTE DE LA DIGNIDAD EN EL FLAGELO DE LA CIUDADANÍA

Plauto Cavalcante Lemos Cardoso¹

Sumario: 1. Introdução. 2. Um brasileiro chamado João de Santo Cristo. 3. Escola primária. 4. O ensino médio e graduação. 5. A pós-graduação. 6. A hora da estrela.

1 INTRODUÇÃO

A violência é a marca comum de nossa civilização. Seja através da educação, processo que também envolve seu próprio tipo

¹ Director del Instituto de Derecho de Integración de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC). Escritor, abogado, docente e investigador en las áreas de Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho & Política y Derecho & Literatura. Investigador de la REDIPAL, profesor del posgrado de la Universidad de Bologna en Argentina, profesor invitado del posgrado de Derecho Constitucional de la Fundación Getúlio Vargas-Rio / red conveniada nacional, profesor invitado de la Cátedra Teoría del Estado de la Universidad Palermo (UP) en Argentina, profesor del Departamento de Derecho Público de la Facultad Pitágoras en Belo Horizonte/MG. Alumno del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – UBA, Argentina. Master of Laws – LL.M en Litigation en la Fundación Getúlio Vargas – FGV/Rio, Brasil. Master en Literatura Inglesa en la Universidad de Sussex, Inglaterra y Especialista en Lingüística Aplicada en la Universidad de Brasilia - UnB. Graduado en Derecho en la Universidad Cândido Mendes – UCAM, Río de Janeiro y en Letras en la Universidad Federal de Minas Gerais, UFMG. Miembro del Colegio de Profesores de la Academia Brasileña de Derecho Constitucional (ABDConst), miembro del Instituto de los Abogados Brasileños (IAB) y de la Comisión de Derecho Constitucional del IAB. Miembro de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Minas Gerais/MG

de violência, seja através de violência psíquica ou física perpetrada pelos que sequestram a coisa pública para servir suas agendas pessoais, é a violência que forja nações, povos, tribos, comunidades de uma forma ou de outra.

Não deve haver preocupação maior para um homem do direito que a submissão do poder ao direito. É disso, afinal, que trata o mal compreendido garantismo que defende Roberto Gargarella. Muito além dos escorregadios labirintos do debate sobre como castigar o próximo, sobre o paradoxo de se tentar incluir excluindo, sobre como mostrar reprovação a comportamentos que ferem nossos pactos civilizatórios, há no fundo um tipo de preocupação bem individual quando se luta para manter o compromisso do homem com sua própria humanidade. Qual, afinal, é o problema de se defender o direito de delinquentes? Não há ofensa alguma ao direito da vítima³. Muito pelo contrário, o que se quer na maioria das vezes é tão somente que o Estado não faça pior, que não seja ele o maior delinquente. O que se quer é que se fôssemos nós mesmos, que um mínimo de dignidade seja mantida, que seja dada toda a oportunidade de defesa e que a eventual pena de privações seja uma privação limitada à liberdade e não ao mínimo existencial para que se sobreviva e quem sabe possa se aprender algo com tudo isso. O que se busca é que a pena não passe ao corpo e a alma. Que não nos transforme em objetos de direito; que nos mantenha como sujeito de direitos. E finalmente, que não nos envergonhe de fazer parte de um estado que torture, que mate em vida.

A história de nações é marcada por certas sagas. Importa tanto o que se diz nestes mitos fundadores como o que se olvida. A história é um esquecimento proposital de estórias. Afinal, raramente o sucumbente a relata. Como nação, temos no Brasil como mito fundador uma carta de pura ficção, a Carta de Pero Vaz de Caminha, enviada por um súdito que não era o escriba oficial da esquadra, em um ato de pura audácia que poderia ter-lhe custado a vida, ao então rei de Portugal e com o único e egoísta objetivo, escondido no longo relato, mas revelado em suas linhas finais, de pedir a D. Manuel que libertasse seu genro, Jorge Osouro, condenado ao degredo na ilha de São Tomé, na África.

Não é objeto de nossa análise neste artigo os arroubos de Pero Vaz de Caminha. Disso outras penas robustas já trataram⁷. Aqui tratamos de sugerir que uma outra obra de ficção pode servir de saga para o nosso último século de construção violenta de uma identidade

nacional. Um século de exclusões, um século perpetuando a lógica da escravidão oficialmente abolida em 1888, mas pela qual continuamos pagando um preço muito alto como sociedade.

Analizamos neste trabalho a caminhada de João de Santo Cristo contada por Renato Russo em uma composição de 1979 intitulada “Faroeste Caboclo”, um épico de 168 versos, censurado incrivelmente pelos palavrões empregados e não pelos temas sensíveis de que trata e que de tão atuais, ganhou uma adaptação cinematográfica em 2013 que infelizmente seu compositor, vitimado pela AIDS em 11 de outubro de 1996, nunca chegou a ver. Trata-se de um triste retrato do caminho percorrido por muitos. A canção marcou época e certamente a adolescência deste autor e segue terrivelmente atual.

A premissa que nos guia é de que a canção se mantém relevante porque por alguma terrível falha na formação moral e filosófica de nossa nação, não ligamos ontologicamente dignidade a todo ser humano, relativizando de forma perigosa tal conceito, olvidando as lições recentes da história mundial⁸.

Concluimos que “nosso contexto institucional atual torna o exercício da cidadania um flagelo sob o desabrigo do medo, agravado por um contexto de analfabetismo crônico. Concluimos, ainda, que não se deveria falar em crise em nosso sistema carcerário, mas sim uma política sistemática de encarceramento em massa, fruto de uma incapacidade de fazer juízos coerentes de reflexão” (Hannanah, 2000, p.5-6).

A metodologia utilizada tem como base o confronto do contexto ficcional da canção/conto/relato/protesto criado pelo compositor com as atuais estatísticas disponíveis sobre violência urbana e o sistema carcerário brasileiro, pesquisa de doutrina relevante sobre o tema tanto na Argentina como no Brasil, jurisprudência, análise de entrevistas, filmes, pesquisas de opinião, além de artigos de periódicos de ambos os países.

2 UM BRASILEIRO CHAMADO JOÃO DE SANTO CRISTO

Não tinha medo o tal João de Santo Cristo
Era o que todos diziam quando ele se perdeu
Deixou pra trás todo o marasmo da fazenda.

Só pra sentir no seu sangue o ódio que Jesus lhe deu.
Quando criança só pensava em ser bandido
Ainda mais quando com um tiro de soldado o pai morreu
Era o terror da cercania onde morava
E na escola até o professor com ele aprendeu

Renato Russo e João de Santo Cristo são dois garotos de classe média. O cantor e compositor sempre achou curioso que as pessoas insistiam em não ver que Santo Cristo era filho de fazendeiro (Villalobos, Demier, e Mattos, 2015). As duas vidas, tanto do cantor como de seu herói ficcional, foram profundamente marcadas pela violência do Estado. Renato, filho de um economista e funcionário público, cresceu como este autor nos anos plúmbeos da Brasília dos anos 1970. Renato Russo lutava com as armas que tinha. João de Santo Cristo viu sua família morrer pela violência policial e o curso de sua vida alterado de forma irreversível.

Uma a uma, todas as principais instituições formadoras do caráter de um cidadão vão caindo ao longo de sua caminhada representativa das de muitos de nós brasileiros e, provavelmente, de muitos sul americanos. João de Santo Cristo encarna vários estigmas em si só: do migrante nordestino em busca do sonho brasileiro, do negro discriminado, do menor torturado em reformatórios, do vulnerável empurrado para as favelas nas margens do tecido urbano, excluído pela lógica do subemprego e rumo os braços do tráfico de drogas e por fim para o inferno dantesco que é o sistema prisional brasileiro. A morte era o seu melhor consolo e o único bastião de dignidade. Como Augusto Matraga, personagem do último conto de Sagarana de João Guimarães Rosa (2001), marcados a ferro e fogo, esses anti-heróis com caráter são espiados de seus pecados por “saber morrer”. A violência e o misticismo, dois eixos da vida no sertão nordestino, transborda para as periferias de cidades como Brasília no processo da diáspora deste povo castigado pelo flagelo da cidadania e da seca (Arendt, 2008, p. 353).

A primeira instituição a ruir, e a mais importante e formadora de um cidadão, a família, acaba aqui já na primeira estrofe: “Com um tiro de soldado o pai morreu”. No verso seguinte, somos informados que a segunda instituição fundamental no moldar de um cidadão, a escola, aquela que deveria nos tornar seres capazes de interações sociais saudáveis, também se esvai: “Era o terror da cercania onde morava, e na escola até o professor com ele aprendeu”. A Santo Cristo não foi ensinada outra forma de reação que não a violência.

O antropólogo, escritor e senador Darcy Ribeiro – e este autor raramente citaria um senador de sua república de forma elogiosa nestes tempos - em uma conferência a governadores nos anos 80 afirmou que se não se construísse escolas, em 20 anos nos faltaria recursos para construir presídios. A realidade atual seguramente surpreenderia o visionário senador.

A terceira estrofe põe abaixo talvez o último pilar e esperança em termos de lastro moral, a religião:

la pra igreja só pra roubar o dinheiro
Que as velhinhas colocavam na caixinha do altar
Sentia mesmo que era mesmo diferente
Sentia que aquilo ali não era o seu lugar

Entregue a própria sorte Nietzscheana, tendo Deus como morto, sobra a João de Santo Cristo a solidão da busca de uma ética ou moral social para se amparar, em um ambiente hostil sem família, escola ou religião. Só lhe resta o Estado para lhe amparar.

Ele queria sair para ver o mar
E as coisas que ele via na televisão
Juntou dinheiro para poder viajar
De escolha própria, escolheu a solidão

E o Leviatã se faz presente em toda a sua magnitude para um ainda impúbere menor:

Comia todas as meninhas da cidade
De tanto brincar de médico, aos doze era professor
Aos quinze, foi mandado pro reformatório
Onde aumentou seu ódio diante de tanto terror

Aqui a vida de João de Santo Cristo se confunde com a de tantos outros pequenos brasileiros. Neste ponto poderíamos substituí-lo sem perda dramática por Alessandro, aquele retratado por Bruno Barreto em “Última Estação 174”, por José Padilha em “Ônibus 174” e por Gargarella em *Castigar el Próximo* (Gargarella, s.f, p. 241-250)

Ainda adolescente, João de Santo Cristo encontra no reformatório os terrores da tortura. Seu ódio explode.

Fica claro neste segundo contato com a violência estatal – o primeiro foi o tiro do soldado que vitimou seu pai – que a questão não é “*el reproche estatal en una comunidade de iguales*”, mas em uma comunidade de desiguais, na qual alguns são mais dignos que outros. Nas palavras de Ana Paula Barcellos

A hipótese que se suscita aqui é a de que a concepção de dignidade da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que à simples circunstância de se tratar de um ser humano. A dignidade, portanto, não seria algo inerente a todo ser humano, mas circunstancial e vinculado ao comportamento do indivíduo. Isso explicaria, de certo modo, a permanência do caos no sistema prisional brasileiro [...]. O funcionamento dessa concepção de dignidade não ontológica poderia ser descrito nos seguintes termos; o preso cometeu crimes (ou está sendo acusado por crimes), logo, por conta de seu comportamento reprovável, ele já não seria titular da dignidade e, portanto, não teria direito realmente a ser tratado de forma digna. (p.52).

3 ESCOLA PRIMÁRIA

Note o leitor que essa realidade tem como escola primária da desumanidade um conjunto de instituições hoje eufemisticamente denominadas Fundação Casa – Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente -, antiga FEBEM – Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor. Exemplificamos melhor do que se trata com uma reportagem do jornal A Folha de São Paulo de 10/08/2017:

Justiça condena 12 funcionários da antiga Febem por torturar internos

A Justiça de São Paulo condenou 12 funcionários da antiga Febem, atual Fundação Casa, por tortura. Eles haviam sido acusados pelo Ministério Público de agredir física e mentalmente 111 adolescentes em uma unidade da Vila Maria, zona norte da capital, em 2005.

A condenação, de 24 de julho, foi divulgada nesta quinta-feira (10) pelo "Bom Dia Brasil", da TV Globo. Segundo a sentença judicial,

a qual o UOL teve acesso, dez funcionários foram condenados a dez anos e seis meses de prisão em regime fechado; e outros dois funcionários, a um ano e dois meses em regime aberto.

Na sentença, o juiz levou em conta, para as condenações, as lesões dos internos que, segundo ele, eram "consistentes em hematomas, equimoses e escoriações" em partes do corpo como cabeça, pescoço, ombros, costas e nádegas.

O juiz Fernando Cesar Carrari afirmou na sentença que se tratava de um crime de tortura "praticado na clandestinidade", após apuração das palavras das vítimas, testemunhas e laudos periciais.

Acredite, essa tem sido a regra nestas instituições.

João de Santo Cristo agora não era mais classe média. Era um menino jogado a própria sorte, em um ambiente cuja violência física e psíquica não podia compreender:

Não entendia como a vida funcionava
Discriminação por causa da sua classe e sua cor
Ficou cansado de tentar achar resposta
E comprou uma passagem, foi direto a Salvador

E assim João desagua no Planalto Central, no contexto favelizado de uma Brasília militarizada.

E João aceitou sua proposta
E num ônibus entrou no Planalto Central
Ele ficou bestificado com a cidade
Saindo da rodoviária, viu as luzes de Natal
Meu Deus, mas que cidade linda,
No Ano Novo eu começo a trabalhar
Cortar madeira, aprendiz de carpinteiro
Ganhava cem mil por mês em Taguatinga
Na sexta-feira ia pra zona da cidade
Gastar todo o seu dinheiro de rapaz trabalhador
E conhecia muita gente interessante
Até um neto bastardo do seu bisavô

Cidades desestruturadas, ambientes urbanos caóticos e vulneráveis. A prostituição se apresenta como alternativa de entretenimento no excludente conceito de Brasília, uma cidade

construída por pobres que se esperava que magicamente desaparecessem finda a construção de suas icônicas e gélidas aberrações de concreto armado. Acabaram por abrigar-se nos inóspitos ambientes do entorno como Ceilândia e Samambaia, luxuosamente denominadas cidades satélites, sem saneamento básico, sem estrutura estatal alguma que se apresentasse em forma de educação, segurança pública ou saúde, excluídos de todos os níveis de direitos de qualquer dimensão. O envolvimento com o tráfico era só uma questão de tempo, como o é para uma significativa quantidade de jovens neste tipo de contexto. E claro, seguido pela consequente passagem pelo ensino médio da desumanidade, a prisão.

4 ENSINO MÉDIO E GRADUAÇÃO

Um peruano que vivia na Bolívia
 E muitas coisas trazia de lá
 Seu nome era Pablo e ele dizia
 Que um negócio ele ia começar
 E Santo Cristo até a morte trabalhava
 Mas o dinheiro não dava pra ele se alimentar
 E ouvia às sete horas o noticiário
 Que sempre dizia que o seu ministro ia ajudar
 Mas ele não queria mais conversa
 E decidiu que, como Pablo, ele ia se virar
 Elaborou mais uma vez seu plano santo
 E sem ser crucificado, a plantação foi começar [...]
 Fez amigos, frequentava a Asa Norte
 E ia pra festa de rock pra se libertar
 Mas de repente
 Sob uma má influência dos boyzinho da cidade Começou a roubar
 Já no primeiro roubo ele dançou
 E pro inferno ele foi pela primeira vez
 Violência e estupro do seu corpo
 “Vocês vão ver, eu vou pegar vocês”

Na realidade, aos infernos estatais Santo Cristo já havia sido apresentado inicialmente na infância com aquele tiro de soldado que lhe cobra a vida de seu pai e depois na adolescência no reformatório. A prisão era o seu terceiro contato com esse sistema educacional para pobres jovens negros.

Vejamos alguns dados. Em uma sanha alienista, atingimos como nação em junho de 2014 o número de 711.463 presos, computados os que estão em prisão domiciliar, a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atrás apenas de Estados Unidos e China. Se cumpríssemos todos os 373.991 mandados de prisão em aberto, atingiríamos o estarrecedor número de 1.085.454 presos, segundo o mesmo relatório. E quem encarceramos? Quem são nossos monstros? ²⁰ Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), o perfil socioeconômico dos detentos mostra que 55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% têm até o ensino fundamental completo. Ou seja, pobres e negros sem escolaridade. Não construímos escolas e agora falta recursos para presídios.

O mais chocante é que pelo menos 40% deste mar de gente nem sequer foi julgada e condenada em primeiro grau de jurisdição. São presos provisórios, amontoados como na Casa Verde do personagem Dr. Bacamarte da obra “O Alienista” de Machado de Assis. E com qual fundamentos se impõe exclusão social profunda? O que fizeram essas pessoas, pergunta-se? “28% dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas, 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio.” Roubo, furto e homicídio punidos na prática similarmente. Finalmente, o Infopen nos mostra que em se tomando o total geral de pessoas que passaram pelo sistema penitenciário nacional ao longo apenas do ano de 2014, considerando aqui todas as entradas e saídas, chega-se ao impressionante número de pelo menos um milhão de brasileiros encarcerados em um único ano, colocando o país na sexta colocação mundial em termos de taxa de encarceramento geral, com uma taxa de não menos 358 detentos por 100.000 habitantes ²⁶, ultrapassada somente por alguns dos modelos mundiais em observância de direitos humanos como Ruanda, Rússia, Tailândia, Cuba e Estados Unidos.

Santo Cristo sai do ensino médio e agora conclui sua graduação como chefe de tráfico.

Logo logo os maluco da cidade souberam da novidade
 “Tem bagulho bom ai!”
 E João de Santo Cristo ficou rico
 E acabou com todos os traficantes dali

5 A PÓS-GRADUAÇÃO

O tempo passa e um dia vem na porta
Um senhor de alta classe com dinheiro na mão
E ele faz uma proposta indecorosa
E diz que espera uma resposta, uma resposta do João
"Não boto bomba em banca de jornal
Nem em colégio de criança,
isso eu não faço não
E não protejo general de dez estrelas
Que fica atrás da mesa com o cu na mão

O convite à pós-graduação veio do próprio estado. Como um prêmio por ter passado nos testes da escola primária, secundária e pela corajosa limpeza comandada contra os ex-chefes do tráfico local, agora se oferecia a João um título de pós-graduação completo: aliar-se de vez com o mestre de toda a barbárie, o estado militar. A ele é encomendado um atentado a bomba pelo governo militar e contra alvos civis. João de Santo Cristo escolhe o caminho do martírio ao negar-se a colocar bomba em banca de jornal ou colégio de criança.

E é melhor senhor sair da minha casa
Nunca brinques com um Peixes de ascendente Escorpião"
Mas antes de sair, com ódio no olhar, o velho disse
"Você perdeu sua vida, meu irmão"

6 A HORA DA ESTRELA

Morrer de maneira altiva era o mais próximo que Santo Cristo chegaria da palavra dignidade. Como a personagem Macabéia de Clarice Lispector²⁸, a sua hora de brilho, o único momento em que a sociedade finalmente o enxerga, foi a hora de sua morte.

E o povo declarava que João de Santo Cristo
Era santo porque sabia morrer
E a alta burguesia da cidade
Não acreditou na história que eles viram na TV

Em um contexto onde a dignidade é ofertada com discricionariedade, agravado pela violência urbana sem precedentes, nos alerta Barcellos que:

Em um ambiente de medo generalizado por conta de níveis alarmantes de violência urbana, a benevolência simplesmente não encontra oportunidade adequada para florescer. Pior que isso, o medo faz vir à tona a fragilidade das convicções morais e filosóficas da formação social brasileira acerca da igualdade dos indivíduos e de sua dignidade. (p. 52-53).

Em 8 de junho passado, um tribunal de Munique condenou um jovem infrator reincidente a 20 horas de leitura². O jovem, segundo a juíza, não havia aprendido nada com a primeira condenação – a mesma moto e a mesma placa com problema de visibilidade. A sanção foi no sentido de que o jovem deveria ser "motivado a se ocupar em nível intelectual com o seu ato", acrescentando que nenhuma outra medida educativa se fazia necessária ao caso. Imaginem um menor infrator reincidente com uma moto com placa com problemas sendo apreendido em uma zona periférica de um centro urbano brasileiro? Imagine, ainda, se esse jovem fosse negro como o é uma parte significativa da população brasileira? Achamos difícil pensar que o imbróglcio teria acabado em uma biblioteca. Muito provavelmente, o jovem motociclista estaria apodrecendo sob custódia do estado, vítima do flagelo de sua cidadania, desprovido de qualquer dignidade e eufemisticamente chamado de menor apreendido, como se uma escolha linguística atenuasse a realidade dos depósitos de pequenos brasileiros e os distanciasse da crueza das prisões para adultos.

Deixemos de ser hipócritas. Não temos um sistema carcerário em crise há mais de um século. O que acontece hoje sempre aconteceu. Temos uma política de encarceramento em massa, não um sistema em crise. Se não entendermos que dignidade é inerente ao simples fato de sermos humano, nunca haverá motivação política e apoio social para mudarmos a forma como castigamos o próximo, como liquidamos a humanidade – ou o que sobra dela – dos seres

² Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/tribunal-alem%C3%A3o-condena-jovem-a-20-horas-de-leitura/a-40088949>

que enviamos para os calabouços vergonhosos de nossos república. Afinal, bandido bom é bandido morto.

Como falar em Direitos Humanos em um contexto no qual o ser humano é coisificado, quase que objeto e não sujeito de direitos em seu principal papel social atual, o de consumidor. Fica patente a indignidade daquele que não pode consumir, que não pode ser protegido como consumidor. A persistir a lógica de um mundo que consumiu até o primeiro dia do mês de agosto do corrente ano, com 5 meses ainda por vir do ano, toda a quantidade de recursos que o planeta conseguiria renovar em todo o ano, a batalha pelo compromisso do homem com a sua própria humanidade é Quixoteana.

PROPUESTA LA EUTANASIA, EXTENSIÓN A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

Edwin E. Feliz Brito¹

Sumario: 1. Evolucion histórica de la eutanasia. 2. Justificación de la propuesta. 3. Países que cuentan con legislaciones sobre la eutanasia. 4 La eutanasia de cara al principio de dignidad de la persona. 5. Conclusiones.

1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA EUTANASIA

HIPOCRATES, considerado el padre de la medicina, tuvo motivos para oponerse a la muerte asistida, entre otras cosas, este considero que este tipo de acciones faltaban al sentido ético.

Se podían observar tres motivos para realizar la Eutanasia:

- Cuando el hombre llegaba a una edad avanzada y debilitados por una enfermedad.
- Cuando moría el marido de la mujer, esta solía suicidarse para no estar sola.
- Servidores fieles a sus jefes, que decidían suicidarse.

¹ Licenciatura en Derecho de la Universidad de la Tercera Edad (UTE). Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad de Salamanca España. Técnico Superior Mercadeo de la Universidad Católica Santo Domingo. Profesor Cátedra Derechos Humanos e Introducción al Derecho Constitucional Academia para Cadetes Policia Nacional.

Según platón en su obra FEDON, Sócrates luego de su sentencia a muerte, se divirtió con sus amigos y al llegar la hora de entregarse y enfrentarse a su realidad prefirió tomar CICUTA, al sentir sus piernas pesadas, se acostó dignamente sobre sus espaldas y sin ninguna expresión de dolor murió conservando su dignidad.

En cambio los en el imperio Romano la filosofía predominante fue la ESTOICA, Seneca, Epicleto y Marco Aurelio fueron los escritores más destacados respecto al tema de la eutanasia, coincidiendo en la aplicación de la Ética en todo caso.

Por ello Galán indica que,

la mayoría de los individuos prefiere una adaptación pura y sin restricción a la moral de deber que proponen instituciones como la religión sin objeción alguna. La ética privada parte siempre desde la aceptación y no desde la imposición. (Galán, 2016, p. 111).

Seneca, Pensó que la aplicación de la Ley fijaba un método de iniciar la vida, pero no para cuando se era moribundo o simplemente no se vivía dignamente, expresaba que 'era a l hombre a quien correspondía decidir libremente sobre el sentido y su capacidad de soportar su existencia en su propio cuerpo' que no era necesario aferrarse demasiado a vivir, ni no pretender vivir , sino más bien hacer un equilibrio poniendo termino cuando los sentidos y el corazón lo aconsejen y asi garantizar una vida con dignidad y libre de sufrimientos.

Otros personajes que conservaron opiniones sobre la muerte asistida y la libertad de morir fueron marcos Aurelio y Epicleto, el primero opino en su libro número 3 que "una de las funciones más nobles de la razón consiste en saber si es o no, tiempo de irse de este mundo", en cambio Epicleto veía en la muerte la libertad al exclamar que la vida en ocasiones no tiene rumbo alguno y solo provoca sufrimiento para los familiares, que tan libres somos si:

El reconocimiento de los derechos individuales determina, por parte del Estado liberal, la obligación de protegerlos al máximo, sin inmiscuirse en su realización y ejecución, pues estos corresponden a la libertad del individuo. Lo único en lo que interviene el Estado es evitar que los ciudadanos vulneren los derechos individuales de los

coasociados. En este sentido el Estado garantiza libertades, pero no las hace efectivas. (Bernal, 2015, pp. 13-14).

El naciente movimiento Cristiano, o cristianismo, considero el suicidio como un gesto heroico, pues era una salida a las deshonras y de alguna forma parar el sufrimiento, al punto que un número importante de fanáticos, pretendieron a través de la inmolación llegar al lugar prometido y despedirse de manera digna del mundo terrenal. Es de esta manera que "el mundo tal y como es permanece oculto al conocimiento humano, ya que la garantía de la certeza de la representación es la mente misma; ella es el juez y el parámetro representacional, como sucede en la filosofía kantiana". (Garzón, 2017, p. 78).

No fue hasta el año 452, que la Iglesia a través del pensamiento Agustiniiano, influyo para que el Derecho canónico, manifestara suposición con relación al Suicidio, y comenzó a establecer sanciones como la prohibición de la celebrar la misa o cualquier acto patrocinado por la iglesia, enterrar en campo santo a quienes murieran o intentasen hacerlo por la vía de la cuestionada práctica, esto quedó plasmado en el concilio de Arles.

Esta posición de la Iglesia de condenar el suicidio, encontraba amparo en un discurso sobre amor a sí mismo, y el otorgar el derecho exclusivo a la obra y voluntad de Dios sobre la vida de los hombres, la iglesia además, ordenaba la confiscación de todos los bienes del suicida y promovía humillaciones al cadáver del suicida.

Francis Bacon en 1605 habló por primera vez, sobre la eutanasia como "la acción del médico sobre el enfermo incluyendo la posibilidad de apresurar la muerte", otros pensadores opinaron que "si el disponer de la vida humana fuera algo reservado exclusivamente al todopoderoso, y fuese infringir el derecho divino el que los hombres dispusieran de sus propias vidas, tan criminal sería el que un hombre actuara para conservar la vida, como el que decidiese destruirla". David Hume, (1711 a 1776) quien promovió la eutanasia.

Con la Revolución Francesa nació se inició la no punición del suicidio, razón por la cual se trata de otra forma en los Códigos Penales.

A los inicios del siglo 1900 surgieron movimientos cada vez más independientes y con tendencias más liberales, gente que no se consideraba creyente y ya lo manifestaban públicamente, estas

corrientes encontraron exponentes en Karl Binding y Alfred Hoche en 1920 comenzaron a utilizar el término eutanasia, para proponer la muerte de la persona social y económicamente inadaptada como los enfermos mentales o minusválidos.

En Alemania, Hitler asesinó a un niño ciego, con problemas mentales y deficiencias motrices en 1939, Él lo llamó eutanasia, esto creó una norma que obligaba a informar de los defectos físicos a las autoridades, esto poco a poco fue legitimándose hasta lograr aprobar la supresión de la vida humana sin valor, evidentemente este es el extremo.

El autor Manuel Díaz afirma por medio de la (Corte Constitucional en la Sentencia C-350 de 1994) que de acuerdo con el principio fundamental de la dignidad humana, las autoridades del Estado tienen proscrito tratar a las personas como simples instrumentos, como cosas o mercancías, como tampoco ser indiferentes frente a situaciones que ponen en peligro el valor intrínseco de la vida humana, entendida esta no ya como el derecho a no ser físicamente eliminado sino como el derecho a realizar las capacidades humanas y a llevar una existencia con sentido, en un ambiente libre de miedo frente a la carencia de lo materialmente necesario e indispensable para subsistir dignamente.(Díaz, 2017, p. 67)

Hoy en día la eutanasia ha ganado terreno como forma de cortar el sufrimiento del enfermo o de quien simplemente ya no quiere más.

2 JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

Con la Declaración de la Carta de los Derechos Humanos, ha nacido la época del reconocimiento del valor jurídico de la persona, los administrados estamos protegidos, al punto que una decisión del Ejecutivo siempre debe ser prudente y garante de la protección de los derechos de los administrados, “el nacimiento de la vida no está sujeto a un deseo jurídico o autorización alguna, sino más bien apegada a la manera digna de vivir esa vida”, y de eso se trata vivir y morir con dignidad. Tirado enfatiza en la sentencia de tutela T-629 de 2010, que “si retomamos la idea de los derechos fundamentales como base para una ética — si se quiere, universal — es relevante

remitirnos al principio fundamental de la libertad y la dignidad humana”. (Tirado, 2014, p. 18).

Por ejemplo, el Instituto Nacional Del Cancer (NIH), ha publicado un trabajo en su portal de internet www.cancer.gov que resalta los indicadores sobre muertes por cáncer en los países donde se tiene estadística, afirman que esta es la principal causa de muerte por enfermedad en las personas y su tendencia es hacia el alza, al leer esto nos asombramos pero no nos detenemos a pensar lo doloroso que está siendo para la humanidad el momento de despedirse del mundo, que nuestros familiares también están siendo coartados del derecho de conservar una última imagen digna de su familiar que sufre de una patología irreversible, que los sufrimientos de los agonizantes, se han convertido en el principal negocio de la industria de la medicina.

Solamente en el 2018, se estima que serán diagnosticados 1735 350 nuevos casos de cáncer solo en los Estados Unidos, y que 609,640 morirán por esta enfermedad², y me pregunto, será que esos seres humanos que morirán por la enfermedad según esa proyección, tendrán la garantía despedirse de sus familiares e irse en paz, que la última imagen que sus familiares recuerden sea la de un sufriente ser humano. Particularmente pienso que no, soy de opinión que la forma más digna de vivir, es proteger ese último recuerdo.

Solo hemos analizado el Cáncer, como enfermedad terminal, por ser la de mayor causa de muerte, pero hacemos la aclaración que no es la única.

Según el mismo informe, Se prevé que los cánceres más comunes (enumerados en orden descendente según los nuevos casos estimados en 2018) son el cáncer de seno, el cáncer de pulmón y bronquios, el cáncer de próstata, el cáncer de colon y recto, el melanoma de piel, el cáncer de vejiga, el linfoma no Hodgkin, el cáncer de riñón y pelvis renal, el cáncer de endometrio, la leucemia, el cáncer de páncreas, el cáncer de tiroides y el cáncer de hígado, te imaginas que tanto puede sufrir una persona que padece en el lecho de muerte, al padecer de esta enfermedad y además ver como sus seres queridos tienen que sufrir por el dolor de su familiar y además en la mayoría de los casos , quedar con deudas impagables por causa de una situación que se sabe es irreversible.

² <https://www.cancer.gov/espanol/cancer/naturaleza/estadisticas>

3 PAISES QUE CUENTAN CON LEGISLACIONES SOBRE LA EUTANASIA

La eutanasia como salida a estos males definitivamente ha dividido la forma de pensar, desde el punto de vista del derecho el concepto de Dignidad de la persona, se ha considerado como Derecho Fundamental, y en palabras llanas lo es, en países bajos, Bélgica, Colombia, Luxemburgo, Suiza, Alemania, Japón, Canadá y algunos pocos estados de los Estados Unidos han aprobado legislaciones sobre eutanasia bajo el concepto de muerte digna; particularmente pienso que los estados debemos ver este asunto con un poco más de detenimiento y enfocarlo a salvaguardar las garantías de que las personas puedan elegir la forma de vivir sus últimos días.

El debate se ha centrado sobre la posible imputabilidad del que asiste al que ha manifestado su deseo de no seguir “viviendo” cuando pienso que el debate debe ser sobre cómo los países van garantizar el derecho a la Dignidad y que los seres queridos puedan conservar una imagen digna de la persona que ha tomado esta decisión.

La realidad es que se ha ocultado de la discusión las cifras que manejan las industrias hospitalarias y de medicas solo por proporcionar una semana de mantenimiento artificial asistido en las etapas finales de las enfermedades llamadas crónicas, los montos individualizados resultan alarmantes, al punto de que pueden dejar la familia además de sin su ser querido, sin una fuerza económica sobre la cual puedan los que se quedan seguir adelante, alterando el equilibrio del patrimonio económico familiar de quien ya se sabe su estado es irreversible.

3.1 ACERCAMIENTO A ALGUNOS PAÍSES

El suicidio asistido, tiene origen desde hace más de 40 años, y en 2006, el Tribunal Federal suizo dejó sentado a través de un pronunciamiento que las personas en unos de sus capacidades mentales, tienen el derecho a decidir sobre su propia muerte, en el caso de suiza, se ha extendido al derecho que tienen los ancianos,

este estado ha logrado hacer de esta técnica además de una salida, una opción para quienes quieren hacerlo y en sus países no les es permitido.

Recientemente un anciano de 104 años, el científico australiano David Goodall³, se cansó de vivir y viajó a Suiza acompañado de toda su familia para practicarse la Eutanasia, este caso, llama a la atención por ser este científico un hombre en todos sus sentidos y un aparente buen estado de salud (excepto por la edad), Australia, no posee una legislación que permita el suicidio asistido y esta fue la razón para que Goodall decidiera sobre buscar alternativas como Suiza.

En Japón⁴, la asociación medica aprobó en 2007, la práctica de la eutanasia, a enfermos terminales, aunque se ha generado debates por el polémico tema, algunos jueces la han considerado cuando es pedida por un paciente que se encuentra en fase terminal siempre que el paciente cuente con el apoyo familiar.

En Estados Unidos, solo en 5 Estados se ha aprobado la práctica de la eutanasia como legal, en California, Oregón, Vermont y Washington, es legal la muerte asistida, gracias al caso MAYNADR, una mujer de 29 años con cáncer cerebral, tuvo que mudarse a Oregón para terminar con su vida, esto ha generado un debate de la necesidad que se hable del tema, esta postura ha encontrado opositores en quienes consideran que estas muertes pueden resultar prematuras, pero estos no ofrecen alternativas para el sufrimiento.

4 LA EUTANASIA DE CARA AL PRINCIPIO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA

El Autor Joaquín Mario Murillo en su artículo La naturaleza jurídica de la dignidad Humana, ha manifestado que “El sentido de respeto hacia la persona humana y su dignidad ha adquirido especial relevancia en los últimos años, más concretamente, desde el desarrollo del Constitucionalismo Post Guerra, a partir del cual se empezó a gestar la historia del reconocimiento y protección de los

³ https://elpais.com/internacional/2018/05/02/actualidad/1525246724_910552.html

⁴ <https://www.aciprensa.com/noticias/japon-asociacion-medica-aprueba-practicar-eutanasia>

derechos fundamentales y la dignidad humana”, es que las constituciones de hoy en día, no solo deben garantizar el derecho a la Dignidad como derecho fundamental del individuo, sino más bien que buscan que esta, la base del orden jurídico, se convierta en la principal garantía de los ciudadanos.

Indiscutiblemente existe una relación de primer orden entre el concepto EUTANACIA con el derecho a la DIGNIDAD de la persona, de ahí que afirmamos que todos los países de corrientes de pensamiento moderno, deben considerar legislar sobre hacer posible que se respete el Derecho que tiene el individuo a no solo vivir con dignidad, si no también morir de la misma forma.

Es responsabilidad de los Estados modernizar sus legislaciones y actuar conforme a las tendencias del derecho de hoy que busca garantizar el bienestar común para todos los ciudadanos, en el caso específico de la Eutanasia, debe ser considerado una extensión especial del derecho a la dignidad, pues las trabas burocráticas para acceder a esta solo hacen vulnerable a quien sufre de alguna enfermedad o avanzada edad.

Sobre los derechos fundamentales, los estados han pactado acuerdos y en su mayoría han legislado para garantizar que esos acuerdos se cumplan, y es oportuno traer al debate la posibilidad de que el tema de la muerte digna se discuta en los foros internacionales y escenarios de toma de decisiones.

Esto es un asunto de importancia, en una familia con un diagnóstico de cáncer terminar en un miembro, está destinada a ver sufrir a su ser querido mientras se agota cada esperanza de vida, asumir el costoso tratamiento terminal que en la mayoría de los casos termina en estafa, pues los servicios de salud, en ocasiones no son sinceros y mantienen engañados a los familiares del enfermo terminal, ofreciendo esperanzas inútiles de vida siendo el único beneficiado, del sufrimiento del enfermo terminal, es la industria farmacéutica, la realidad que de los enfermos con enfermedades terminales, en un amplio porcentaje muere dejando deudas de altas sumas de dinero por concepto de hospitalización y medicina que al final no generaron una diferencia en la mejora de la calidad de vida.

En mi país es común, luego de que una familia pasa por la pérdida física de una persona por alguna enfermedad catastrófica, los familiares asumen deudas impagables, siendo obligados a firmar acuerdos de pagos por montos exuberantes victimizando doblemente

esa familia, que han perdido un familiar y empeñado el futuro de los que se han quedado.

Es necesario traer a colación que la propuesta es que los países inicien el análisis de la factibilidad de la aplicación de una política de conservar la dignidad del enfermo terminal, y esto debe generar grandes debates sobre el derecho que tienen los pacientes de alguna patología y de que sus familiares recuerden al que se ha ido lo más parecido a su vida real posible. (Morales et al, 2016, p.16).

Los países que hoy cuentan con una legislación que permite la práctica de la eutanasia, son el resultado de una mentalidad moderna y una ciudadanía consiente de que la vida debe ser digna y la dignidad es y debe ser aplicada en cada uno de los momentos de la existencia y este es el lugar y momento oportuno para plantearlo y luego de discutido, conformado un bloque con representación de diferentes nacionalidades, llevar a nuestros congresos estas inquietudes, y de ser posible, socializar una propuesta de Ley común, donde prime el respeto a la dignidad de la persona.

5 CONCLUSIONES

El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, ha demostrado ser una gran influencia sobre los estados para el respeto de los derechos de los ciudadanos, como componente regional del Sistema Universal, en ese sentido, actuando como garantes los estados están llamados a mantener políticas adecuadas y acordes la preservación de la dignidad como valor fundamental de la persona en toda etapa de su existencia, de manera muy puntual en su etapa terminal, en ese sentido, es oportuno presentar la propuesta de integración global a los fines de elaborar un marco jurídico común que nos permita llevar a los congresos de nuestros respectivos países, la posibilidad de contar con una ley que garantice la Dignidad del enfermo terminal a través de la muerte digna en los casos que por voluntad propia y en comprobados diagnósticos las consecuencias de la enfermedad sean irreversibles, esto para garantizar el descanso con dignidad y sin sufrimiento.

“PARADISE NOW”: RESSENTIMENTO, VINGANÇA E A BUSCA DA JUSTIÇA AQUI E AGORA

Thiago de Mello Azevedo Guilherme¹

Sumario: 1. Introdução. 2. A interminável vendeta² entre Israel e a Palestina: breve resumo de um contexto complexo. 3. “Paradise now”: principais características da obra cinematográfica. 4. Desigualdade, ressentimento e vingança em forma de terror. 5. A retaliação da vingança ou a sublimação: os caminhos da satisfação. 6. A saída possível: a aceitação do outro (o estranho). 7. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar os modelos de relações entre “Justiça” e “Vingança” extraíveis da obra cinematográfica “Paradise Now” (2005), do diretor Hany Abu Assad (um palestino nascido em Israel), cujo enfoque aborda o cotidiano de dois jovens palestinos, Khaled (Ali Suliman) e Said (Kais Nashif), moradores de Nablus, na Cisjordânia, ambos recrutados para um duplo ataque suicida na cidade de Tel Aviv, em Israel. À época de seu lançamento,

¹ Professor Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais - Instituição Toledo de Ensino (2005). Mestre em Direito Constitucional - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - pela Instituição Toledo de Ensino. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação. Advogado

a polémica obra foi indicada ao Oscar e venceu o Globo de Ouro de melhor longa metragem estrangeiro, tendo sido o primeiro filme palestino a concorrer a tais premiações. Então, inúmeros protestos contra tal indicação ocorreram mundo afora, advindos tanto da comunidade judaica quanto de próprios intelectuais árabes e palestinos.

A abordagem por nós aqui pretendida visa analisar o discurso do filme sob quatro ideias-força principais: o discurso da “justiça” como “vingança”, o discurso da “retaliação como justiça” e sua correlação com a anomia nos territórios palestinos; o enfoque da “satisfação possível” com o martírio, e o enfoque do discurso do “pacifismo” e dos direitos humanos” extraível do filme.

Justifica-se a escolha do tema e do método diante da atualidade do filme – o qual continua sendo uma obra importante, por seus aspectos políticos e artísticos, mesmo treze anos após seu lançamento – que ainda lança luzes sobre o difícil conflito israelo-palestino, permitindo aos ocidentais analisá-lo de forma mais palatável, bem como permite uma possível interpretação do martírio autodestrutivo das razões (reais ou imaginárias) que levam pessoas comuns ao terror pelo desejo de retaliar, além de lançar um humilde olhar para o (im)provável diálogo cuja efetiva pacificação demanda.

É, por derradeiro, de suma importância esclarecer que o presente artigo não busca fazer juízo de valor de atos ou fatos no contexto do conflito Israelo-Palestino, nem mesmo pretender que tal conflito (possivelmente o de mais complexa solução no mundo atual) seja simplificável ou analisável apenas com as ferramentas de repertórios culturais do ocidente. O que na verdade aqui se busca é analisar o discurso presente em uma obra artística (cinematográfica) e perceber, em sua narrativa interna, a onipresença da correlação entre “Justiça” e “Vingança” e dos meios possivelmente suficientes para a interrupção dos ciclos de retaliação interminável, traço comum a muitos conflitos mundo afora.

2 A INTERMINÁVEL VENDETA² ENTRE ISRAEL E A PALESTINA: BREVE RESUMO DE UM CONTEXTO COMPLEXO

Para os brasileiros é deveras difícil compreender o fenômeno do terrorismo (mormente o relacionado aos homens-bomba e aos terroristas suicidas), qualquer que seja seu método. Comumente acabamos tentados a caminhar guiados pela completa aversão e pelo temor, caindo no discurso maniqueísta – fortemente propagandeado – que coloca o ocidente todo como antagonista (salvador, doutrinador e guia) daqueles que se entregam ao martírio. Afinal, o que seria – aos nossos olhos – pior do que morte?

Para que se possa entender – ainda que sucintamente – as razões que levam os protagonistas do filme a um ato tão desesperado (e desesperador), é preciso, inicialmente, abordar a política da região no ano de 2005, ano em que o filme fora lançado no mercado mundial.

Entre 1993 e 1995, o Primeiro-Ministro de Israel, Yitzhak Rabin, e o representante da OLP (Organização pela Libertação da Palestina), Yasser Arafat, assinaram os chamados Acordos de Oslo (mediados pelo então presidente americano Bill Clinton), nos quais estabeleceu-se que Israel deveria retirar-se da Faixa de Gaza, de Jericó e de algumas áreas não específicas da Cisjordânia, durante o período de cinco anos. Por consequência, a OLP formaria a Autoridade Palestina, responsável pelo autogoverno da área.

Entretanto, por desconfianças e falhas de ambos os lados, o acordo se mostrou insuficiente pois a ocupação israelense, que se havia iniciado ao final da guerra dos seis dias em 1967, continuou (agora com algum consentimento da Autoridade Palestina, que considerara o Estado de Israel um interlocutor legítimo). Ademais, o autogoverno Palestino instituído pelos acordos, comandados pelo

² Vendeta (substantivo de origem italiana Vendetta) é uma sequência de ações e contra-ações motivadas por vingança que são levadas a cabo ao longo de um extenso período de tempo por grupos que buscam justiça; ela foi uma parte importante de muitas sociedades pré-industriais, especialmente na região mediterrânea, e ainda hoje persistem em algumas áreas. Poderia ser também interpretado como o termo popularmente conhecido por "rixas", sendo aplicado geralmente entre disputas e desavenças familiares que envolvam a honra dos indivíduos envolvidos. Também é observado como proposta de muitos filmes que retratam o tema vingança

Fatah³, envolveu-se em numerosos casos de corrupção, distanciando-se – aos olhos da população – dos ideais que ensejaram sua criação. Essa situação, com o passar dos anos, ocasionou uma insatisfação geral dos Palestinos com as vias institucionais da política e com a legitimidade dos referidos acordos de paz, além de gradualmente instaurar uma crescente situação de anomia⁴ na região ocupada. A saída pela via da legalidade foi desacreditada, surgindo assim uma crescente radicalização entre a população, culminada pela vitória do Hamas nas eleições de 2006, e com o aumento de ataques de homens-bomba contra israelenses.

É nesse contexto explosivo, aparentemente sem saída, em que a política institucional fracassou, que estão atolados os personagens de “Paradise Now”, tendo seu corpo como único meio de expressão e de violência, envoltos por um território ocupado por tropas israelenses, que por sua vez, ao controlar o território com check points e patrulhas contínuas, acaba por sufocar a economia e impedir a autodeterminação da população.

3 “PARADISE NOW”: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA OBRA CINEMATOGRAFICA

“Paradise Now” é a primeira obra a mostrar minuciosamente o lento, cauteloso e meticuloso processo de preparação de dois terroristas palestinos antes dos ataques contra Israel e sua população, desde a abordagem de surpresa, no meio da noite, pelos aliciadores, até a execução do ato em si, já na parte israelense do território. Não obstante, nas primeiras cenas do filme nada evoca o martírio a ser perpetrado. Os personagens Said (Kais Nashif) e Khaled (Ali Suliman) são apresentados como dois jovens que vivem da forma das demais pessoas comuns: trabalham numa oficina mecânica, convivem com suas famílias, fumam narguilé, interessam-

³ Fatah, acrônimo em árabe para Movimento Nacional Para Liberação da Palestina, é uma organização política e militar de árabes palestinos, fundada no final da década de 1950 por Yasser Arafat e Abu Jihad, com o objetivo de lutar pela retomada da Palestina do Estado de Israel, mediante métodos de guerrilha de baixa intensidade.

⁴ Termo moderno usado sobretudo por sociólogos (p. e.x. Durkheim), para indicar a ausência ou deficiência de organização social e, portanto, de regras que assegurem a uniformidade dos acontecimentos sociais.

se por mulheres, dançam e fazem piadas entre si. São até mesmo infantis, demonstrando uma humanidade dócil e uma passividade que chega a incomodar o espectador diante dos sons das explosões ao fundo. Não obstante, um “mal-estar” parece pairar sobre suas vidas a todo o tempo.

Não é sem surpresa que a certa altura do filme, quando Said caminha pela rua em Nablus, ele é surpreendido por um homem de bem vestido e tom grave e formal chamado Jamal. É este quem lhe comunica que sua hora e de seu amigo Khaled havia chegado: a organização havia decidido se vingar da morte de alguns palestinos e escolhera os dois para cumprirem a missão. É nesse momento, pelas entrelinhas da fala de Jamal, que percebemos que os dois foram recrutados como homens-bomba para a realização de um ataque suicida. A surpresa do espectador é então instaurada. Afinal, como dois jovens tão absurdamente triviais poderiam recorrer a um ato tão extremo? Não se nota, afinal, em nenhum momento, neles o estereótipo propagandeado do típico terrorista fanático religioso.

Nesse cenário, o ataque terrorista em si – que nada mais é no filme aos olhos dos organizadores e perpetradores do que uma retaliação difusa contra os judeus israelenses de forma indiscriminada visando a realização da Justiça – assume um significado totalmente inesperado para o espectador ocidental. Por um lado ganha traços de uma “justiça popular”, uma punição legítima aos ocupantes israelenses, pois visa retaliar agressões consideradas injustas mediante o uso de armas disponíveis (no caso do filme, o corpo)⁶, seja por consequência da inexistência de um poder central suficientemente hábil para coordenar tal justiça, seja pela desconfiança da legitimidade ou idoneidade dessa (in)existente estrutura burocrática⁷. Por outro, afasta-se do discurso religioso que costuma cobrir os mártires de adjetivos pouco dignos aos olhos ocidentais (animal, doente, psicopata), e que servem para estereotipar o terrorista como um louco embebido de fanatismo.

Não por outro motivo foi que “Paradise Now” criou polêmica à época de seu lançamento em 2005. Considerado o contexto político explosivo em todo Oriente Médio e, em especial, na Cisjordânia, aliado à crescente ameaça terrorista nos países ocidentais, a inegável humanização dos homens-bomba no filme ofendera alguns espectadores (tal como faria se humanizasse Hitler, aos olhos de outros). O ódio ao diferente é muito mais fácil do que o ódio àquele que reconheço – por seus traços humanos, inseguros, complexos –

como semelhante. Em especial nos Estados Unidos, é muito mais fácil imaginar o terrorista como um monstro do que como um jovem cheio de medos, inseguro e ansioso por um futuro que talvez não chegue. Não obstante é isso que “Paradise Now” nos mostra de Said e Khaled, para quem manter uma claudicante fé depende de repetidas orações (não se sabe se sinceras). Eles interiormente hesitam sobre a missão que lhes cabe executar, muito embora omitam tal insegurança dos líderes da célula terrorista grande parte do tempo, aparentemente por uma questão moral, ou vergonha. Não menos débil é sua fé em um paraíso celeste para onde iriam após o martírio.

3.1 A VINGANÇA CLAUDICANTE DE SAID E KHALED

É a contínua hesitação humana dos personagens que lança luzes ao fenômeno da vingança como tentativa de justiça no filme e na vida, e pode ser analisada tomando-se por parâmetro outro vingador indeciso da história da cultura ocidental: “Hamlet”, de William Shakespeare.

Em seu ensaio sobre a vingança temerária de Hamlet, René Girard atenta para o fato de que para se executar uma vingança com convicção, o vingador deve acreditar na sua própria causa, bem como necessariamente deverá crer na culpa da vítima pretendida⁹.

Como se nota em “Hamlet” e em “Paradise Now”, tal certeza da vingança como algo legítimo e necessário, em que haja verdadeira confluência entre o “custo” e o “benefício”, não parece presente. Nota-se no filme (e no livro) que a mera suspeita de que “eu” ou os “meus” temos ou tivemos alguma influência ou mesmo responsabilidade na ação pretérita de meu inimigo já é suficiente para desarmar o automatismo da reação vingativa. Se em Hamlet fica evidente que o velho Hamlet (pai do personagem principal) era um assassino, tal consciência desconstrói a naturalidade do ódio do filho em relação ao(s) assassino(s) do pai e, segundo René Girard, “o crime de Claudio parece a Hamlet mais um elo numa corrente já bem longa, e sua própria vingança vai parecer só outro elo, perfeitamente idêntico aos demais elos”¹⁰. Neste cenário, a retaliação como vingança se mostra falha.

Por sua vez em “Paradise Now” a mesma dinâmica se repete, com a constatação que não há um “dever sagrado” automático e que, para que a vingança tenha lugar, deve haver um processo de convencimento, misto de retórica e estratégia dos aliciadores, sempre dotados de argumentos prontos e uma estratégia para evitar o refugio dos potenciais mártires. É aos aliciadores da célula terrorista a quem incumbirá, no filme, a tarefa de macabramente seduzir os jovens terroristas em suas últimas horas, e evitar que estes desistam de seu destino (aparentemente já selado).

É justamente essa humanização do algoz, essa politização do terror, que torna a vingança-justiça dos personagens em “Paradise Now” algo complicada, afinal Said parece pouco convencido de que aquelas pessoas ao redor dele sejam inimigos (acostumado que está a ver os verdadeiros inimigos como ocupantes fardados). Em especial, em uma cena em que espera o ônibus já em território israelense logo antes da execução do ataque, Said aborta sua missão ao ver, no ônibus em que entraria, uma criança israelense, alheia a todo o cenário de luta que a rodeia. A dúvida de saber “quais são os verdadeiros culpados” está presente todo o tempo.

O que se nota é que Said e Khaled não são os algozes que seus próprios aliciadores tentarão fazê-los parecer (mormente mediante vídeos e toda uma mise-en-cene para fazê-los parecer trágicos vingadores em nome de Allah). Jovens, trabalhadores e com uma imensa energia contida (pela própria ocupação e pela inexistência de alternativas), eles não parecem estar convencidos da utilidade de seu martírio, nem mesmo demonstram o esperado ódio efusivo contra todos os judeus e israelenses. Ao contrário, toda a tensão da parte inicial do filme se dá pela mais pura ausência de rompantes, o que inegavelmente contrasta com a energia vibrante demonstrada por Said cada vez que ele corre pelas ruas desertas da Nablus anoitecida. De fato, Said e Khaled parecem precisar ser convencidos e lembrados a todo tempo de quem é o inimigo, do que esse inimigo faz e como faz.

3.2 O CORPO COMO (ÚNICA) ARMA DE VINGANÇA

É assim, ao serem convencidos da inutilidade e da impossibilidade da luta com outras armas (inexistentes) por seus

cooptadores, que Said e Khaled se lançam no jogo do martírio, no negócio da vingança. Nesse processo de indecisão-convencimento dos jovens personagens é perceptível a importância das palavras e do discurso da célula terrorista que cooptara os jovens. É pela palavra que se convence, é pela palavra que se ensina o ódio e por ela se toma o compromisso do ataque. As palavras dos aliciadores conduzem os aliciados em direção ao cadafalso, que aqui toma forma de um cinto de explosivos. Nessa seara papel primordial também tem Jamal, o recrutador principal, que atua como um misto de pregador, orientador e guia espiritual (pouco confiante) das últimas horas de Said e Khaled.

Ao ser questionado por Khaled sobre o que aconteceria logo na sequência dos ataques Jamal hesita e responde de forma improvisada e pouco convincente: “Vocês serão recebidos por dois anjos”. Talvez essa seja a única ocasião no filme em que a religião, a fé ou o fanatismo tangenciam a narrativa. Durante todo o tempo restante o que se vê é opressão, ressentimento e luta, tudo de caráter eminentemente secular. Mesmo os rituais pré-martírio pouco tem de religiosidade, mais parecendo um processo de meditação.

O que se percebe como nota tônica no filme é o desespero interno dos personagens enquanto seu semblante tenta manter uma aparente calma. O clima de suspense do filme contrasta com o rosto dos possíveis mártires. Inegavelmente, contudo, o filme está mergulhado em paranóia. Tudo isso se deve inegavelmente ao estado de pânico contínuo (exteriorizado ou não) a que são levados todos os personagens sem exceção ante o risco eminente de tudo se perder.

Em especial o personagem de Said fornece ao espectador uma espécie de “espetáculo de apatia” convertida num nível assustador de exaustão que fez até mesmo o medo ou a tristeza esvair-se. Tal personagem demonstra o mal-estar que permeia a vida de muitos palestinos no cotidiano sob ocupação e a fadiga de não se poder esperar nada de lugar algum. E não ter nada a esperar de ninguém é uma forma bastante peculiar de liberdade.

Tamanho grau de desesperança – que o levará a agir no extremo da existência para encontrar algum tipo de satisfação – não é algo estranho na cultura ocidental e pode ser encontrado em um clássico da literatura alemã: “Michael Kohlhaas”, de Heinrich Von Kleist. Nessa obra o personagem que dá nome ao livro, cansado de buscar incessantemente a justiça pela via jurídica (legal, institucional),

opta pela violência, logo arregimentando seguidores em uma horda que passa a espalhar o terror pela região. Tal revolta assume contornos tamanhos que chega a necessitar da intermediação de Martinho Lutero e chama a atenção do Imperador em Viena. Ao final, Kohlhaas é condenado à morte, à qual se entrega após sua vingança final.

O que mais surpreende no livro é o fato de, à certa altura, Kohlhaas, para atingir seu objetivo de vingar-se (ou de obter justiça apesar de esta ter-lhe sido reiteradamente negada), aceitar a morte para, mediante esta, causar dor e sofrimento ao príncipe-eleitor da Saxônia⁵, quem julgava co-responsável por todo seu sofrimento.

E a pergunta que surge é: até que ponto é Kohlhaas diferente de Said e Khaled? O que os une? E até que ponto o que está em jogo é o caráter (in)suportável da experiência (real ou imaginária) da injustiça?

Ao estudar ambos os casos – dos jovens de “Paradise Now” e de “Michael Kohlhaas” – nota-se como o desespero da injustiça tem poder e impacto no reequilíbrio das forças mentais e dos valores dos homens, seja na cultura cristã, seja na islâmica. Percebe-se que o “senso de injustiça” é algo que extrapola a religião, podendo inclusive assumir traços etológicos com muito mais proeminência do que antropológicos ou sociológicos. Essa aparente “animalidade” do binômio “justiça – vingança” traz à tona o primado da retaliação como forma de ser no mundo dos animais. Negar ou sublimar tal “programação” da retaliação demanda o esforço típico num passo a mais na direção daquilo que é exclusivamente humano: a linguagem e a capacidade de descrever, explicar e justificar o que se faz (ou se deixa de fazer).

4 DESIGUALDADE, RESENTIMENTO E VINGANÇA EM FORMA DE TERROR

Conforme já apontado acima, o terror é historicamente interpretado por Huntington como uma ferramenta própria dos fracos, dos desprovidos de armamentos convencionais. Não por outro motivo

⁵ Disponível em espanhol em:
<https://literaturaalemanaunlp.files.wordpress.com/2010/04/michael-kohlhaas.pdf>

ele se faz notar quando passa a haver uma disparidade sensível entre o ofensor e a pretensa vítima (que, considerando-se injustamente agredida, escapa da opressão pelo ato de terror, vingando-se, a seu ver, justamente). Assim, a desigualdade e o ressentimento são elementos inafastáveis da percepção da realidade por parte do ofendido que buscará vingar-se valendo-se do discurso que legitima a retaliação via terror.

Em “Paradise Now” a desigualdade (de força, de armas, de tecnologia, de tranquilidade, de limpeza, de peças de reposição para automóveis...) é palpável. A carestia em que a população palestina parece viver assume, assim, um papel talvez mais importante do que a religião na narrativa da formação dos personagens e de suas decisões.

É também onipresente o ressentimento¹⁴ dos palestinos diante da ocupação pelos Israelenses. Vê-se que, mais do que da religião, é da carestia e do ressentimento que surgem os ímpetus de vingança total, aquela pela qual se aniquila a si e ao inimigo.

Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr ao analisar a fábula do lobo e do cordeiro:

O terrorismo é uma forma de ação política que se alimenta de um jogo de forças. Ressalvado o terror de Estado, isto é, do terror praticado pelo poder instituído, o terrorismo é um jogo de violência contra a ordem instituída. Mede forças contra a ordem. (...) Contra a ordem e o respaldo que esta confere à força instituída e concentrada, o terrorismo usa da força aleatória e difusa. É como se o cordeiro, impotente perante o lobo, comece pelas beiradas. Ou seja, abandonasse os argumentos da razão e passasse a atacar de modo esquivo, minando não a água do lobo, mas qualquer água sob o domínio da ordem. Como, porém, é cordeiro, isto é, mais fraco, reclama para si a simpatia geral dos ressentidos. Mas um ressentimento oculto pela “legitimidade” do mais fraco contra o mais forte. Contudo, uma falsa legitimidade porque não passa de um jogo de força. (p. 263).

O que aqui se nota é a íntima relação entre a percepção de sua própria debilidade, de sua fraqueza e de sua ampla falta de meios de ser dominante (por parte do ofendido) que o leva a “mudar o compasso” do jogo, tornando-o mais sub-reptício, oculto e dissimulado. O ofendido – que no filme assume o papel dos dois jovens palestinos que são usados para a vingança do grupo – passa a operar em outro *sistema* e noutra *linguagem*, o que paralisa a

comunicação. É esse bloqueio comunicativo, que surge com o ofendido-vingador e que depois é apropriado pelo ofensor-vingado, que instaura o ciclo interminável de retaliação do terrorismo e das reações a ele.

4.1 CICLOS INTERMINÁVEIS DE RETALIAÇÃO

Os ciclos de retaliação existentes nos ambientes supostamente suscetíveis aos atos de terrorismo (bem como implicitamente apresentados no filme em análise) possuem três traços fundamentais comuns.

Em primeiro lugar é impensável uma definição do “início” do ciclo de vendeta, havendo comumente uma disputa narrativa para se saber “quem começou”, ou, noutras palavras, qual fora o “ato nocivo” inicial que deu o primeiro impulso na roda da vingança. No contexto do filme, muito embora não explícito na narrativa, é notória a discussão - mundo afora – acerca do início das hostilidades (o que calibra a discussão no parâmetro do uso da força e da legítima defesa). Não obstante, tal “tópico” da discussão evapora-se conforme o tempo passa e o ciclo de retaliação se firma, sob a legitimação dos atos de “justiça e/ou vingança”. Nesse sentido seguimos com Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

A retaliação, como ato violento pode ter uma finalidade, até mesmo uma finalidade bem-sucedida. Mas o objetivo alcançado pela violência só explica a violência, não é capaz de justificá-la. Por mais que busque uma ‘justificação’, a violência não vai além de uma explicação. Por isso, por mais explicada que seja, sempre traz algo da arbitrariedade. Pode ser percebida como eficaz e até como válida, mas não afasta o inconformismo humano contra a perda de sentido das coisas.

Uma segunda característica da retaliação terrorista é a perceptível ruptura comunicacional e a já apontada repactuação da relação entre ofendido/vingador perante o ofensor/vingado. Ao mudar o locus em que se dá a relação desaparece a possibilidade da comunicação: se houve um território e momento em que havia paridade entre ambos, esse lugar comum desaparece, e a “guerra” vai para um submundo, desprovido de regras. Essa interrupção na

comunicação impedirá – ate seu restabelecimento – que haja algum entendimento possível entre ambos. Para compreender isso, uma vez mais nos valem de Tercio Sampaio Ferraz Jr:

O sentido das coisas tem a ver com o senso comum (Hannah Arendt), isto é, como o mundo comum a todos e no qual todos se encontram. Algo que o homem experimenta em contato com os outros e que nos faz perceber a todos como humanos. A violência do terror destrói o senso comum. Põe-nos sob o regime do medo, de não importa o que seja, desde que produza efeitos. Mas a retaliação traz um risco ainda maior. Subjuga o mundo a uma relação de meios e fins, em que tudo não passa de uma forma de violência: do assassino contra a vítima, do esperto contra o tolo, da quadrilha contra a polícia e desta contra aquela, do rico contra o pobre e deste contra aquele. Um mundo em que as pessoas perdem a capacidade de julgar pois tudo tem uma explicação. (p. 264).

Como se vê, nesse mundo onde tudo vale pois é explicável, surge um terceiro traço configurado pela situação de pânico instalada pelo terror, uma vez que nunca se sabe de onde virá o próximo ataque, quem será a próxima vítima, nem o próximo algoz. Todos são inimigos em potencial, e toda comunicação está interdita, pois suspeita. Nesse cenário são criados muros, barreiras, separações e cessa, de vez, o diálogo – agora também por um impedimento físico. Nesse cenário os “terroristas”, ou seja, os ofendidos/vingadores só conversam entre si, a todo tempo justificando-se (e lembrando) seu ódio e rememorando suas razões, reais ou imaginárias.

É nesse contexto de anomia, ressentimento e ausência de comunicação que surge o fenômeno da desmesura das retaliações e do surgimento de emoções viscerais. É justamente a falta de comunicação (visível na obra pelos ubíquos *check points* israelenses que fecham vias de trânsito e obrigam os palestinos a dormir onde estiverem - argumento usado por Jamal para passar a noite na casa de Said, provavelmente para não perdê-lo de vista) que dá ensejo ao surgimento da visceralidade das emoções dos envolvidos. Sentimentos como desprezo, como o passar do tempo sem o devido cuidado, podem ser transmutados em outros sentimentos tais como o a repulsa e o nojo. É a irracionalidade dos sentimentos que cumpre o papel mais nocivo nas relações, uma vez que eles retiram do jogo da vingança qualquer proporcionalidade, tornando toda ação nociva destinada à sofrer retaliação.

A consequência é a dissolução de qualquer tessitura comunicacional possível e a criação de inimigos por todo lado, o que implica na instauração (quase institucionalizada) dos ciclos de vingança.

4.2 REPETIÇÃO, IMITAÇÃO E O COMPORTAMENTO DE VINGANÇA

Outro aspecto decorrente do total rompimento de relação comunicacional é o que se conecta com a impossibilidade de justificação. Por não admitir mais a comunicação (que pressupõe um universo comum), o processo de retaliação e vingança assume uma dinâmica de imitação (mimética). O comportamento da repulsa visceral ao outro se alimenta da imitação e da repetição. Nas palavras de René Girard:

Os homens são expostos a um contágio violento que desemboca, frequentemente em ciclos de vingança, em violência em cadeia evidentemente semelhantes porque todas se imitam. É por isso que digo: o verdadeiro segredo do conflito e da violência é a imitação desejante, o desejo mimético e as rivalidades ferozes que ele engendra.

Esse fenômeno, pelo qual ocorre a reprodução do comportamento de retaliação e terror, não pode ser obstaculizado uma vez que inexistem as redes comunicacionais para fazê-lo.

O impasse acima indicado enseja uma “moralidade da retaliação” em que podemos encontrar as sementes da transmissão de conceitos arraigados e de uma moralidade da vingança para gerações, fazendo surgir assim uma “tradição da vingança”. Pelo exemplo da ação desprovida de reflexão, as novas gerações passam a meramente reproduzir comportamentos e preconceitos, dentre os quais está inegavelmente o ódio e a repulsa visceral pelo inimigo ao lado (que no caso do filme se mostra pela oposição entre Palestinos ocupados e Israelenses ocupantes). Desta forma, com o passar do tempo, naturaliza-se a vingança e esta se torna amalgamada às identidades.

4.3 O DISCURSO RACIONAL DA VINGANÇA E A INTERDIÇÃO DO DIÁLOGO. UM POSSÍVEL CAMINHO

A vingança possui uma racionalidade que parece desaparecer quando a retaliação assume a forma de terror. Nesse campo específico a falta de diálogo é identificada pela cerca/muro que divide os territórios e pela onipresença de postos de guarda do exército de Israel. A ocupação militar da Cisjordânia (que estrangula a economia palestina) é uma personagem no filme, e é representada por sons de tiros e bombas sempre fora da tela. Nenhuma violência israelense contra palestinos aparece. Em uma única cena, Khaled se lembra do pai humilhantemente agredido por soldados israelenses como sendo uma das causas de sua raiva contra a ocupação, mas seu pai não demonstra concordar com tal sentimento do filho.

Comunicação é racionalidade. Muito embora a fala humana possa estar carregada de emoção, é inicialmente pela fala que se racionaliza o pensamento. Racionalizamos em palavras e – tal como nos mostra a obra de Francisco de Goya, “o sono da razão produz monstros” a ausência da razão faz libertar os monstros internos de nossa mente. A razão (pela comunicação) freia a paranóia e o fluxo de imaginação brotada de sentimentos (que por sua vez retroalimentam a imaginação). A onipresença de muros e cercas usadas para controle da população (e busca por terroristas) acaba por incentivar o fluxo da paranóia coletiva e a sensação de opressão.

O ciclo interminável de vingança coletiva é portanto catalisado pela ruptura do processo comunicacional, que torna impossível uma saída deste mesmo ciclo mimético de reprodução de símbolos e percepção. Aqui a própria idéia de uma “Justiça” se torna desarrazoada.

5 A RETALIAÇÃO DA VINGANÇA OU A SUBLIMAÇÃO: OS CAMINHOS DA SATISFAÇÃO

Os grupos sociais de cada lado passam a compartilhar (cada qual com os seus) todo um universo simbólico acerca do inimigo. A retaliação (seja pelos terroristas que se imolam, seja pelos bombardeios das forças israelenses sobre uma população alegadamente civil) não tem mais um caráter de *punição justa para*

um crime, assumindo exclusivamente o sentido de uma satisfação para aquele que se sinta ofendido (sendo portanto inevitavelmente desmesurada e também difusa).

Assim, o ciclo da dor imposta ao outro se converte em uma espécie de ato de sublimação, sendo o único meio de se escapar da posição de inferioridade e obter satisfação.

Diante de tamanho impasse, o filme apresenta um caminho possível por uma personagem que insere na obra um discurso plausível na interpretação do ciclo.

5.1 A VOZ DA RAZÃO: A DOR DE QUEM FICA

Uma personagem chave no filme é Suha (Lubna Azabal), filha de um famoso membro da Resistência nacionalista. Ela nasceu e cresceu fora da Palestina (nascida na França e criada no Marrocos). Retornou à palestina para dedicar-se ao trabalho em Direitos Humanos. Jovem e atraente conhece Said na oficina mecânica em que ele trabalha. É dela que surge a oposição inflexível e ponderada aos ataques suicidas. Segundo ela está claro que as explosões suicidas não contribuem para alcançar o projeto nacional, o qual demandaria liberdade e independência. As explosões, portanto, somente fortalecem os inimigos da paz no lado israelense e dão ao governo de Ariel Sharon (o filme se passa em 2004) a desculpa para continuar sua guerra.

A questão que surge aqui é inevitável: Suha está certa em dizer que existem outras maneiras de resistir além da violência? Ou, como retruca Khaled, os mártires estão lutando com a única opção que lhes resta?

A personagem de Suha fala com autoridade. Ela sofreu no sangue as consequências da guerra: seu pai foi morto “em combate” contra Israel. Não se explica se ele foi morto por soldados israelenses ou se foi também um mártir, um homem-bomba, mas o que está claro é que seu pai é admirado pelos terroristas, muito embora Suha abomine a violência. Por outro lado o pai de Said foi morto por palestinos por ter sido um colaborador de Israel. Suha e Said estão inegavelmente atraídos um pelo outro mas não podem deixar de ser quem são. Suha quer encontrar um meio para a paz. Said quer lavar sua honra.

Em um debate feroz com grande carga emocional, Suha articula os argumentos contra os atentados: “o que acontece com aqueles que ficam para trás?”, ela pergunta. Sua pergunta evidentemente não alude apenas à dor dos entes queridos, mas também às conseqüências políticas dos atentados suicidas: o padrão trágico da vingança gerando vingança irá, segundo ela, oprimir mais e mais os palestinos. Vê-se aqui um contexto ético: qual a validade moral de uma ação que inegavelmente gerará dor aos meus? Ao tentar satisfazer a minha dor eu causo dor aos meus.

Ao mesmo tempo, Suha conhece o “outro”, o inimigo. Ao ter vivido fora da Palestina teve acesso à informações e à uma realidade intersubjetiva diferente. A dor da perda de seu pai, contudo, não gerou nela os “monstros” internos a que nos referimos pois a comunicação, da parte dela, não está interdita. Suha não joga apenas com a emoção. Ela, ao contrário, quer retirar o campo do debate do subterrâneo. Quer desenterrar as explicações para poder confrontá-las pela razão e pela linguagem. Ela sabe que é só com a retomada do verbal, do racional, que alguma intersubjetividade (ainda que incipiente) surgirá.

A pergunta sobre é possível uma maneira de resolver as disputas sem violência já foi feita inúmeras vezes na história da filosofia e foi abordada por José Ortega y Gasset ao analisar o fenômeno da guerra (que pode ser visto aqui como o extremo da vingança institucionalizada) e da busca pela paz:

Está certo que o homem pacífico trabalhe diretamente para evitar esta ou aquela guerra; mas o pacifismo não consiste nisso, mas em se construir a outra forma de convivência humana, que é a paz. Isso significa a invenção e o exercício de toda uma série de novas técnicas. A primeira delas é uma nova técnica jurídica que começa por descobrir princípios de equidade referentes às mudanças da divisão de poder sobre a terra. (p. 246).

Nota-se que a superação do ciclo de vingança depende da reconstrução do “comum”, daquilo que valha como equivalente para ambos os lados. E a construção do comum não é possível sem que haja algum tipo de comunicação, algum tipo de diálogo.

Ao mesmo tempo a manutenção do ciclo da vingança (pelo ato violento de si).

6 A SAÍDA POSSÍVEL: A ACEITAÇÃO DO OUTRO (O ESTRANHO)

A grande problemática da ruptura do ciclo de vingança (e a busca por uma justiça) reside – seja no filme, seja na vida cotidiana de todos nós – justamente na mensuração da retribuição. Tal argumento é apresentado por Robert Solomon para quem é necessário um processo de “racionalização” da retribuição.

Que há confluência entre “vingança” e “retribuição” não se poderia negar. O problema que de fato surge aqui é a necessidade da mensuração (algo que inexiste na retaliação virulenta e explosiva). Como observa Robert C. Solomon, o desejo de vingança é uma resposta emocional às injúrias causadas a nós pelos outros: sentimos o desejo agredir (ferir, atacar) aqueles que nos agrediram, ofenderam ou atacaram. Retributivismo não é, contudo, a idéia de que é bom ter ou satisfazer essa emoção. É antes a percepção de que existem bons argumentos para se incluir o núcleo de racionalidade a ser encontrado no desejo de vingança como parte de qualquer sistema de direito.

É inegável que comumente a vingança é interpretada como sendo perigosa e socialmente disruptiva, tipicamente violenta, extremamente desarrazoada, e por sua própria natureza oposta ao direito e suas regras. O que se pode pontuar aqui é que a vingança não precisa necessariamente ser perigosa ou disruptiva, não precisa ser violenta, não precisa ser desarrazoada e não precisa ser oposta ao direito e suas regras. Mas para tanto é imprescindível que se construa algum *locus* comum onde haja fluxo de comunicação, bem como se atribua valor às ofensas perpetradas.

Segundo aponta Robert C. Solomon há um debate antigo que perdura até nossos dias sobre a relação entre “retribuição” e “compensação” e seus relativos méritos e deméritos. Mesmo no caso dos assassinatos, deixar de retribuir na mesma moeda e buscar uma compensação fora certamente um avanço e uma forma de impedir as infinitas e geralmente genocidas vendetas que eram a praga da vida tribal antiga. Não obstante, mesmo quando ficamos chocados diante de culturas que utilizam a compensação como forma de “lavar” ou “punir” crimes de sangue, somos levados a considerar que a compensação seria uma forma mais civilizada do que a retribuição. Isso porque a compensação presumivelmente envolve a negociação

entre o agredido e o agressor, pressupõe linguagem, e pressupõe, em alguma medida, a construção de um mínimo universo comum.

A proposta de Suha em “Paradise Now” parece nos guiar para esse caminho, em que se possa restabelecer alguma forma de comunicação e, daí, sonhar com compensações recíprocas dos malfeitos causados por ambas as partes desse conflito sangrento. Não é à toa que Suha volta à Palestina para poder trabalhar com Direitos Humanos, ou seja, poder oferecer aos envolvidos uma nova linguagem.

7 CONCLUSÃO

“Paradise Now” nos mostra o quanto os ciclos de retaliação e vingança, quando não tutelados ou vigiados, transformam-se a numa prática coletiva perigosa uma vez que tende ao infinito.

Não obstante, é possível imaginar uma forma de retribuição contida pela Lei e pelo Direito quando há uma mensuração das “dívidas” dos grupos contendores. Se, enquanto costume social, a retaliação tem a virtude da rapidez, ela se mostra nociva pois lhe falta a ponderação e o raciocínio, ou seja, lhe falta razão. A racionalidade possível na vingança advém necessariamente de uma processo comunicacional em que as ofensas e as dívidas sejam mutuamente expostas, propiciando-se um olhar reflexivo, em que cada um se coloque na posição de ofensor.

Todos os processos racionais, entretanto, dependerão sempre do prévio restabelecimento da comunicação, a qual na maioria das vezes desaparece tão logo se inicia o ciclo de vingança e retaliação. A luta, portanto, de todos aqueles que procuram o fim dos ciclos de vingança, deve passar pela busca inicial do restabelecimento da comunicação, como condição necessária para reconstrução de um espaço comunicacional comum, de onde possa brotar uma semente de acordó.

Mensurar dívidas e ofensas e apurar créditos recíprocos é o único modo de substituir a retaliação eterna por algum tipo de compensação que permita, ao final, após o uso efetivo da linguagem, o surgimento de alguma possível satisfação.

ROL ESENCIAL DE LAS FAMILIAS EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO

Edgardo Torres López¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Respeto de los niños y adolescentes. 3. Rol de las familias en la prevención del delito. 4. Rol del control en la prevención del delito. 5. Conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

Los delitos aumentan en los países denominados subdesarrollados; o mal administrados como decía Alvin Toffler (Barón, 1998); actualmente también en los desarrollados; con algunas excepciones.

En América Latina cada día sufre el incremento de delitos, asaltos, robos, tráfico ilícito de drogas, asesinatos y otros crímenes.

La acción delincuencial ha llegado a límites que los Estados no son capaces de prevenir y sancionar drásticamente. Por ejemplo, estadísticas en la ciudad de Lima de 10 millones de habitantes, reportan aproximadamente 7,000 actos delictivos diarios; de los cuales solo 10% son juzgados por la justicia (Bentham, 2011).

¹ Juez Superior de la Corte de Lima Norte/Peru. Presidente de la segunda sala civil. Fundador del Congreso de la Paz - CONPAZ. Miembro E-Justicia latinoamericana. Maestro en Derecho. Docente Universitario. Autor de innumerables obras en Perú y en el Exterior, en especial en Brasil organizó Coletânea Direitos Humanos en Homenaje al Humanista Melitón Torres Tovar, publicada por la editorial Instituto Memória en 2017.

En este marco es necesario preguntar ¿Cuáles son las causas de la comisión de delitos? Las respuestas son diversas y multifacéticas: Abandono familiar; vicios, alcohol, drogas; ideologías proclive al crimen; ignorancia; manipulación o presión de asociaciones ilícitas para delinquir; de ciertos medios de comunicación. Pobreza moral, cultural y económica. Asimismo en algunos casos como los factores psicológicos que la neurociencia intenta esclarecer; se encuentran: marginación social; escasa o nula formación moral y cívica; ineficiente control de las instituciones (Alexy, 2008).

La causa del delito no es como se decía en los años 60's; "la extrema pobreza" (Falção, 2013). Los delitos se presentan y sufren todas las clases sociales, por un deficiente control interno de la propia persona; por falta de principios; o por defectuosa formación en las familias y falta de antidotos en contra de los vicios.

Una de las causas más notorias de los delitos es el fracaso de la familia; el excesivo número de divorcios, el abandono físico o emocional de los hijos por preferir diversas actividades; o el extremo contrario, la excesiva permisividad y engreimiento; la falta de orientación en el control de las pasiones; el desconocimiento de las virtudes cardinales² y la opresión de los vicios (Bobbio 2002).

Con el fracaso de la familia como se mencionó ocasiona que los menores al interior de esta puedan actuar de manera inmoral y en su correspondiente momento quebrantando los bienes jurídicos del Estado, cometiendo de esa manera delitos, los cuales repercuten en la familia, la sociedad, y el Estado (Cita y Quintero, 2011).

Los delitos son acciones u omisiones, que atentan contra la moral y la ley penal; son fenómenos sociológicos, psicológicos, y económicos perjudiciales que vulneran los derechos humanos; son problemas de salud pública; que tienen solución no solo con sanciones legales, sino también con un conjunto interdisciplinario de acciones y operaciones que en forma pacífica, deben restaurar la

² Hace más de 2,000 años el filósofo Aristóteles, enseñó, que las virtudes cardinales son: La prudencia, justicia, fortaleza y templanza. Las virtudes son las vacunas y antidotos a los vicios; así como luz, vence a la oscuridad. La solución para salir de la oscuridad de los vicios y de los delitos, es encender la luz de las virtudes; que son los valores morales aplicados.

buena conducta de las personas y restablecer el equilibrio social³ (Torres, 2010).

Los delitos producen injusticias y desorden; en la ausencia de principios morales; en el afán de dinero fácil; en la carencia de respeto a la dignidad e integridad propias y de las demás personas (Ferreira Filho, 2005).

Como incitadores a la comisión de delitos se encuentran: el mal ejemplo en la sociedad y el Estado; la corrupción o la ausencia de autoridades; los vicios del alcohol, drogas, ludopatía; codicia; concupiscencia, actuaciones fuera del derecho, con excesivo egoísmo; buscando a toda costa lucro; poder y dominio; sin respetar la moral; las leyes, ni menos la dignidad humana (Bobbio, 2003).

Los delitos son como el cáncer que avanza por el libertinaje y la falta de corrección; cuando las familias, las escuelas, las instituciones y los estados no cumplen la razón de su existencia; cuando reina la impunidad, sin identificar la verdad; sin que exista sanción efectiva a los responsables (Bobbio, 1992).

Para prevenir los crímenes, se debe empezar a prevenir las faltas y delitos menores. La delincuencia juvenil, es responsabilidad no solo del joven, sino principalmente de sus padres y de su familia; de la comunidad; de los adultos que los rodean; de mensajes negativos de ciertos medios de comunicación; de un sector de la sociedad y el propio estado (Alexy, 1999).

El derecho penal aunque es necesario para sancionar a aquellas personas que lesion un bien jurídico, también se encuentra en la obligación de proteger a todo aquel que se encuentre sometido a su poder de corrección, pues sin esta protección el Estado sería igual al delincuente el cual vulnera los derechos de los demás. (de Carvalho, 2009). El Estado tiene la potestad de limitar la ejecución de ciertos derechos entre estos la libertad de locomoción, limitando este derecho cuando se inicia un proceso penal sea como medida para proteger al proceso o como condena de un juez penal, es así que el Estado no se convierte un delincuente más sino que tiene la facultad de sancionar a quién afecte el orden público (González, 2017).

³ Como planteamiento práctico el médico peruano Pérez Albela, propone por ejemplo la enseñanza intensiva de instrumentos musicales a los jóvenes como una forma de evitar el vicio de los hurtos y robos.

Respecto a una persona que delinque, es necesario preguntar ¿Qué padres tuvo? ¿Cómo fue su niñez? ¿No hubo en su vida un familiar, un maestro, un amigo para orientarlo en principios morales, educativos, civiles y de emprendimiento laboral? O por el contrario, solo tuvo malos amigos que lo condujeron en el camino de la violencia, el odio, la ofensa y las ideologías del delito.

Si esto fue así, se debe preservar la fe, la esperanza y la caridad. Si un joven en cuerpo y alma, ha caído en las garras del delito; debemos creer que existe la posibilidad de un cambio de conducta, penitencia y redención (Rajneesh, 2005).

La penitencia del joven que delinque, así como la de un enfermo, es posible con terapia; brindando estima y enseñando autoestima; nuevos hábitos, nuevas actitudes y conductas, nuevas maneras de pensar benigna, positiva, y solidariamente. Se requiere un re entrenamiento de la mente; promover una renovación total del pensamiento, de los sentimientos y de las acciones; de negativas a positivas (Condorcet, 1993).

La redención se impulsa con una conversión de actitud en la familia; con educación, con arte, deporte, trabajo, cultura, religión; con un enfoque dócil y positivo en la vida (Vieria & Scabin, 2006).

La educación es fundamental en este sentido. Como expresó Víctor Hugo hace más de 200 años: *“Abrid una escuela y se cerrará una cárcel”*. (Kelsen, 2011).

2 RESPETO AL DERECHO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Los niños tienen derecho a la vida, a la subsistencia, a tener una familia, a la recreación, a la educación, en suma a ser felices; sin embargo, en las sociedades mal administradas, a la mayoría de los niños no se les respeta en forma objetiva dichos derechos. Centenas de miles de niños, tienen que trabajar, delinquir o mendigar, para poder sobrevivir (Unesco, 1998).

En grandes sectores de América Latina, hace falta un mayor respeto a los derechos de los niños y adolescentes. Siendo el sistema social desorientado y desordenado, deforma y destruye, lo que la escuela pretende formar y construir, es así como la raíz de la

desorientación moral, no está en los jóvenes, sino en los adultos y la sociedad (Jung, 2000).

Ciertos adultos, no comprenden, ni promueven la enseñanza y respeto a las leyes naturales; la educación en valores; la diferencia entre el bien y el mal, el respeto al cuerpo humano, el respeto a los derechos y deberes, en suma el respeto a la dignidad de la persona (Biblioteca virtual derechos humanos, 2008).

Debe entenderse que la existencia de miles de niños y jóvenes desadaptados, pandillas violentas, delincuencia juvenil, drogas, libertinaje sexual, es un problema de salud pública; de responsabilidad social de niños, jóvenes, y adultos en familias en bancarrota; de la sociedad parcialmente en caos y el estado ineficiente o mal administrado (Fullinwider 1999).

El problema de la delincuencia juvenil, puede progresivamente solucionarse con mayor atención a la juventud, con educación ciudadana masiva, con educación familiar, con principios éticos; cultura de vida, paz y deberes y derechos humanos; desde los primeros años de vida.

Interpretando al Dr. Gilberto Ramírez (2018) el cual menciona que: “Construir ciudadanía para la inclusión social de los colombianos es posible, siempre que se diseñen e implementen estrategias y acciones que enlacen derechos humanos, política pública, educación y Estado de derecho” pues no solo las familias deben educar a los hijos con buenos modales y costumbres, sino las escuelas deben enseñar la protección que se le debe realizar a los derechos humanos y que de esa manera la sociedad crezca pacíficamente.

3 ROL DE LAS FAMILIAS EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO

La educadora Regina López Delgado fundadora del Centro Educativo Krumm Heller, en el Distrito de José Luis Bustamante la ciudad de Arequipa Perú, en el año 2004, en homenaje al famoso filósofo y educador alemán, localizado por largos años en México, enseñó que el rol de las familias en la prevención del delito, - que debe ser reforzado por la escuela,- debe ser fundamentalmente brindar un soporte físico, mental, emocional y espiritual positivos a la niñez; impulsar la formación en principios y valores morales: Respeto;

verdad, justicia, honradez, disciplina, puntualidad; emprendimiento; cumplimiento de los deberes (Torres 2017).

Todo parte por la autoestima y la estima hacia los demás. Para los buenos padres de familia el tesoro más grande del mundo son sus hijos, a quienes deben cuidar y enseñar a que se cuiden; que se respeten a sí mismos y a respetar.

Una de las claves según el referido centro educativo es enseñar constantemente a los niños, buenos modales, a saludar, a agradecer, a pedir por favor, a ofrecer disculpas y despedirse respetuosamente. Enseñar a procurar ser felices; a sonreír.



REGINA LÓPEZ DELGADO, DIRECTORA PROMOTORA DEL CENTRO EDUCATIVO KRUM HELLER

Asimismo a practicar preceptos fundamentales, como los mandamientos de la Ley de Dios; los principios morales fundamentales; a cavar tumbas para los vicios y elevar templos para las virtudes teologales; de fe, esperanza y caridad; y cardinales: Prudencia, justicia, fortaleza y templanza.

A ser constantes en la higiene, buena nutrición; actividad física, mental y ejercicios espirituales. A usar el lenguaje y dialogar con propiedad sin groserías; sin exasperarse; a ser emprendedores, optimistas y pacientes.

Regina López siempre pedía a los niños que se levantaran y durmieran temprano; que saludaran, que dieran gracias, que obedecieran, que respetaran y se despidieran de sus padres; que realizarán sus tareas con anticipación; y no dejaran sus obligaciones a última hora (Torres, 2017a) .

Enseñó con el ejemplo; con la corrección suave; a decir las cosas con ternura y con respeto. No con base al temor, la reprimenda verbal, o el castigo físico; solo cuando era necesario corregía con firmeza y con justicia. Siempre decía: Habla bien, habla bonito y breve (Torres, 2017b).

El gran mensaje de Regina López Delgado, en el Centro Educativo Krumm Heller, así como tantos otros maestros, fue rescatar las sabias enseñanzas del pasado en la educación actual; la doctrina del evangelio de Cristo; las enseñanzas de la doctrina social de la iglesia; la meditación de Carlos Jesús Emanuel, en su magnífica obra “lentes para mirar en la oscuridad” el Manual de Carreño. (Torres, 2017 c).

En el colegio que fundó “Krum Heller”, promovió una educación humanística personalizada; impulsando más que la instrucción, los valores morales y virtudes de paz, justicia, bien, deberes y derechos humanos. Así mismo su integridad como educadora se acredita, en su práctica que el fin de la educación no es el lucro, la competencia o el éxito; sino principalmente contribuir a formar personas buenas felices y responsables.

Para que las familias puedan cumplir su rol, en la prevención del delito; hace falta reconstituir la sociedad, como proponía el gran médico francés Alexis Carrel: Regenerar el tejido enfermo del cuerpo social, con implantes de tejidos sanos (Venturi 2012).

El primer insumo educativo, la raigambre espiritual y moral básica, provienen del hogar: La familia es la base de la formación del buen ciudadano; luego la comunidad, la escuela; los medios de comunicación; la universidad, el municipio y el Estado.

Los padres que son responsables, estudiosos, metódicos, pacíficos; por lo general formaran hijos estudiosos, metódicos y pacíficos; padres sin vicios; pueden ser garantía de hijos inclinados a las virtudes.

Así con las buenas enseñanzas que los padres les transfieran a sus hijos estos obtendrán la *ley en el corazón*. La cual según

Giussani es aquella que se encuentra dentro de uno mismo y nos dice cuando actuamos bien o mal (Puentes y Gutierrez, 2017). Mientras que con los hábitos de lectura, limpieza, puntualidad, orden, responsabilidad que se generan básicamente en el hogar y se profundizan en la escuela, este ser humano aprende a convivir en sociedad sin afectar a los demás.

La persona humana es un ser físico, psíquico, intelectual, espiritual; su principal insumo es la formación moral en el hogar; respeto al cuidado del cuerpo; respeto a sí mismo, a los padres, hermanos, al prójimo; provenir de una buena familia, para formar con el paso del tiempo una nueva familia que contribuya a mejorar la sociedad.

Debe impulsarse el desarrollo de la salud física, emocional y mental de las personas; del intelecto, las virtudes, y las manifestaciones humanas esenciales de respeto, altruismo y solidaridad.

Los niños tienen que aprender a convivir en paz; a tener buenos hábitos, buenos modales; tocar instrumentos musicales, practicar deportes, desenvolverse con éxito en actividades espirituales, sociales y culturales, contribuyendo desde diversos planos como vacuna o antídoto, a la prevención de la comisión de faltas y delitos.

Los jóvenes deben ser motivados en un camino de emprendedores, de liderazgo activo, con valores éticos; para que cultiven la libertad y la responsabilidad; la paz y el bien; respetando y haciendo respetar los derechos humanos y la dignidad propia y de todas las personas (Biblia, 1985).

La paz no se alcanza mediante la violencia, o métodos dictatoriales, quebrando el Estado de Derecho o vulnerando los derechos humanos. La violencia engendra más violencia; es urgente una restauración de las buenas conductas; reparar a las víctimas de los delitos e impartir sanciones legales justas y efectivas a los agresores. Dichas sanciones, no siempre deben ser privativas de libertad (Barcelos, 2005a).

Las políticas públicas para la prevención del delito, deben garantizar un enfoque multidimensional; en donde el rol de la familia tenga el primer lugar.

La solución pacífica de los conflictos debe darse principalmente con base al diálogo, a la reconciliación; a los acuerdos morales y legales, que permitan una restauración de la unidad familiar; o recomposición que garantice, la seguridad, la paz y la prevención del delito.

La conclusión urgente es fortalecer las familias con principios y virtudes (morales, civiles y jurídicos). Asimismo fortalecer las escuelas públicas y privadas; y lograr un intercambio, retroalimentación y superación mutua.

Las familias deben contribuir a la prevención del delito, orientada por principios de Justicia Restaurativa que se basa en la solución legal de conflictos, con respeto a la integridad de las personas. (Dimoulis, y Martins 2014).

4 ROL DEL CONTROL EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO

Como se conoce los principios fundamentales de la administración son 5. Planificación, Organización, Dirección, Ejecución y Control.

Para prevenir la comisión de delitos, por lo general se pone énfasis en normas y procedimientos; pero muchas veces se omite fortalecer la labor administrativa y principalmente la función de control.

Para efectuar mejoras y cambios, no bastan discursos, documentos y disposiciones. Es urgente el control, es tan importante, que uno de los temas fundamentales de las grandes organizaciones empresariales es: 1% de órdenes 99 % de control.

El **control** es un elemento del proceso **administrativo** que incluye la verificación y cuidado que las actividades que se emprenden para garantizar que las operaciones reales coincidan con las operaciones planificadas (crocker, 2005).

Se requiere instituciones fuertes y eficientes en control. Apoyo de personal capacitado; auxilio de medios tecnológicos; técnicas científicas de investigación; recursos.

Un ejemplo cotidiano de la necesidad de control, es que miles de personas en el cruce de Estación Izaguirre del Metropolitano en Lima Norte, cada mañana, arriesgaban su vida, por el apuro en correr

y cruzar la avenida sin respetar los semáforos en plena autopista, desde que la empresa, ha contratado personal de control; existe mayor respeto a los semáforos, cuidado y previsión.

La existencia de controladores bien capacitados, que controlen, orienten y corrijan es una inversión previsor y necesaria. ¿Cuánto tendría que indemnizar la empresa a las víctimas, por la pérdida de vidas de ciudadanos, atropellados por los ómnibus del Metropolitano? Mejor es prevenir que lamentar. Mejor es controlar, que dar lugar a la posibilidad de irregularidades y presuntas faltas y delitos.

Igualmente de acuerdo a la conocida teoría de las “Ventanas Rotas”; no es tan importante las normas y los procedimientos; como el buen ejemplo, la advertencia, sanción, y control de las autoridades para prevenir el delito.

Para ello se requiere una restauración de las instituciones tutelares: Familia Escuela, Estado; Justicia. De las Autoridades y de los ciudadanos debe partir mejoras justas y necesarias, en la buena administración de la sociedad y en la prevención del delito.

5 CONCLUSIONES

El rol de las familias en la prevención del delito, es esencial en virtud a que en la célula básica de la sociedad, se deben formar los principios, valores y conductas morales de la persona humana, como vacuna contra la comisión de faltas y delitos.

La educación moral, civil y orientación legal; son deberes fundamentales en la educación que se debe impartir en la escuela desde los primeros años de vida.

Es urgente impulsar la buena administración en la sociedad, con base a los principios de Planificación, Organización, Dirección Ejecución y Control; éste último requisito fundamental, para la prevención del delito.

Es urgente la mejora y fortalecimiento de las instituciones tutelares Escuela, Empresas Estado, para una mejor administración de la sociedad, con el fin de contribuir a hacer realidad los valores de justicia, paz, libertad y solidaridad, para el bien común.

MULTICULTURALISMO E OS TRIBUNAIS: APONTAMENTOS SOCIOLÓGICOS

Antônio César Bochenek¹

Sumario: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento.
3. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Os sistemas judiciais² construídos pelas sociedades ocidentais tradicionais³ com alicerces nas premissas cristalizadas e

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – Portugal. Mestre pela PUC/PR - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professor licenciado da ESMAFE/PR e Professor do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - CESCAGE. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Vice-presidente do IPDP - Instituto Paranaense de Direito Processual. Presidente do IBRAJUS - Instituto Brasileiro de Administração da Justiça. Foi Presidente da AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil. Foi Presidente da APAJUFE - Associação Paranaense dos Juizes Federais. Autor do livro “A Interação entre Tribunais e Democracia por meio do Acesso aos Direitos e à Justiça: Análise de Experiências dos Juizados Especiais Federais Cíveis Brasileiros”, Série Monografias do CEJ. Coautor dos livros “Juizados Especiais Federais Cíveis & Casos Práticos”, “Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais”, e “Comentários à Lei dos Juizados Especiais Federais”, todos publicados pela Editora Juruá.

² A referência aqui exposta é para os sistemas judiciais europeus continentais e seguidores deste modelo chamado de *civil law*. É importante consignar que desde os primórdios o modelo da *civil law* é substancialmente diferente do modelo adotado pelo sistema da *common law*. Atualmente ocorre uma hibridação entre os sistemas.

³ O mundo não é estático e passa por transformações profundas da sua própria natureza. As instituições (nação, família, trabalho, tradição, natureza) que, por fora, parecem as mesmas de sempre, até usam os mesmos nomes; por dentro, modificaram-se completamente. Assim, o direito e a lei já não são mais considerados sacros, ao contrário, compatibilizam-se com a nova realidade social,

condensadas pelo movimento positivista, em que o juiz é um mero executor da lei (mundo do direito reduzido à lei e às suas apertadas formas de exegese)⁴, já não são suficientes para atender às expectativas das sociedades cada vez mais complexa, pluralista, multicultural, e também mais aberta e desigual.

As sociedades contemporâneas são marcadas por transformações constantes e céleres. Aflora o multiculturalismo. Os ajustes sociais não acertados nem mediados no meio social inevitavelmente transformam-se em conflitos judicializados. Desta forma, os sistemas judiciais são chamados a apresentar uma resposta aos mais variados e abrangentes fatos sociais. A complexidade das ações e reações imbricadas num tecido social, como acima referidas colocam à prova os Tribunais e é preciso investigar se os sistemas judiciais concebidos para serem parte da solução dos problemas não passam a serem também parte dos problemas. De outro lado, é preciso investigar se os juízes e os tribunais estão preparados para enfrentar todos os desafios das sociedades contemporâneas. Uma relação, sobretudo, de confiança que exige respostas a altura do depósito das expectativas, mas que

sob pena de cair num discurso insustentado de ser a última solução para os problemas. É inevitável a mudança de rota que os seres humanos buscam com as modificações e, ainda que de modo desestruturado, caminham para a construção de uma sociedade cosmopolita global ainda incipiente diante das possibilidades abertas.

⁴ O paradigma legalista cede espaço para o paradigma pluralista. A lei perdeu prestígio, mais do que isso, a sua legitimidade foi abalada. Por um lado, porque se proliferam outros meios de produção normativa que concorrem com as leis; a eficácia das constituições, as normas internacionais e transnacionais, a diversificação das modalidades legislativas (no caso do Brasil – medidas provisórias), e principalmente pelo reforço na valorização dos princípios gerais de direito voltados para a ponderação. Em regra, a lei “há de traduzir-se numa valorização da ponderação das várias perspectivas possíveis; numa recusa de soluções automáticas ou unidimensionais; numa busca da problematização e da complexificação, antes de se obter uma solução; na insistência na provisoriidade e precariedade destas soluções; e num seu contínuo contraste com as sensibilidades jurídicas da comunidade” (Hespanha, 2007, p. 67). A pluralidade da interpretação legislativa afeta diretamente na segurança e na confiança, porém, de outro lado, propicia a abertura de espaços antes restritos a certas camadas sociais. A interpretação judicial da lei pelos tribunais ganha destaque, por meio do fortalecimento dos precedentes. De outro lado, porque o sistema judicial operou e alterou as formas dos mecanismos de fiscalização judicial, entre eles, o sistema de controle de constitucionalidade das leis, ou seja, antes, o juiz devia obediência às leis, ele estava sujeito as leis; hoje, o juiz fiscaliza e examina as leis. A lei passou a estar sujeita ao juiz.

certamente precisa ser estudada e ajustada para que o multiculturalismo seja observado e aplicado pelos tribunais.

As reflexões apresentadas neste texto são obras de pesquisa em conceitos da literatura sobre as sociedades complexas e o multiculturalismo. Os estudos de sociologia são imprescindíveis para compreender melhor os fenômenos acima apontados. Ao final, serão lançados apontamentos sobre a relação dos tribunais com as questões que envolvem o multiculturalismo.

Início com os autores reconhecidos em sociologia que apontam diversas terminologias para referir a sociedade atual como complexa de acordo com as ideologias adotadas nos seus discursos. Para Ulrich Beck (1992) vivemos numa “sociedade de risco” e uma “segunda modernidade”, pois à medida que as mudanças na vida social ocorrem cada vez de forma mais rápida, produzem novas formas de risco e somos obrigados a ajustar-nos e responder constantemente a essas mudanças. Uma vez que o nosso futuro pessoal é hoje em dia muito menos previsível em relação ao que se passava nas sociedades tradicionais, todo tipo de decisão implica em riscos para os indivíduos. Na sociedade de risco os perigos não são limitados espacial, temporal ou socialmente, mas afetam todos os países e todas as classes sociais e as suas consequências são globais e não apenas pessoais. Para Anthony Giddens (2007, p. 681), vivemos num “mundo em fuga”, marcado por novos riscos e incertezas como diagnosticado por Beck, porém acredita que a par do risco seria relevante colocar a confiança em termos de respeito que temos em relação as pessoas e instituições. Acrescenta o autor, viver na era da informação significa um aumento da “reflexividade social”, ou seja, pensar constantemente e refletir sobre as circunstâncias em que vivemos nossas vidas. Para Zygmunt Bauman (2000) a era da modernidade sólida chegou ao seu fim. Os sólidos, diferentemente do líquidos, conservam sua forma e persistem no tempo. Já os líquidos não conservam a sua forma e se transformam constantemente. Os sólidos duram e os líquidos fluem, e esta metáfora é adequada para compreender a sociedade atual, onde eleições individuais e ações coletivas estão derretendo na “modernidade líquida” num mundo em constante transformação. Já Boaventura de Sousa Santos (2000) traça uma crítica ao paradigma da modernidade ocidental e propõe um quadro epistemológico, teórico e analítico que torne possível a definição do paradigma ou dos paradigmas emergentes e suas possibilidades emancipatórias e das subjetividades individuais e coletivas, com capacidade e vontade para explorar tais

possibilidades. A epistemologia defendida por Santos é a partir dos conhecimentos do Sul como alternativa ao que o mundo ocidental produziu e impôs nos últimos séculos (Santos, 2007b).

Ainda que a literatura acima apontada consagre anseios e ideologias distintas, fundamentais para uma abordagem multicultural, outras posições e teses são aceitas e relevantes na discussão democrática e inclusiva sobre as sociedades atuais. Principalmente na atividade acadêmica não é recomendável desperdiçar ou inviabilizar a produção do conhecimento de todas as sociedades. Apesar das definições acima estarem centradas no conceito de mundo ocidental e em algumas críticas sobre elas, as sociedades que existem ao redor do mundo, inclusive a milhares de anos, são amplas, complexas e diferenciadas. O ponto central dessa assertiva é relembrar que os seres humanos realizam ações, omissões e os fatos sociais que representam a vida em sociedade são objeto de estudo da sociologia.

Então, como a sociologia pode contribuir para a abrangente hipótese aqui aventada? A sociologia permite ampliar a consciência sobre as diferenças culturais, possibilita a avaliação dos efeitos políticos das ações e omissões e principalmente contribui para a auto-conscientização. Esta tríade é relevante para abrir as perspectivas de alcance e da interação do multiculturalismo nas sociedades contemporâneas.

2 DESENVOLVIMENTO

No campo jurídico, a sociologia⁵ possibilita uma visão mais ampla, e revela que o direito não é apenas um conjunto de normas estáticas, mas um fato, uma realidade social, e cabe aos aplicadores

⁵ Não há um consenso na literatura sobre a utilização dos termos sociologia jurídica, do direito ou judiciária. Para Eliane Junqueira a distinção está em que a sociologia do direito é um ramo da sociologia que busca descrever e explicar o fenômeno jurídico como parte da vida social; já a sociologia jurídica é um ramo do direito que busca descrever e explicar a eficácia dos institutos jurídicos. Cláudio Souto prefere não fazer distinção e considerar toda pesquisa sociológica sobre o direito tanto sociologia do direito quanto sociologia jurídica. Pedro Scuro Neto reage contra essas posturas argumentando que a profusão de ramos, programas e subcategorias gera desconfiança e descrédito em relação à capacidade explicativa de uma disciplina "sem objeto próprio, nítido, cujos praticantes não conseguem estabelecer, sem discrepância, o que apreendem".

do direito interpretar e adequar às normas as realidades sociais sob pena de perderem eficácia além de perpetuarem injustiças. Talvez este seja o primado essencial e mais difícil da equação da aplicação da lei pelos operadores do direito, especialmente os magistrados.

A proposta da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – para os estudos da área de sociologia é denominá-la de sociologia judiciária. Em que pese a irrelevância da definição e denominação terminológica, é relevante destacar a riqueza dos estudos sociológicos, a transdisciplinariedade e a complexidade dos fatos sociais, para apontar duas características que despontam nos estudos de sociologia judiciária de acordo com a proposta da ENFAM, a partir da consulta aos materiais que já foram produzidos e também da linha adotada pela Escola da Magistratura oficial brasileira: primeiro, são estudos sociológicos acabam sendo voltados principalmente para as demandas judicializadas, mas com forte tendência a ampliar o aspecto cognitivo para a compreensão do litígio, suas causas e consequências; segundo, enfoque na metodologia desenvolvida pela escola francesa que privilegia os estudos de casos para a andrologia. Um ponto de destaque é o enfoque da formação humanística dos magistrados, premissa essencial para enfrentamento mais adequado do multiculturalismo.

Com apoio na literatura do campo da sociologia (Santos e Bauman, 2000) penso que qualquer redução ou simplificação não são salutares, pois a sociologia tem por característica ser ampla e apresenta um enorme potencial para contribuir em diversos setores e áreas. No campo judicial, o aproveitamento da sociologia para encontrar alternativas aos modelos ultrapassados e ineficientes, passam principalmente pela produção de estudos para redução do número de litígios, o acesso igualitário, pleno e efetivo à justiça e aos direitos, e principalmente na afirmação da democracia inclusiva, igualitária e participativa, em relação as questões sedimentadas e emergentes do multiculturalismo aflorado nas sociedades contemporâneas.

O multiculturalismo, como o próprio nome indica, pressupõe a multiplicidade de culturas num mesmo espaço e tempo. A existência do multiculturalismo implica no reconhecimento e realização das reivindicações e conquistas das chamadas minorias (negros, índios, mulheres, homoafetivos, entre outras). Contrapõe o monoculturalismo e a homogeneidade cultural, principalmente quando esta homogeneidade é considerada única e legítima, submetendo outras

culturas a particularismos e dependência. O multiculturalismo promove o enriquecimento e a abertura de novas e diversas possibilidades que são considerados fatores positivos de inovação ao demonstrarem o hibridismo e a maleabilidade das culturas.

Há diversas correntes na literatura que tratam do tema do multiculturalismo. Neste texto, faço referência a alguns autores percussores no tema no intuito de relacionar, ainda que de modo amplo e geral, os pontos principais do multiculturalismo com os sistemas judiciais. Uma nota importante está relacionada ao fato de que os primeiros estudiosos do tema partem da concepção de multiculturalismo nas sociedades ocidentais modernas, e não do reconhecimento de culturas e povos que foram erradicados, dizimados ou tiveram reduzidas de forma significativa o seu arcabouço cultural por anos de colonização exploratória (Santos, 2000, 2006 e 2007b). Neste sentido, as tradições e os estudos são radicalmente cortados e restringidos, e prevalece a posição contada e difundida pelos vencedores, ou seja, grande parte das culturas foi ou tende a ser deixada de lado, quando não foi dizimada ou aniquilada por correntes dominantes ou opressoras. É preciso recuperar a essência de todas as culturas, sem desprezar os conhecimentos nem ter preconceitos para não haver valorização a menor.

Charles Taylor, com sensibilidade comunitarista, trouxe para a questão multiculturalista a reflexão desenvolvida anteriormente sobre a progressiva construção do 'Eu' no quadro da modernidade (1994). O colapso das hierarquias sociais e da visão fixista das identidades, Taylor sustenta que a identidade do indivíduo moderno tem de ser construída num modelo dialógico. O reconhecimento, como necessidade humana vital, já não é fixo e herdado e as sociedades democráticas passam a construí-lo na esfera pública. Num primeiro momento da "política da igual dignidade" para propiciar cidadania igual a todos (universalismo de cidadania). Contrapõe a igualdade formal das revoluções liberais e o paradigma dominante até recentemente na qual essa política é propositalmente cega em relação à diversidade cultural. Num segundo e recente momento, afirma-se a "política da diferença", não mais cega à diversidade. Ao contrário, aposta na reivindicação da especificidade cultural. O que se pretende não é já o reconhecimento de todos os cidadãos como iguais, mas antes o reconhecimento das diferenças entre esses mesmos cidadãos, em função das suas pertenças culturais. Para Taylor o primeiro momento é muito diferente do segundo. Por outro lado, ele considera que a política da diferença tem a sua origem na

política da igual dignidade e a complementa. Com efeito, é a mesma luta pelo reconhecimento exigida pela identidade contemporânea.

Não se pode esquecer que outros autores apoiados no modelo liberal que advogam uma concepção de cidadania mais republicana e considera que a integração da diversidade cultural se deve operar pela pertença à nação cívica (Miller, 1995 e 2000). Trata-se da adesão dos cidadãos aos valores da democracia e da deliberação pública no quadro da nação que permite a sua integração comunitária, pois mais importante que o multiculturalismo, enquanto modalidade de acomodação da diferença. Em lado oposto, Barry (2001) afirma que cidadania e multiculturalismo não se conjugam e o modelo unitário de cidadania não visa qualquer igualização da diversidade, mas antes criar as condições que permitam a coexistência pacífica dessa diversidade. Ainda segundo este autor ao reivindicar direitos e políticas da diferença, os multiculturalista estão a destruir o modelo que mostrou já acomodar a diferença.

Em que pese os diferentes enfoques da abordagem do multiculturalismo é certo que o tema está em destaque nos últimos anos, principalmente a partir do fortalecimento da democracia ampliação de espaços às diferentes culturas e enfraquecimento do poder concentrado nas elites dominantes. De outro lado, esses fatos possibilitam o afloramento crescente de conflitos em face da diversidade de opiniões e opções. O aumento dos conflitos sociais e a ausência de resistências significativas a judicialização desses conflitos são fatores que ocasionam excessivos índices de litigação no poder judiciário e revelam maior protagonismo e centralidade dos tribunais no início do século XXI (Bochenek, 2009).⁶

O judiciário concebido para ser parte da solução dos problemas sociais passa também a ser parte do problema, pois não consegue atender às expectativas sociais e nem sempre na velocidade esperada ou tempo desejado. É preciso analisar, investigar e estudar os pontos acima abordados sob as perspectivas atuais, bem como a adequação dos sistemas judiciais das sociedades contemporâneas (Santos *et. al.*, 1996). É verdadeira a premissa que aponta pela inexistência de fórmulas ou receitas para o judiciário resolver e solucionar a contento todas as questões levantadas pelo multiculturalismo e fomentadas pela democracia (Santos, 2001), pois

⁶ Sobre a judicialização da política é clássico e pioneiro o estudo de Tate e Vallinder, 1995.

este estudo não comporta modelos fechados, mas abertos a diversidade e aos constantes ajustes.

Entretanto, para que não seja afetada a legitimidade do judiciário no contexto das sociedades contemporâneas, democráticas e multiculturais é preciso que os juízes e os tribunais precisam ter conta pelo menos quatro pontos: primeiro, analisar as questões de multiculturalismo com extrema sensibilidade e perspicácia; segundo: conhecer todas culturas, não apenas de forma superficial ou na versão dominante e a forma contada pelos vencedores, mas de preferência com imersões nas outras culturas e não apenas na sua; terceiro: avaliar as injustiças históricas e sociais (Bochenek, 2010) perpetradas por uma cultura em relação as outras, bem como a possibilidade e a viabilidade de alguma forma de reparação ou minimização dos efeitos; quarto: e talvez mais importante, a auto-conscientização dos operadores jurídicos e da sociedade em geral a respeito do multiculturalismo, para a construção de bases e tecidos sociais mais justos e menos opressores e desiguais.

3 CONCLUSÃO

O tema ainda é incipiente e tormentoso, mas também urgente e fundamental. Ainda há um longo caminho a se percorrer para chegar num ponto mínimo de ajustes sociais para o reconhecimento das diversidade cultural. Também é inevitável e certo que o judiciário, cada vez com mais frequência e intensidade, é e será acionado para decidir sobre os conflitos que envolvem pontos relacionados ao multiculturalismo. Não se pode esquecer que dentro do sistema estatal ocidental o judiciário detém a atribuição e o monopólio de dar a palavra final aos conflitos. Nesse cenário, são relevantes e imprescindíveis os estudos de sociologia, especialmente do judiciário e do direito, para compreender adequadamente e melhor as sociedades contemporâneas e as diversidades multiculturais, além de serem fundamentais para a formação continuada dos operadores dos sistema de justiça, também com o objetivo de imprimir maior qualidade as decisões judiciais, mas principalmente para que não sejam praticadas injustiças.

LOS DERECHOS CIVILES AMPARADOS POR LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES:

LA ESCLAVITUD OCULTA EN EL TRABAJO FORZOSO DE AMALIA¹

Germán Ortega²

Jaime Cubides Cárdenas³

Sumario: 1. Introducción. 2. Contexto.
3. Desarrollo. 4. Conclusiones.

¹ Capítulo resultado de investigación del Proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, perteneciente a la Línea de Investigación: “Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos” del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

² Abogado de la Universidad Santo Tomás. Estudiante regular del programa de cursos para el doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Público de la Universidad de Konstanz y de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Alta Dirección del Estado de la Escuela de Alto Gobierno. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Contacto: elprofegor@gmail.com

³ Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magíster en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magíster en Derecho de la misma casa de estudios, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires-Argentina. Docente asociado e Investigador y Líder del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: .

1 INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende analizar una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en la cuál se declara la violación de derechos humanos a través de la esclavitud por hechos que datan desde 1960, en donde una menor que desconoce su procedencia familiar inicia contacto con una familia a la que finalmente se le hace responsable por violentar el derecho a la identidad, a la justicia, a la familia, a la reparación, a la verdad, a la integridad sexual, a la libertad, y a la dignidad humana.

El amparo sobre los derechos violentados en el presente caso tiene relación directa con los derechos humanos que hacen parte de las convenciones de las que hace parte Colombia y que, por ende, buscan cumplir con el propósito para la que fue creada la Organización de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1945.

De acuerdo a lo anterior, dentro del desarrollo de este texto se busca responder a los siguientes interrogantes como base de esta investigación, como pregunta conceptual se plantea si ¿los mecanismos jurídicos de protección de los derechos sociales tienen alcance para proteger los derechos civiles?, y como pregunta fáctica ¿Amalia fue amparada por normas convencionales de derechos sociales para la protección de sus derechos civiles?

2 CONTEXTO⁴

- Amalia, una niña que para 1963 y 1964 tenía entre 6 y 7 años, se encontraba bajo la custodia de un señor de nombre Vitaliano Sánchez Castañeda, quien para esa época ocupaba el cargo de Alcalde Militar de un municipio denominado Anzoátegui.
- Amalia, fue entregada por Vitaliano Sánchez Castañeda a María Odilia Franco de Beltrán, suegra de éste y conforme los relatos de la sentencia, en calidad de “esclava”.

⁴ Los hechos se relacionan con los siguientes nombres, para efectos de proteger la identidad real de quienes hacen parte del caso. A saber: tutelante Amalia. Presunta madre de Amalia: María. Presunto tío de Amalia: Pedro.

- Desde este hecho, se afirma que Amalia fue objeto de explotación, maltrato físico, sexual; y tortura por la familia.
- Amalia manifiesta que estuvo sometida al capitán Vitaliano Sánchez Castañeda siendo víctima de actos de violencia sexual y maltrato físico por Eunice Beltrán de Sánchez (hija de este último).
- Amalia escapa de la familia Sánchez Beltrán en busca de su identidad y empieza a indagar por su pasado visitando el municipio de su niñez y sus autoridades para determinar su procedencia. En dicha búsqueda, encuentra una escritura pública que contiene un contrato de adopción en el que se registra la voluntad de María para entregar a su hija a María Odilia Franco de Rojas. Amalia presume que la niña de dicha escritura es ella.
- Por lo anterior, y con dicha escritura, acude a la Registraduría para obtener el registro de nacimiento, teniendo como criterio que había nacido en 1955 y que su nombre era Amalia.
- Para 2011, Amalia afirma desconocer su identidad, edad, familia y haber sido víctima en su derecho a la libertad y, por ende, hace uso de la acción de tutela, mecanismo por medio del cual el Estado colombiano ampara derechos fundamentales.
- Dicho caso, siendo atendido por los jueces de la República, finalmente y después de haberse negado los amparos en primera (*a-quo*) y segunda instancia (*ad quem*), son concedidos por la Corte Constitucional.

3 DESARROLLO

3.1 ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

El argumento de la Corte Constitucional se soporta en principio en la aplicación para el caso de Amalia en una norma

constitucional. Dicha norma establece que “Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas”.⁵

En seguida, conecta dicha norma constitucional de derecho interno a normas de protección frente a derechos civiles y sociales, entre las que se registran: a) La Convención sobre la Esclavitud⁶; b) El Convenio sobre el Trabajo Forzoso de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO –OIT– de 1930⁷; c) el artículo 4º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸; d) La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud⁹; e) El Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de la OIT de 1959¹⁰; g) El artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹¹; h) El artículo 6.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²; e i) El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que

⁵ Artículo 17, Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

⁶ Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, en vigor desde el 9 de marzo de 1927, disponible en [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx>].

⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, n.º 29, 28 de junio de 1930, disponible en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029].

⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 217 A (III), París, 10 de diciembre de 1948, disponible en [<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>].

⁹ Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su Resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956, hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956, entrada en vigor: 30 de abril de 1957, disponible en [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx>].

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo. Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (entrada en vigor: 17 enero 1959), adopción: Ginebra, 40.ª reunión CIT (25 junio 1957), estatus: Instrumento actualizado (Convenios Fundamentales), disponible en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C105].

¹¹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, disponible en [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>].

¹² San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹³.

Inclusive, hace mención de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos como guía de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos para la definición de trabajo forzoso, señalando que, para la configuración de este último, se tiene como requisito la generación de miedo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– argumenta acciones violatorias de derechos humanos declarando la configuración del trabajo forzoso atendiendo los parámetros del Convenio 29 de la OIT ya citado, el cual determina que es la exigencia del trabajo con amenaza de pena.

El Tribunal observa que la definición de trabajo forzoso u obligatorio, conforme a dicho Convenio, consta de dos elementos básicos. En primer lugar, el trabajo o el servicio se exige “bajo amenaza de una pena”. En segundo lugar, éstos se llevan a cabo de forma involuntaria¹⁴.

Finalmente, la Corte Constitucional en un análisis probatorio llega a la conclusión de comprobar los hechos objeto de amparo y acude a aplicar el artículo 2.º del Convenio de la OIT para finalmente señalar que se violaron derechos fundamentales.

Al respecto señaló:

De acuerdo con el artículo 2.º del Convenio de la OIT sobre trabajo forzoso, este fenómeno se presenta cuando se reúnen dos elementos: (i) la realización de un trabajo o la prestación de un servicio bajo la amenaza de una pena cualquiera u otra amenaza asimilable, y (ii) la falta de voluntariedad del individuo que realiza el trabajo o servicio –“el individuo no se ofrece voluntariamente”–.

En este caso, los hechos probados demuestran que tales elementos se reunieron en el caso de Amalia, ya que efectivamente

¹³ Conocido como Protocolo de Palermo, de 15 de diciembre de 2010, disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf].

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, 1.º de julio de 2006, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf].

fue obligada a desarrollar labores domésticas en jornadas extenuantes, en la casa de María Odilia Franco –aproximadamente 3 años– y luego de la familia Sánchez Beltrán, bajo amenazas de violencia física y ultrajes psicológicos que, sumados a su corta edad y su indefensión por falta de apoyo familiar, fueron más que suficientes para generarle un temor serio frente a sus victimarios. Además, Amalia nunca se ofreció voluntariamente a realizar el trabajo; en realidad, dada su corta edad, la falta de familia y su falta de educación, no tenía otra alternativa. Tan pronto obtuvo un grado mayor de autonomía –aproximadamente a los 15 años– decidió huir del hogar de los demandados, prueba adicional de la falta de voluntariedad. De otro lado, los demandados calificaron su partida como una huida, lo que evidencia que Amalia estaba bajo su subordinación (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

Soportado en lo anterior la Corte Constitucional determina que se puede estar hablando de esclavitud en tanto que la definición de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud de 1956 la concibe como la actuación en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven (Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas análogas a la esclavitud, art 1°):

Con estas consideraciones ampara el derecho a la familia, identidad, verdad, justicia, libertad, reparación, integridad sexual y dignidad humana.

3.2 ANÁLISIS CRÍTICO

ESCLAVITUD

Jesús María García Añooveros hace un interesante análisis frente a la esclavitud acudiendo al componente histórico en donde reseña a CARLOS V como una de las autoridades que atiende a la preocupación jurídica que para la época pretendía determinar si correspondía a una actividad legítima. En ese sentido señaló:

El problema de la licitud de la esclavitud de los indios siempre estuvo gravando sobre la Corona de Castilla. A CARLOS V le correspondió dar una solución definitiva al complicado y delicado asunto. Y lo hizo concienzudamente, pues se fundamentó en los argumentos de los mejores teólogos y juristas de España, que unánimemente condenaron como ilícita tal esclavitud, para declararla ilegítima y desterrarla de las Indias; y no solamente la esclavitud por parte de los españoles sino también la que se daba entre los indios (García, 2000, p. 57).

En la actualidad se encuentra un catálogo de normas jurídicas que regulan la esclavitud y que tienen el carácter proteccionista de derechos humanos. Por ello, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su capítulo de derechos civiles que “Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”. De otro lado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre determina que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”¹⁵.

Como puede apreciarse, la esclavitud se ha desarrollado como una actividad violatoria del derecho a la libertad, el cual se encuentra en la esfera de los derechos civiles, no obstante, en la actualidad se evidencia que normas propias de los derechos sociales tienen alcance frente a la protección de los derechos civiles, como es el que desarrolla el caso de Amalia.

Un instrumento interesante que reúne precisamente la supuesta categoría de derechos (civiles y sociales) es la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual se incluye el derecho a la seguridad social (art. 22), al trabajo, fundación de sindicatos (art. 23), descanso laboral (art. 24), alimentación, vestido y vivienda (art 25), educación (art.26). Seguidamente, llama la atención cómo convenios que en principio se entenderían propios de los derechos sociales nacen con anterioridad a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Un ejemplo de ello es el Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, el cual determina que “A los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena

¹⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, disponible en [\[http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/americana/DADH/1948-DADH.htm#a1\]](http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/americana/DADH/1948-DADH.htm#a1).

cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

Así las cosas, no parece que la categoría de derechos corresponda a un momento histórico sino al reconocimiento jurídico y menos aún, que se desarrolle la teoría de los derechos de primera y segunda fase.

Estas categorizaciones de derecho han adquirido vigencia en la doctrina cuando se advierte una fórmula: los derechos civiles amparan derechos sociales. “Existe además, un conjunto de decisiones que consagran la protección indirecta de derechos sociales mediante la protección de derechos civiles, lo que confirma la idea de la indivisibilidad y de la interdependencia de los derechos humanos” (Flavia, 2010, p. 439). La mencionada fórmula es relevante para el caso de Amalia, en tanto que la pregunta jurídica a resolver esta soportada en que la fórmula por igual puede ser inversa con el fin de comprobar que los derechos sociales y sus mecanismos pueden amparar derechos civiles como una sinergia de protección de los derechos humanos.

Es así como se hace evidente la teoría de indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos humanos de que trata Felipe Gómez Isa (2004) al señalar que por lo tanto, actualmente, a pesar de que esta distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro, mantiene todo su sentido, debe ser matizada a la luz de las disposiciones que hemos comentado en torno a la profunda interrelación que debe existir entre ambos tipos de derechos. La defensa de la dignidad humana necesita de los dos tipos de derechos. (p. 43).

Con ello se rescata uno de los elementos esenciales en los derechos civiles y sociales, como es la *libertad*. Véase que la libertad tiene una connotación vital para el desarrollo de los derechos civiles y sociales hasta el punto de ser el nexo causal entre éstos para los derechos sociales fundamentales. De allí que pueda apreciarse como ROBERT ALEXY señala que “El argumento principal a favor de los derechos sociales fundamentales es un argumento de la libertad”. Pero nótese que no es cualquier modelo de libertad, ya que esta corresponderá –como lo dice igualmente Alexy–, a una libertad iusfundamentalista.

Esta posición de Robert Alexy (1993) se evidencia en la sentencia de Amalia, por cuanto la libertad jurídica (posibilidad de

elegir) se veía afectada por la libertad fáctica (dependencia de las condiciones y actividades estatales) al evidenciarse que la vulneración de sus derechos sociales materializados en su labor de “trabajadora” alcanzan a afectar el núcleo de sus derechos fundamentales. (p. 446).

Por ello se puede afirmar que el amparo de la *libertad fáctica* por parte del Estado a través del reconocimiento de la esclavitud en una relación de trabajo, comporta por igual el amparo de la *libertad jurídica* y por ello, puede concluirse que el amparo de los derechos sociales tiene alcance para amparar derechos civiles en aplicación de una libertad *iusfundamental*.

4 CONCLUSIONES

El desarrollo jurisprudencial por parte de los jueces de la CIDH, haciendo uso de normas que inicialmente tenían como propósito el amparo de derechos sociales, tiene alcance de protección convencional ante derechos civiles, lo que implica la homogenización de derechos humanos.

Amalia fue amparada en sus derechos fundamentales atendiendo normas propias de protección de derechos sociales, los cuales tuvieron alcance frente a los derechos de carácter civil.

El amparo de la *libertad fáctica* por parte del Estado a través del reconocimiento de la esclavitud en una relación de trabajo, comporta a la vez el amparo de la *libertad jurídica*, y por ello, puede concluirse que la protección de los derechos sociales tiene alcance para amparar derechos civiles en aplicación de una libertad *iusfundamental*.

LA DESNATURALIZACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA COLECTIVA EN EL POSCONFLICTO COLOMBIANO 2011-2017

Nasly Rocío Cárdenas Rodríguez¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Desnaturalización de la memoria histórica colectiva. 3. Desafíos.

1 INTRODUCCIÓN

La reparación de víctimas, ha aparecido en la sociedad como una forma de subsanar las heridas de la guerra y sus consecuencias en las sociedades que han vivido este yugo, a lo largo del tiempo se han creado herramientas de reparación que, según las necesidades de las víctimas, se han transformado y adaptado a las realidades de la sociedad que hace el tránsito a la paz.

Cada nación, cada cultura, ha respondido al restablecimiento de los derechos de las víctimas, según sus necesidades y realidades particulares. Una de las formas más recientes de reparación es, el derecho de las víctimas a conocer la verdad, igualmente según las disposiciones de la sociedad, este derecho puede garantizarse a través de mecanismos como las comisiones de la verdad o por ejemplo, en el caso colombiano, las diferentes funciones que tiene el Centro Nacional de Memoria Histórica.

¹ Profesional en Relaciones Internacionales y Estudios políticos de la Universidad Militar Nueva Granada. Trabajo de investigación presentado para optar por el título de Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Conflictos Armados de la Escuela Superior de Guerra “General Rafael Reyes Prieto”.

Dichos mecanismos, en su mayoría se han cimentado en reconocer no sólo el hecho histórico del acontecimiento victimizante, sino de escuchar y difundir la versión de la víctima, para que esta sea reconocida como tal, no sean olvidados los hechos e incluso se garantice la no repetición de los hechos. En el caso de las colectividades que sufrieron, por ejemplo, dictaduras, masacres, fuegos cruzados, entre otros, en el proceso de su reconocimiento como víctimas, el acceso a la verdad, y la identidad que se crea en torno al contar y compartir su historia, se ha reconocido como memoria histórica o memoria colectiva. Convirtiéndose así, en una forma de crear identidad, cohesión y como herramienta de reparación.

Así las cosas, la pretensión de este trabajo es hacer un análisis de los procesos de desmovilización, y reinserción de excombatientes de diferentes grupos armados al margen de la ley y la visualización que en cada uno de esos procesos han tenido las víctimas y el rol que ha jugado la Memoria Histórica Colectiva, acompañando dicho análisis de una breve mirada del aporte que puede hacer la Teoría de Conflictos de Johan Galtung a la pretensión de crear Memoria Histórica Colectiva, y así finalmente diagnosticar la configuración actual en Colombia de la memoria histórica colectiva como herramienta al servicio del posconflicto 2011-2017.

2 LA DESNATURALIZACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA COLECTIVA

La Memoria Histórica Colectiva², ha sido reconocida y aceptada tanto por poblaciones víctimas como por diferentes instituciones que luchan por reparar a las víctimas de guerras y de dictaduras, como un instrumento efectivo y de reparación integral, al que se acude para reconocer a las víctimas, garantizar su acceso al derecho a la verdad y al deber de memoria de los Estados donde han ocurrido estos eventos; facilitando así la democratización y reconciliación.

² A lo largo del texto se va a tratar de forma indiscriminada los términos de Memoria histórica y memoria histórica colectiva, por considerarse que si el ejercicio de memoria no es colectiva, no se podría construir memoria histórica.

Sin embargo la construcción de Memoria histórica, se ha usado como respuesta a intereses que desdibujan su naturaleza reparadora y reconciliadora e incluso su vocación como herramienta de garantía de la No repetición de los hechos. No se puede negar que el ejercicio de memoria histórica colectiva, tiene en sí mismo un carácter político y generalmente está a cargo de alguna comisión que en muchos casos hacen que los ejercicios de acceso a la verdad y reconstrucción de la memoria resulten ser sujetos de política y por lo tanto presas del poder, tanto que se ha caído en el uso de la memoria colectiva con fines políticos, alejándose de su primordial objetivo y centro que es la reparación y la reconciliación, ya que en la lógica de su ejercicio, la verdad se distorsiona o se orienta de una forma deliberada en función de las directrices que dichas comisiones quieran establecer. (Moreno, 2017, p. 177)

El camino de la reparación y la reconciliación, tiene al mismo tiempo, como piso y techo la Paz, planteada como un escenario alejado de la ausencia de conflicto cuyo concepto abstracto, ni es exclusivo de los seres humanos, ni de los Estados, ni de grupos en tensión o en conflicto; sino que debe ser un proceso progresivo, de largo plazo, que implica a la sociedad en su conjunto y que se debe expresar a través del Estado. De este modo, es necesario resaltar las formulaciones del matemático y sociólogo Johan Galtung, quien plantea lo que se conoce como la *Paz por medios pacíficos*, en la que se pone al hombre como punto de partida, no a ideologías, credos, partidos políticos, países, etc. Por lo que se tiene que afrontar con mucha racionalidad y profundo respeto por el hombre y sus necesidades básicas: bienestar, libertad, identidad y sobrevivencia. Sólo así se hace inteligible una *idea antropológica de paz* transformándola en un *concepto teórico de paz* (Concha, 2009).

El Salvador³, proporciona un ejemplo claro de una Comisión de la verdad desdibujada y alejada del deber ser de la construcción de memoria histórica. Esta comisión estuvo caracterizada por los varios límites impuestos a la misma: se le dio un tiempo máximo para investigar los hechos, además de establecer los acontecimientos a investigar basados en su relevancia, por la profunda conmoción y

³ El Salvador atravesó una guerra civil entre 1980 y 1992 y selló el desarme a través de una negociación y la firma de un acuerdo de paz. De estos acuerdos no solo se desprende la desmovilización de la guerrilla, sino también la conformación de una Comisión de la Verdad que, a juicio del autor, contó con serias limitantes que desdibujaron los potenciales objetivos a los que una comisión de este orden puede aspirar (Moreno, 2017, p. 175).

resonancia que acarrearón durante el conflicto: el asesinato del arzobispo Oscar Arnulfo en 1980, la masacre de los jesuitas españoles de la UCA en 1989, el asesinato de las religiosas norteamericanas en 1980 y masacres a la población civil de alto renombre como el caso del Mozote en 1981. (Moreno, 2017, p. 182)

Colombia no ha sido ajena a las ventajas ni a los usos desnaturalizados de la memoria histórica colectiva; en el marco del conflicto interno que ha tenido durante cinco décadas, ha reconocido la necesidad de reparación de víctimas y sobre todo la urgencia de garantizar la no repetición de los hechos. Los esfuerzos del gobierno y las transformaciones de la sociedad, han hecho que el conflicto armado interno pase por diferentes estadios: la aparición de diferentes grupos organizados al margen de la ley, el narcotráfico, las guerrillas, grupos de autodefensas. Lo que tienen en común estos – incluyendo al Estado– es que han hecho a la población civil sus víctimas.

En las acciones tomadas de frente a la realidad colombiana, se pueden identificar desmovilizaciones de grupos armados, de excombatientes de forma unilateral, y se han creado varios intentos de negociaciones de paz. En algunos las víctimas han estado en el olvido, en otros, como el más reciente Tratado de paz entre el gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del pueblo, las víctimas se consideran el centro de las negociaciones.

Para entender la significación de construcción de memoria en Colombia, se debe tener en cuenta que el concepto de Memoria Histórica tuvo sus primeras apariciones en el marco de la Ley 975 de 2005⁴, la cual es el primer gran intento de visualizar y reconocer a las víctimas del conflicto armado en Colombia, y que en su Artículo 32 dispone:

(...) Corresponde a la Secretaria del respectivo Tribunal organizar, sistematizar y conservar los archivos de los hechos y circunstancias relacionados con las conductas de las personas objeto de cualquiera de las medidas de que trata la presente ley, con el fin de garantizar los

⁴ “La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación” (Ley N° 975, 2005). A esta ley también se le conoce como Ley de Justicia y Paz.

derechos de las víctimas a la verdad y preservar del olvido la memoria colectiva. También deberá garantizar el acceso público a los registros de casos ejecutoriados, y contar con una Oficina de Comunicaciones para divulgar la verdad de lo acontecido. (Ley N° 975, 2005).

Pero en ese intento de reconocimiento de víctimas, la necesidad política también tuvo su aparición en el mismo escenario. Durante los dos gobiernos del expresidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) hubo una negación política gubernamental de la existencia de un conflicto armado interno, caracterizando el conflicto bajo la figura de “terrorismo” (Sánchez, 2017, p. 106), dejando por fuera del reconocimiento a las víctimas de los agentes del Estado. En esa realidad de reconocimiento parcial de las víctimas, estas mismas iniciaron un proceso de autorreconocimiento, algunas solas, otras con ayuda de ONGs de carácter nacional o internacional, es decir que tal y como lo afirma Sánchez (2017) “(...) Pese a la inexistencia de una institucionalidad que les diera cauce a sus reclamos o las reconociera en su rol de víctimas, estas se reconocieron entre sí y a sí mismas como víctimas e iniciaron la reclamación de sus derechos” (p. 106).

Aunque en el caso colombiano de desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (en adelante AUC), no tuvo limitaciones certeras como en El Salvador, el acuerdo entre el Gobierno nacional y las AUC (Ley 975 de 2005), dio lugar a progresivos eventos de desmovilizaciones colectivas, sin embargo, el proceso de desarme, desmovilización y reintegración de las AUC se caracterizó por ser de una dimensión que involucró al paramilitarismo, que por tener una fuerte relación con el narcotráfico desarrolló un nuevo contexto que imponía las exigencias de atención a los derechos de las víctimas ocasionadas (Villarraga, 2013, p. 127).

El camino recorrido por las víctimas, victimarios y el gobierno desde la Ley de Justicia y Paz, ha enmarcado la importante experiencia con la que se ha llegado al Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, el Estado ha cambiado su propia concepción del deber de memoria, no haciéndolo como un privilegio del mismo para promover y hegemonizar su visión, sino como un facilitador de la memoria de las víctimas y de las diferentes expresiones sociales y políticas de la nación (Sánchez, 2017, p. 110). Es así que en las negociaciones para el acuerdo de paz con las FARC- EP, la construcción de memoria histórica colectiva se ha hecho imperante:

Las memorias de las víctimas se expandieron considerablemente, y el panorama es ahora el de una pluralidad de memorias y de expectativas. El tema de la memoria se convirtió en un tema de sociedad, en la medida que se reconoce que las negociaciones de paz despertaron el interés de todos los involucrados en la guerra, como contendientes, financiadores, promotores, para intentar poner en la escena pública su propio relato. Por este camino la memoria se ha convertido en un lugar de debate y confrontación, pero también en un lugar de diálogo que busca la reconciliación (Sánchez, 2017, p. 110).

Sin embargo, aunque el centro de los acuerdos sean las víctimas, no se puede dejar por fuera de la construcción de memoria histórica colectiva, a las víctimas indirectas de este conflicto, ni a los victimarios. Se debe tener cuidado con el ejercicio de la memoria histórica colectiva, pues es mucho lo que está en juego para la sociedad colombiana que intenta hacer el paso de la guerra a la paz. En el ejercicio de memoria se debe resaltar que no hay una sola verdad y no hay una sola valedera, son igualmente importantes la verdad y la memoria de víctimas y victimarios, pues son los protagonistas del conflicto y son los que deben dar el paso hacia la reconciliación. No obstante, cuando se construye la memoria histórica de un grupo de personas que han creado una misma identidad y un mismo duelo, se cae en una lucha entre las diferentes memorias por ser la hegemónica la que se constituirá en la versión oficial de la verdad, reforzando el argumento que la memoria histórica colectiva no es más que un espacio de lucha política (Moreno, 2017, p. 179).

Por lo tanto, no se puede desligar a la construcción de memoria histórica colectiva de la construcción de paz, pues la primera es fundamental para fundamentar la segunda. La paz, es un fenómeno real que alcanza todos los aspectos de la vida humana, haciendo al hombre capaz de hacerla, ejecutarla y disfrutarla. La paz determina al sujeto y es éste quien la aplica o la disfruta. Es una institución cultural y las culturas la instituyen y destituyen. En consecuencia puede y debe ser mirada desde una praxis que toma dimensiones prácticas reelaboradas desde la internalización emocional, cognoscitiva y teórica (Muñoz, 2001), piénsese en la negociación de paz del conflicto en Colombia entre el Gobierno y las FARC-EP.

El mal uso político de la memoria histórica, abandona igualmente los términos de *Paz Positiva* de Galtung, entendiendo que la paz se crea y construye con la edificación incesante de justicia

social. El matemático en esta fase, se centra en los estudios sobre el desarrollo, proyectando su teoría más allá de la satisfacción de las necesidades humanas básicas (Concha, 2009). Pues desde la irenología, la paz positiva está concentrada en aquella situación en la que las necesidades humanas básicas están cubiertas, existe justicia social y un correcto desarrollo (Cabello, 2013), convencido de la multidisciplinariedad, Galtung busca propuestas y estrategias para desarrollar y potenciar esas mismas necesidades.

Por tanto, se debe proteger a la memoria histórica colectiva de incentivos políticos del poder.

Ahora bien, la memoria histórica enfrenta otro reto en su construcción, los sentimientos. Moreno (2017) describe la memoria en el plano de la emoción y la psicología, que dan paso al juego de quienes recuerdan, no niega que la memoria sea un insumo valioso de la historia, pero tampoco su subjetividad e imprecisión en el intento de no olvidar el pasado, sumado al hecho que la memoria histórica colectiva es selectiva. En la lucha descrita anteriormente por la hegemonía entre memorias, se abre la puerta a que se recuerde lo que se quiere recordar y que se olvide lo que se quiere olvidar.

En esa misma línea, Sebares (2008) argumenta sobre la memoria histórica:

Se trata de una narración construida desde el presente, con fines de interpretación del pasado a partir de criterios normativos y valorativos, seleccionando por su significación los recuerdos de hechos vividos o recibidos por transmisión social, y que sirve para configurar las identidades del grupo, su ideología o visión del mundo, proyectándolas en la pugna por la propia afirmación y por la hegemonía frente a otros grupos (p. 78).

El ejercicio de memoria en Latinoamérica es de gran interés y debate debido a su uso tanto en sociedades que han hecho tránsito de la dictadura a la democracia como de la guerra a la paz, y que además involucra a las generaciones posteriores de las víctimas. En este escenario la verdad toma múltiples perfiles que son adaptables a múltiples contextos llegando a la dificultad de encontrar una verdad única, acompañada igualmente de un olvido selectivo, pues se lucha contra éste sólo en ciertos elementos por encima de otros, para que

permanezcan vigentes dentro del imaginario social. Exponiendo a la memoria histórica colectiva como una construcción subjetiva, pues es relativa al sujeto y a su interpretación del pasado, y es política, por estar en las manos de diversos intereses sociales (Moreno, 2017, pp. 177-178).

Acompañando a los sentimientos, otro de los retos a los que se ha enfrentado la Memoria Histórica Colectiva es a su falta de veracidad objetiva, en otras palabras la memoria histórica colectiva no es historia, es el relato de hechos con el que un grupo de personas se caracteriza y bajo el cual forman una identidad. Empero, Moreno (2017) describe cómo la memoria ha combatido con la historia y se está llevando la victoria parcial, dice que al estar la memoria sujeta a la construcción de la verdad, ha involucrado otras ciencias sociales tales como la misma historia, la antropología, la sociología y la psicología, incluyéndolas directamente en el desarrollo de estudios sobre memoria e incluso en la construcción de la verdad; expone entonces a la memoria histórica como un resorte transversal a estas ciencias, transformando a la memoria un objeto de estudio en sí misma, partiendo de allí su carácter científico. Quitándole poder de ataque a la subjetividad de la narrativa y exponiéndola como materia prima de construcción de narrativas y por supuesto alejándola de la historia como oficio y profesión.

Miranda (2016) complementa lo expuesto por Moreno, porque explica el carácter filosófico que tiene la memoria como herramienta de acceso a la verdad, a conocer los hechos y sus razones y además su capacidad de crear vínculos que permiten reconstruir relaciones entre víctimas y victimarios (p. 35).

En esta misma línea, Sebares (2008) es aún más específico al determinar cuándo empieza la Historia y cuando termina la memoria, la primera da inicio cuando la tradición acaba, o sea la memoria, mientras que la segunda sólo retiene lo que puede el grupo que la mantiene y no va más allá de los límites de ese grupo en tiempo y espacio, poniendo así la Historia por fuera de los grupos. Mientras memorias colectivas hay varias, historia solo hay una. (p. 80).

Ahora bien, la memoria histórica colectiva como se ha expuesto a lo largo de esta investigación, ha estado como herramienta en pro del tejido social, del acceso a la verdad y como forma de reparar a las víctimas, por causa de la incertidumbre de no tener las respuesta al ¿por qué?, ¿cómo?, ¿dónde? Asimismo tiene

la connotación de la reinserción de los excombatientes –en el caso puntual del actual proceso de paz con las FARC-EP⁵. Por lo que el proceso de paz, el acceso a la verdad y el ejercicio de memoria histórica deben estar acompañados de procesos de reconciliación, para lo cual se necesita de figuras de perdón y olvido igualmente.

En palabras de Galtung, de forma contraria a la paz positiva y como antesala a esta, también se puede configurar la *paz negativa*, esta se refiere a la reducción de violencia directa, reducción del sufrimiento u ofensa a las necesidades básicas humanas, es también la ausencia de conflictos bélicos, basándose únicamente en el estado de ausencia de guerras y algunas veces se usa para justificar el uso de la violencia. (Cabello, 2013)

Algunas veces, dicha paz negativa se manifiesta como “perdón y olvido” o en el peor de los casos “borrón y cuenta nueva”, aquí es que se hace preciso abordar la paz desde múltiples disciplinas que amplíen su vaga y manipulable concepción, más allá de la ausencia de las guerras. Para lograrlo, se hizo necesario investigar cómo evitar las guerras, cómo superar el conflicto y cómo reducir y sobre todo evitar todo tipo de violencia. Siendo el estudio de la paz multidisciplinar, la que incentivó las capacidades y habilidades para transformar los conflictos en oportunidades creativas de, encuentro, comunicación, cambio, adaptación e intercambio. (Cabello, 2013) Oportunidad que puede ser usada y, a la vez, aprovechada por la memoria histórica colectiva, si se respeta su disposición a la reconciliación.

Por supuesto, que el perdón y sobre todo el olvido, es un modelo poco sano que ignora el dolor de la víctima y que por tanto abre las puertas a la impunidad, vulnerando el derecho de las víctimas a conocer la verdad y sin importar el modelo que se use, sea el de recordar u olvidar, no se puede ocultar la existencia de víctimas. Precisamente esto fundamenta a la Memoria Histórica Colectiva como un hecho que visualiza a la víctima y también al victimario, en cuanto que este acepta y reconoce su responsabilidad de los actos victimizantes cometidos. (Moreno, 2017, p. 176)

⁵ Se hace mención a las FARC-EP, puesto que fue con este grupo con el que el gobierno nacional firmó el acuerdo de paz, sin embargo es imperante aclarar que la denominación FARC en el marco del pos acuerdo es Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común.

Volviendo al ejemplo de El Salvador, la Ley de amnistía⁶ que impulsó el gobierno se argumentó entre varias razones, bajo el argumento que para “consolidar la verdadera paz en El Salvador era necesario un perdón absoluto en todas las partes concernidas” (Moreno, 2017, p. 184). Dejando el sin sabor que dicha amnistía fue una ley que impulsó la impunidad, pues favoreció a los victimarios en cuanto que no estaban obligados a reconocer su culpabilidad y sentenció a las víctimas a simplemente aceptar.

Por lo tanto es válido resaltar que el perdón no debe conducir al olvido judicial, debe llevar a la aceptación y a la reconciliación. En esta misma línea, Miranda (2016) basado en la definición que hace la Real Academia de la Lengua Española sobre memoria⁷ y en su investigación adscrita al proyecto *Políticas de perdón en Colombia*, argumenta que la incidencia de la memoria en el perdón es mínima e incluso contraproducente por su capacidad de retener incluso lo que la víctima desearía olvidar y no recordar, por ejemplo, hechos tan dolorosos como las torturas. Y se plantea la pregunta: “¿Cómo pueden existir procesos de reconciliación y perdón cuando se vive trayendo a la memoria los momentos más tormentosos por los que pudo haber pasado una víctima?” (pp. 33-34).

Los planteamientos anteriores abren las puertas a la preocupación de que la memoria histórica, con los elementos recogidos hasta aquí, como son: el uso político que se le da, el hecho que sea selectiva, su subjetividad, y ahora su capacidad de recordar incluso lo que se quiere olvidar, se debe hacer el precedente que la memoria histórica colectiva en un proceso de paz como el colombiano en el que se busca la reconciliación de víctimas y victimarios para que pueda establecerse una sana convivencia ciudadana y sobre todo la reinserción de los excombatientes a la vida civil y en general el perdón de la sociedad colombiana, no puede separarse en ningún momento de procesos de perdón y reconciliación. En palabras de Miranda (2016) “en este sentido la memoria carecería de importancia porque su función se vería restringida aquí a revivir el pasado y con

⁶ La ley de Amnistía de 1993 representó un bloqueo significativo para la justicia y la reparación en El Salvador. El aspecto que más genera impunidad es el hecho que los responsables no hayan reconocido sus hechos y que en algunas ocasiones sean figuras de reconocimiento público al servicio del Estado. Con lo cual se puede concluir de forma preliminar que no existió un verdadero esquema de reparación a las víctimas (Moreno, 2017, p. 184).

⁷ Una potencia del alma, por medio de la cual se retiene y se recuerda el pasado (Miranda, 2017, p. 33).

ello el dolor y la frustración que supone traer a la mente momentos difíciles y violentos, los cuales dificultarían construir el discurso del perdón” (p. 34).

Aquí es importante diferenciar el deber de memoria en hechos como la Shoa, donde como lo describe Primo Levi (ed. 2002) “para estos sobrevivientes recordar es un deber: éstos no quieren olvidar, y sobre todo no quieren que el mundo olvide, porque han comprendido que su experiencia tenía sentido y que los Lager no fueron un accidente, un hecho imprevisto de la Historia” (p. 104). Dejando en evidencia que los campos fueron un proyecto de exterminio y de olvido, ya que todo estaba pensado para no dejar rastro de los horrores allí cometidos, por tanto los sobrevivientes tuvieron un llamado a narrar lo que vivieron en el Lager (Sebares, 2008, pp. 91.92).

Sebares (2008) da una explicación más específica del papel que debe jugar la memoria en la actualidad, en cuanto que el testimonio de la víctima-protagonista es imperante para la reconstrucción de los hechos, reflexionando así que la demanda de memoria en la actualidad es tanta que ésta debe ser usada por la Historia para que se transforme y pierda la subjetividad, puesto que recordar no sirve para nada, a menos que dicha actividad de recordar sea explicada. De esta manera, se alcanzaría la anhelada no repetición de los hechos, siempre y cuando, la memoria histórica colectiva esté acompañada e interpretada por el sentido crítico de la historia (p. 96).

Ahora bien, si la memoria está empeñada en recordar y como se expuso más arriba incluso hechos victimizantes y dolorosos, se puede caer en que el ejercicio de memoria al recordarle constantemente al victimario sus actos reprochables, su reinserción a la vida civil no sea exitoso. Basados en este supuesto, es importante destacar el papel de las comisiones de la verdad, que están enfocadas en resaltar el papel de la víctima. Este tipo de ejercicios oficiales y públicos de intentar restablecer la verdad a través de una comisión de la verdad, que no tiene carácter judicial penal, pero que sí señala a los victimarios públicamente, tiende a convertirse en una sanción moral. Claro que estas comisiones, además de visibilizar a las víctimas buscan que estas puedan entrar a procesos de reparación, pero una vez más la reparación también depende de la voluntad política de los gobiernos pero sobre todo de la aceptación

clara y pública de los señalamientos por parte de los diversos actores partícipes del conflicto. (Moreno, 2017, p. 177).

Ese señalamiento público puede ser contraproducente, pensado sólo en la vía de la reinserción, aquí el perdón y el olvido después de la aceptación de los hechos y del arrepentimiento, se dibujan como la única vía posible para la reinserción de los excombatientes, que en un eventual posconflicto deberán gozar de los derechos y deberes que cualquier ciudadano colombiano. Sin embargo no por esto se puede justificar que se ignoren a las víctimas, ni mucho menos olvidarlas, eso como en el caso de El Salvador sólo perpetuó el estado de victimización. Para las comisiones de la verdad su centro son las víctimas en cuanto visibilización y los victimarios en cuanto aceptación de la responsabilidad de los hechos para que juntos víctimas y victimarios puedan reconciliarse “No es posible un proceso de paz anclado en el pasado, en las rencillas, en la vendetta y en el rencor” (Moreno, 2017, p. 190).

Tanto la Memoria histórica colectiva, como las mismas comisiones de la verdad han sido forjadas como una herramienta de reparación y no repetición de los hechos, en este punto se debe hacer la salvedad que el acceso a la verdad y la identidad de un grupo de personas que fueron víctimas, es reconocido por las mismas víctimas, como ejercicios que les han ayudado a superar heridas y cerrar ciclos de sufrimiento; pero por el otro que los victimarios cuenten su versión de los hechos cometidos y que la identidad del grupo garantice la no repetición de los hechos, es ingenuo.

No se debe menos preciar la capacidad de la debida atención a los derechos a la verdad, la justicia, la reparación de las víctimas y las garantías de no repetición, el punto es que el acceso a dichos derechos debe estar acompañado de “la exigencia de revelaciones que aporten al esclarecimiento histórico, la investigación y el juzgamiento de los responsables de los crímenes más graves cometidos, y el desarrollo de medidas de atención y reparación de las víctimas y de la sociedad” (Villarraga, 2013, p. 137).

Se hace imperativo por tanto, tocar una vez más el tema del perdón y el papel que este debe tener en un proceso de pos acuerdo y eventual posconflicto como el que atraviesa Colombia, es necesario que el perdón que pidan tanto excombatientes de las FARC-EP como agentes del Estado, supere el simple perdón judicial, y la manera de hacer que el perdón no se quede ahí, es el arrepentimiento:

El arrepentimiento, al parecer, acerca al victimario y a la víctima y le otorga a esta una posición más digna que la que tuvo cuando fue objeto del agravio a la vez, que también hace ver al victimario despojado de su condición de torturador y lo pone más en una relación de igualdad con la víctima. Es más, se puede afirmar que cuando el homicida pide perdón y se arrepiente de sus actos, se produce efectivamente la conciliación entre las dos partes, se hace manifiesta la condición de humanidad que los caracteriza a los dos y buscan restablecer y reparar las relaciones entre ellos. El arrepentimiento, según esto, es entonces un valor que concilia y que ayuda a restaurar las relaciones (Miranda, 2016, p. 30).

Hasta ahora, es evidente que la memoria histórica colectiva tiene una lucha contra el olvido, se empeña en no dejar olvidar, a pesar que el ser humano esté condenado a olvidar, ya sea por las circunstancias biológicas que lo rodean como una enfermedad o la misma muerte y teniendo en cuenta esto, cabe resaltar que la nación siendo un compuesto de personas está también condenada a olvidar.

Lo que se debe tener en consideración, es que olvidar no es el problema, per se, de la memoria histórica colectiva, pues para luchar contra el olvido está el trabajo de la Historia como ciencia que registra de forma objetiva los hechos que acontecen a la humanidad, así las cosas, lo que hace el olvido es arrancarle la subjetividad a la memoria histórica colectiva dándole paso a la objetividad con la que pueden rememorar las generaciones posteriores a las víctimas directas del conflicto.

Con el paso del tiempo, la memoria histórica colectiva corre el riesgo de sufrir transformaciones, por lo que se hace necesario entender dichos hechos que vivieron generaciones pasadas en contextos determinados para interpretar como se entienden luego del paso de dos o más generaciones, dicho entendimiento impacta la consolidación, construcción y mantenimiento de la memoria. (Moreno, 2017, p. 187)

Apoyando lo expuesto, y sobre todo los alcances de la memoria histórica colectiva, Gauck (2013) expone en su experiencia como alemán y presidente federal, que hoy en día las generaciones posteriores a la Alemania nazi, aún sienten una responsabilidad especial por los crímenes cometidos por los alemanes en el pasado, aunque sean completamente ajenas a ellos. Justifica además que tanto la culpa como la injusticia, están grabadas en la memoria histórica colectiva de los alemanes que se ha transmitido a hijos y

nietos incluso de forma inconsciente. Sobre todo enfatiza que en ningún foco de conflicto se puede partir de la base de que la carga creada por la injusticia desaparecerá con los culpables y con la generación que la ha favorecido o tolerado. De las palabras Gauck es primordial destacar que, estas generaciones hoy en día, por el conocimiento de los hechos y de la injusticia están más alerta ante nuevas tentaciones. “En Alemania podemos partir del hecho de que existe la firme voluntad de oponer resistencia a nuevas aspiraciones nacionalistas, racistas y dictatoriales” (Gauck, 2013, p. 217).

Retomando a Miranda (2016), sobre el perdón escribe que este no debe conducir al olvido, de lo contrario no habría ningún sentido en la existencia de la Memoria histórica y ejemplifica su posición con las memorias de los judíos sobrevivientes a los campos de concentración nazi, apoyando el perdón como una forma de liberarse y poder seguir viviendo, pero bajo un ejercicio de memoria constante. (p. 38) Este planteamiento separa al perdón y al olvido como dos actitudes y ejercicios diferentes que no van de la mano, por supuesto que no se olvidan los hechos, ni los crímenes que se cometieron contra la población judía, lo que se debe hacer es recordar de forma objetiva. La objetividad que se plantea, para la tranquilidad de Miranda y el respeto debido a las víctimas de la Shoa, no busca la solidaridad con los nazis en su intento de exterminarlos, ni de olvidar cómo sistemáticamente se arrancó la dignidad a los hombres y mujeres, no se trata tampoco de olvido colectivo.

Aunque Miranda (2016) explique que “en últimas, el ejercicio de la memoria lejos de ser sólo una expresión y una anamnesis de eventos pasados es, más bien, algo vivo cuya validez se expresa rotundamente en su objetivo que es re-significar los agravios sufridos por las víctimas y darles una identidad, un nombre, pero que también busca encausar y orientar las acciones del presente como parte del ejercicio reparador hacia las víctimas” (p. 38). Se debe dar paso a la historia, al perdón y al olvido para poder recordar objetivamente, eso sin dudas con el paso generacional es inevitable, no hay que empeñarse en recordar, porque la historia va a registrar, no a ignorar ni a las víctimas ni a los victimarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, el derecho a la verdad se concreta en la necesidad de las víctimas de conocer las circunstancias y razones de los hechos que las pusieron en dicha situación; sin embargo no se debe asumir, como ya se ha expuesto, que el acceso a la verdad alcanzará el derecho a la justicia, tanto que

el acceso a la verdad y la construcción de memoria histórica colectiva, tiene reparaciones psicológicas cuyos aportes son significativos para aliviar la incertidumbre y posiblemente en la construcción de mecanismos de garantías de no repetición (Rico y Maza, 2017, p. 142), pero sería irresponsable asumir que la verdad y la memoria garantizan la no repetición de los hechos.

Igualmente, para que el recordar y el acceso a la verdad no configure una praxis humana en la que se caiga en re-victimizar a las víctimas, la memoria tiene que tener un sentido estricto de restablecer vínculos entre los individuos (Miranda, 2016, p. 36) e incluso entre víctimas y victimarios, logrando darle un nuevo sentido a los hechos ocurridos y leerlos desde una nueva perspectiva, es decir de forma objetiva. Para que el individuo no se revictimice y su dolor y recuerdos no se perpetúen en su propio mundo subjetivo, es importante que el ejercicio de la memoria sea colectivo donde el individuo pueda junto con otros hacer anamnesis de los acontecimientos y se pueda expresar. (Miranda, 2016, pp. 37-38)

En esta coyuntura descrita, la memoria histórica colectiva, naturalizada y acompañada del perdón y el olvido –tal y como se propuso– establece las condiciones necesarias para que en la sociedad se gesté lo que Galtung denominó *Paz cultural y Cultura de paz*. Esta paz, una vez superado el concepto y el esfuerzo de satisfacer las necesidades humana básicas y la simple ausencia de enfrentamiento bélico, busca reducir la violencia cultural y estructural. Galtung define la violencia estructural como la “violencia indirecta originada por la injusticia y la desigualdad derivadas de la propia estructura social, ya sea dentro de la propia sociedad o entre el conjunto de las sociedades” (Muñoz, 2005). La violencia cultural es aquella que “por costumbre o por las pautas educativas de la sociedad, justifica o incluso permite las injusticias cometidas, viéndolas como algo natural, por lo que la violencia cultural sirve de sustento teórico, filosófico y práctico de la violencia estructural” (Muñoz, 2005).

Por tanto, entender las manifestaciones, características y fenómenos de las guerras es esencial para alcanzar la paz positiva, entendida esta como la situación en la que las necesidades humanas básicas están cubiertas, existe justicia social y un correcto desarrollo. (Cabello, 2013) Es por esto, que la memoria histórica colectiva debe estar acompañada de la reconciliación y ser objetiva, de lo contrario

no se puede entregar a la sociedad como una herramienta que garantiza la No repetición de los hechos.

Por consiguiente, en el ejercicio de la memoria histórica, el perdón es compañero de la reconciliación, Miranda (2016) resignifica el perdón, como una condición que solo le incumbe a la víctima y al victimario, por tanto el papel de los terceros que no fueron víctimas directas, debe ser el de mediadores en la relación entre victimario y víctima. Adiciona a esto que lo que se debe perdonar es el acto cometido y no a quien lo cometió, esto debido al mucho daño que pudo haber perpetrado el victimario, lo que haría que perdonarlo sea muy difícil.

El perdón y la posterior reconciliación, deben tener un camino allanado que garantice una coexistencia mínima entre las partes enfrentadas, esa base debe ser la confianza, construida desde la empatía como instrumento capaz de disminuir la incertidumbre en las interacciones de los dos grupos. (Rico, y Maza, 2017, p. 144) La empatía que se debe construir tampoco es una tarea fácil, pero sí es facilitada por los mecanismos de las comisiones de la verdad, el arrepentimiento genuino de los victimarios, el perdón que va más allá de la búsqueda de una reducción en la pena o el perdón judicial y siempre con la mirada en la construcción de un proyecto social incluyente y beneficioso para ambas partes.

Es decir que, dicha empatía se logra mediante el abandono de estereotipos, la comprensión de la posición del otro, las diferentes versiones que puede tener cada individuo de los hechos ocurridos, alejando así a la memoria de las emociones que genera el recordar. (Rico y Maza, 2017, p. 144) De esta forma no sólo las víctimas directas sino también las indirectas se alejan del peligro de generar una coexistencia basada en el odio, el rencor y el resentimiento. De esta manera, se logra apartar a la construcción de memoria histórica de los sentimientos y la selectividad, mencionadas más arriba.

Para lograr la empatía, el arrepentimiento del victimario es indispensable para crear un perdón genuino y la garantía que este no va a cometer de nuevo hechos victimizantes en la sociedad en la que se pretende reincorporar, si el victimario –arrepentido, no obligado por una entidad o mecanismo– se compromete a no volver a cometer los actos por los cuales es juzgado y llevado ante una comisión de la verdad, eso sí es garantía de la no repetición de los hechos, sólo su propio compromiso puede garantizarlo, nada más.

Rico y Maza (2017) en una investigación sobre las actitudes hacia la reconciliación, centrando su atención en casos del Caribe colombiano, resaltan el hecho que las víctimas perciben que actualmente no hay condiciones para tolerar a los exvictimarios ni tampoco para que ellos les aprecien. Describen que más allá de las audiencias públicas donde los postulados-desmovilizados dieron sus versiones libres, no han contado con escenarios para interactuar entre sí. Esto puede estar vinculado a que algunas víctimas desean que a los excombatientes les vaya bien, pero sin que ello implique interacciones sociales. Además, resaltan que si al excombatiente no se le reconoce como un ser humano igual, la reconciliación siempre va a estar obstaculizada. (p. 149)

El ejemplo que mejor ilustra la capacidad de la reconciliación es Sudáfrica, que tras la segregación racial sufrida, tuvo que poner en una balanza la justicia y la verdad. Los sudafricanos en pro de la paz y la construcción nacional, tuvo que hacer concesiones en torno a la justicia. Lo que se jugaba era que los familiares de las víctimas de la represión, no pudieran enviar a la cárcel a los asesinos ni victimarios de sus seres queridos, a cambio, podrían conocer las circunstancias de la represión, la tortura y la matanza; por supuesto de lo que se habla es de impunidad. Pero al mismo tiempo fue un gran avance frente a la táctica, hasta ese momento usado, de ocultar y negar sus crímenes. (Gauck, 2013, p. 219)

Los tribunales públicos esclarecieron quiénes eran los responsables de los crímenes y restituyeron la dignidad de los anteriormente oprimidos. Pero esta solución les exigió mucho a los familiares de las víctimas. Tenían que aceptar que los asesinos salieran de la audiencia como hombres libres mientras ellos muchas veces seguían sumidos en la pobreza y la impotencia. Pero la verdad sin pena judicial fue el compromiso que parecía viable en el nivel político sin desatar conflictos sangrientos en el país (Gauck, 2013, p. 219).

La reconciliación es un esfuerzo a largo plazo, no se limita a darse la mano, contempla todos los esfuerzos de consolidar la paz, en el caso de Colombia que se pretende sea estable y duradera, se deben promover cambios que hacen del camino uno cada vez más complejo (Bueno, 2017, p. 15), al igual que la construcción de memoria histórica colectiva, el de reconciliación es un proceso que involucra a varias generaciones, no sólo a la protagonista, por tanto es importante una vez más, que la historia plantee nuevos pactos

económicos, políticos, sociales, culturales e incluso históricos a los tradicionalmente establecidos; para lograrlo, el reconocimiento del otro es esencial, así como la construcción de nuevas realidades que “resignifiquen las prácticas de exclusión, desigualdad e ilegalidad que fueron y han sido el motor de los conflictos armados al interior de un país o sociedad” (Bueno, 2017, p. 15).

La visión de la presencia del conflicto y la paz en la existencia del hombre, pero que la última no sea la que marque el destino y el sentido para la vida, sino que sea el conflicto expuesto bélicamente el que genere transformaciones en las naciones, convirtiendo a la paz en un objetivo y no en una manifestación social, sella la importancia y la imperiosa necesidad de conocerlos en su complejidad práctica, en sus lógicas internas y externas, para poder finalmente teorizarlos y sistematizarlos para devolverlos a la realidad en forma de modelos y conceptos accesibles y manejables por la racionalidad humana. (Cabello, 2013)

3 DESAFÍOS

De forma general, y como se ha intentado demostrar, las comisiones de la verdad, tienen que enfrentar limitaciones de tipo político, social, poblacional, cultural y hasta sentimental; pues de su ejecución depende, en gran medida, el éxito hacia la paz positiva, basada en justicia social y la muy importante cohesión social de una nación que reconciliada, puede coexistir.

Entonces, al momento de establecerse una comisión de la verdad que busca la construcción de memoria histórica colectiva, ésta no puede proteger a ninguna de las partes enfrentadas, debe ser mediadora y estar concebida lejos de la venganza o el castigo judicial, debe buscar que el victimario recobre su posición en la sociedad que lo apartó por causa de sus propios actos, es decir que al final goce de la misma posición que la víctima goza una vez restaurada su dignidad, cuando la sociedad lo acoge y lo comprende, claro que la condición es reconocer su culpa. (Miranda, 2016, pp. 19-20)

La comisión debe ser un espacio de interacción entre quien perdona y es perdonado, convirtiendo el perdón político en un puente entre quien reconoce públicamente su culpa y el perdón

interpersonal, permitiendo igualmente el perdón intergrupar, dando paso al componente de la reconciliación, reemplazando la entendible tendencia al castigo por la aceptación, evitando así las represalias contra el agresor. Por tanto el encuentro en la comisión, debe tener como objetivo el establecimiento de nuevas relaciones, acompañadas de la confesión, el pedir perdón, las acciones de reparación y sobre todo el compromiso de los victimarios de no repetición. Por tanto uno de los mayores desafíos es reconstruir la unidad nacional mediante acciones de cooperación entre todos los actores sociales. (Rico, y Maza, 2017, p. 145).

Lograr que un victimario pida perdón y que se arrepienta, son desafíos que se deben asumir y superar en la comisión de la verdad. En este escenario del perdón y el arrepentimiento genuinos del victimario, la construcción de memoria histórica sí que es necesaria, en cuanto que el contar la verdad, exponiendo realidades dolorosas como la tortura, el asesinato, el secuestro, el hecho de apartar a la víctima de su dignidad humana y que el victimario sea capaz, como persona moral, de reconocerlo y que se encuentre con la víctima en ese escenario de dolor, la verdad y el posterior perdón, se convierten en herramientas de construcción de memoria histórica colectiva (Miranda, 2016, p. 33) alejándose así de la subjetividad, que como ya se ha descrito, está sujeta la memoria.

Si el perdón se convierte en una constante mediada por una institución, un beneficio, y se pone al servicio de un fin político y/o judicial, “El perdón tal como es, ubica su lugar lejos del ejercicio político porque no responde a nosotros como seres políticos sino como seres humanos” (Miranda, 2016, p. 43). La concepción de Miranda debe estar presente en todo acto que busque el perdón como reparación de víctimas, porque si está mediado se convertirá en amnistía.

En los procesos del perdón lo que está en juego es grande porque este compromete seres humanos que han sido vulnerados en sus derechos y violentados en su dignidad, incluso en innumerables casos la tortura por parte de los victimarios ha ocasionado la muerte de las víctimas. Esto produce, sin lugar a dudas, para la sociedad pero sobre todo para los parientes cercanos, dolor físico, moral, psicológico, entre otros. Cuando llega el momento del encuentro entre víctimas y victimarios está de telón de fondo todo esto, y pedir un perdón ocasional y oportunista redundaría en victimizar de nuevo a estas personas que ya han sufrido. Por tanto, el hacer un ejercicio serio y juicioso sobre la búsqueda de la verdad, pero también sobre el compromiso de los

victimarios de no volver a cometer ningún crimen es algo ineludible y muy necesario (Miranda, 2016, pp. 48).

Aunque el Estado, ni ninguna institución puede obligar el perdón ni el reconocimiento de la culpa, pues es un acto entre dos personas, “las experiencias en las que exvictimarios y víctimas o bien sus hijos se cuentan las historias de sus vidas, tal como pasa también en Colombia en encuentros entre desmovilizados confesos y víctimas. Ésta es una forma muy especial de contacto, pero siempre se limitará a un grupo muy reducido. Pero por lo demás, ya constituye un gran logro el hecho de que el Estado, tras largas fases de violencia, pueda garantizar una coexistencia pacífica. La víctima debe tener la certeza de que nadie la quiere callar. Y el victimario debe tener la certeza de que no será objeto de actos de venganza ni de justicia por mano propia. El Estado, por consiguiente, tiene que garantizar un espacio público en el que las dos partes en conflicto sepan que no tienen que temer ninguna agresión entre sí. Pero además la verdad debe prevalecer”. (Gauck, 2013, p. 222).

El desafío más grande que tiene la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, es que como mecanismo extrajudicial y paralelo a la Justicia Especial para la Paz (JEP), debe poder ayudar a sanar heridas, reconocer el pasado y mirar siempre hacia la reconciliación de la nación. Ser fuente de investigaciones que permita a los familiares recuperar los restos de su ser querido asesinado en el contexto de conflicto armado, estar por encima de los grupos de víctimas, victimarios y activistas defensores de Derechos Humanos.

Se debe entender que contar la verdad, la capacidad de arrepentirse e intentar modelar un nuevo sistema, poniendo todos sus conocimientos de los hechos ante un tribunal, una comisión de la verdad, o un ejercicio de recuperación de la verdad, contribuye a la resocialización y da impulso al proceso de reconciliación de la sociedad (Gauck, 2013, p. 222).

En definitiva, y como objetivo del esclarecimiento de los hechos, las versiones libres que se presenten en la Comisión, deben servir para investigar los hechos, no al victimario ni tampoco para condenarlo jurídicamente, se debe tener siempre en la mira que contar la verdad es un medio de reparación y no de evasión a los castigos penales que den lugar, pero si no hay garantías judiciales y gubernamentales que respalden este proceso, se pueden repetir los

errores del pasado. Tal es el caso en el 2002 cuando las AUC, declararon cese unilateral de hostilidades y solicitaron al gobierno conversaciones; dicha negociación y el compromiso de los desmovilizados con la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad estuvo basada en garantías jurídicas para evitar la cárcel y la extradición. Dándose así las condiciones para un escenario de impunidad que como resultado dio que la gran mayoría de los desmovilizados fueran beneficiados con indulto. (Villarraga, 2013, pp. 128-129)

Lo ocurrido con las AUC, es un ejemplo claro de un arrepentimiento falso y un perdón obligado, según Miranda (2016) pedir perdón supone arrepentimiento, dolor, culpa por lo que se hizo mal, propósito de cambio. Estos presupuestos del perdón son cuestionados cuando los victimarios lo hacen en el marco de una ley que recompensa con beneficios los actos de reparación, como es el pedir perdón. Percibiéndose que su perdón y arrepentimiento carecen de verdad y sinceridad (pp. 4-5).

Por supuesto, juzgar si un victimario está o no verdaderamente arrepentido, es imposible, pero lo que se debe evitar es que el pedir perdón sea la formalidad necesaria para lograr el perdón jurídico-político que permite la reinserción a la vida civil incluso sin cargos en su contra (Miranda, 2016, p. 23), por eso es necesario investigar los hechos, que la institución garantice que la versión contada por el victimario sea suficiente como para investigar y darle una verdad esclarecida de los hechos a las víctimas, que el acceso a la verdad sí sea una garantía de reparación, que como en el caso de Sudáfrica aunque el castigo judicial sea insuficiente, el precio de la verdad sea lo que lo valga.

Una forma de garantizar la no repetición de los hechos, en definitiva es que la guerrilla de las FARC-EP no se rearme, que su reinserción a la vida civil sea un hecho perdurable en el tiempo, que tomar las armas no vuelva a ser una opción, eso exige de todos los colombianos, sean víctimas directas o no, que se acepte verlos siendo parte de la ciudadanía, incluso como figuras públicas.

De todas formas, para los colombianos no es desconocido ver a exguerrilleros, por ejemplo, como figuras públicas y políticas importantes, las guerrillas del M-19, EPL, y PRT confluyeron en asociaciones políticas, sus líderes han estado ejerciendo cargos públicos, y participando en el gobierno, así como también

promoviendo la paz y los derechos humanos (Villarraga, 2013, p. 119).

Son muy importantes estos procesos para garantizar el desarme y la reincorporación de los desmovilizados para que, sobre todo en el contexto de conflicto armado en Colombia que no sólo es con las FARC-EP, sino que hay otros grupos guerrilleros como el ELN aún en combate, no se rearmen y vuelvan a cometer actos delictivos tal y como ocurrió entre 1992 y 1996 en la región del Urabá, que los constantes ataques por parte de las FARC-EP y un grupo de disidentes del EPL, contra los desmovilizados del EPL, surgió un grupo rearmado de desmovilizados y no desmovilizados denominado los Comandos Populares, que además de defenderse, terminó en ataques contra la población civil como los que antes ya habían causado (Villarraga, 2013, pp. 121 – 122), esto debido a la debilidad de garantías para los desmovilizados por parte del gobierno, que no fue capaz de protegerlos en su proceso de reincorporación, siendo después los excombatientes, víctimas de asesinatos, persecuciones, amenazas e incluso desplazamientos.

Así las cosas, el desafío para el Estado es fortalecerse, en definitiva manejar el poder bélico exclusivo de él mismo, esto es necesario para que se puedan promover escenarios de coexistencia y reconstrucción de la confianza de todos los integrantes de la sociedad, eliminando por ejemplo las relaciones excluyentes que son obstáculo de la reconciliación y así fomentar la elaboración de un sentido colectivo alrededor de intereses comunes. (Rico, y Maza, 2017, p. 143)

Como ya se expuso, en El Salvador, la comisión de la verdad existió, con muchas limitaciones, pero lo hubo. Sin embargo el Estado no diseñó políticas de reconocimiento ni reparación de víctimas, como indemnizaciones, el retorno de los campesinos a su tierra, o la restitución de tierras; a pesar de esa penosa situación, los salvadoreños tenían que ver que las personas que cometieron crímenes atroces seguían en libertad, siendo figuras de las élites del país, y que nunca reconocieron su culpa (Moreno, 2017, p. 187)

La experiencia de El Salvador enseña, que la reinserción exige por supuesto el ver a un victimario a veces sin un castigo penal, pero para reparar a la víctima, ese victimario tiene que aportar algo a la nueva sociedad que se construye, y lo que debe aportar, es el contar la verdad, reconocer su culpa, arrepentirse, pedir perdón y comprometerse a no volver a cometer crímenes que violen los

derechos de ninguna persona, en otras palabras, que vivan bajo los deberes en los que todo ciudadano vive.

Gauck (2013) enuncia que, a principios de los años cincuenta, el Gobierno decidió poner fin a la política de desnazificación y reintegrar a los exmiembros del Partido Nazi de forma consciente en la vida pública. Aunque en el ámbito político no sobrevivió ninguno de los grandes nazis, el nivel intermedio en pleno volvió a trabajar en el nuevo Estado. Los que en el pasado habían sido maestros, abogados y jueces nacionalsocialistas reanudaron su actividad profesional (p. 214).

Lo anterior, muestra un claro ejemplo de cómo la investigación, el esclarecimiento de hechos, el aporte de victimarios a la verdad, y por supuesto el arrepentimiento, permite a los exvictimarios aportar a la construcción de una nueva Nación, reconoce que, sin olvidar lo ocurrido, se le da paso al acto recordar objetivamente, que es trabajo de la Historia, que sin condenar más al victimario, pero sí a los actos cometidos, se entreteje una nueva cohesión social.

No se debe tampoco subestimar el proceso de justicia transicional, que bien intenta crear un futuro mejor que el pasado vivido, intentando reparar a las víctimas, intentando que los excombatientes no vuelvan a tomar las armas. “Nada podrá borrar los horrores de la guerra, pero un proceso de justicia transicional honesto y sincero puede ayudar a remediar los errores cometidos” (Moreno, 2017, pp. 189-190).

En este punto, se deben tener claros varios puntos de la Memoria Histórica Colectiva, uno de ellos es que en efecto la construcción de monumentos, la conmemoración a las víctimas, la construcción de la verdad, entre otras bondades, en efecto sí repara a las víctimas, pero tiene un gran limitante y es que eso, no garantiza la no repetición de los hechos, sólo los recuerda.

Por ejemplo, si el reconocimiento de las víctimas y su reparación al menos simbólica, no tendría sentido si no se reintegran a los victimarios en la sociedad una vez que hayan abandonado la violencia (Gauck, 2013, p. 219) y máxime, garantizar que no se rearmen, que no se vuelvan víctimas de persecución y amenazas, que puedan en definitiva vivir como ciudadanos normales sin la distinción de victimario o guerrillero, así este acompañado del prefijo ex.

La memoria histórica colectiva, también puede ser entendida como un medio de creación de conciencia pública, frente a los horrores de la guerra y de actos que son reprochables y que se deben evitar a toda costa. Para llegar a la reconciliación a través de la construcción de memoria histórica colectiva, debe ser una memoria ejemplar, es decir que aborde la verdad desde la perspectiva de la reconciliación, reconociendo las causas del conflicto, los responsables y la historia de las víctimas; lo que se busca entonces, además de garantizar reparación a las víctimas, la no repetición de los hechos mediante el compromiso de los exvictimarios, es que sirva de pedagogía para las generaciones venideras generando así un sentido político para luchar contra situaciones similares que se puedan volver a presentar (Bueno, 2017, pp. 17-18).

4 CONCLUSIONES

El esclarecimiento de la verdad va mucho más allá de la construcción de memoria histórica colectiva, es a través de ella, que se construye la nueva democracia, favoreciendo la función pública con la confianza.

El proceso de perdón al ser un ejercicio moral complejo, debe estar favorecido con acciones, normas y criterios que favorezcan la reconciliación, por lo que los victimarios sí deben pedir perdón pero no animados por el favor jurídico, debe ser una muestra de arrepentimiento, compromiso de cambio, y de reparación –incluso material–. Esto debido a que el perdón no puede desconocer el dolor de las víctimas ni mucho menos fomentar la impunidad.

La Comisión de la verdad tiene que ser una herramienta para la investigación con el fin de apoyar la superación de las heridas de la guerra. Así, la memoria histórica colectiva, ayuda a sanar, abre la posibilidad de superar la posición punitiva de la justicia abriendo espacios restaurativos (Bueno, 2017, p. 11) sentando así las bases de un futuro compartido.

La memoria histórica colectiva, debe estar construida sobre un proceso que lleva tiempo, no debe tener limitantes, reconociendo lo que dividió la nación, y lo que debe crear un futuro compartido, este proceso debe ser profundo y serio, debe tener el reconocimiento mutuo de derechos y sobre todo construirse sobre la confianza. Por

tanto deben existir espacios donde víctimas y victimarios puedan hablar, que ambos puedan expresar sus sentimientos, esto es necesario con el ánimo del arrepentimiento genuino del victimario y el perdón genuino que otorga la víctima, esta última debe ser escuchada (Rico y Maza, 2017, p. 150), para que haya reconocimiento del sufrimiento de la víctima y sensibilización del victimario, así la no repetición de los hechos será una garantía.

Sánchez (2017) da un muy buen ejemplo de lo anterior, en San Carlos, Antioquia, convergen un grupo de mujeres víctimas de la desaparición de sus hijos por parte de paramilitares, al municipio arribaron desmovilizados del bloque Héroes de Granada; la Ley de Justicia y paz no los obligaba expresamente a confesar sus crímenes, pero estas madres se acercaron a ellos, los buscaron con la intención de conocer el paradero de sus familiares. Este ejercicio no buscó enjuiciarlos, sino tener un conocimiento que permitió realizar el duelo por la pérdida de seres queridos (p. 106).

La reconciliación debe ser prioritaria en la construcción de la paz estable y duradera que pretenden el acuerdo entre el gobierno de Colombia y las FARC – EP, se debe para esto fortalecer la democracia, los mecanismos de participación ciudadana, y fomentar políticas públicas pos acuerdo de inclusión que visualicen un futuro común de toda la nación, entendiendo el desarrollo y la paz como una construcción colectiva.

Es imperativo que en Colombia, un país donde varias generaciones nacieron en medio de la guerra y no conocen la paz, el esclarecimiento de los hechos, el acceso a la verdad, y el perdón sin mediaciones, se articulen la confianza a las instituciones del Estado, pues no se puede negar que el proceso de paz genera incertidumbres y que la ciudadanía está acostumbrada a sobrevivir al conflicto bélico. Por tanto la memoria histórica colectiva, debe tener la participación activa de ambos bandos, alejarse de los sentimientos y acercarse a la objetividad que sólo proporciona la historia.

En definitiva sólo el arrepentimiento de los victimarios los lleva a comprometerse genuinamente a no cometer actos victimizantes, esa es la garantía de no repetición de los hechos que se puede dar en este contexto, pensar en la idea que la construcción de memoria histórica colectiva, per se, garantiza la no repetición de los hechos es ingenuo. La idea de concebir memoria, después de una guerra interna, es un reto grande para conocer la verdad en cada

versión, sea militar, exguerrillero, víctima, gobierno. La tarea está a cargo no sólo de aquellos sino de los historiadores colombianos.

Se deben disminuir la presiones a las que los reinsertados se pueden ver expuestos, por los nichos que quedan de violencia, las transformaciones que puede sufrir el conflicto, los grupos emergentes que pueden aparecer, esto sólo lo puede hacer el gobierno, amparándolos y otorgándoles las herramientas necesarias para su reintegración, es decir que la memoria histórica colectiva debe estar alejada de la tentación de señalar al hombre.

O DIREITO DE DIZER – INTERDISCURSO EM CARTAS DE CAMPOS DE CONCENTRAÇÃO

Ivanaldo Oliveira dos Santos¹

Plínio Pereira Filho²

Sumario: 1. A importancia das cartas: judeus e os campos. 2. O regime do medo: memória dos campos. 3. Ad, poder e silêncio no eixo da discussão. 4. Interdiscurso em cartas: maingueneau em cena. 5. Interdiscurso entre cartas. 6. Algumas considerações.

1 A IMPORTANCIA DAS CARTAS: JUDEUS E OS CAMPOS

O período compreendido entre 1939 e 1945 foi não só caracterizado pela mais sangrenta guerra entre o domínio de Hitler na Europa contra as tropas de resistência, mas foi também um período que a comunicação por meio de cartas ganhou muita notoriedade. Esses documentos circulavam através das mais diversas fontes e lugares, a exemplo das cartas trocadas entre combatentes suas famílias, prisioneiros e familiares que estavam fora dos campos de concentração ou mesmo entre autoridades. O fato é que, estes documentos circularam em meio a conflitos, perseguições e

¹ Prof. Dr. da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). É líder do Grupo de Estudos do Discurso (GRED) da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Brasil.

² Doutorando em Letras pelo PPGL/UERN e membro do Grupo de Estudos do Discurso (GRED) da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Brasil.

confinamientos, revelando assim uma coletânea de memórias que ajudam a entender como viviam as pessoas em uma determinada época. É importante destacar o papel relevante das correspondências epistolares enquanto fontes primárias para a produção não só da História das Ciências, mas para a própria historiografia dos povos pós-guerra.

Nesse contexto, não nos referimos somente à importância destes documentos, mas também à produção e circulação como transmissores de fatos vivenciados pelos personagens durante a II Grande Guerra. O pesquisador-aluno será um arqueólogo na interpretação de fatos desse passado, conforme assinala Marrou (1978, p.55), só podemos alcançar o passado através dos traços inteligíveis para nós que este passado deixou. Ainda segundo Marrou,

“A escrita da História faz-se com documentos” e define:

Constitui um documento toda a fonte de informação de que o espírito do historiador souber tirar qualquer coisa para o conhecimento do passado humano, encarado sob o ângulo da pergunta que lhe foi proposta. É perfeitamente obvio que é impossível dizer onde começa e onde termina o documento; pouco a pouco a noção se alarga e acaba por abranger textos, monumentos, observações de todo gênero. (MARROU, 1978, p. 62)

O trabalho com correspondências pessoais revela seu caráter delicado no que tange à intimidade do autor com a qual o historiador vai se deparar, revelando-se uma possível armadilha no caso de um plausível entusiasmo por parte desse, uma vez que documentos pessoais abstraem o seu autor do campo das manifestações públicas. Segundo Prochasson (1998, p. 7).

As armadilhas que as correspondências estendem aos historiadores são, no entanto, numerosas. A impressão de pegar desprevenido o autor de uma carta que se destinava unicamente ao seu correspondente, o sentimento de violar uma intimidade, garantia de autenticidade, quando não de verdade, são, às vezes, bastante enganadores. Existem correspondências que traem uma autoconsciência que não engana ninguém. Existem cartas ou documentos privados cujo autor mal disfarça o desejo, talvez inconsciente, de torná-las, o quanto antes, documentos públicos.

Para Prochasson, (Idem) a correspondência está inserida na categoria de arquivos privados, assim como diários, cadernetas, agendas, etc. e afirma: “Essa documentação deve constituir uma base arquivística útil para a construção da história da construção de uma obra ou de uma personalidade”.

De fato, a controvérsia existente com relação ao gênero correspondência epistolar integrar as fontes para a produção da pesquisa histórica, não elimina, com as devidas ressalvas e o uso de um método de pesquisa apropriado e rigoroso, o valor histórico heurístico desse gênero de fontes.

Além do mais, as cartas revelam o universo interior de seus autores. Para Stein (2003, p. 583), as cartas são documentos nas quais é possível conhecer “o modo de ser próprio de um homem: esse modo de ser se nos mostra através das múltiplas formas de expressão nas quais o ‘interior’ se ‘exterioriza’”.

Os diálogos epistolares trazem em seus conteúdos, de modo geral, registros de fatos, emoções, sentimentos, vivências e experiências escritas de próprio punho pelo sujeito que as vivencia; esses escritos registram, de acordo com o regime de temporalidade, pessoas, acontecimentos e sentimentos relativos ao período em que foram produzidos. Nesse sentido, independente das intenções do autor(es) quanto ao fato de serem essas missivas posteriormente divulgadas ou não, cartas epistolares projetam-se como documentos de destacado valor histórico, na medida em que podemos entender que uma correspondência epistolar traduz fragmentos de sua época.

As missivas endereçadas a indivíduos de seu círculo de relações pessoais podem conter informações que dificilmente serão encontradas em outros escritos do autor como livros, artigos, aulas, etc. Neste âmbito, o historiador deve estar ciente que adentra o campo da ética ao deparar-se com aspectos da vida pessoal dos correspondentes e com o respaldo legal estabelecido juridicamente com a finalidade de proteger a intimidade relatada nas correspondências epistolares por determinado período de tempo. O respeito à legislação vigente neste sentido traduz também o respeito à ética.

Esta reflexão nos remete imediatamente à questão da preservação destes documentos que guardam em si memórias que contribuirão para a construção da História.

Massimi (2012, p.3), afirma, “A memória disponibiliza, portanto, o material para o trabalho histórico: por meio da própria memória, os atores do processo histórico buscam salvar o passado para servir à edificação do presente e do futuro”.

Paes (1969, p. 7/8), na apresentação de seu livro *Grandes Cartas da História*, recorre a trechos da correspondência epistolar trocada entre Abelardo e Heloise e entende que para Heloise, “a boa carta é aquela que, para além do sentido ostensivo das palavras, deixa entrever a alma – interesses, preocupações, idiossincrasias, paixões – de quem a escreve”.

Grandes personagens da história deixam seu legado pessoal e intelectual, seus sentimentos mais profundos registrados em epístolas que consistem por si só em valiosos documentos para a reconstrução histórica em vários de seus segmentos, não só por conter, escritos de próprio punho, informações subjetivas quanto aos seus pensamentos, sentimentos, preferências e emoções, como também informações de cunho tão pessoais que deixam entrever traços de caráter de seu autor que poderiam passar despercebidos, não fossem estes registros. Desse modo podemos entender a expressão de Prochasson (Ibid. p. 3), Essa documentação “constitui aquilo com que sonha todo historiador da cultura, do biógrafo que corre atrás daquele dossiê completo (...)”

O estudo destas correspondências possibilita investigações mais completas sobre personagens importantes no cenário histórico, bem como oferece informações complementares do contexto em que viveram. Como exemplo, voltamos a Paes (Ibid. p. 135), que ao publicar algumas cartas de Napoleão Bonaparte, mostra duas missivas que contém forte e muito bem escrito teor político e militar e também mostra outras duas cartas nas quais o poderoso chefe político e militar reclama como um menino apaixonado da falta de atenção dispensada a ele por sua esposa Josefina que passa tempos sem lhe enviar notícias ou não o espera quando ele deixa compromissos militares só para ir vê-la. A intencionalidade destes exemplos reside na necessidade de reflexão sobre o excesso de reservas com relação à convicção de que os autores epistolares podem sucumbir ao desejo de projetar sua imagem no futuro com a elaboração de escritas intencionais; se uma rigidez for mantida neste ponto, corre-se o risco de perder informações singulares no que diz respeito à vida desses autores: seu tempo, seu trabalho, sua

personalidade, enfim, a subjetividade inerente a cada um, bem como ao contexto histórico que o cercou.

Alcir Pécora (2001, p. 30), ao analisar as cartas de Santo Inácio, detecta que as correspondências da Companhia dos Jesuítas eram uma das suas grandes preocupações, “O que se escreve é ainda mais de cuidar que o que se fala, porque o escrito fica e dá sempre testemunho...”. Cartas constituem-se num arquivo de elevado valor histórico, pois contém o testemunho de quem as escreveu.

Massimi (2002, p. 14), ao referir-se às pesquisas desenvolvidas acerca da correspondência epistolar dos jesuítas, especialmente ao conjunto de cartas denominado *Indipetae*, afirma:

As cartas que compõem a *Indipetae* contém expressões muito significativas do trabalho de investigação acerca de si mesmos para o qual os jovens jesuítas eram treinados em sua formação. Além de se constituírem num interessantíssimo referencial para se entender o significado do “além-mar” na mentalidade de jovens europeus dos séculos XVI e XVII.

Considerando este papel histórico informativo, a epistolografia firma-se como considerável fonte de produção histórica, a partir da aplicação rigorosa de métodos cuidadosamente escolhidos. Segundo Massimi (1997, p. 19).

As cartas [...], além de constituir relatos ricos em informações, testemunham também a experiência subjetiva que, por meio da escrita, reflete sobre o mundo no qual se situa. Nestes relatos os acontecimentos históricos são apresentados com a linguagem própria e particular de quem viu e vivenciou tais acontecimentos como parte integrante de sua biografia. Nesse sentido, possibilita-nos compreender relações, atitudes, sensibilidades e emoções daqueles homens em seu contexto histórico determinado.

As cartas a serem estudadas no desenvolvimento desse artigo visam aprofundar os debates e diálogos a respeito da memória e dos mecanismos de interdição e interdiscurso nos documentos que circularam dentro de campos de concentração.

2 REGIME DO MEDO: MEMÓRIA DOS CAMPOS

Das memórias de um sobrevivente:

... my first and last name was replaced by a number. My number, 64735, was attached to the cap, to the jacket and to the overcoat. [...] To make us easily recognizable, in case one tried to escape, a narrow strip of hair was shaved from our heads. The Germans called it the Lause Strasse (the street of the lice). Occasionally, we could shower in cold water, in a chilly bathroom. The Germans called it Entlausung (ridding of lice). Most of us were working for a construction company that built underground military warehouses. In March 1945, we heard a massive explosion that shook buildings, sending chunks of plaster and concrete close to where we were working. The air filled with smoke. Then we heard a second deafening explosion. We didn't see airplanes dropping bombs. However, our wishful thinking was that the enemies of Germany were hitting our tormentors³. (Wiener, 2007, p. 55).

Na autobiografia *From A Name to A Number* (De Um Nome para Um Número) de Alter Wiener, sobrevivente do Holocausto, as memórias do campo trazem a dor do sujeito que antes de perder a vida, perdia a sua identidade quando tinha seu nome substituído por um numero de identificação do prisioneiro.

O judeu Alter Wiener é um ser histórico, pois enuncia a partir de um determinado lugar (campo de trabalho forçado) e em um determinado tempo (1945) e os sentidos que esse sujeito produz, são determinados pela maneira que ele se inscreve na língua e na história e não unicamente por sua vontade. Neste sentido, de acordo com

³ Tradução nossa "[...] meu primeiro e último nome foram substituído por um número. Meu número, 64735, foi costurado no boné, no casaco e no sobretudo, a fim de sermos facilmente reconhecível, no caso de tentativa de escapar. [...] Uma estreita faixa de cabelo foi raspado de nossas cabeças. Os alemães chamaram de *Lause Strasse* (rua dos piolhos). Ocasionalmente, tomávamos banho em água fria, em um banheiro frio. Os alemães chamaram *Entlausung* (livrar dos piolhos). A maioria de nós estávamos trabalhando para uma empresa militar de construção de armazéns subterrâneos. Em março de 1945, ouvimos uma grande explosão que sacudiu edifícios, voaram pedaços de gesso e concreto perto de onde estávamos trabalhando. O ar estava cheio de fumaça. Então ouvimos uma segunda explosão ainda mais ensurdecadora. Não vimos os aviões jogando bombas. No entanto, nosso pensamento positivo era de que os carrascos alemães tivessem sido abatidos: WIENER, Alter. 64735 *From A Name to A Number: A Holocaust Survivor's Autobiography*. Publicado pela Author House: USA, 2007.

Orlandi (2007: 42), “o sentido não existe em si, mas é determinado pelas posições ideológicas colocadas em jogo no processo sócio-histórico em que as palavras são produzidas. As palavras mudam de sentido segundo as posições daqueles que as empregam”.

Assim como Wiener, muitos outros judeus viveram sobre a égide da dominação e da ideologia do governo totalitário nazista na Segunda Guerra. Os governos totalitários fundamentam-se na ideologia do domínio total através do terror, longe de qualquer humanidade e de sua racionalidade. Sistematizam a violência de forma burocrática e desenraizam inteiramente o homem da sua própria realidade e humanidade. Trazem o terror para o terreno da instituição de forma administrativa e lógica.

Para Foucault, “a raça, o racismo, é a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização. (...) A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo.” (Foucault, 1999, p. 306). Portanto, segundo o filósofo, “o racismo é ligado ao funcionamento de um Estado que é obrigado a utilizar a raça, a eliminação das raças e a purificação da raça para exercer seu poder soberano” (Ibidem, 1999, p. 309). Isso, portanto, atinge seu auge com o regime nazista.

É com base nas memórias do sujeito que passaram por este regime de racismo, perseguição e medo na Segunda Guerra, que faremos uma abordagem no que tange o poder quanto força repressora do regime nazista até chegarmos a produção do discurso e da sua respectiva interdição por meio de cartas. Tangencialmente trataremos um pouco do silêncio como forma de trazer significados para o que foi ou deixou de ser silenciado na censura das cartas.

Muito se falou do regime nazista quanto movimento histórico, porém pouco se produziu, em especial na língua portuguesa, sobre as condições de produção e as memórias dos prisioneiros, tendo em vista a ideologia do regime nazista, das interdições de seu dizer e dos silenciamentos em produções escritas em campos de concentração.

Ao tratar o silêncio de modo a incluí-lo na perspectiva analítica do discurso, não pensamos o silêncio místico, nem o silêncio empírico, mas o silêncio que tem sua materialidade definida pela relação estabelecida entre dizer e não dizer.

Para objetivo de análise, nosso *corpus* constitui-se de um tópico informativo e impresso no modelo padrão de carta de

Auschwitz onde buscaremos apontar como os mecanismos de controle do dizer eram explicitamente aplicados, percebendo assim, a singularidade e regularidades do enunciado, os não-ditos e o silenciamentos presentes de acordo com as condições de produção.

Sabemos que as condições de produção de um discurso constituem um ponto central para a AD, visto que para essa teoria toda atividade de linguagem se dá a partir da colocação dos protagonistas do discurso em relação ao objeto discursivo. Não se trata, pois, da posição física de organismos humanos, mas sim, de lugares determinados na estrutura da formação social (ditador, prisioneiro, exilado, etc) e a ocupação de determinada posição estabelece uma relação do sujeito com uma série de formações imaginárias que envolvem os interlocutores e o referente, e a partir destas relações é que os discursos são produzidos.

3 AD, PODER E SILÊNCIO NO EIXO DA DISCUSSÃO

Para a nossa investigação lançaremos mão dos pressupostos teóricos da Análise de discurso (AD) de Linha Francesa, sobretudo dentro dos postulados de Michel Foucault sobre o discurso, o poder e as interdições como mecanismos de controle na sociedade. Utilizaremos também o olhar de Orlandi sobre as formas de silêncio e suas significações; de *Althusser* sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado, em especial pensando sobre o Estado Nazista; das contribuições de *Hannah Arendt* sobre as facetas do anti-semitismo, do Estado Totalitário Nazista, da ideologia e do terror como forma de governo; das contribuições dos estudos de *Michel Pêcheux* sobre as condições de produção do discurso; dentre outros. É com base neste referencial que iremos abordar a constituição do discurso, este que é indispensável para AD.

Em sua obra *A linguagem e seu funcionamento: as formas do discurso*, afirma Pêcheux (1987, p. 61) que

...é tarefa da AD compreender como o texto produz sentido e isto implica compreender tanto como os sentidos estão nele, quanto como ele pode ser lido. Esta dimensão ambígua da historicidade do texto mostra que o analista da AD não toma o texto como ponto de partida absoluto... nem como ponto de chegada.

Logo, a busca da compreensão dos discursos deve atrelar a linguagem a uma perspectiva ideológica, pois o sujeito não pode se desvincular de sua história, de sua ideologia. Somos produtos e produtores de acontecimentos, toda nossa formação discursiva está intrinsecamente vinculada a fatores de assujeitamento.

O discurso que pretendemos alçar neste projeto representa uma importante fonte de pesquisa para a Análise do Discurso (AD), pois, ao transmitir fatores ideológicos, históricos e sociais, acaba, ainda que de forma implícita, revelando as marcas de um discurso que, muitas vezes, leva à exclusão de uns em detrimento da ascensão de outros. A partir das forças ideológicas, impostas socialmente pelas classes dominantes que ditam o que fazer e como ser, as propagandas, de forma linguística e visual, apelam para os conceitos e valores que governam o comportamento do homem e influenciam suas escolhas.

Para Althusser (1995, p.85), a ideologia “é a representação imaginária que interpela os sujeitos a tomarem um determinado lugar na sociedade, mas que cria a ilusão de liberdade do sujeito”. Para ele, a ideologia é reproduzida através de aparelhos ideológicos, como por exemplo: o aparelho religioso, o político, o escolar, entre outros, nos quais as classes sociais são organizadas em um todo complexo de atitudes e representações. Uma dessas instituições de poder foi o Estado nazista.

A analítica do poder de Foucault impõe um deslocamento em relação ao Estado, na medida em que identifica a existência de uma série de relações de poder que se colocam fora dele e que de maneira alguma deve ser analisada em termos de soberania, de proibição ou de imposição de uma lei. Porém, Foucault não quer negar a importância do Estado; sua intenção é demonstrar que as relações de poder ultrapassam o nível estatal e se estendem por toda a sociedade.

O regime nazista foi, como afirma o filósofo-historiador francês Michel Foucault (1999), o desenvolvimento até o paroxismo dos novos mecanismos de poder que haviam sido introduzidos desde o século XVIII. É o extremo de uma política que toma o corpo como forma de manipulação da população.

Não há Estado mais disciplinar, claro do que o regime nazista; tampouco há Estado onde as regulamentações biológicas sejam adotadas de uma maneira mais densa e mais insistente. Poder disciplinar, biopoder: tudo isso percorreu, sustentou a muque a sociedade nazista (assunção do biológico, da procriação, da hereditariedade; assunção também da doença, dos acidentes). Não há sociedade a um só tempo mais disciplinar e mais previdenciária do que a que foi implantada, ou em todo caso projetada, pelos nazistas. O controle das eventualidades próprias dos processos biológicos era um dos objetivos imediatos do regime (Foucault, 1999, p. 309).

Algumas dessas questões sobre a biopolítica e sua consequência na vida das pessoas, através dos processos de controle e sujeição pelos quais passam os indivíduos, em especial os judeus eram os principais alvos dessa política de controle.

Para Foucault, a biopolítica se dirige, em suma, aos acontecimentos aleatórios que ocorrem numa população considerada em sua duração. De acordo com o filósofo-historiador, “trata-se sobretudo de estabelecer mecanismos reguladores que, nessa população global com seu campo aleatório, vão poder fixar um equilíbrio, manter uma média, estabelecer uma espécie de homeóstase, assegurar compensações”. (Ibidem, 1999, p. 293).

Foucault (1993) ressalta que, se o genocídio é, de fato, o sonho dos poderes modernos, não é por uma volta ao velho direito de matar. É porque o poder se situa e se exerce ao nível da vida, da espécie, da raça e dos fenômenos maciços da população. É o que podemos observar ao analisar o regime nazista, onde foram mortos legitimamente aqueles que constituíam uma espécie de perigo biológico para os outros, a exemplo dos judeus, não-arianos, homossexuais, ciganos, deficientes mentais, entre outros.

Populações inteiras são levadas à destruição mútua em nome da necessidade de viver. Os massacres se tornaram vitais. Foi como gestores da vida e da sobrevivência dos corpos e da raça que tantos regimes puderam travar tantas guerras, causando a morte de tantos homens. (Foucault, 1993, p. 149).

Portanto, o poder passou a estabelecer sobre a vida e ao longo de todo o seu desenrolar seus pontos de fixação. Ele desenvolveu-se a partir do século XVII, através de duas formas

principais, afirma Foucault: o corpo como máquina – adestramento, utilidade, docilidade –, e o corpo como espécie – corpo como mecânica do ser vivo e suporte dos processos biológicos, que “são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma biopolítica da população. As disciplinas do corpo e as regulações da população em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida” (Ibidem, 1993, p. 152).

Com respeito à noção de que o poder pode ser puramente repressivo, Foucault comenta:

Quando se define os efeitos do poder pela repressão, tem-se uma concepção puramente jurídica deste mesmo poder; identifica-se o poder a uma lei que diz não. O fundamental seria a força da proibição. Ora, creio ser esta uma noção negativa, estreita e esquelética do poder que curiosamente todo mundo aceitou. Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não, você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir. (Foucault, 1997, p. 08).

Se refletirmos sobre o nosso *corpus* – as cartas produzidas dentro do campo de concentração – que discurso poderiam ser produzido a partir da posição sujeito-prisioneiro? Que forças ideológicas estabeleceriam aquilo que poderia e não poderia ser dito?.

Por se tratar de documentos epistolares da Segunda Guerra Mundial, estas produções discursivas trazem outra análise das condições de produção: o silêncio como forma do não-dito.

Para Pêcheux, as condições se referem à posição do sujeito e possibilitam que um discurso seja pronunciado ou não. O lugar ocupado por este sujeito que anuncia interfere no sentido do seu discurso, uma vez que o sujeito está situado no interior de uma relação de forças que “um discurso é sempre pronunciado a partir de condições de produção dadas” (Pêcheux, 1990, p. 77)

Ao falar, o sujeito utiliza-se de determinados termos para construir seu dizer; entretanto, poderia dizê-lo de outra forma, com

outras palavras. Daí a razão de incluirmos na análise o conceito de silêncio, posto que, quando uma formulação é materializada, outra é apagada, ou silenciada. Estas considerações fazem-nos pensar na questão do silêncio político, tal como é tratada por Orlandi. Para a autora (2007, p. 81), o silêncio político (ou política do silêncio) pode apresentar-se sob a forma de silêncio constitutivo ou sob a forma de silêncio local (censura). No silêncio constitutivo, o sujeito diz X para não dizer Y, isto é, ao produzir determinado enunciado o sujeito silencia outros sentidos possíveis, mas não desejados naquele momento. Já a censura caracteriza-se pela proibição da inserção do sujeito em determinadas formações discursivas, o que afeta sua identidade. Sobre isso, Orlandi (1997, p. 81) nos diz que:

Ela é a interdição manifesta da circulação do sujeito, pela decisão de um poder de palavra fortemente regulado. No autoritarismo, não há reversibilidade possível no discurso, isto é, o sujeito não pode ocupar diferentes posições: ele só pode ocupar o “lugar” que lhe é destinado, paraproduzir os sentidos que não lhe são proibidos. A censura afeta, de imediato, a identidade do sujeito.

Para Orlandi (1990), essa forma do não-dito é uma vertente cuja origem está no fato da linguagem ser política e que todo poder se acompanha de um silêncio, em seu trabalho simbólico – uma política do silêncio que, para autora, dá-se de duas maneiras:

- O silêncio constitutivo, ou seja, a parte do sentido que necessariamente se sacrifica, se apaga, ao se dizer. Toda fala silencia necessariamente. A atividade de nomear é bem ilustrativa: toda denominação circunscreve o sentido do nomeado, rejeitando para o não-sentido tudo o que nele não está dito;
- O silêncio local: do tipo de censura e similares, este silêncio é que é produzido ao se proibir alguns sentidos de circularem, por exemplo, em uma forma de regime político, num grupo social determinado de uma forma de sociedade específica etc (Orlandi, 2007, p. 49-50).

Segundo a autora, o silêncio não é visto apenas em sua negatividade, ele significa, o seu não-dizer contém sentido, é fundador, portanto sustenta o princípio de que a linguagem é política. O silêncio que pretendemos abordar em nossas análises é aquele

que permeia as produções escritas dos campos de concentração. Ainda para Orlandi, como o discurso,

Sujeito e sentido se constituem ao mesmo tempo, ao se proceder desse modo se proíbe ao sujeito ocupar certos “lugares”, ou melhor, proíbe-se certas “posições” do sujeito. [...] A censura estabelece um jogo de relações de força pelo qual se configura, de forma localizada, o que, do dizível, não deve (não pode) ser dito quando o sujeito fala. (2007, p. 76-77).

Percebemos aqui que a relação com o “dizível” é, pois, modificada quando a censura intervém: não se trata mais do dizível sócio-historicamente definidos pelas formações discursivas (o dizer possível): não se pode dizer o foi proibido (o dizer devido). Ou seja: não se pode dizer o que se pode dizer.

Portanto, é nesta perspectiva que, através da história da Segunda Guerra, das ‘memórias’ dos campos de concentração, da interdição e censura da palavra do sujeito judeu, da ideologia dominante da época, buscaremos as materialidades interpretativas necessárias para compreendermos que para entrar em determinadas ordens do discurso, o sujeito necessita estar inserido em um considerável número de regras. Foucault já ressaltava que,

[...] Em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade. (Foucault, 2008, p. 8-9).

Com base nesta definição, veremos agora na análise como a sociedade nazista interditou que certos dizeres fossem produzidos pelos sujeitos judeus.

4 INTERDISCURSO EM CARTAS: MAINGUENEAU EM CENA

O conceito de interdiscurso apresentado por Maingueneau subjaz que é necessário afinar este termo muito vago para nosso

propósito e substituí-lo por uma tríade: universo discursivo, campo discursivo, espaço discursivo" (p. 27).

Entende-se por "universo discursivo", o autor entende o conjunto de formações discursivas de todos os tipos que interagem numa conjuntura dada. Este universo discursivo representa necessariamente um conjunto finito, mesmo que não possa ser apreendido em sua globalidade. É de pouca utilidade para o analista e define apenas uma extensão máxima, o horizonte a partir do qual serão construídos domínios susceptíveis de ser estudados, os "campos discursivos".

Já o "campo discursivo", Maingueneau entende um conjunto de formações discursivas que se encontram em concorrência, delimitam-se reciprocamente em uma região determinada do universo discursivo, seja em confronto aberto, em aliança, na forma de neutralidade aparente etc; entre discursos que possuem a mesma função social e divergem sobre o modo pelo qual ela deve ser preenchida. Pode tratar-se do campo político, filosófico, dramático, gramatical etc... Esse recorte em "campos" não define zonas insulares; é apenas uma abstração necessária, que deve permitir abrir múltiplas redes de trocas. Não se trata de delimitações evidentes.

Para o autor, é no interior do campo discursivo que se constitui um discurso, e sua hipótese é que tal constituição pode deixar-se descrever em termos de operações regulares sobre formações discursivas já existentes. O que não significa, entretanto, que os discursos se constituam todos da mesma forma em *todos* os discursos desse campo; nem é possível determinar *a priori* as modalidades das relações entre as diversas formações discursivas de um campo.

Finalmente, Maingueneau propõe isolar *espaços discursivos*, isto é, subconjuntos de formações discursivas cuja relação o analista julga pertinente para seu propósito. Tais restrições devem resultar apenas de hipóteses fundadas sobre um conhecimento dos textos e um saber histórico, que serão em seguida confirmados ou infirmados quando a pesquisa progredir.

5 INTERDISCURSO ENTRE CARTAS

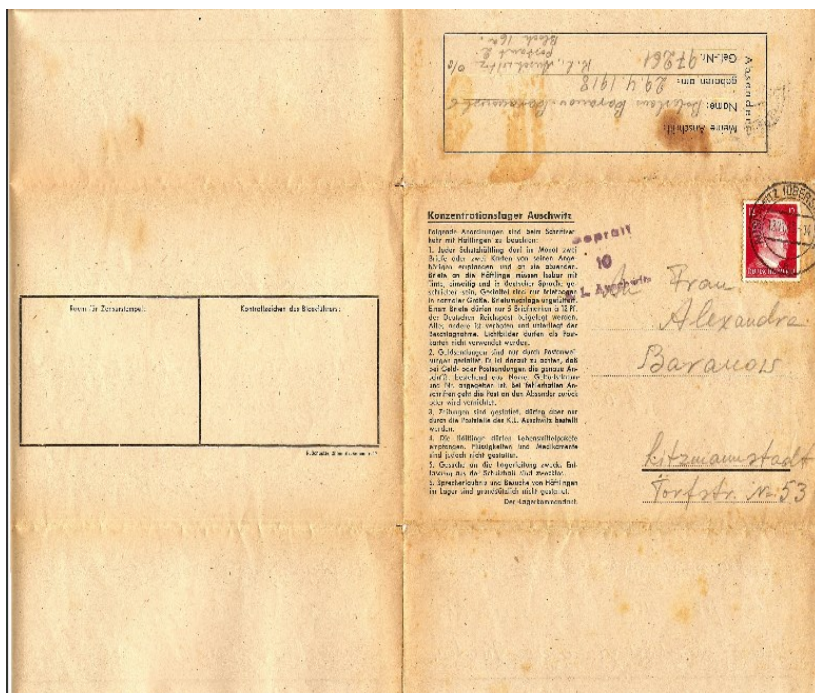


FIGURA 1 - MODELO PADRÃO DE CARTA

O nosso corpus é constituído pelo tópico 1º impresso no modelo padrão de carta a ser escrita dos prisioneiros para os familiares fora do campo. Este modelo padrão de Auschwitz também foi reproduzido para outros campos de concentração na Europa, a exemplo de Sachsenhausen, Dachau (ao lado), Gusen, entre outros. Havia um espaço (acima) onde o prisioneiro colocava seu nome, número de identificação e bloco que estava confinado.

Abaixo desta identificação, tinha-se o espaço a ser preenchido com o nome e endereço do destinatário e a colocação do selo. No canto esquerdo da carta, encontravam-se as regras estabelecidas pelas autoridades nazistas na produção do discurso. Assim como numa redação, alunos precisam conhecer às regras para elaboração de um texto coeso e coerente; aqui, os judeus precisavam

seguir cautelosamente as regras de escrita. Vejamos o tópico onde os nazistas estabelecem os mecanismos de controle.

INTERTEXTO NO CONTROLE DO DISCURSO	TRADUÇÃO DO NOSSO OBJETO DE ANÁLISE
Konzentrationslager Dachau 3K Folgende Anordnungen sind beim Schriftverkehr mit Gefangenen zu beachten: 1.) Jeder Schutzhaftgefangene darf im Monat zwei Briefe oder zwei Karten von seinen Angehörigen empfangen und an sie absenden. Die Briefe an die Gefangenen müssen gut lesbar mit Tinte geschrieben sein und dürfen nur 15 Zeilen auf einer Seite enthalten. Gestattet ist nur ein Briefbogen normaler Größe. Briefumschläge müssen ungefüllt sein. In einem Briefe dürfen nur 5 Briefmarken à 12 Pfg. beigelegt werden. Alles andere ist verboten und unterliegt der Beschlagnahme. Postkarten haben 10 Zeilen. Lichtbilder dürfen als Postkarten nicht verwendet werden. Konzentrationslager Auschwitz Folgende Anordnungen sind beim Schriftverkehr mit Häftlingen zu beachten: 1. Jeder Schutzhäftling darf im Monat zwei Briefe oder zwei Karten von seinen Angehörigen empfangen und an sie absenden. Briefe an die Häftlinge müssen lesbar mit Tinte, einseitig und in deutscher Sprache geschrieben sein. Gestattet sind nur Briefbogen in normaler Größe. Briefumschläge ungefüllt. Einem Briefe dürfen nur 5 Briefmarken à 12 Pf. der Deutschen Reichspost beigelegt werden. Alles andere ist verboten und unterliegt der Beschlagnahme. Lichtbilder dürfen als Postkarten nicht verwendet werden.	<u>Campo de Concentração de Auschwitz</u> As seguintes regras devem ser observadas para a troca de correspondência com prisioneiros: Cada prisioneiro sob custódia pode receber de seus familiares e enviar a estes duas cartas ou dois cartões por mês. Cartas a prisioneiros devem ser escritas à tinta e de forma legível, devem ser de uma única página e em língua alemã. É permitido apenas usar uma folha de tamanho normal. Envelopes não forrados. A uma carta podem ser acrescentados apenas 5 selos de 12 Pfennig do Deutsche Reichspost. Tudo o que desviar disso é proibido e está sujeito a ser confiscado. Fotografias não podem ser utilizadas como cartões postais.

FIGURA 2 - FRAGMENTO RETIRADO NA CARTA DO CAMPO DE CONCENTRAÇÃO DE AUSCHWITZ

A primeira observação a ser apontada é que a troca de correspondência só seria possível se o remetente cumprisse com as determinações das regras estabelecidas pelo comando do campo, ou seja, o remetente teria que satisfazer às exigências. Sobre este posicionamento, Foucault afirma que “ninguém entrará na ordem do discurso se não satisfizer a certas exigências ou se não for, de início, qualificado para fazê-lo”. (Foucault, 2008, p. 36-37).

De fato, os sujeitos em condição de opressão além de não serem autorizados a enviar mais de duas cartas aos seus familiares, também eram proibidos de escrever na sua língua pátria. Como muitos judeus eram de origens polonesa, eslava ou de outras partes da Europa e Rússia, estes eram submetidos ao poder ditatorial da língua opressora – o alemão. De acordo com a ideologia nazista “o poder está em toda parte; não porque englobe tudo, e sim porque provém de todos os lugares” (Foucault, 1993, p 89). A língua vigente para entendimento dos oficiais da SS era o alemão. Os lugares dos guetos ou campo de trabalho forçados, a exemplo de Auschwitz, a circulação do discurso era controlada e vigiada. Entre a regra de escrever em alemão e de forma legível, havia também a determinação que a escrita fosse por meio de tinta. Ainda sim havia resistência por parte dos judeus, tendo em vista que muitas cartas saíram dos campos escritas por lápis grafite. Percebe-se aqui, que há um embate entre poder e resistência.

Corroborando com o pensamento de Foucault, as “estratégias de poder” podem ser definidas como “um conjunto dos meios operados para fazer funcionar ou para manter um dispositivo de poder”. (1995, p. 248). Mas evidencia, “não há uma relação de poder sem resistência, sem escapatória ou fuga, sem inversão eventual; toda relação de poder implica, então, pelo menos de modo virtual, uma estratégia de luta. (Ibidem, 1995, p. 248). Foucault, expressa a importância das estratégias de confronto dentro das relações de poder e assegura que não há uma relação de poder sem resistência.

Outros dois fatores importantes a serem considerados nos mecanismos de controle das cartas é o que “pode ou não ser dito” e o silêncio no ato da censura. Este fato justifica-se na passagem “Alles andere ist verboten und unterliegt der Beschlagnahme” (**Tudo o que desviar disso é proibido e está sujeito a ser confiscado**). Percebe-se aqui que há um controle no funcionamento do discurso do prisioneiro em obrigá-lo a não dizer tudo que sabe ou sente. Sobre isso, afirma Foucault que [...] trata-se de determinar as condições de

seu funcionamento, de impor aos indivíduos que os pronunciam certo número de regras e assim de não permitir que todo mundo tenha acesso a eles. (Ibidem, 2008, p. 36-37)

A expressão “desviar disso” traz consigo o silenciamento de não explicitar as reais condições de permanência no campo de concentração. Assim, como atesta Orlandi, neste enunciado se estabelece o “silêncio local, uma vez que se proíbe que um sentido seja exposto e que não permita que circule. É o silêncio fundador que produz um estado significativo para que o sujeito se inscreva no processo de significação, mesmo na censura, fazendo significar por outros jogos de linguagem, o que lhe foi proibido. A censura é um sintoma de que ali pode haver outro sentido. (Orlandi, 2007, p. 118). Além da censura em relação a produção verbal, a fotografia também não poderia servir como cartão postal, uma vez que este denunciaria o que nas palavras são silenciadas.

O silenciamento produzido pela censura leva a um processo de produção de sentidos silenciados. É um processo que trabalha a divisão entre o não-dizer e o dizer, que impedem o sujeito e a sociedade de trabalharem o movimento de identidade e de elaborarem historicamente os sentidos. O silêncio intervém, portanto, na formação e no movimento dos sentidos e disso decorre, também, a ligação do não-dizer à história e à ideologia.

Por outro lado, a resistência passa a trabalhar na mesma região da censura, jogando com as palavras do contexto hegemônico para re-significá-las. Por exemplo, no contexto da segunda guerra mundial, as fontes bibliográficas e registros de memórias são as bases de sustentação e resistência ao regime.

6 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

O poder não é uma coisa, algo que se torna ou se dá, se ganha ou se perde. É uma relação de força, circula em rede e perpassa por todos os indivíduos.

(Michel Foucault, *As palavras e as coisas*, 1966).

Foucault concebe o poder em suas várias dimensões, é algo que está presente em todas as esferas sociais. Em nosso trabalho, buscamos compreender como o poder se deu no âmbito do regime

nazista da segunda grande guerra. Evidenciamos que o aparelho Ideológico de Estado não só foi responsável pela exclusão e extermínio de judeus, mas também por um controle rigoroso dos discursos. Este controle era feito por meio do estabelecimento de regras de conduta que avaliavam o que podia ser ou não dito através da troca de correspondências entre prisioneiros em campos de concentração.

Através do percurso histórico em relação às manifestações do poder, do regime de controle e proibição, percebemos na análise do fragmento nas cartas produzida nos campos que os sujeitos prisioneiros eram submetidos a dizer não o que queriam, mas a produção de discursos que silenciava as verdadeiras condições as quais passavam todos os dias. Este primeiro tópico analisado das informações de controle impresso nas cartas dos campos de concentração revela que há muito mais para ser investigado e desmitificado no que tange as produções epistolares da segunda guerra mundial. O primeiro passo dado, ainda que inicial, foi compreender como dentro como o poder de um aparelho de Estado o discurso é controlado e o seu não cumprimento acarreta destruição e morte.

LOS DERECHOS HUMANOS FUENTE ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA VERDAD

Luis Arturo Ramírez Roa¹

Sumario. 1. Introducción; 2. La verdad como derecho Fundamental en la violación de los derechos humanos; 3. Contenido de la obligación del Estado; 4. La verdad, la Justicia y la Reconciliación; 5. Conclusiones; Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Uno de los desafíos centrales y urgentes frente a las distintas formas de violación de los derechos humanos es la superación de la situación de impunidad que afecta la administración de justicia, de manera especial en los casos de violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Existen y persisten importantes obstáculos para que las víctimas de violaciones de

¹ Ingeniero Industrial y Abogado Colombiano, especializado en Derecho Administrativo. Candidato a Magister en Derecho Penal, de la Universidad Santo Tomás y Salamanca. Magister en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Nacional Lomas de Zamora (Buenos Aires), Candidato a Doctor en Derecho en la Universidad Nacional Lomas de Zamora. Miembro de la Asociación colombiana de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro fundador de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro Fundador del Colegio de Procesalistas Latinoamericanos. Coautor de Varias Obras Colectivas de Derecho Procesal Constitucional. Profesor Universitario, conferencista Nacional e Internacional en asuntos constitucionales, penales y administrativos. E-mail: luisarturoramirezroa445@gmail.com; Facebook: Luis Arturo Ramírez Roa. Twitter: @RAMREZARTURO.

derechos humanos puedan obtener justicia, paz, reparación, reconciliación y no repetición, dentro de procedimientos o acuerdos con los grupos al margen de la ley (*sean estos armados o de cuello blanco (léase) corrupción*), dado que quienes ostentan y han tenido el poder de gobernar no les interesa establecer la Verdad Verdadera de los hechos. Esa situación es consecuencia de la falta de respuesta eficaz del sistema para procesar el alto número de casos ocurridos en el contexto o facilitados por los conflictos de injusticia internos, así como de ciertos obstáculos estructurales que impiden que los procesos judiciales se resuelvan en un plazo razonable, avancen de manera articulada con investigaciones que resulten conexas, apropiadas dentro del debido proceso y conduzcan no sólo a la identificación y sanción de los responsables de las violaciones a los derechos humanos, sino también al dismantelamiento de las estructuras criminales que facilitan su comisión.

Frente a este panorama de impunidad, una de las discusiones más recurrentes en el mundo jurídico, social y político es como llegar y establecer dentro del debido proceso: “*la verdad-Verdadera*”.

La verdad de un hecho o suceso jurídico es el desarrollo de un comportamiento (*conducta*) humana en un momento determinado y la cual como actuación del hombre que ha trasgredido un derecho particular, o, colectivo debe establecerse en el desarrollo procesal que busca la paz social a través de una solución justa, verdadera bajo principios inviolables de la dignidad humana y la realización de los derechos humanos como paradigma democrático de un Estado Constitucional.

Sin embargo, la verdad-verdadera como fundamento, objeto y fin de las decisiones judiciales, administrativas, fiscales o disciplinarias no se identifican la más de las veces con la realidad, la efectividad, la certeza y la fiabilidad de los hechos, aunque esté determinada por ellos y sustentada y amparada en las distintas formas probatorias. Ese fin de administrar justicia, que busca una verdadera paz-social no debe corresponder a los intereses particulares de los victimarios, sus vivencias emotivas, ni intelectuales de los protagonistas, ni a las del Juez y debe fundarse, en cimientos propios de los derechos humanos, la dignidad humana y el Derecho Internacional Humanitario, bajo los parámetros normativos internacionales e internos que respondan a los principios del derecho y la justicia.

Dichas decisiones judiciales deben también ser ajenas a las emociones que en palabras del psicólogo norteamericano Goleman, Howard Gardner², pueden jugar un papel fundamental a la hora de guiar, orientar y decidir el problema; luego, es normal equivocarse a la razón, que se ve violada por las emociones: el dolor, la tristeza, la alegría, el amor, la sorpresa, la vergüenza, el disgusto, la venganza y la esperanza.

Estas circunstancias procesales pueden en determinado momento traicionar la certeza que debe ser la columna vertebral y la esencia de las decisiones judiciales en procura de proteger los derechos humanos y restablecer la dignidad de las víctimas.

Luego, la verdad que es probada con los hechos, es el fundamento de las valoraciones jurídicas que deben hacerse por el operador judicial. Sin ellos, reconvertidos en pruebas, no se podrá justificar una decisión judicial. Generalmente la verdad histórica es distinta a la verdad procesal; y estas dos, a la verdad verdadera (*verdad material*).

La situación de violación de derechos humanos clama por tener estructuras institucionales y normatividad apropiada y eficaz como requisito fundamental para asegurar la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos. Es necesario la implementación de políticas públicas y la creación en cada País el “Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”, basado en principios de cooperación armónica estatal, diálogo con la sociedad civil, y el acompañamiento de la comunidad internacional para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

La impunidad afecta de manera transversal a todos los casos de violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, y se proyecta respecto de todos los actores ilegales, así como de los agentes estatales que navegan en la corrupción o el crimen.

Colombia actualmente se encuentra en la estructuración y desarrollo del acuerdo final para la terminación del conflicto con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo “FARC-EP”, firmado el veinticuatro (24) de noviembre de 2016, que

² Citado por Vicente Garrido Genovés y Santiago Redondo Illescas. Manual de criminología aplicada. Ediciones Jurídicas Cuyo. Pág. 23-29.

busca colocar fin a un conflicto armado interno de más de siete décadas, en busca del logro de la paz en Colombia y que se considera un paso fundamental para la protección de los derechos humanos en el país; este acuerdo contribuirá a establecer un contexto propicio para garantizar la justicia en relación con las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario y constituiría un paso clave para encontrar el derecho a la paz que tanto se pregonaba y se encuentra establecido en la Constitución Política, como un derecho humano.

2 LA VERDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La ausencia de verdad, de certeza, de fidelidad de los hechos con las resoluciones judiciales, administrativas, fiscales o disciplinarias, una y otra vez nos enfrentan a opiniones vertidas oficialmente por el gobierno o representantes del Estado que destacan el carácter positivo e incluso ejemplar que ha tenido nuestra transición hacia una verdadera democracia y justicia social. Aseveraciones que, por lo general, son acogidas con beneplácito y aprobación en el extranjero. Sin embargo, este modo “*de impunidad*” que ha tenido por ejemplo el Estado colombiano para oscurecer el pasado y presente dista mucho de asumir las graves consecuencias psicosociales de las violaciones a los derechos humanos.

La sociedad colombiana que ha sido en su mayoría directamente afectada por ellas, las heridas infligidas siguen a flor de piel, en muchos casos el daño se ha cronificado o estalla en reagudizaciones periódicas, generalmente auspiciadas por situaciones sociopolíticas relacionadas con el problema de la impunidad. Esta dramática realidad, a pesar de ser conocida por los representantes del poder estatal, es silenciada, ocultada, y su máquina comunicacional logra imponer en amplios sectores a nivel nacional e internacional la imagen de una sociedad “reconciliada y en proceso de paz”.

Claro si revisamos la historia, podemos constatar que el caso colombiano no es aislado ni excepcional. Lamentablemente, más bien es la norma en muchos países del mundo (*mal de muchos consuelos de tontos*). Por lo general, lo que se ha impuesto después de períodos en que una sociedad se ha visto sometida a graves

violaciones a los derechos humanos perpetrados contra un determinado sector de ella, son pseudo-soluciones o acciones más bien simbólicas, asimiladas por importantes sectores de la propia sociedad y de la opinión pública mundial como soluciones reales y efectivas.

Así, por ejemplo, reina la impresión de que en Alemania se enfrentó de manera ejemplar el pasado fascista a través del tribunal de Núremberg, sin embargo, qué lejos de la realidad está tal apreciación. Es verdad que el tribunal juzgó y condenó a algunos de los jerarcas nazis más connotados y es importante y valioso que lo haya hecho. Pero el grueso de los culpables de tantos crímenes aberrantes quedó impune y muy pronto volvió a ocupar puestos de poder al interior de la sociedad alemana, la que prefirió dar vuelta la página e ignorar los crímenes cometidos, situación que terminó por convertirse en caldo de cultivo para la proliferación de grupos neonazis.

La ausencia de justicia y de verdad es una realidad que se repite, a pesar de los avances logrados a nivel de organismos internacionales como la ONU o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que han tomado conciencia de la importancia que reviste la lucha contra la impunidad para la protección y promoción de los derechos humanos. En la ONU, esta conciencia se tradujo en la designación de un relator especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos. En su informe final, evacuado en octubre de 1997 y referido a los derechos civiles y políticos, el relator especial Louis Joinet destaca como principios básicos el derecho a saber de la víctima, su derecho a la justicia y el derecho a la reparación³.

El derecho a la verdad en la administración de justicia es un tema que está en el orden del día, la Organización de las Naciones Unidas "ONU", ha establecido el 24 de marzo como día internacional para el derecho a la Verdad en relación con las violaciones a los derechos humanos, teniendo en cuenta que los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, ambientales y culturales son

³ Informe final elaborado por Louis Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.

universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí⁴.

Los nuevos sistemas constitucionalistas y el derecho procesal constitucional como forma verdadera de administrar justicia, está llamando urgentemente a reformular las concepciones tradicionales de la verdad en asuntos jurisdiccionales, administrativos, fiscales y disciplinarios, para que las mismas arrasen esos paradigmas antiguos y porque no decirlo actuales en muchos Estados que se quedan en meras expresiones legales, deseos procesales y expectativas de un ordenamiento jurídico que permita la sostenibilidad de la democracia y la paz en pleno Siglo XXI.

Ante este paradigma, es camisa de fuerza hacer un análisis de la realidad de la verdad que se establece en las actuaciones públicas o privadas actuales y las políticas criminales que se desarrollan en los distintos países que nos conducen a preguntarnos: ¿por qué no hay certeza en la mayoría de los procesos judiciales? ¿La búsqueda de la verdad debe ser un objetivo y una finalidad inescindible en el proceso? ¿Cuál es la función de la prueba judicial en la búsqueda de la verdad? ¿Cuál debe ser el rol del juez en la búsqueda de la verdad? ¿Y cuál el de las partes y sus mandatarios?

Obviamente, el debate presenta una discusión filosófica, jurídica, política y social, que es imposible abarcarla de manera razonable en el presente, sin embargo, daremos algunas macro pinceladas al respecto.

Es pertinente señalar: 1) la búsqueda de la verdad y la justicia en el proceso tiene incidencia constitucional y, por consiguiente, es de obligatoria observancia para el juez; 2) cómo debe actuar el juez imparcial e independiente en la búsqueda de solucionar el conflicto puesto en escena en el proceso; y, 3) en situaciones en las que se presenta tensión entre la búsqueda de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales, ¿cuál debe ser el rol del juez?

Consideramos que, la impunidad requiere de un proceso Tripartito, (Estado, Sociedad Civil y Comunidad Internacional), de Construcción Participativa de la Política Pública de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario que busque implementar procesos judiciales eficaces, incrementando el

⁴ Resolución 65/196 del 21 de diciembre de 2010, aprobada por la Asamblea General, en su 71ª Sesión Plenaria de la ONU.

presupuesto y los recursos destinados a la administración de justicia y brindando una capacitación adecuada a los operadores judiciales que debe iniciar desde su formación académica, humana en un marco de valores y ética. En segundo lugar, la impunidad se supera sólo si se devela el papel estratégico que ha jugado el sistema judicial y las prácticas estatales, respaldadas por la ley, en la destrucción de grupos sociales por móviles políticos, económicos, sociales y culturales constituyéndose en un elemento fundamental dentro de la compleja maquinaria represiva establecida para sostener un orden social y económico excluyente.

En tercer lugar, necesitamos ciudadanos que actúen bajo el imperio de la buena fe, la verdad y la colaboración desinteresada con la administración de justicia, dando estricto cumplimiento al mandato constitucional⁵.

Es importante que las políticas públicas apunten al establecimiento y desarrollo real de Estados en la búsqueda de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo dentro de un Estado Constitucional.

Ahora, en esa búsqueda y concreción de la justicia, resulta indudable que el concepto de verdad adquiere una enorme relevancia, puesto que, aunque difusa e indeterminada, la verdad es el punto de partida de las decisiones públicas o privadas y de manera especial de las decisiones judiciales que deben buscar la justicia.

De hecho, una decisión judicial en el marco de las garantías constitucionales no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del desacatamiento normativo. Bien decía el maestro procesalista italiano Francesco Carnelutti, *“cualquiera sea la sistemática procesal que se siga, el fin último de todo proceso, es el descubrimiento de la verdad”*. Es, pues, la verdad en el proceso un presupuesto de justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado.

⁵ El artículo 95 de la Constitución Política, establece los deberes y obligaciones de los ciudadanos colombianos, como miembros de la comunidad nacional, entre los cuales están....7. Colaborar con la buena administración de justicia.

El derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer toda la verdad sobre los sucesos ocurridos es un elemento esencial en un proceso de justicia transicional, en especial para el desarrollo de los acuerdos de reconciliación y no repetición. Ahora bien, el *conocimiento* que proporciona la verdad tiene que ir acompañado de *reconocimiento de los derechos* de las víctimas. La verdad no se tiene que quedar en el círculo más íntimo de las víctimas, sino que tiene que ser reconocida oficial y públicamente, elevando así su validez al público y a la sociedad en su conjunto. El reconocimiento es esencial dado que devuelve a las víctimas confianza y su regreso al núcleo social, que reconoce su sufrimiento y desplazamiento del arraigo social o mejor les devuelve su *statu quo* como seres humanos.

Como vemos, la verdad es esencial en todas las actuaciones pero, de manera especial en los asuntos o conductas que violan los derechos humanos, convirtiéndose en un ingrediente esencial del derecho a la paz, a la justicia y la reparación.

Esta estrecha relación entre la verdad y la reparación ha sido consagrada en los Principios y Directrices sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones aprobados por las Naciones Unidas en 2005. Estos Principios recogen la *satisfacción* como una de las formas de reparación y que se encuentra estrechamente vinculada con el derecho a la verdad, tanto en su dimensión de conocimiento como de reconocimiento. Así, el principio 22 menciona, entre otras medidas,

... la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad; [...] una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; [...] conmemoraciones y homenajes a las víctimas; la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

El derecho a la verdad conlleva un *deber de memoria* por parte del Estado. Nos encontramos ante un derecho de naturaleza individual y colectiva, ya que no solo las víctimas tienen el derecho a la verdad, al recuerdo y a la memoria, sino que también la sociedad

entera está interesada y necesita poder ejercer este derecho. Ahora bien, este deber de memoria por parte del Estado no significa que el Estado sea el único legitimado para participar en el proceso de mantenimiento o, en su caso, recuperación o reconstrucción de dicha memoria histórica. Y es que la memoria es incómoda, es políticamente incorrecta, y puede llegar incluso a ser vista como peligrosa, ya que nos enfrenta con las violaciones de los derechos humanos, sus actores materiales e intelectuales. Esta incomodidad de la memoria puede llegar a ser insoportable para un Estado como el colombiano, con vínculos más que probados con el surgimiento, el desarrollo y la consolidación del paramilitarismo en los distintos escenarios, económicos y políticos que se han venido demostrando. Una corrupción sin antecedentes de la historia colombiana.

En el caso colombiano, considero que la verdad y la memoria histórica del conflicto armado es un proceso para hacer efectivo el Estado Social de Derecho que pregona y estableció el constituyente de 1991, escuchando la voz de las víctimas y de los victimarios en un escenario de verdad y nada más que la verdad sobre el origen y la evolución del conflicto armado interno en Colombia.

En estos tiempos difíciles caracterizados por los conflictos en curso, increíbles niveles de violencia y creciente hostilidad, es indispensable decisiones sociales y políticas unidas en la lucha contra la impunidad. Las políticas estatales deben orientarse hacer posible a restablecer a las personas afectadas por la violencia brutal y deshumanizada que se está presentando en el mundo.

A medida que buscamos maneras de frenar la violencia y fomentar una paz duradera en sociedades que están lidiando con el legado de abusos masivos de los derechos humanos, se podría decir que estamos frente a una lucha diaria y sin reposo para reflexionar acerca de la importancia de la lucha por la verdad y la justicia.

La búsqueda de justicia puede adoptar muchas formas, y esclarecer la verdad es una de las fundamentales.

Esclarecer la verdad es esencial para lograr la paz duradera y el cambio social. Ayuda a reducir las tensiones entre partes enfrentadas al revelar y validar las experiencias de diversos grupos. Para construir un futuro digno e inclusivo, es necesario superar las narrativas sectoriales divisorias estableciendo una versión objetiva del pasado violento.

En muchos contextos de posconflicto, las iniciativas para establecer una versión confiable de lo sucedido durante el conflicto han tomado la forma de una comisión de la verdad. Las comisiones de la verdad son investigaciones oficiales de carácter temporal establecidas para determinar los hechos, causas y consecuencias de las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado. Las víctimas son el eje central de este tipo de procesos de búsqueda de la verdad, ya que a menudo sus voces han sido silenciadas o ignoradas durante años.

Desde 1983, se han establecido más de 30 comisiones de la verdad alrededor del mundo para investigar abusos de los derechos humanos cometidos en el pasado durante periodos de conflicto o represión⁶.

3 CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO

Los crímenes de lesa humanidad son violaciones de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad cometidos de manera masiva y sistemática. Las desapariciones, las masacres, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la detención arbitraria prolongada, son crímenes de lesa humanidad. Si bien toda violación de una obligación internacional hace surgir una obligación de parte del Estado responsable de reparar el daño causado, cuando se trata de crímenes de lesa humanidad la obligación del Estado es más amplia. No puede reducirse a una indemnización monetaria, porque

⁶ Este es un top 5 de comisiones de la verdad. 1. Perú: comisión de la verdad y reconciliación, Creada: 2001. Publicación del informe: 2003. Investigación de hechos sucedidos desde 1980 a diciembre de 2000. 2. Sudáfrica: comisión de la verdad y la reconciliación. Creada: 1995. Publicación informe: 1998 (primera entrega), 2002 (entrega final). Investigación de hechos sucedidos desde la masacre de Sharpeville, en marzo de 1960, a diciembre de 1993. 3. Argentina: Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). Creada: 1983. Publicación informe: "Nunca más", 1984. Investigación de hechos sucedidos: desde el 24 de marzo de 1976, el inicio de la dictadura militar, hasta 1983. 4. Timor Oriental: Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación. Creada: 2002. Publicación de informe: Chega, 2005. Investigación de hechos sucedidos: desde abril de 1974 a octubre de 1999. 5. El Salvador. Comisión de la Verdad. Creada: 1992. Publicación de informe: "De la locura a la esperanza: Doce años de Guerra en El Salvador", 1993. Investigación de hechos sucedidos: desde 1980 hasta 1990.

ello implicaría permitir a los Estados mantener la impunidad a cambio de dinero.

El concepto de reparación integral requiere ante todo un esfuerzo por volver el *statu quo ante*, asunto que en la mayoría de los casos no será posible. Pero además no puede considerarse integral la reparación si no incluye la investigación y revelación de los hechos y un esfuerzo por procesar y castigar penal y disciplinariamente a quienes resultaren responsables.

El derecho a la verdad es parte, entonces, de un más amplio derecho a la justicia que tienen las víctimas de este tipo de crímenes.

Las obligaciones del Estado que nacen de estos crímenes son cuádruples: i) obligación de investigar y dar a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente (verdad); ii) obligación de procesar y castigar a los responsables (justicia); iii) obligación de reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados (reparación); y iv) obligación de extirpar los agentes del Estado que se sepa han cometido, ordenado o tolerado estos abusos, aunado esto a la creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático.

Estas obligaciones no son alternativas unas a las otras, ni son optativas; el Estado responsable debe cumplir cada una de ellas. Huelga decir que todas estas obligaciones deben cumplirse en condiciones compatibles con las normas internacionales sobre debido proceso y el respeto a los derechos humanos.

Si bien estas cuatro obligaciones son interdependientes, debe destacarse que cada una admite un cumplimiento separado. Como se ha dicho, no es permisible que el Estado elija cuál de estas obligaciones habrá de cumplir. Pero si una de ellas se hace de cumplimiento imposible, las otras tres siguen en plena vigencia. Así, es posible que una ley de pseudo-amnistía imponga un obstáculo insalvable a la obligación de investigar, procesar y sancionar penalmente a los responsables. Sin embargo, el Estado sigue obligado a indagar la verdad allí donde todavía impere el secreto y el ocultamiento, y a revelar esa verdad a los familiares de las víctimas y a la sociedad. Para dar otro ejemplo, si se interpretara el alcance de una ley de pseudo-amnistía en forma tan amplia que hiciera precluir para siempre el derecho a la reparación en favor de las víctimas, esa ley constituiría expropiación sin debido proceso y violación del derecho de propiedad de los familiares afectados.

En el marco de esta cuádruple obligación, importa dilucidar qué verdad es la que el Estado está obligado a buscar y a revelar. Asumimos que el Estado no está inmediatamente en posesión de todos los elementos de juicio para establecer los hechos que permanecen ocultos. Por ejemplo, es posible que haya documentación en archivos secretos, o agentes del Estado con conocimiento de los hechos pero que guardan un mal entendido espíritu de cuerpo o se escudan –erróneamente, como se verá infra– en el derecho a no declarar contra sí mismos. Por ello, en todos estos casos estaremos ante la necesidad de un esfuerzo sostenido y sistemático de investigación y acumulación de evidencias, esfuerzo que casi siempre demandará atención y recursos humanos y materiales de envergadura. En primer lugar, ese esfuerzo deberá estar destinado a establecer la verdad sobre la estructura represiva que condujo a la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluyendo las líneas de mando, las órdenes impartidas, los establecimientos que se hayan utilizado y los mecanismos utilizados conscientemente para asegurar la impunidad y el secreto de estas operaciones.

Esta verdad individualizada, verdadero hallazgo de la experiencia chilena, es la obligación que el Estado y la sociedad debe a cada víctima y a cada familia de un desaparecido, obligación que como dijo la Corte Interamericana en "Velásquez" permanece en vigencia en tanto subsista cualquier incertidumbre sobre la suerte y paradero de la víctima del abuso estatal. A pesar de lo mucho o poco que se hace en los países para romper el ciclo de impunidad, es esta verdad individualizada la que en la amplia mayoría de los casos sigue sin conocerse.

Es por eso que el legado de la represión ilegal del gobierno del proceso irrumpe repetidamente en la conciencia colectiva y en el debate público.

Un tercer aspecto del contenido de la verdad a investigar y revelar es el que concibe al esfuerzo como un proceso en el cual las víctimas o sus familiares son invitadas a ser oídas por un ente estatal o al menos representativo de la sociedad en que viven, después de que las autoridades se han negado a escucharlas y aun a recibirlas, cuando no las han hecho objeto de intimidaciones y amenazas para que no persistan en la averiguación de la verdad. Escuchar a las víctimas es, claro está, sólo un primer paso en la averiguación de los hechos, ya que las familias no quieren que el informe final

simplemente repita lo que ellas ya saben, y también porque sus dichos deben, en todo caso, ser corroborados. Pero el proceso en sí mismo es parte del contenido de la obligación, ya que el establecimiento de la verdad no puede hacerse al margen de los aportes que las víctimas hagan, y más concretamente porque el objetivo fundamental de cicatrizar las heridas en el tejido social sólo se puede lograr si se altera radicalmente la relación que hasta ese momento el Estado y la sociedad tenían con las víctimas.

La enseñanza es, que la verdad a descubrir debe ser comprensiva y representativa de la realidad represiva a la que se dirige, pero también que una verdad limitada es de todos modos válida a condición de haber sido obtenida imparcialmente y sin ocultamiento de otros aspectos significativos. Un debate importante se ha producido sobre si las comisiones de la verdad deben nombrar o no a los presuntos autores de los crímenes cuya identidad conocen a través de su actividad investigativa.

Pero en muchos casos la Comisión de la Verdad será el único o el último paso en dirección a la ruptura de la impunidad; en esa circunstancia, la reserva de los nombres de los presuntos autores hará del informe algo menos que toda la verdad y se contribuirá así más bien al ocultamiento. Si no va a haber posibilidad de procesamiento y castigo, la Comisión de la Verdad debería revelar los nombres, a condición de arbitrar algún medio para dotar a los así nombrados de un mínimo de debido proceso para ser escuchados antes de sufrir una condena moral. Otros esfuerzos conciben a las comisiones de la verdad como un intento de esclarecimiento de la verdad histórica.

Pero lo importante es que, no puedan ya razonablemente negarse los hechos incontrastables de las atrocidades cometidas. En cuanto al reconocimiento, es una especie de transformación que sufre la verdad histórica cuando ella es asumida en forma oficial por la sociedad y por el Estado. Al establecer los hechos de esta manera solemne y oficial, la sociedad le dice a las víctimas que su padecimiento no ha pasado desapercibido y que se lo conoce y se lo reconoce con la intención de contribuir a evitar que se repita en el futuro.

4 LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA RECONCILIACIÓN

Aunque el derecho a la verdad y a la justicia tenga sólidos fundamentos jurídicos, es preciso abordar los argumentos políticos y éticos que a menudo se esgrimen para defender políticas públicas que favorecen el olvido y la clemencia. El argumento más frecuentemente utilizado para justificar las leyes de amnistía es la necesidad de la reconciliación nacional para cerrar un ciclo de enfrentamientos⁷.

Este objetivo es prioritario, especialmente en momentos en que un país procura encontrar soluciones negociadas a un conflicto armado, como Colombia.

La amnistía es necesaria para facilitar la reintegración de combatientes a la vida política pacífica, y esa necesidad ejerce poderosa presión en favor de una amnistía simétrica para los integrantes de las fuerzas armadas regulares. Tal tipo de amnistía es además un requisito del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos no internacionales⁸. Pero esa amnistía exigida por el derecho internacional es la que se refiere a delitos propios del conflicto mismo, como los de rebelión y sedición, y no a las violaciones gravísimas a las leyes de la guerra que hayan cometido los insurgentes. Paralelamente, es admisible una amnistía que cubra las violaciones relativamente leves cometidas por las fuerzas del orden, como arrestos arbitrarios y malos tratos leves, pero la amnistía que ponga fin al conflicto no debe cubrir ni crímenes de guerra ni crímenes de lesa humanidad.

⁷ En el caso colombiano, en el sentido en que el proceso de paz necesariamente debe satisfacer los derechos de las víctimas, comenzando por la medida más efectiva de protección y no repetición: poner fin al conflicto. Pero también en el sentido más amplio de garantizar por igual los derechos constitucionales de los colombianos en todo el territorio. Es bien sabido que es imposible garantizar derechos de manera sostenida si no existen unas instituciones fuertes. "Instituciones" no sólo en el sentido de entidades, sino también del conjunto de prácticas y normas que regulan la vida pública y que son indispensables para la creación de condiciones de cooperación y convivencia. El problema evidentemente es que si un país vive un conflicto —aun uno como el colombiano que se ha reducido en su alcance e intensidad—, es inevitable que tenga o haya tenido serias fallas en su institucionalidad, tanto en su capacidad de producir bienes públicos y satisfacer derechos en todo el territorio, como de asegurar las condiciones para tramitar las demandas políticas de la sociedad.

⁸ Artículo 6, Protocolo Adicional I de 1977 a las Convenciones de Ginebra.

De todos modos, sería un error oponerse al objetivo de la reconciliación nacional. Antes bien, el objeto fundamental de toda política dirigida a reivindicar la verdad y la justicia debe ser la reconciliación para lograr la paz en países que sufren conflictos armados tan antiguos como es el caso colombiano. Pero la reconciliación no puede ser impuesta por decreto. La preservación de la impunidad para los crímenes más graves supone exigir de las víctimas que renuncien a su derecho, sin exigir de los que violaron sus derechos ninguna conducta especial. El resultado no es una reconciliación verdadera, porque la reconciliación requiere algún acto de contrición por parte de los responsables de los daños cometidos, así como algún gesto por parte de la sociedad y el Estado para con las víctimas.

Además, la verdad obtenida en juicio en que los acusados gozan de igualdad de armas para confrontar la prueba de cargo, ofrecer la propia e invocar causales de justificación de todo tipo tiene un poder persuasivo y una calidad especial que la hace innegable. Ese carácter de innegable de los hechos en disputa es al que debe aspirar el Estado que quiera cumplir de buena fe con su obligación de hacer respetar y garantizar el ejercicio del derecho a la verdad.

5 CONCLUSIONES

La verdad presenta una doble connotación, por cuanto a su vez es un derecho colectivo e individual.

Desde la primera perspectiva, nos encontramos ante el derecho que le asiste a cada pueblo o sociedad a conocer su historia, a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos, las circunstancias y los motivos que llevaron a la comisión de violaciones particulares, masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. De igual manera, el derecho a conocer la verdad presenta una faceta subjetiva en cuanto a que, independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron los daños y perjuicios, y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. Incluso, para autores como Rodolfo Mattarollo quien afirma que:

el derecho que tienen las víctimas y sus familiares a conocer la verdad de lo ocurrido integra hoy derecho internacional consuetudinario. La garantía de esta faceta individual del derecho a conocer la verdad, pasa asimismo porque las víctimas y sus familiares puedan acceder a los documentos públicos en los cuales reposen las informaciones sobre la comisión de estos crímenes⁹.

En una posición intermedia entre la inexistencia absoluta de la verdad penal y la reconstrucción judicial de la verdad formal, Taruffo decía que “el proceso no es un contexto donde se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles... es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular”. De igual manera, la corriente del *garantismo* distingue la verdad jurídica de la verdad factual, para concluir que la decisión judicial justa debe aproximar el vínculo entre verdad judicial, garantías penales y procesales y la verdad fáctica que da origen al proceso.

Así las cosas, sin que se pretenda definir cuál es la posición doctrinaria acertada, lo cierto es que desde nuestra perspectiva constitucional es claro que sólo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho, cuando el proceso se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso.

En consecuencia, debemos procurar que en los procesos se busque la aproximación de la verdad fáctica con la verdad procesal y jurídica y, de esta manera, encontrar la verdad verdadera y no sólo la verdad formal.

La justicia, la verdad, la solución de los conflictos, la estabilidad y la paz social son condiciones teleológicas que envuelven al proceso jurisdiccional. Para Muñoz Sabaté, “[...] el fin del proceso es la realización del derecho, su declaración y aseguramiento, el mantenimiento de la paz justa, pero jamás el conocimiento de la verdad con certeza” (1997: 48). En este sentido, se difiere del autor citado porque, si bien resulta difícil alcanzar la verdad en algunos

⁹ Citado por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia, C-396 de 2007.

casos, también es problemático renunciar a ella de manera anticipada y sin una justificación razonable. Aunque el fin esencial del proceso no es exclusivamente la verdad, existen mecanismos jurídicos para que las partes *se aproximen a ella* siempre y cuando se haya actuado con la regularidad debida. Así, cuando una de las partes constata que el juez decidió con una visión distorsionada del material probatorio, cabe la posibilidad de tutelar el derecho vulnerado con la arbitrariedad judicial porque se configura una vía de hecho por defecto fáctico¹⁰.

El derecho a un debido proceso, que incluya el establecimiento de la verdad material es una y debe ser una preciosa garantía que es connatural con la finalidad de los Estados de derecho democráticos que se construye con un esquema bien simple: asegurar que los ciudadanos no serán privados de su vida, su libertad, su honra y sus bienes, sin antes haber mediado el previo tránsito por un debate jurisdiccional en el que se les garantice: a) la igualdad para discutir en el mismo y; b) un juez auténticamente imparcial, activo, garantista, activo e independiente que lo dirima y establezca la verdad con fundamento en los principios constitucionales nacionales y supranacionales.

La consigna frente a esta y otras flagrantes antinomias que hacen tambalear toda la estructura constitucional del sistema general de procesamiento de la región, no puede ser otra que *remover las aguas "mansas" por las que navega buena parte de la dogmática contemporánea* y provocar, ya, aquí y ahora, una *discusión científica*, franca y pluralista, para derribar un muro dogmático y normativo que es tan ominoso en lo jurídico, como lo fue el *"muro de Berlín"*, en lo político, hasta que lo insostenible del régimen totalitario que lo apañaba se derrumbó y con él cayó también el símbolo del sistema.

Existe una tendencia mundial, que también ha sido recogida en el ámbito nacional por la Constitución, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, trátase de delitos consumados o tentados, sino que además tiene derecho a que

¹⁰ En la sentencia T-906/08 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corte Constitucional hace una reconceptualización de la vía de hecho y establece causales generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias para garantizar los derechos fundamentales objeto de una vulneración judicial. Además del defecto fáctico, cabe destacar el error inducido como causal de procedibilidad cuando el juez ha sido víctima de un engaño. Aquí indirectamente se ratifica que en el proceso no se renuncia a obtener la verdad.

a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia. Esa tendencia se evidencia tanto en el texto constitucional como en el derecho internacional y el derecho comparado. En un Estado social de derecho y en una democracia participativa (artículo 1 de la Constitución colombiana), los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes. Por ello, el constituyente elevó a rango constitucional el concepto de víctima. Como desarrollo del artículo 2 de la Carta, al adelantar las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad. No obstante, esa protección no se refiere exclusivamente a la reparación material de los daños que le ocasione el delito, sino también a la protección integral de sus derechos. El derecho de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana. Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que “Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana”, las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor.

El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón a la comisión de delitos. Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica.



Referencias

Amézquita. (2014). Entre Justicia y Moralidad: Criterios Metateóricos En Cuanto a la Justicia, la Moral y el Derecho. *Revista Novum Jus*, 8(2), Colombia. Universidad Católica de Colombia.

Abrahan, B. (1976). *Holocausto: O massacre de 6 milhões*. São Paulo: WG Comunicações e Produções.

Achard, P. (1999). *Papel da Memória*. Tradução e introdução de José Horta Nunes. Campinas, SP: Pontes.

Acosta M. y Burstein J. (2006). *¿Qué puede haber dentro de un hombre? Estudios de caso sobre registro y derecho a la identidad en America latina y el Caribe*. Washington D. C.

Acosta, J. I., & Álvarez, L. (2011). Las líneas lógicas de investigación: una contribución del sistema interamericano de derechos humanos al juzgamiento de los crímenes de sistema en marcos de justicia transicional. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (18), 57-88.

Adorno, T. W. (2012). *Educação e emancipação* (7ª reimp.) Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz e Terra.

Agamben, G. (1998). *O poder soberano e a vida nua*. Trad. António Guerreiro. Lisboa: Presença.

Agamben, G. (2014). *O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo.

Agostinho, L e Brega Filho, V. (2012). A proibição de retrocesso e a reforma do Código Florestal. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - Paraná, 16, p. 247-265. Disponível em:
<<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/222/221>>

Agostini, N. (2008). Pós-modernidade e ser humano. *Revista de Cultura Teológica*, 16(63), 113-126.

Agostini, N. (2010). *Ética: diálogo e compromisso*. São Paulo: FTD.

Agostini, N. (2018). Ética, paz e compromisso numa cultura em mutação. In II Congreso Latinoamericano por la Paz. *Actas del II Congreso Latinoamericano por la Paz* (pp. 65-100). Lima: Fondo Editorial UCSS.

Agudelo Giraldo, O.A. (2015). *Teoría jurídica y enseñanza del derecho*, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, p.91.

Agudelo y Galán (2015). Derecho injusto. Fórmula de universalización y Derechos Humanos. *Revista Novum Jus*, 9(2), Colombia. Universidad Católica de Colombia, pp. 113-134.

Agudelo, O, Cubides, J, León, J, Reyes, D, Torres, J, Woolcott, O y Castro, C. (2017). *Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana*. Universidad Católica de Colombia.

Aguilar Cavallo, G. (2008). Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno. *Ius et Praxis*, 14(2), 147-207. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200006>

Alcaraz, B, R. (1994) *La Oralidad en el proceso penal*. Ed. La Ley. Asunción, Paraguay.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Ernesto Garzón Valdés (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (1999). Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, 217.

Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2º edición.

Alexy, R. (2008). Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros.

Alexy, R. (2012). *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2º edición.

Alfini, J J.; Press, S B.; Stulberg, J B. (2013). *Mediation Theory and Practice*. Danvers: LexisNexis.

Almeida, G. (2002). Sustentabilidade, direito cosmopolita. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, 97, p. 569-574, jan. 2002. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67563/70173>>

Almeida, N. (2008). A universidade no século XXI: para uma nova universidade. Coimbra: Almedina.

Almino, J. (1993). *Naturezas mortas: A filosofia política do ecologismo*. 1ª ed. Brasília: Fundação de Gusmão.

Althusser, L. (1995). *Aparelhos Ideológicos de Estado: notas sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. 10. Ed. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal.

Alvarado, A. (2010) *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Compendio del libro "Sistema procesal: Garantía de la libertad" adaptado a la legislación paraguaya Asunción, Paraguay.

Álvarez Pérez, A. (2012). Formulación de un observatorio local de democracia participativa en San Cristobal de la Laguna, Tenerife, *Cuadernos Geográficos*, 50(1), pp. 217-238, Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4160808.pdf>

Álvarez R. (2016). *Derecho a la identidad*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Alves, M. A., & Ghiggi, G. (2011). Da ética do diálogo à ética da alteridade – Por uma educação inter-humana. *Educere et Educare*, 6(12), p. 251-265.

Alzate Giraldo, P.J. (2013). *Estado Enemigo. El Derecho Penal de la Exclusión*, Editorial Ibáñez, Bogotá.

Amado, F.A. (2011). *Di Trindade. Direito ambiental esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense.

Amaya Villarreal, A. F. (2007). 'Efecto reflejo': la práctica judicial en relación con el derecho a la verdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (10), 131-152.

Amaya, J.A. (2014). *La Jurisdicción Constitucional, control de constitucionalidad y convencionalidad*. Asunción-Paraguay, La Ley Paraguay S.A.

Ambos, K. (2008). El marco jurídico de la justicia de transición. Especial referencia al caso colombiano. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Ambos, K. (2012). Crimines de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. *Revista General de Derecho Penal*, 17, 1-30. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20120808_02.pdf.

Ambos, K., Malarino, E., & Elsner, G. (Eds.). (2009). *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Konrad-AdenauerStiftung.

Amboz, K. (1999). *El Estado de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia.

Amenós, J.M. (2008). *Política y Apartheid*, Universidad Central de Barcelona, 11.

Amnistía Internacional, *Orígenes de la Declaración Universal*. Recuperado de <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-dudh.html>

Amnistía Internacional. (s.f). *Declaración Universal de Derechos Humanos. Reconocimiento de la personalidad jurídica*. Recuperado de <<http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-a6.html>>

André, M. (Org.). (2001). *O papel da pesquisa na formação e na prática dos professores*. Campinas: Papirus.

Anjos, M. (1996). *Educação ambiental na abordagem interdisciplinar: Experiência do Colégio Cenecista Capitão Lemos Cunha*. Rio de Janeiro: UFRJ.

Ansa. (s.f). Kim Jong-un se compromete com 'desnuclearização' da Coreia do Norte em acordo com Donald Trump. In: *Ansa*, Edition BR, Mundo, 12/062018.

Antunes, P. (2010). *Direito Ambiental*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Antunes, R. (2005). *O caracol e sua concha: ensaio sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo: Boitempo.

APA. (2000). *Sobre las personas trans, la identidad de género y la expresión de género*. Recuperado de <<https://www.apa.org/topics/lgbt/brochure-personas-trans.pdf>>

Aponte Cardona, A. (2008). Colombia: un caso sui generis en el marco de la justicia de transición. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (12), 395-434.

Aquino, S. T. (1997). Trad. José Martorell Capó. 2ª ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos,

Aquino, S.R. (2014). A Importância de Sustentabilidade como Critério de Desenvolvimento do Constitucionalismo Latino-Americano. Em: S.R, Aquino, C, Bacega De. *As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI*. Florianópolis: Empório do Direito.

Arango Olaya, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Precedente*. Recuperado de <http://bit.ly/1mTdiw2>

Arango Rivadeneira, R. (2008). La ponderación y la Ley de Justicia y Paz. En E. Montealegre (Coord.), *La ponderación en el derecho* (pp. 187-204). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Araujo-Oñate, R. (2011). Acceso a la Justicia y Tutela Judicial Efectiva. Propuesta para fortalecer la Justicia Administrativa. Visión de derecho comparado. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 247-291.

Arendt, H. (1968). *Homens em tempos sombrios*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia de bolso.

Arendt, H. (1979). *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva.

Arendt, H. (1989). *Os limites do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras.

Arendt, H. (2000). *A Vida do Espírito*. Tradução Antônio Abranches. Rio de Janeiro, Relume Dumará.

Arendt, H. (2008). Sobre a Natureza do Totalitarismo: uma tentativa de compreensão. Em Kohn, Jerome (org.), *Compreender: formação, exílio e totalitarismo, Ensaios* (1930-1954), Belo Horizonte: Companhia das Letras.

Arisnabarreta., A. M. (1987). Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. *Ius Etveritas*, 13 , 173-184.

Aristóteles. (1973). *Ética a Nicômaco*. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa W.D. Rosa. Coimbra: Atlântica.

- Aristóteles. (1988). *Política*. Brasília: ed. UNB.
- Aristóteles. (1999). *Ética a Nicômaco*. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. Ed. Brasília: Editora da UNB.
- Aristóteles. (2005). *Arte retórica e arte poética*. Tr.: A. P. de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro.
- Aristóteles. (2009). Sobre a geração e a corrupção. Tradução Francisco Chorão. Revisão Alberto Barnabé Pajares. II. Lisboa: Biblioteca de Autores Clássicos.
- Arizio, S.H. (2017). *Manifesto para uma Justiça Ecológica: sua importância acerca do Direito das águas*. Erechim: Editora Deviant.
- Arroyo, L. (1990). *Literatura Infantil Brasileira*. Ed. melhoramentos. São Paulo.
- Asakura, P, Santin, V e Theodoro, M. (2016) Apontamentos sobre o movimento migratório brasileiro. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP: Unaerp, a. XXI, 25(1). Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/231-244>>
- Assis, J.M. (1996). *O Alienista*. São Paulo: Ática.
- Astorga, J. B. (2017). Los Derechos de los Ríos Rebelión. Recuperado de https://www.researchgate.net/profile/Jens_Benohr/publication/318460575_Los_der_echos_de_los_rios/links/596c210a0f7e9b8091989376/Los-derechos-de-los-rios.pdf
- Atienza, M y Ferrajoli L. (2011). *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Auerbach, J S. (2007) Justiça sem direito? In: Azevedo, André Gomma de Azevedo; Ivan Machado Barbosa (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 4. pp. 43-64.
- Avritzer, L, y Filgueiras, F. (2011). Corrupção e controles democráticos no Brasil. Brasília, DF: Cepal. Escritório/IPEA, Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=973
- Azevedo, A G de. (2013). Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas. In: *Mediação de Conflitos*. (Org.) Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva. São Paulo: Atlas, pp. 03-22.
- Bagni, S. (2015). *Justicia Constitucional Comparada*, Editorial Porrúa, México.
- Ballar, R. (2014). Algunas propuestas para potenciar la buena gobernanza ambiental como requisito para una verdadera justicia ambiental. In C, Peralta, L, Alvarenga e S, Augustin, Sérgio (orgs.). *Direito e justiça ambiental: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica*. Caxias do Sul, RS: Educus.
- Baqueiro, E. y Buenrostro, R. (2000). *Derecho Civil. Introducción y Personas*. Ciudad de México: Ediciones Culturales.

Baracho Junior, J.A. (2000). *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey,

Barata, A.R. (2010). *Resiliência e a auto estima de um grupo de jovens em risco: proposta de terapia assistida por animais*. 83 f. Defesa (Mestrado) - Fernando Pessoa, Porto.

Barcellos, A. (2010) Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana, em Ferreira, Marieta de Moraes (coord.). *Revista de Direito*

Barcelos, A. P. (2005) Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, 240.

Barnes, C. (2004). (Ed). Haciendo propio el proceso. La participación ciudadana en los procesos de paz. Reino Unido: Editorial Centro de investigación por la paz. Fundación Gernika Gogoratz.

Barón, B. R. (1998) Derechos humanos, democracia y paz. *Paidéia*, 19(46).

Barrett, J T y Barrett, J P. (2004). *A History of Alternative Dispute Resolution*. The Story of a Political, Cultural, and Social Movement. San Francisco: Jossey-Bass.

Barrios González, B. (2014). *La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*, Biblioteca Jurídica Dike, primera edición.

Barroso, L. (2011). *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva.

Barry, B. (2001). *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*. Cambridge: Polity.

Bastos, C. (Ed.). (1999). *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo.

Batista, A.A. (1999). Um objeto variável e instável: textos, impressos e livros didáticos. In: Abreu, M. (Org.). *Leitura, história e história da leitura*. Campinas, SP: Mercado de Letras: Associação de Leitura do Brasil.

Bauman, Z. (1997). *Ética pós-moderna*. São Paulo: Paulus.

Bauman, Z. (2000). *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity.

Bazán, V. (2011). Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. 18(2), pp. 63-104. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3906378>

Becerra D. (2009). La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa. *Novum Jus*, 3 (2), 271-292. Recuperado de: http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/719/734

Becerra, D. (2009). La conciliación pre procesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa. *Novum Jus*, 3 (2), 271-292. Recuperado

de:

http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/719/734

Bechera Gómez, E. (2007). Verdad, justicia y reparación en contextos de conflictos armados internos. La experiencia de América Central. En J. I. Cuervo, E. Bechera & V. Hinestroza. *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales*. A propósito de la Ley de Justicia y Paz (pp. 81-102). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Beck, U. (1992). *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage.

Beck, U. (2010). *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34.

Benavides Casals, M (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, 303.

Benítez, J. A. (1981). *El apartheid*. La Habana: Editorial Gente Nueva.

Bentham, J. (2011). Um plano para uma paz universal e perpétua. *Brazilian Journal of International Relations*, Marília, 1(1).

Bento XVI. (2011). *Peregrinos da verdade, peregrinos da paz*. Discurso do Papa Bento XVI em Assis, Basílica de Santa Maria dos Anjos. Recuperado de https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2011/october/documents/hf_ben-xvi_spe_20111027_assisi.html

Bernal Castro, C.A. (2015). *Libertad de expresión y proceso penal*, Bogotá, D. C. Universidad Católica de Colombia, p.13-14.

Bernal Castro, C.A. y Moya, M. F. (2015). *Libertad de expresión y proceso penal*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/libertad-de-expresion-y-proceso-penal/pubData/source/Libertad-de-expresion-y-proceso-penal-uflip.pdf>

Bíblia. (1985). Versão Jerusalém. 2 ed. São Paulo: Paulinas.

Bíblia. (1999). Versão Jerusalém. São Paulo: Loyola.

Bidart Campos, G. (1995). *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=272680>

Binder, A. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Segunda Ed. Buenos Aires, Argentina.

Black, M. (2005). *El secuestro Del Agua: La mala gestión de los recursos hídricos*. Barcelona: Intermón Oxfam.

Blackwell, A y Duarte, P. (2014), *Violence, Crime and Social Exclusion*.

Boaventura, S.S (2001). *Direito e democracia: a reforma global da justiça*. Porto: Afrontamento.

Boaventura, S.S. (2007b). A filosofia à venda, a douda ignorância e a aposta de Pascal. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n. 83. Coimbra Portugal.

Boaventura, S.S. (2008). *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez Editora.

Boaventura, S.S. (2008). *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez Editora.

Bobbio, N. (1992). *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 19ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier.

Bobbio, N. (1992). Pacifismo. In: Bobbio, N.; Matteucci, N.; Pasquino, G. (Orgs.). *Dicionário de política*. II. Brasília: UnB, p. 875-877.

Bobbio, N. (1992). Paz. In: Bobbio, N; Matteucci, N e Pasquino, G. (Orgs.). *Dicionário de política*. II Brasília: UnB, p. 910-916.

Bobbio, N. (1997). *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UnB.

Bobbio, N. (1998). El problema de la paz e las vias de la guerra. Barcelona: Ed. Altaya.

Bobbio, N. (2000). A paz: o conceito, o problema, o ideal. In: Bobbio, N. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, pp. 509-543.

Bobbio, N. (2000). Paz e direito. In: Bobbio, N. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, pp. 564-573.

Bobbio, N. (2002). *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp.

Bobbio, N. (2003). *O problema da guerra e as vias da paz*. São Paulo: Unesp.

Bobbio, N. (2004). *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier.

Bobbio, N. (2015). Paz e propaganda de paz. In: *Brazilian Journal of International Relations*, Marília, Unesp, 4(1), jan./abr, pp. 135- 145.

Bobbio, N. (2016). A comunidade internacional e o direito. In: *Brazilian Journal of International Relations*, Marília, Unesp, 5(1).

Bochenek, A.C. (2009). Os Sistemas Judiciais e os Tribunais Diante da Sociedade Complexa: Tendências. In: Bochenek, Antonio César; Freitas, Vladimir Passos. *Matérias atuais de Justiça Federal*. Curitiba: Editora Juruá.

Boff, L. (1975). A não-modernidade de São Francisco: A atualidade do modo de ser de S. Francisco face ao problema ecológico. *Revista de Cultura Vozes*. 69 (5), 335-348.

Boff, L. (1999). *Saber cuidar: Ética do humano – compaixão pela Terra*. Petrópolis, RJ: Vozes.

- Boff, L. (2012). *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. Petrópolis, (RJ): Vozes.
- Boff, L. (2014). *A Grande Transformação: na economia, na política e na ecologia*. Petrópolis, (RJ): Vozes,
- Bonavides, P. (2008). A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*. 3. abr/jun.
- Bosselmann, K. (2015). O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e Governança. Tradução Philip Gil França. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.
- Bueno, M. A. (2017). Políticas públicas de reconciliação. Un reto posible en la construcción y la sostenibilidad de la paz en Colombia. *Análisis político*. (90), 3-24.
- Brega Filho, V. (2007). Federalização das violações de direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 44(175) Disponível em <<http://www.senado.leg.br/bdsf/handle/id/140957>>.
- Bregaglio, R. *Sistema Universal de Protection de Derechos Humanos*. Recuperado de https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf
- Brei, Z.A. (1996). Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. *Revista de Administração Pública*. 30(1), jan/fev. p.71. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>>.
- Brenes Rosales, R. (1992). *Antología. Introducción a los Derechos Humanos*. Universidad Estatal a Distancia. San José, Costa Rica. Editorial EUNED.
- Brigadão, C y Rodrigues, G. (2004). *Globalização a olho nu: o mundo conectado*. 2 ed. reform. SP: Moderna.
- Britto, C A. (2010). O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum.
- Broom D.M. e Fraser A.F. (s.f.) *Comportamento e Bem estar de animais Domésticos*, 4ed, Manole.
- Broom, D.M. e Molento, C.F.M. (2004). Bem estar animal: Conceito e questões relacionadas-revisão. *Archives of Veterinary Science* 9(2), p.1-11.
- Bueno, E. (1998). *A Viagem do Descobrimento: a verdadeira história da expedição de Cabral*. Rio de Janeiro: Objetiva.
- Burgorgue-Larsen, L. (2010). *La erradicación de la impunidad: claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Unam.
- Burneo Labrín, J.A. (2009) Corrupción y Derecho internacional de los derechos humanos. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 63, pp. 333-347, Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085242>
- Bussoti, E.A, Leão E.R, Chimentão D.M.N, Silva, C.P.S. (2005). Assistência individualizada: “Posso trazer meu cachorro?”. *Revista Escola Enfermagem*.

Cabanellas, G. (Ed.). (1994). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. 21ª Heliasta. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://bit.ly/1Wm7yZa>

Cabello, P. A. (2013). La Mediación como Política social. Una vía eficaz para el logro de la cultura de paz, Mediaciones Sociales. *Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación*, (12), 191 – 214- Doi: http://dx.doi.org/10.5209/rev_MESO.2013.n12.45268

Cahali. (2012). Francisco José. Curso de Arbitragem. 2 ed. São Paulo: editora *Revista dos Tribunais*.

Calderón, J. (2016). Etapas del conflicto armado en Colombia: hacia el posconflicto. *Latinoamérica. Revista de estudios Latinoamericanos*, 227-257. Recuperado de: http://www.cialc.unam.mx/web_latino_final/archivo_pdf/Lat62-227.pdf.

Calderoni, S. (1997) *Os bilhões perdidos no lixo*. São Paulo: Humanistas.

Calmon, P. (2015) *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica.

Campos, A. G. (1998). La Interpretacion de los Derechos Humanos En las Jurisdicciones Nacional e internacional, pp. 3-38. Buneos Aires : Academia Nacional de derecho y ciencias sociales de buenos aires .

Cançado Trindade, A. (1996). *Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos*, in *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado.

Canotilho, J.J. (2008). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.

Cappelletti, M y Garth, B. (1988). *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris.

Carbonel, M. (2013). Introducción general al control de convencionalidad. México: Editorial Porrúa-UNAM.

Carbonell, M. (2004). *Los derechos Fundamentales en México*, 1ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México y Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.

Cardoso, P. (2017). *Estado de Cosas Inconstitucional y Violación a los Derechos Fundamentales en el Contexto del Sistema Carcelario Brasileño*, em: *Revista Argentina de Justicia Constitucional*. III. Buenos Aries, Editores Argentinos, 2017. (No prelo) Deficiência do sistema carcerário beira a falência. *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>.

Carvajal. (2017). Transformaciones del derecho y del Estado, un espacio de reflexión de Novum Jus. *Revista Novum Jus*, 11(2), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.11.

- Carvalho, L.P (Coord.) (2010). *O Direito Humano à Igualdade, o Direito do Trabalho e o Princípio da Igualdade*. In Piovesan, Direitos humanos e direito do trabalho. São Paulo: Atlas.
- Carvalho, J. (2014). *Manual de Direito administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Atlas.
- Caso, G. (2008). *Direito e Fraternidade*. São Paulo: LTr – Cidade Nova.
- Castelo Branco, L. As missões da ONU na África Austral: sucessos e fracassos. In: Nação e Defesa, 2ª Série, n. 106, 2003, p. 81-102.
- Castilho, R. (2013). *Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva.
- Cavallo, G. A. (2012). El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. *Estudios Constitucionales* (2), pp. 717-750. Recuperado de <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/3/cmt/cmt17.pdf>
- Chartier, R. (1998). *A ordem dos livros: leitores, autores e bibliotecas na Europa entre os séculos XIV e XVIII*. Tradução de Mary Del Priore. 2ª edição. Brasília/DF: Ed. UnB.
- Cejas, M. (2007). Memoria, verdad, nación y ciudadanía: algunas reflexiones sobre la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica. *Revista Liminar. Estudios sociales y humanísticos*, 5(1), junio, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas.
- Centro Internacional para la Justicia Transicional, (2013). Ignorando sus demandas de justicia, Sudáfrica fracasa ante las víctimas del Apartheid. Recuperado de <https://www.ictj.org/es/news/ignorando-sus-demandas-de-justicia-sudafrica-fracasa-ante-las-victimas-del-apartheid>
- Centurión Ortiz, R. (2001) *Introducción al Derecho Procesal Penal Paraguayo*. Editorial Intercontinental. Asunción, Paraguay.
- Centurión Ortiz, R. (2012). *Diccionario de Derecho Procesal*. Ed. La Ley Paraguaya. Asunción, Paraguay.
- Chacón, A. (2015). La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 169-188.
- Chanda, N. (2011). *Sem fronteira*. Tradução de Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Record.
- Chang Kcomt, R. A. (2011). Debate en torno a la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad. *Ius Et Veritas*, 326-343.
- Chomsky, N. (2002). *11 de setembro*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil.
- Cilia López, J.F. (s.f). *Los Jueces Nacionales frente a los Derechos Humanos*. México, Editorial Porrúa.
- Cita Triana, R., y Quintero Jiménez, C. (2011). Perspectivas de la seguridad. Análisis de las estrategias de prevención del crimen en usme. Primera parte. *Revista Novum Jus*, 5(2), 103-128. Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/680/698

- Civita, M. (2011). *Benefícios da terapia assistida por animais da espécie canina na saúde humana*, 1. *Brazilian Journal of Veterinary Research and Animal Science*, Morumbi.
- Civita, M. (2011). Benefícios da terapia assistida por animais da espécie canina na saúde humana. *Brazilian Journal Of Veterinary Research And Animal Science*, Morumbi, p. 1-20.
- Clavijo, F. (2017). Esto es lo que tiene de Común Colombia, Nueva Zelanda e India. *Semana*. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/todo-lo-que-debe-saber-sobre-la-marcha-del-primer-de-abril/articulo/que-tienen-en-comun-colombia-nueva-zelanda-e-india/551271>
- Coing, H. (1961). *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Reimpresión: 1976, Editorial Ariel, S.A., Traducción: Ariel, S.A., España.
- Comisión Internacional de Juristas. (2006). *Principios de Yogyakarta*. Recuperado de <www.yogyakartaprinciples.org>
- Comparato, F. (2010) *A Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva.
- Concha Manso, N. (2015). *Crímenes de lesa humanidad: análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relación con el artículo 7 del Estatuto de roma*. (Tesis de grado). Universidad de Chile. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130031/Cr%C3%ADmenes-de-lesa-humanidad-an%C3%A1lisis-de-la-jurisprudencia-de-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos.pdf?sequence=1>.
- Concha, P. (2009). Teoría de conflictos de Johan Galtung. *Revista de Paz y Conflictos*, (2), 60-81.
- Condorcet, M. (1993). *Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano*. Campinas: Edunicamp.
- Cordero Torres, J. (2011). Los servicios públicos como derecho de los individuos. *Ciencia y sociedad*. Santo Domingo: Instituto Tecnológico de Santo Domingo, v, XXXVI, n. 4, p. 682-701. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87022786005>>. Acesso em 10 jun. 2018,
- Correa, S. (2001). *O conhecimento da problemática ambiental do lixo na visão dos alunos de 5ª a 8ª séries em escolas municipais de Itaqui-RS*. Uruguaiana, PUC/RS. Monografia de Pós-Graduação em Educação.
- Costa, I da; Cachichi, R; Cachichi, Z. (2016). Amor e misericórdia: a flor e o fruto. In: Santos, Ivanaldo e Pozzoli, Lafayette (orgs.). *Fraternidade e Misericórdia: um olhar a partir da justiça e do amor*. São Paulo: Cultor de Livros.
- Costa, I y Tosawa, S. (2012). "O Trabalhador Estrangeiro e os Direitos Humanos". In: N. Ferreira y A. Gazetta. *Ensaio sobre a História e a Teoria do Social Construção do Saber Jurídico Função Política do Direito*. São Paulo: Letras Jurídicas.

Costa, M y Porto, R. (2013). Justiça Restaurativa: um descobrimento do Direito Fraterno na comunidade. *Revista Mediação de Conflitos & Justiça Restaurativa*. (Orgs.) Fabiana Marion Spengler e Marli Marlene Moraes da Costa. Curitiba: Multideia. pp. 153-168.

Costa, M. R. N. (1998). O valor específico do Estado na doutrina ético-política de Santo Agostinho. *Revista Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, 25(81), p. 189-202.

Costa, M. R. N. (2006). A força coercitiva: um instrumento a serviço da *pax temporalis* na *civitas*, segundo Santo Agostinho. *Revista Veritas*, Porto Alegre, 51(3), p. 5-14.

Couture, E. (1993). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Reimpresión inalterada. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina.

Crocker D. (2005). Democracia Deliberativa. *Revista del Instituto Idea*, Universidad de Maryland. EEUU.

Cruz, A.A (2011). Dissertação de Mestrado com o título: O princípio constitucional da laicidade: a liberdade religiosa e sua efetividade. Univerm.

Cubides Cárdenas, J y Martínez Lazcano, A.J. (2016). Medidas de inclusión para una paz duradera. En: *Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/derechos-humanos-paz-y-posconflicto-en-colombia/pubData/source/derechos-humanos-paz-y-posconflicto-en-colombia.pdf>

Cubides Cárdenas, J. (2016). *El Control de Convencionalidad (CCV): fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*/ Bogotá: Universidad Católica de Colombia, p.41.

Cubides Cárdenas, J. (2016). *El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, p.74.

Cubides Cárdenas, J. (2016). *El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Cubides Cárdenas, J. (2017). *Desafíos contemporáneos de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Cubides Cárdenas, J. y Martínez Lazcano, A. J. (2016). Medidas de inclusión para una paz duradera. En: *Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia* (127-154). Recuperado de: <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/derechos-humanos-paz-y-posconflicto-en-colombia/pubData/source/derechos-humanos-paz-y-posconflicto-en-colombia.pdf>

Cunha, C. (s.f.). Caminho para a paz: Coreias realizam acordo histórico. In: *Novelo Comunicação*, São Paulo.

- Da Silva, V. A. (2005). Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, 1(1).
- Danós, J. (2008). El régimen de los servicios públicos en la constitución peruana. *Thémis Revista de Derecho*. PUCP: Lima, n. 55. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9236>
- Daza (2011). Colombia frente a las víctimas civiles de minas antipersonal y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Novum Jus*, 5(2), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.54.
- De Carvalho, S. (2009). Criminología, garantismo y teoría crítica de los derechos humanos: ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos. *Revista Novum Jus*, 3(1), 161-200. Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/884/913
- De Certeau, M. (1990). *A invenção do cotidiano. Artes de fazer*. 2.ed. Petrópolis: Vozes.
- De Rotterda, E. (1999). *A guerra e queixa da paz*. Lisboa: Edições 70.
- Dehasse, J. e Buyser, C. (1995). *Comportamento e educação do cão*. São Paulo, Livraria Varela.
- Del Pino, S. y Verbal, V. (2015). El proyecto de ley de identidad de género. Una aproximación a sus disposiciones y fundamentos. *Revista Liminales*. 7 Santiago: Universidad Central de Chile.
- Delgado, M. (2006). *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma de destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr.
- Demant, P. (2001). O fracasso das negociações de paz Israel–Palestina. In: Dupas, G.; Vigevani, T. (Orgs.). *Israel-Palestina: a construção da paz vista de uma perspectiva global*. São Paulo: Edunesp.
- Díaz Soto, V.M. (2017). *La persona y su entorno*. Bogotá, D. C. Universidad Católica de Colombia, 2017, p.16.
- Dimoulis, D. y Martins, L. (2014). *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas.
- Dissertação de Mestrado com o título: *O Caráter Fraternal do Direito à Seguridade Social*. UNIVEM, 2013.
- Dotti, J. (2005). *Terapia e animais*. 1ªed. São Paulo: Editora Noética
- Downing, D. (2004). Apartheid in South Africa, *Heinemann Library*, United States.
- Duns Scotus, J. (1950-1982). *Opus Oxoniense ou Ordinatio*. (Vols I – VII). Roma: Vaticana.
- Durham, E. R. (2003). Chimpanzés também amam: a linguagem das emoções na ordem dos primatas. *Revista de Antropologia*, 46(1), 85-154. <https://dx.doi.org/10.1590/S0034-77012003000100003>

- Durling, V. (2007). Paz social e cultura de paz. Panamá: Ediciones Panamá Viejo.
- E. Cambi, A. Klock, e F. Aalves. *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá.
- Eco, L. (s.f). "Nova era de paz" entre Coreias promete acordo de desnuclearização. *Revista Economia Online*, Internacional.
- Escobar Roca, G (Ed). (2013). La Protección de los Derechos Humanos por las Defensorías del Pueblo, Madrid.
- Espinoza, Ortiz y Rojas. (2003). *Comisiones de la verdad: ¿un camino incierto?; estudio comparativo de Comisiones de la Verdad en Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Sudáfrica desde las víctimas y las organizaciones de derechos humanos*, Santiago, Chile: Codepu.
- Estupiñán Silva, R. (2012). El derecho internacional y las víctimas de crímenes de guerra en Colombia. *Revista de Derecho*, 37, 131-164. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n37/n37a06.pdf>
- Estupiñán Silva, R. (2012). La "gravedad" de los crímenes de guerra en la jurisprudencia internacional penal. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 20, 185-212. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n20/n20a08.pdf>
- Falção, V. R. S. (2013) Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, 20(38).
- Faria, J.E. (2004). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores.
- Farías, J.F. (1998). *A origem do direito de solidariedade*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- Farias Filho, L. (Org.). (2001). *Modos de ler, Formas de escrever: estudos de história da leitura e da escrita no Brasil*. 2ªed. Belo Horizonte: Autêntica.
- Faundez, H. (1996). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, San José de Costa Rica.
- Feracine, L. (2000). *Direito, Moral, Ética e Política*. Campo Grande: Solivros.
- Fernández Mejía, D. (2011). Atipicidad de los crímenes de lesa humanidad, una revisión del caso colombiano. *Revista Opinión Jurídica*, 10 (20), 19-34. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n20/v10n20a02.pdf>
- Fernández Neira, K. (2010). *La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad* (tesis de maestría). Universidad de Chile. Recuperado de: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-fernandez_k/html/index-frames.html.
- Fernández, B. (2011). *Curso de direito constitucional*. 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Fernández, M. (2016). *Fundamentos contemporáneos del Derecho Público Transformaciones necesarias*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Ferrajoli, L., Moreso, J.J y Atienza, M. (2010). *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, Editorial Fontamara, Madrid.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*, Editorial Trotta S.A.

Ferrajoli, L. (2001). Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia, en *Crimen y castigo*, 1(1), Depalma, Buenos Aires.

Ferraz JR, T.S. (2009). *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas.

Ferraz Junior, T.S. (2009). *Estudos de Filosofia do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas.

Ferreira Filho, M. G. (2005). *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva.

Ferreira, M.A. (2017). V. Estudos Críticos da Paz e Crime Organizado Transnacional. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, 113, p. 29-50. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2182-74352017000200002&lng=pt&nrm=iso>.

Figueroa Gutarra, E. (2011). La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. *Gaceta Penal y Procesal Penal*.

Filgueiras, F. (2008). *Corrupção, democracia e legalidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG.

Filgueiras, F. (2009). A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opin. Pública*. 15(2), p.386-421. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762009000200005>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

Fisas, V. (2010). Procesos de paz comparados. Recuperado de http://escolapau.uab.es/img/qcp/procesos_paz_comparados.pdf

Fischer, R; URY, W; Patton, B. (1994). *Como chegar ao sim*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago.

Fix Zamudio, H. (s.f). "El Derecho Procesal Constitucional como un sector de la defensa de la Constitución, en A. Velandia Canosa. (Ed). *Estudios de Derecho Procesal Constitucional* (p. 157). Bogotá-Colombia, VC Editores.

Flôres, L. (2009). *Os benefícios da interação homem-animal e o papel do médico veterinário*. Monografia Especialista em Especialização em Pequenos. Universidade Federal Rural do Semi-árido, Porto Alegre.

Florián, V. (2002). *Diccionario de Filosofía*, Editorial Panamericana.

Forer, A y López Díaz, C. (2010). Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia. Profis. Recuperado de: http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/424/Crimenes_de_lesa_hu-manidad_y_sus_aplicacion_en_Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Foucault, M. (1984). *La voluntad di saberi*. Trad. Mauro Bertani, Feltrinelli. Milano.

Foucault, M. (1995). Sujeito e o Poder. In Rabinow, P.& Dreyfus, H. *Michel Foucault. Uma trajetória filosófica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

Foucault, M. (1996). *Microfísica do poder*. 12ª Ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal.

Foucault, M. (1999). *Em defesa da sociedade*. São Paulo, Martins Fontes.

Foucault, M. (2004). *Microfísica do Poder*. 19ª Ed. São Paulo: Edições Graal.

Foucault, M. (2008). *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 20. ed. São Paulo: Edições Loyola.

Foucault, M. (2014). *Vigiar e Punir. Nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes.

France Presse. (s.f). Donald Trump negocia paz entre as Coreias. In: *France Presse*, Internacional.

France Presse. (s.f). Acordo de paz com as Farc completa um ano com redução drástica das mortes. In: *France Presse*, Internacional.

Francisco. (2013). *Exortação Apostólica Evangelii Gaudium*. Recuperado de http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii_gaudium.html

Francisco. (2015). *Mensagem para o XLIX Dia Mundial da Paz* (1º de janeiro de 2016). Recuperado de http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/messages/peace/documents/papa-francesco_20151208_messaggio-xlix-giornata-mondiale-pace-2016.html

Francisco. (2016a). *Visita do Papa Francisco a Assis para a Jornada Mundial de Oração pela Paz*. Recuperado de http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/travels/2016/inside/documents/papa-francesco-assis-giornata-preghiera-pace_2016.html

Francisco. (2016b). *Sede de paz. Religiões e culturas em diálogo*. Palavras do Santo Padre em Assis para a Jornada de Oração pela Paz. Recuperado de http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2016/september/documents/pa-pa-francesco_20160920_assis-preghiera-pace.html#DISCURSO_

Franco, M. (2001). *Planejamento ambiental para a cidade sustentável*. São Paulo: Annablume/FAPESP.

Freire, P. (2001). *Pedagogia dos sonhos possíveis*. São Paulo: Editora Unesp.

Freire, P. (2014). *Pedagogia do oprimido*. 37ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Freitas, J. (2004). O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais. 3 ed. São Paulo: Malheiros.

Freitas, J. (2015). As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Nomos: Revista do programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, 35(1), p. 195-217. Disponível em:

<<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>>. Gasparini, D. (2011). *Direito administrativo*. 16ª ed., São Paulo: Saraiva.

Freitas, N. (2006). A previsão constitucional do direito à inclusão social e educacional dos portadores de necessidades especiais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX (35). Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1556>.

Freitas, V. A. (2000). Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.

Frey, M A. (2003). *Alternative Methods of Dispute Resolution*. New York: Delmar Cengage Learning.

Fuentes Maureira, C. (2009). Derecho a un recurso y el estañar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios, en *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el sistema interamericano*. Publicado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. IV (5).

Fullinwider, R. K. (ed.) (1999). *Civil Society, Democracy, and Civic Renewal*. New York Oxford: Roman & Littlefield Publisherse, INC. Lanham, Boulder. New York Oxford.

Gabbay, D; Faleck, D y Tartuce, F. (2013). *Meios Alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: editora FGV.

Gaddis, J. L. (2006). *História da guerra fria*. São Paulo: Nova Fronteira.

Galán (2016). Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia, la moral y el derecho. *Revista Novum Jus*, 10(2), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.111.

Galán (2016). Los derechos humanos fundamentados mediante la legitimación y la moral jurídica. *Revista Novum Jus*, 10(1), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.38.

Galán. (2009). Los derechos civiles y políticos en la historia Constitucional Colombiana. *Revista Novum Jus*, 3(1), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.135.

Galán. (2016). Entre Justicia y Moralidad: Criterios Metateóricos En Cuanto A La Justicia, La Moral Y El Derecho. *Revista Novum Jus*, 10(2), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.108.

Garcez, J. (2013). *ADRS: Métodos Alternativos de Solução de Conflitos*: análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

García de Enterría, E. (2006). *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Editorial Civitas, 4ta Edición, Madrid, España.

García Pelayo, M. (2004) *Idea de la Política*. Cuadernos de la Fundación, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas. Venezuela.

García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, V (28).

García Ramírez, S. (2015). *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre Control de Convencionalidad*. Segunda edición. México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

García Roca, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Madrid: Civitas.

García, B. P y Lazarri, R. (2015). *Manual de Direitos Humanos*. 2º ed. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm.

García, E. (2003). A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 233: 103-139, p.130. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/45445-93000-1-PB.pdf>

García, I. y Godoy Pulcinelli, A.L. (2018). Imigrantes: Uma Análise Crítica dos Serviços Públicos Adotados para a sua Inserção no Mercado d Trabalho - 10.12818/P.0304-2340.2017v71p243. *Revista Da Faculdade De Direito - Universidade Federal De Minas Gerais*, 71, P. 243-267.

García, J.M (2000). Carlos V y la abolición de la esclavitud de los indios. Causas, evolución y circunstancias, *Revista de Indias*, LX (218). Recuperado de [http://revistadeindias.revistas.csic.es/index.php/revistadeindias/article/download/581/648.].

Gargarella, R. (2016). *Castigar Al Prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintinuno Editores,

Garzón Pascagaza, E.J. (2017). *Filosofía y personalismo en un mundo en crisis*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Gaspar, A.H. (2007) *A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea*. Julgar 1. Coimbra Editora.

Gauck, J. (10 de mayo de 2013). Discurso del presidente federal Joachim Gauck sobre "Reconciliación y cultura de la memoria en Alemania". *Colombia Internacional*, (78), 212 – 222. Doi:

Gauer, R.M. (1995). A influência da universidade de Coimbra na formação da nacionalidade brasileira. Tese de Doutorado em Letras (História Moderna e Contemporânea). Faculdade de Letras de Coimbra. Coimbra, Recovered em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/688>

Gehring, V. V. & Galston, W. A. (Eds.). (2002). Philosophical dimensión of Public Policy. New Brunswick (USA) and London (UK): *Policy Studies Review Anual*, 13.

Giacoaia, G. (2002). Justiça e Dignidade. *Revista Argumenta*. UENP (FUNDINOPI), Jacarezinho PR, 2(1). Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86/86>>

Gialdino, R. (2008). *Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: La Ley.

Giamuzzi, J.G. (2002). A moralidade administrativa – história de um conceito. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. 230: 291/303. Out/dez.

Giddens, A. (2007). *Sociologia*. 5a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Gil, R. A. (2015). *El control difuso de la constitucionalidad en México*. Reflexiones en torno a la tesis p./J. 38/2002. Cuestiones Constitucionales, 1-10. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5713/7486>

Girard, R. (2010). *Shakespeare: teatro da inveja*. São Paulo: Ed. É Realizações.

Goes, W. (2016). A Diretiva 2014/24/UE como Guia de Contratualizações Sustentáveis de Políticas Públicas Sociais. *Novos Estudos Jurídicos*, 21, p. 656-690.

Goldberg, S B.; Sander, F E. A.; Rogers, N H.; Cole, S. (2012) *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and other Processes*. 6. ed. New York: Aspen Publishers.

Gómes, J.V. (2010). A corrupção em perspectivas teóricas. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF*. 5(1), e 2 jan/dez. Disponível em: <https://teoriaecultura.uff.emnuvens.com.br/TeoriaeCultura/article/view/2882>

Gómez Isa, F. (dir.) (2004). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 23-60. Recuperado de [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/27570.pdf>].

Gonçalves, A. (2016). Da Sociedade Antiga à Sociedade Política e a Funcionalidade do Direito. *Nomos (Fortaleza)*, 36, p. 205-224.

González (2018). Significado y función del derecho de sufragio en la actividad electoral de un estado democrático. *Revista Novum Jus*, 12(1), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.61.

González (2018). Significado y función del derecho de sufragio en la actividad electoral de un estado democrático. *Revista Novum Jus*, 12(1), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.71.

González Pérez, J. (1986). *La dignidad de la persona*. Civitas Ediciones.

González, E y Varney, H. (2013). En busca de la verdad Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz. Brasil: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil. Recuperado de: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeking-2013-Spanish.pdf>

González, P. (2017). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*, Universidad Católica de Colombia.

González Vega, J. (2004). Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en

materia de autodeterminación sexual. *Revista Española de Derecho* (LVI -1), pp. 178 y ss.

Gozalíni, O. (1995). *Biblioteca Jurídica de la Universidad Autónoma de México*. (U. A. México, Ed.).

Grasso, P.G. (2005). *El problema del Constitucionalismo después del Estado Moderno*. Madrid: Marcial Pons.

Graziano, L. (1997). O Lobby e o Interesse Público. *Rev. bras. Ci. Soc.* 12(35), Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69091997000300009>>

Grijalva, A. (2009). ¿Qué son los derechos colectivos? Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de http://dis.um.es/~lopezquesada/documentos/IES_1415/LMSGI/curso/xhtml/html3/doc/derechoscolectivos.pdf

Grimaldo Durán, H. (2013). *Philosophia personae*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Gros, F. (2001). Punir é transformar um sofrimento em infelicidade. In A, Garapón, et all. *Punir em Democracia*. Trad. Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget.

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporánea.

Guerra Filho, W.S. (1989). *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Ed. Universidade Federal do Ceará.

Guerrero Apráez, V. (2016) *Guerras Civiles Colombianas. Negociación, regulación y memoria*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Guilherme, O. (coord) (2009). Paradoxos contemporâneos: o Cuidado numa convivência saudável. In: Pereira, Tânia da Silva. *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas.

Guimarães Rosa, J. (2001). *Sagarana*. São Paulo: Nova Fronteira.

Guimarães, J. (2008). Interesse público. In: Avritzer, Leonardo. *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG.

Guimaraes, R. D. (2004). La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho. Retrieved from <https://ebookcentral.proquest.com>

Gussoli, F. (2015). *A natureza como sujeito de direitos na Constituição do Equador: considerações a partir do caso Vilacamba*. Disponível em www.direito.ufpr.br/.../anais-da-xvi-jornada-de-iniciacao-cientifica-vol-1

Gutarra, E. F. (s.f.). La cosa juzgada constitucional. Previsiones y oposiciones en la interpretación constitucional. *revista peruana derecho constitucional*, 135-150.

Habermas, J. (2001). *A constelação pós-nacional: Ensaio políticos*. Trad. Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi.

Habermas, J. (2012). *Sobre a constituição da Europa*. Trad. Denilson Luiz Werle, et all. São Paulo: Unesp.

Harbitz, M. (2007). *Registro Civil: Vehículo para una ciudadanía inclusiva y participativa*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

Harbitz, M. y Tamargo, M. (2009). *El significado de la identidad legal en situaciones de pobreza y exclusión social. El subregistro de nacimientos y la indocumentación desde la perspectiva de género y etnia en Bolivia, Ecuador y Guatemala*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

Hargreaves, A. (2011). *Educação para a mudança: criando a escola para adolescentes*. Porto Alegre: Artmed.

Harvey, D. (2010). *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 19. ed. São Paulo: Edições Loyola.

Hassemer, W, Losing, N y Casal, J.M. (2009) *Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Publicaciones UCAB, Segunda Edición, Caracas.

Hayner, P. (2006). Comisiones de la verdad: resumen esquemático. *International Review of the Red Cross*, 1-18. Recuperado de https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_hayner.pdf

Heck, J.N. (2004). Contratualismo e sumo bem político: um estudo preliminar sobre a pax kantiana. In: *Rev. Veritas – PUCRS*. 49(1). Porto Alegre.

Hegel, G.W.F. (1974). *A fenomenologia do espírito*. Trad. Henrique Lima Vaz. São Paulo, p. 18-19.

Heliodora, B. (2014). *Shakespeare: o que as peças contam*. 1 ed. Rio de

Hensler, D. (1991). Science in the Court: is there a role for alternative dispute resolution? In: *Law and Contemporary Problems*. Summer. pp. 171-193.

Hernández, D. M. (2012). *El principio de la Cosa Juzgada frente a violaciones graves a los derechos humanos: implementación, obstáculos y desafíos de las órdenes que en materia de justicia ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia*. Buenos Aires, Argentina: Leticia Vita.

Hespanha, A.M (2007). *O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Almedina: Coimbra.

Hinrichsen, L. E. (2012). Agostinho e a cidade: de Deus ou dos homens? Sobre a inquieta dinâmica da paz. In: *Civitas Augustiniana*, Porto Alegre, v. 1, n. 1.

Hobsbawm, E. (1995). *Era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras.

Horvitz Lennon, M, y López Masle, J. (2004) *Derecho Procesal Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.

Huhle, R (2005) De Núremberg a La Haya: Los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Análisis político n° 55, Bogotá, septiembre-diciembre

- Hung Cavalieri, R. (2016). Los derechos humanos en Venezuela luego de la denuncia de la Convención. (El desconocimiento del sistema interamericano con expresa complicidad de la justicia constitucional). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, pp- 381-399.
- Huntington, S.P. (2009). *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Buenos Aires: Paidós.
- Ianni, O. (2008). *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Iglesias Vila, M. (2018). *Universidad de Yale*. Recuperado de https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf
- Ihering, R.V. (1988). *A luta pelo direito*. São Paulo: Editora Acadêmica Ciência e Cultura.
- Ihering, R.V. (1990). *A Luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense.
- Islas, A y Camargo, María. (2016) La Complejidad del Debido Proceso como Derecho Fundamental y como Garantía Procesal. *Revista de Investigación Académica sin Frontera*. 9(24).
- Jacobo, L. F. (2013). El control difuso de convencionalidad en México. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 1, 73-85. Recuperado de <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/35/05%20Luis%20Fernando%20Angulo%20Jacobo.pdf>
- João Paulo II. (1996). Francisco e Clara, dois nomes que evocam pobreza, paz e oração. Encontro com as clarissas e religiosas na Basílica de Santa Clara, no dia 10 de janeiro de 1993. In A. Pintarelli (Org.), *O Espírito de Assis* (pp. 95-100). Petrópolis, Brasil: Vozes.
- João Paulo II. (1982). *No Protomosteiro de Assis*. Recuperado de http://www.clarissas-aves.com/index.php?option=com_content&view=category&id=4&layout=blog&Itemid=9
- Jung, C. G. (2000). *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Petrópolis, RJ: Vozes.
- Justen Filho, M. (2012). *Curso de Direito administrativo*. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum.
- Kant, I. (2004). *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70.
- Kelsen, H. (2011). *A paz pelo direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Keppen, L; Martins, N. (2009) *Introdução à Resolução Alternativa de Conflitos*. Negociação, Mediação, Levantamento de Fatos, Avaliação Técnica Independente... Curitiba: JM Livraria Jurídica.
- Klitgaard, R. (1998). International cooperation against corruption. Finance & Development, 35(1), p. 3-6, Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/03/pdf/klitgaar.pdf>

Knoerr, F.G. e Nowacki, P.S. (2013). . *Revista Jurídica do Unicuritiba*, Curitiba, 4(33), p. 407-439, 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/71>

Knoerr, F.G. y Nowacki, P.S. (2013). . *Revista Jurídica do Unicuritiba*, Curitiba, 4(33), p. 407-439, 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/71>

Kohn, M. (2000) *Manual para jueces penales. Código Procesal Penal*. Publicación realizada bajo los auspicios del National Center for State Courts “Proyecto de fortalecimiento del Estado de Derecho”. Asunción, Paraguay.

Kovach, K. (2005). Mediation. In: The Handbook of Dispute Resolution. (Orgs.) Michael L. Moffitt; Robert C. Bordone. San Francisco: Jossey-Bass.

Kressel, K. (2014). The Mediation of Conflict: context, cognition and practice. In: *The Handbook of Conflict Resolution. Theory and Practice*. (Orgs.) Peter T. Coleman; Morton Deutsch; Eric C. Marcus. San Francisco: Jossey-Bass.

Kulitch, J. (2017). Direito fundamental à saúde como direito universal. In: D, Ribeiro, E.D, Machado., L.G, Silva. *Direitos e garantias fundamentais II*. Florianópolis: Conpedi, Disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/rqj0xn13/05cgt1vs>

Lafer, C. (1988). *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. das Letras.

Larrosa, J. (2011). Experiência e alteridade em educação. *Revista Reflexão e Ação*, 19(2), pp. 04-27.

Ledesma, H. F. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: revisada y puesta al día.

Leff, E. (2010). *Discursos Sustentáveis*. São Paulo: Cortez.

Legaz y Lacambra, L. (1951) La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre, Reporte General presentado al Congreso de Derecho Comparado, celebrado en Londres durante el verano de 1950. *Revista de Estudios Políticos*, IX, pp. 15 – 46. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2127974.pdf>

Le Goff, J. (1999). Memória .In: *História e Memória*. Tradução Bernardo Leitão, et all. Campinas, SP: Editora da Unicamp.

Leite, C. H. (2013). *Curso de direito do trabalho*. 4ª ed. Curitiba: Juruá.

Leite, J. (2000). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux.

Leite, V. A. (2015). Adoção e suas dificuldades no contexto da sociedade fraterna. Dissertação. Centro Universitário de Marília, Programa de Pós Graduação de Direito. Orientador: prof. Dr. Lafayette Pozzoli. Marília 128 f.

- Lemos, J., Lima, S., e Alvim, N. M. (1999). Segregação de resíduos de serviços de saúde para reduzir os riscos à saúde pública e ao meio ambiente. *Bioscience Journal*, 15(2), Uberlândia, Universidade Federal de Uberlândia.
- León, A. Q. (1995). La Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta y la Acción de Amparo Constitucional. En A. Q. León, *La Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta y la Acción de Amparo Constitucional*. Diciembre.
- Levi, P. (Ed.). (2002). *Si esto es un hombre*. Barcelona, España: Muchnik Editores, S.A.
- Lévinas, E. (2014). *Ética e Infinito*. Lisboa: Edições 70.
- Lipovetsky, G. (1983). *A era do vazio: ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa, Portugal: Relógio D'Água.
- Lirola Delgado I y Martin Martínez, M. (2001). *La Corte Penal Internacional*, Ariel Derecho.
- Lispector, C. (1998). *A Hora da Estrela*. Rio de Janeiro: Rocco.
- Lista, C.A. e Brigido, A.M. (2002). *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*. Córdoba: Sima Editora.
- Liszt, F.V. (2005). *A ideia do fim no direito penal*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel.
- Lizcano, J.E. (2015). *La Cláusula de Exclusión*, Ediciones Nueva Jurídica.
- Londoño Lázaro, M. C. (2010). El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- Londoño Toro, B. (2002) Derecho Constitucional, Perspectivas y Críticas, Observatorio de Justicia Constitucional Universidad de los Andes Trabajo presentado en el encuentro “10 años de la Constitución de 1991”, Pontificia Universidad Javeriana, noviembre 21 de 2001, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 4(1), pp. 232-242, Recuperado de: <http://www.revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/215>
- López Cabral, M. (2011). *De los recursos en el procedimiento penal*. Ed. Intercontinental. Asunción, Paraguay.
- López, C.H. (2009). Acesso à justiça: elementos para uma reflexão sobre a justiça participativa. In: *Em Tempo*, Marília, 8, set, pp. 47-54.
- Lovelock, J. (2001). *A vingança de Gaia*. Editora Intrínseca: Rio de Janeiro.
- Luchiani, V. (2012). *Mediação Judicial*. Análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça. Ana Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coordenadores). Rio de Janeiro: Forense.
- Lüdke, M e André, M. (1986). E.D.A. *Pesquisa em educação: abordagens qualitativas*. São Paulo: EPU.

Luhmann, N. (1985). *Poder*. Trad. Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília.

Luhmann, N. (2005). El derecho de la sociedad. *Trad.* Javier Nafarrate Torres, México: Universidad Iberoamericana.

Luhmann, N. (2010). *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 2ª Ed. Petrópolis: Vozes.

Luiz A. A. Pierre, M. Cerqueira M.C., Fulan, V. (2013). Direito de Família: a Fraternidade humanista na mediação familiar. In: *Fraternidade como categoria jurídica*. 1ª Ed. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, V. 1, pp. 99-112.

Macel, M. (2000). Portadores de deficiência: a questão da inclusão social. *São Paulo Perspec* São Paulo, 14(2), pp. 51-56. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-8839200000200008&Ing=en&nrm=iso>

Mac-Gregor, E. (. (2012). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Jueces Nacionales. México: Fundap.

Mac-Gregor, E. (2010). Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, VIII, Instituto de Justicia Constitucional, Guatemala.

Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales* 9(02), 531-622. Recuperado el 28 de Noviembre de 2015, de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200014&script=sci_arttext#1

Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Revista Estudios Constitucionales*, 9(2), pp. 531- 622. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>

Mac-Gregor, E. (2013). El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Madrid: Marcial Pons.

Mac-Gregor, E. F. (2010). *Control Difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*. Mexico: Instituto de investigación Jurídica de la UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>

Mac-Gregor, E. F. (2013). *Control Difuso de Constitucionalidad y Convencionalidad*. En *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, pp. 9-19. México: Reforma DH.

Mac-GreGor, E. F. (2013). *Control difuso de convencionalidad y derechos humanos*. México: Reformas DH.

Machado, C.A. (2013). A fraternidade e o Direito Constituição brasileiro Anotações sobre a incidência e aplicabilidade do princípio/valor fraternidade no Direito

Constitucional brasileiro a partir da sua referência no preâmbulo da Constituição Federal de 1988. PIERRE, Luiz Antonio de Araujo [ET alii] (orgs.). *Fraternidade como categoria jurídica*. Vargem Grande, SP: Cidade Nova.

Machado, P. A. (2002). *Recursos Hídricos: Direito Brasileiro e Internacional*. São Paulo: Malheiros.

Machado, P. A. (2013). *Direito ambiental brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores,

Maier, J. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino*. T. I, Vol. B, Fundamentos. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.

Maingueneau, D. (1997). *Novas tendências em análise do discurso*. Campinas, Pontes-Editora da Unicamp.

Manzo (2018). Sobre el Derecho a la Protestad. *Revista Novum Jus*, 12(1), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.40.

Marcelino, P. (2004). *A logística da precarização*. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular.

Marcos, F, y Currea Lugo, V. (2002). *El Debate Humanitario*. Barcelona, España. Icaria Editorial, S. A.

Marie Henckaerts, Jean y Doswald Beck, Louise. (2007). *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (Primera ed., Vol. I). Buenos Aires.

Marin Cortes, A.F y Quintero Jurado, J.M. (2018). Confianza en el proceso de paz en Colombia en Twitter. *Revista. Mex. Sociol*, México, 80(1), p. 115-137, Disponível: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032018000100115&lng=es&nrm=iso>

Maritain, J. (1963). *Elemento de Filosofia. Introdução Geral à Filosofia*. Tradução de Ilza das Neves e Heloisa de Oliveira Penteado. Revista por Irineu da cruz Guimarães. 6º Ed. São Paulo: Agir.

Martín, C. (2004). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México. Universidad Iberoamericana.

Martín, N. (2011) A Mediação: a melhor resposta ao conflito? In: *Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. (Orgs.) Fabiana Marion Spengler e Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Unijuí, pp. 317-355.

Martínez, E. (2000). *Sexualidad, Derecho y cristianismo: visión bioética desde una perspectiva de género*. Aguascalientes: ED Instituto Cultural de Aguascalientes.

Martins J y Wallace P. (2009). *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

Martins, J. (2015). *Linchamentos: justiça popular no Brasil*. São Paulo: Contexto.

Matías Camargo, S. (2014) Los servicios públicos como derechos fundamentales. *Derecho y Realidad*. Tunja, Boyacá: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,

UPTC, 24(2). Disponible em

<https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4544/4242>

Maya, J. F. (2004). *Los Derechos Colectivos y su defensa A través de las Acciones Populares y de Grupo*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

Mazzotta, M.J, D'antino, M.E. (2011). Inclusão Social de Pessoas com Deficiências e Necessidades Especiais: cultura, educação e lazer. *São Paulo, Saúde Soc.* São Paulo, 20(2), p.377-389. Disponible em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v20n2/10.pdf>>.

Mazzuoli, V, & Marinoni, L. (2013). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica.

Mazzuoli, V. (2013). *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Medina Tapia, R. (2011). La Imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad: Comentario a la Stc recaída en el Exp. 0024-2010-PI/TC. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 13-22.

Meirelles, H L. (1990). *Direito municipal brasileiro*. Atualizado por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara D. Police Monteiro. 6ª ed., São Paulo: Malheiros.

Mello, C. (2009). *Curso de Direito Admirativo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros.

Mello, C.A. (2004). Fragmentos teóricos sobre a improbidade administrativa. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 235: 93-116, Jan./Mar.

Menezes, M.C. (Org.). (2004). *Educação, Memória, História: possibilidades, leituras*. Campinas, SP: Mercado de Letras.

Menin, F. (2015). *La identidad de género como derecho humano: la legislación argentina*. Buenos Aires: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.

Merheb, M y Santos, S. (2017). Derecho a la Salud y Suministro de Medicamentos - Desafíos del Estado Democrático y Social de Derecho ante las Garantías Constitucionales. *Revista de Derecho y Cambio Social*, 49, p. 1-30.

Merino, J. A. (1991). *Visión franciscana de la vida cotidiana*. Madrid: Paulinas.

Milaré (2007). *Direito do ambiente*. 5 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.

Millán Hernández, J.A. (2015). *Comisiones de la Verdad y posibles aprendizajes para el caso colombiano*. Recuperado de <file:///C:/Users/ConJuridico/Downloads/15153-Texto%20del%20art%C3%ADculo-61025-1-10-20160801.pdf>

Miller, D. (2000). *Citizenship and National Identity*. Cambridge: Polity Press.

Miller, D. (1995). *On Nationality*. Oxford: Clarendon.

Miranda, F. S. (2016). *El perdón de lo imperdonable*. (Trabajo de pregrado). Universidad Santo Tomás, Bogotá.

- Mizrahi, M. (2004). *Identidad filiatoria y prueba biológica*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Moller, C. M. (2013). El surgimiento y desarrollo de la doctrina de "Control de Convencionalidad" y sus implicaciones en el Estado Constitucional. México: Reforma DH. Recuperado de http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml
- Montoro, A. F. (1999). *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: RT.
- Moore, C. W. (2014). *The Mediation Process*. Practical Strategies for Resolving Conflict. San Francisco: Jossey-Bass.
- Moraes, G. (2013). O Constitucionalismo Ecocêntrico nos Andes: os direitos de Pachamama, o Bem Viver e o direito à Água. In: *Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. 34(1), p. 123-155. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/11>
- Morais, J; Spengler, F. (2012). *Mediação e Arbitragem*. Alternativas à Jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Morales y Daza (2016). El deber de información al paciente, el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España. *Revista Novum Jus*, 10(2), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.16.
- Morales, Z. (2015). Control de Convencionalidad. Fundamentos y alcance. México: Reformas DH.
- Morales, Z. A. (2015). El Control Difuso de Convencionalidad en México: Elementos Dogmáticos para una Aplicación Práctica. México: Reformas DH.
- Moreira, E. F. (2001). *Humanismo de Maritain e a Burocracia*. Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil. São Paulo: Edições Loyola.
- Morente, M.G. (1980). *Fundamentos de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou.
- Moreno, J. D. (2017). Paz, Memoria, y verdad en el Salvador: experiencias y lecciones para la Colombia del Pos acuerdo. *Análisis Político*. (90), 175-193.
- Motovani, C. (2007). *Terapia Fonoaudiológica assistida por cães*. Tese de Mestrado. Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
- Muñoz, F. A. (2004). *La paz imperfecta*. Granada, España: Editorial Universidad de Granada.
- Nalini, J.R. (1994). *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: RT.
- Nanili, J.R. (2011). *Ética ambiental*. 3ª ed. São Paulo: Millennium.
- Naqvi, Yasmin. (2006). El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción? *International Review of the Red Cross*, 862, 1- 33. Recuperado de: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_naqvi.pdf
- Nascimento, D. (2009) Sudão: entre a promessa de paz no sul e a incerteza da guerra em Darfur. In: *Contexto Internacional*, Vol. 31, n.3.

Nash Rojas, C. (2013). Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 19, Bogotá, D.C.

Navas Rondón, C. (2017). *La responsabilidad ética de los funcionarios y servidores del Estado*. Lima: Universidade Nacional Federico Villareal.

Ndiaye, M. (1992). Historia de una tragedia. *El Correo de la Unesco*, 19.

Nietzsche, F. (2010). *Genealogia da moral*. São Paulo, Companhia das Letras.

Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los Derechos Fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Nogueira Alcalá, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 25(135).

Nowak, M. (2005). Derechos Humanos Manual Para Parlamentarios. *Oficina Del Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Derechos Humanos*

Nunes Junior, V. (2009) *A cidadania social na Constituição de 1.988: Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim.

Nunes, R. (2004). *Manual de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva.

Núñez Perez, F. V. (2010). El Control de Convencionalidad del Decreto Legislativo 1097 y la Supremacía de la Convención de Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. *RAE Jurisprudencia*, 003-029.

Nussbaum, M.C. (1999). Secret sewers os vice. *The Passions of Law* (Coord. Susan A. Bandes). New Your University Press.

O'donnell, G. (1998). Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, 44.

Ochoa Cardich, C. (2013). El servicio público en la Constitución peruana de 1993. *Revista Pensamiento Constitucional*, 18. Disponível em <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8950>>

Olavarría, G. (s.f.) "A propósito de una relectura del fallo "Casal": el aspecto dinámico de la garantía al doble conforme y su exigencia", disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44026-proposito-relectura-del-fallo-casal-aspecto-dinamico-garantia-al-doble-conforme-y-su>

Oliveira, W. (1973). *Engracia de. Resíduos sólidos e limpeza urbana*. São Paulo.

Oliviero, M e Staffen, M. R. (2013). Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo stato (Sabino Cassese). In: *Sequencia. Florianópolis*. 66, p.357-360. Disponível em <http://dx.doi.org/10.50007/2177-7055.2013v34n66p357>

Oporto, G. (2016). *El derecho a la identidad de las personas trans y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional*. Gaceta Constitucional.

Orlandi, E. P. (2007). *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4ª edição. São Paulo: Unicamp.

Orlandi, E. P. (2002). *Análise do discurso: princípios e procedimentos*. 4ª edição. São Paulo: Pontes.

Ortega y Gasset, J. (2007). *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes.

Palacios, J. M. (s.f.). Algunos aspectos sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. *ius et veritas No 18*, 282-289.

Palombella, G. (1999). Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*(22), 525-579.

Pasold, C.L. (2011). *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 12.ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium.

Pêcheux, M. (1999). Papel da memória. In: Achard, P; et al.. *Papel da memória*. Tradução e Introdução de José Horta Nunes. Campinas, SP: Pontes.

Pêcheux, M. (1988). *Semântica e discurso: uma crítica à afirmação do óbvio*. Tradução Eni Orlandi et al. Campinas: Edunicamp.

Pêcheux, M. (1990). *Terra à vista! Discurso do confronto: o velho e o novo mundo*. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Unicamp.

Pedraza Jaimes, M.A. (2010). *La Detención Preventiva en el Sistema Acusatorio*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá.

Pedraza, W. (2007). La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos. En Macedo, F., Los caminos de la Justicia Penal y los derechos humanos. Lima: Fondo editorial de la PUCP. Tribunal Constitucional (11 de noviembre de 2010). Caso Roberto Contreras, N° 218-2009-HC-TC.

Pellenz, M. (2015). *Cidadania e Educação Ambiental: novas perspectivas a partir da Transnacionalidade*. Erechim: Deviant.

Peña, T. M. (2009). *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por el tribunal constitucional chileno*. Retrieved from <https://ebookcentral.proquest.com>

Peñacoba Arribas, A. (2013). *La Persona: el Origen de sus Propias Acciones*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Pereira, J. (2006). *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.

Pereira, L C B. (1996). Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*. Brasília: ENAP – Escola Nacional de Administração Pública, 47(1), jan.-abr. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>

Perelman, Ch, L. Olbrechts- Tyteca. (1989). *Tratado de la Argumentación, la Nueva Retorica*, Editorial Gredos Biblioteca Románica- Hispánica, Madrid.

Pérez, C. y Martínez D. (2012). Los derechos inherentes a la personalidad. El derecho a la identidad personal, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Recuperado de: <www.eumed.net/rev/cccss/19/>

Pérez, M.D. y Mirón, E. (2004). Divinidad, género y paz em Grecia antigua. *Dialogues d' histoire ancienne*. 30(2).

Perugini, L. (1995). *In fraternità per evangelizzare*. Roma, Italia: Conferenza Ministri Provinciali OFM d'Italia.

Petenucci, A.L. (s.f.) *Terapia assistida por animais*. Editora Manole.

Pietro, M. (2013). *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 26ª ed., São Paulo: Atlas.

Pinho, H, (2011). A Mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. In: *Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. pp. 267-296.

Pinho, H; Paumgartten, M. (2015). Os Desafios para a Integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a Justiça Brasileira? In: *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. D.A, Rezende de Almeida, F, Medina Pantoja e S. Pelajo. Rio de Janeiro: Forense.

Pinho, J.A e Sacramento, A.R. (2008). Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública* — Rio de Janeiro 43(6):1343-1368, nov./dez. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/2410/241016446006/>>

Pinilla Malagón, J, Cubides Cárdenas, J y Cárdenas Contreras, L. (2016). La judicialización del derecho al agua: una visión de los estándares nacionales e internacionales y el control de convencionalidad. In: Cubides Cárdenas, J et al. *El control de convencionalidad: fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, p. 117-146. Disponível em <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/control-de-convencionalidad/pubData/source/control-de-convencionalidad.pdf>

Pintarelli, A. E. (Org.) (1996). *O Espírito de Assis*. Petrópolis: Vozes.

Piovesan, F. (2010). Fuerza integradora y catalizadora del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional, en A, Bogdandy., E, Ferrer Mac-Gregor, E y M, Morales Antoniazzi. *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, t. II, "Perspectivas de la justicia constitucional en Latinoamérica", México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 431-448, Recuperado de [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27819.pdf>].

Piovesan, F. (2012). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

Piovesan, F. (2013). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva.

Pires, C. (2016). *Leituras filosóficas passadas a limpo: temas e argumentos*. Passo Fundo: Ifibe.

Pizzolato, F. (2008). A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BOGGIO, Antonio Maria (org.). *O princípio Esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova.

Platão. (1987). *A República*. 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Polaino O. (2009). *Lo Verdadero y lo falso en el Derecho Penal del Enemigo*, Universidad de Huanaco.

Porto, H. A. (2011). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

Pozzoli, L. (2001). *Maritain e o Direito*. Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil. São Paulo: Edições Loyola.

Pozzoli, L. (2002). Humanismo = dignidade da pessoa humana. *Revista Em Tempo*. Marília/SP: UNIVEM, 4, Disponível em <http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/view/126>

Pozzoli, L. (2009). *Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência - fraternidade* (artigo) – Livro: Gramática dos Direitos Fundamentais - a Constituição Federal de 1988 - 20 anos depois, Coletânea organizada por Thereza Christina Nahas, Norma Sueli Padilha e Edinilson Donizete Machado, Campus.

Primack, R y Rodrigues, E. (2001). *Biologia da conservação*. Londrina, PR: Planta.

Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. (2013). *Revista Argumenta*, do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2013, 19, p. 103-123. Disponível em <http://seer.unep.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409>

Puentes González, W.F. (2014). *Educación, Justicia y Cultura*, Bogotá, D. C. Universidad Católica de Colombia.

Puentes González, W.F. (2014). *Educación, Justicia Y Cultura*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Puentes, W y Gutierrez, J (2017). “El sentido religioso y la poesía de Giacomo Leopardi en Luigi Giussani” *En Filosofía y personalismo en un mundo en crisis* Tomo 1, Universidad Católica de Colombia.

Pulido Ortiz, F. E. (2008). Elementos relevantes para el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana. *Novum Jus*, 2 (1), 125 – 152. Recuperado de: http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/893/920

Pulido Ortiz, F.E. (2008). Elementos relevantes para el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana. *Novum Jus*, 2 (1), 125 – 152. Recuperado de:

http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/893/920

Rabinovich-Berckman, R. (2001). *Orientando Direito*. Montes Claros, Canal

Raco. (Sf). Una perspectiva sobre la transición política de Suráfrica. Recuperado de

<http://www.raco.cat/index.php/RecercaPensamentAnalisi/article/view/106767/153113>.

Rajneesh, O. (2005). *La pasión por lo imposible. La búsqueda de la verdad, de la bondad y la belleza en el camino del autoconocimiento*. Traducción de Flora Casas. Editorial de bolsillo.

Ramírez Huertas, G. (2017). *Los derechos humanos a debate. Perspectivas desde el derecho internacional*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Ramírez y Noguera (2017). Garantía de los Derechos Constitucionales de los Pueblos Indígenas en el Multinacionalismo y el Neoconstitucionalismo. *Revista Novum Jus*, 11(2), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.20.

Ramírez, G. (2017). “Derecho a la educación, obligaciones del estado y construcción de ciudadanía” En *Los derechos humanos a debate. Perspectivas desde el derecho internacional*. Ed. Universidad Católica de Colombia.

Ramírez, G. (2017). Funciones, admisibilidad y competencia de los órganos de protección de derechos humanos en el sistema interamericano. En *Los derechos humanos a debate. Perspectivas desde el derecho internacional*. Ed. Universidad Católica de Colombia.

Ramírez, G. (2017). Protección de los derechos de soberanía: tribunales competentes en el litigio del caso Costa Rica-Nicaragua. En *Los derechos humanos a debate. Perspectivas desde el derecho internacional*. Ed. Universidad Católica de Colombia.

Ramos, I. y González J. (2016). Derecho a la identidad jurídica de las personas trans. CEDHJ. Derecho a la identidad jurídica de las personas trans. *Revista Derechos Fundamentales a Debate*, 3, pp. 17-34.

Regan, T. (2006). *Jaulas vazias: Encarando o desafio dos direitos dos animais*. Porto Alegre: Lugano.

Rêgo, P. (2010). *Biodiversidade e reparação de benefícios*. Curitiba: Juruá.

Reis, J. (2015). D. *Revista Jurídica do Unicuritiba*, 4(41), p. 321-339, Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/91>

Reitzes, M, (1995), Insiders and Outsiders: The Reconstruction of Citizenship in South Africa, *Policy: Issues and Actors*. 8(1), Johannesburg, Centre for Policy Studies.

Remedio, J A. (2014). *Direito administrativo*. 2ª ed., São Paulo: Verbatim.

Resende, A C L de. (2017) O acesso à água potável como parcela do mínimo existencial: reflexões sobre a interrupção do serviço público de abastecimento de água por inadimplemento do usuário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília: UNICEUB, 7(2) Disponível em <<https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4728>>

Resende, R. (2010). A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. In F. Piovesan. *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas.

Resta, E. (2004). O direito fraterno. Santa Cruz do Sul/RS: Edunisc.

Resta, E. (2014). *Tempo e Processo*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo.

Rettberg, A. (2005). (Ed). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Editorial Uniandes.

Ribeiro JR, J. (2001). *A formação pedagógica do professor de direito: conteúdos e alternativas metodológicas para a qualidade do ensino do Direito*. Campinas: Papirus.

Ribeiro, V.C. (2002). O direito à inclusão social das pessoas portadoras de deficiência: um caminho para o exercício da democracia. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, 7(53), Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2546>

Richardson, R.J. et al. (1999). *Pesquisa social: métodos e técnicas*. São Paulo: Atlas.

Richter, M L; Silveira, S. (2012). Economia solidária e políticas públicas: resgate para a igualdade social. *Revista Paradigma*. XVII (21), pp. 191-204, Disponível em <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/202>>

Rico, D. y Maza, M. (2017). Actitudes hacia la reconciliación social y apuntes para una política de perdón: casos en el Caribe colombiano. *Análisis político*. (90), 140-153.

Ricoeur, P. (2003). Ética. Da moral à ética e às éticas. Canto-Sperber, Monique. Dicionário de ética e filosofia da moral. v.1, São Leopoldo: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos.

Rocha, C.L. (1994). Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey.

Rodríguez Carrión, A. (2000). Aspectos procesales más relevantes presentes en los estatutos de los tribunales penales internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales y Relaciones Internacionales-BOE. En F. Quel López, *Creación de una jurisdicción penal internacional*, 4, pp. 167-190. Madrid: Escuela Diplomática - Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional.

Rodrigues, H. (2008). Acesso à justiça no Estado contemporâneo: concepção e principais entraves. In: *Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento*. Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha.

(Orgs.) Lília Maia de Moraes Sales e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Florianópolis: Conceito editorial, pp. 237-276.

Rodríguez & León (2015). La Lógica de la Función Judicial: Análisis en marco dela de Justicia Constitucional. *Revista Novum Jus*, 9(2), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.101.

Rodríguez Bejarano, C; Chacón Triana, N y Cubides Cárdenas, J. (2017). Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia: marcos de protección en el derecho internacional de los derechos humanos. En Cubides Cárdenas, Jaime (Ed.). *Desafíos contemporáneos de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano* (31-55). Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/desafios-contemporaneos-de-la-proteccion-de-los-derechos-humanos.pdf>

Rodríguez Lozano, L.G. (coord.) (2009) Consideraciones en torno al servicio público y derechos humanos. In *Actualidad de los servicios públicos en México*. México/DF: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2654/4.pdf>>

Rodríguez, A.J. (Ed.). (1996). *La doctrina de la corte interamericana de DDHH, y las resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los derechos fundamentales, en Temas de Derechos Humanos*. Lucrecia Editorial, Santiago del Estero.

Rodríguez, G. A. (2014). *De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas en Colombia*, Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario. Recuperado de <http://C:/Users/YEFFER/Downloads/Dialnet-ProyectosYConflictosEnRelacionConLaConsultaPrevia-4851905.pdf>

Roncal-Vattuone, E. X. (2013). La naturaleza...un sujeto con derechos. Apuntes de reflexión. *Revista Integra Educativa*, VI (3), 120 - 136. Recuperado de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1997-40432013000300007

Rosso, P S; Alves, F. (2007) Igualdade formal e desigualdade utilitária: os discursos de legitimação da exclusão em Aristóteles e Rawls. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - Paraná, 7, p. 69-86. Disponible em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/73>>

Rousseau, J.J. (1993). *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes.

Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto SRL. Buenos Aires, Argentina.

Rubio Correa, M. (2000). *Estudio de la Constitución Política del Perú. Año 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rubio Llorente, F. (1991). *El Bloque de la constitucionalidad*. Universidad de Sevilla, Civitas, Madrid. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=978891>

S.n. (1942). Os direitos do Homem e a Lei Natural. Tradução de Afranio Coutinho. Rio de Janeiro: Jose Olympio.

S.n. (2009). Reflexos das normas internacionais e da Constituição Federal de 1988 nas políticas públicas de inclusão social no Brasil a pessoa com deficiência (artigo). Livro: Constituição, Minorias e Inclusão Social. Coletânea organizada por Antonio Celso Baeta Minhoto, Rideel.

S.n. (2010). As viagens insólitas até às populações tradicionais: Análise do projeto "Expedição da Cidadania" nas comunidades indígenas Tekoha Ocoy, Tekoha Añetete, Tekoha Itamarã. *Revista Cabo dos Trabalhos*, n. 4. Coimbra/Portugal. Disponível em: <http://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n4/index.php>. Acessado em 15.07.2010.

S.n. (2013). *As interações entre os Tribunais e a Democracia por meio do acesso à justiça e aos direitos. Análise dos Juizados Especiais Federais brasileiros*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do CJP.

Sachs, I. (2002). *Caminhos para desenvolvimento sustentável*. Tradução José Lins Albu-querque Filho. Rio de Janeiro: Editora Garamond.

Sagües, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales* - Centro de Estudios Constitucionales de Chile (1), 125.

Sagües, N.P. (2013). *Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario*, 4ta. Edición Editorial Astrea, Buenos Aires-Bogotá.

Salatini, R. (2017). Introdução aos escritos sobre a paz de Norberto Bobbio. In: *Revista Videre*, Dourados, MS, 10(18).

Sales, L. (2004). *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey.

Saliba, M. (2008). Neoliberalismo, justiça e direitos humanos. In

Sánchez et al. (2017). *Análisis del discurso en torno a los diálogos de paz*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/analisis-del-discurso-en-torno-a-los-dialogos-de-paz/pubData/source/logos-vestigium-3.pdf>

Sánchez, G. (2017). Reflexiones sobre genealogía y políticas de la memoria en Colombia. *Análisis político*. (92), 96-114.

Sánchez Mendoza, V. (2017). *Análisis del discurso en torno a los diálogos de paz*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/analisis-del-discurso-en-torno-a-los-dialogos-de-paz/pubData/source/logos-vestigium-3.pdf>

Sandim, E.O. (1998). O dever funcional do bom atendimento. *Revista Jus Navigandi*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/347/o-dever-funcional-do-bom-atendimento>>

Santin, V.F, Silva, J.A da e Piedade, A. (2016). Condução de veículo automotor no Brasil por estrangeiro e facilitação da medida como inclusão do imigrante no mercado de trabalho. *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto-SP: UNAERP, a. XXI,

25(2), p. 105-118. Disponível em

<<http://www.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/issue/view/35/showToc>>

Santin, V.F. (2005). Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - Paraná, 5, p. 208-216. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48>>

Santin, V.F. (2013). *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed., São Paulo: Verbatim.

Santin, V.F. (2013). Migração e discriminação de trabalhador. *Revista Argumenta, Jacarezinho*, 7, p. 131-140. Disponível em: <>

Santo Agostinho. (1984). *Confissões*. 3 ed. São Paulo: Paulinas.

Santo Agostinho. (1989). *A Cidade de Deus*. Parte I. 11 ed. Petrópolis, Vozes.

Santo Agostinho. (1990). *A Cidade de Deus*. Parte II. 2 ed. Petrópolis, Vozes.

Santos, B, Marques, M. M, Pedroso, J, Ferreira, P. (1996). *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português*. Porto: Afrontamento,

Santos, B. (2000). *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2a. Ed. São Paulo: Cortez.

Santos, B. (2000). *Pela mão de Alice: o Social e o Político na pós-modernidade*. 5 ed. São Paulo: Cortez.

Santos, B. (2011). *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. Ed. São Paulo: Cortez Editora.

Santos, I. Pozzoli, L. (2016). *Fraternidade e Misericórdia*. São Paulo: Editora Cultor de Livros.

Santos, M. (2008). *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Record.

São Francisco de Assis. (1988). *Escritos e biografias, crônicas e outros testemunhos do primeiro século franciscano*. Petrópolis, Brasil: Vozes, Cefepal.

Sarlet, I W. (2012). *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do advogado.

Sarlet, I. (2012). *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

Sartori, G. (1999). *Elementos de teoría política*, Alianza Universidad Textos, Versión Española de M. Luz Morán, publicado por Alianza Editorial, S.A., Madrid.

Saviani, D. (1995). *Pedagogia histórico-crítica: Primeiras aproximações*. 5ª ed. São Paulo: Autores Associados.

Sebares, F.E. (2008). Memoria histórica y deber de memoria: las dimensiones mundanas de un debate académico. *Entelequia. Revista interdisciplinar*. (7), 77-96.

Seidman, J. (2013). Lecciones del proceso de paz. *Revista pueblos*. Recuperado de <http://www.revistapueblos.org/blog/2013/08/25/lecciones-del-proceso-de-paz-sudafricano/>

Sen, A. (2013). *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motto. São Paulo: Companhia da Letras.

Sennett, R. (2008). *A cultura do novo capitalismo*. Tradução Clóvis Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Record.

Serrano, A. (1989) *Manual de Derecho Procesal Penal*. Publicación del PNUD. 1ra. Edición. El Salvador.

Sgai, M.G.F.G, Pizzutto, C.S e Guimaraes, M.A.V. (2010). Estresse, estereotipias e enriquecimento ambiental em animais selvagens cativos: revisão. *Clínica Veterinária*, São Paulo, 15(88), p. 88-98.

Sharp, G. (2003) *De la Dictadura a la Democracia; Un sistema conceptual para la liberación*, The Albert Einstein Institution, Primera Impresión, Traducción al Español por Caridad Inda.

Sierra, P, Cubides, J y Carraso, H. (2016). El control de convencionalidad: aspectos generales en el sistema interamericano de derechos humanos y en el derecho colombiano, En *El control de convencionalidad: fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Ed. Universidad Católica de Colombia.

Silva, Á. J. y Sánchez, W. (2016). Cardeal colombiano: acordo de paz com as FARC não pode ignorar a verdade e a justiça. In: *Acidigital*, Roma,

Silva, E, Yamamoto, K, Costa, K, Silva, M, Souza, M, Albuquerque, V, Aguiar, S, e Oliva, V. (2010). Incremento da saúde e da qualidade de vida de idosos institucionalizados através da convivência com animais de companhia e atividade assistida por animais (AAA). *Revista Ciência em Extensão*, 5(2), 84-85. Recuperado de http://ojs.unesp.br/index.php/revista_proex/article/view/284

Silva, L. (2015). *Por que a dignidade humana?*. In Responsabilidade e futuro: bioética, biopolítica, biopoder e os desafios para reflexão e ação. (Org) O Giacoia, et all. São Paulo: LiberArs.

Silva, M. B. (1998). *A Filosofia da Libertação: A partir do contexto histórico-social da América Latina*. Roma: Gregoriana.

Simoes, A. G. y Pozzoli, L. (2013). A aplicação constitucional da assistência social como expressão do caráter fraterno do Estado Social. In *Revista Jurídica*, 1, pp. 43-66.

Solomón, R. (1999). Justice v. Vengeance: on Law and the Satisfaction of Emotion. *The Passions of Law* (Coord. Susan A. Bandes). New Your University Press.

Soria, F. (2014). La Comisión de la Verdad en Sudáfrica fue fundamental para recomponer el país y no puede entenderse sin el liderazgo moral de Mandela. *El Agitador*, Recuperado de <http://www.bajoaragonesa.org/elagitador/ferriol-soria-la->

comision-de-la-verdad-en-sudafrica-fue-fundamental-para-recomponer-el-pais-y-no-puede-entenderse-sin-el-liderazgo-moral-de-mandela/

Souza, C.A. (1998). Mota de. Direitos humanos, urgente! São Paulo: Oliveira Mendes.

Spengler, F. (2010). *Da Jurisdição à Mediação*. Por uma outra cultura no Tratamento de Conflitos. Ijuí: Unijuí.

Spengler, F. (2014). *Retalhos da Mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo.

Spengler, F. (2016). *Mediação de Conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Staffen, M.R. (2013). A Redução do Estado Nacional e Ascensão do Direito Global! Há espaço para os juizados especiais federais? In: G.C, Grados, K, Cazzaro e M.R, Staffen. *Constitucionalismo em Mutação*. Blumenau: Nova Letra.

Staffen, M.R. (2015). *Interfaces do Direito Global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Suárez, B. y Fuentes, E. (2015) Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Concepto y desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, XVIII (36), pp. 65-80. Recuperado de: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/934>

Suárez, L. G. (2008). Efectividad de los Instrumentos Administrativos de Sanción y Exigencia de la Reparación del Daño Ambiental en Colombia. *Estudios Socio Jurídicos*, 10(1), 307 - 355. Recuperado de www.revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos

Tardif, M. (2002). *Saberes docentes e formação de professores*. Petrópolis: Vozes.

Tate, C & Vallinder, T. (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*. London: New York University Press.

Tavares, A; Lenza, P, e Alarcon, P (2005). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método.

Taylor, C. Et al (1994). Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition. Princeton: *Princeton University Press*.

Teixeira Júnior, A. W. M. (2017). *O acordo de paz entre o governo colombiano e as FARC e seus reflexos para a estabilidade sul americana*. João Pessoa: UFPB.

Thomé, R. (2013). *Manual de Direito Ambiental*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm.

Thompson, L. (2001). A History of South Africa, *Yale University Press - Yale Nota Bene*, United States, third edition, 190.

Tirado (2014). Contribuciones al debate jurídico del trabajo sexual en Colombia. *Revista Novum Jus*, 8(1), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.18.

Toledo, C.J. (2004). Nós Somos um Estado Laico? Um Estudo Histórico-constitucional, v.3, p. 221-241. São Paulo: Uninove.

Tomaz, R.E. (2013). Transnacionalidade: uma proposta à globalização Hegemônica. In C, Grados, K, Cazzaro e M.R, Staffen. *Constitucionalismo em Mutação*. Blumenau: Nova Letra.

Torres Ávila, J. (2016). Las políticas del recuerdo: el caso chileno. En *Derecho público en el siglo XXI Regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos* (65-82). Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/derecho-publico-en-el-siglo-xxi/pubData/source/derecho-publico-siglo-xxi.pdf>

Torres Ávila, J. (2016). Las políticas del recuerdo: el caso chileno. En *Derecho público en el siglo XXI Regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos* (65-82). Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/derecho-publico-en-el-siglo-xxi/pubData/source/derecho-publico-siglo-xxi.pdf>

Torres López, E. (2005). *Educación y Derechos Humanos*. Stefhany Editores.

Torres López, E. (2017). *Homenaje póstumo a Regina López Delgado*. Educación para la Paz y el Bien.

Torres, R. (2001). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar.

Tovani (2014). La protección del ambiente como límite al derecho de propiedad en Italia. *Revista Novum Jus*, 8(1), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.66.

Valenzuela, D. (s.f.). *El certiorari argentino y su carente fundamentación a la luz del art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación*, disponible en el sitio web http://www.academia.edu/26451516/El_Certiorari_argentino_y_su_carente_fundamentaci%C3%B3n_a_la_luz_del_art%C3%ADculo_3_del_C%C3%B3digo_Civil_y_Comercial_de_la_Naci%C3%B3n

Vargas Fernández, F. (2017). *El Conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva Internacional*. Bogotá, Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Vargas, M. (2013) Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos Primera edición, 2013 D. R. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal Av. Universidad 1449, col. Florida, pueblo de Axotla, del. Álvaro Obregón, México, D. F

Vásquez y Oseguera. (2008). Las instituciones en vilo - derecho y democracia en América Latina. *Revista Novum Jus*, 2(1), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p. 238.

Vázquez Rossi, J. (1997). *Derecho Procesal Penal*. T II. Ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, Argentina.

Venturi, E. R. (2012). Por uma integração sintática, semântica e pragmática dos direitos humanos na vida hermenêutica jurídico-política. *RIDB, Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 1(12).

Vernet, J. (2007). El derecho al medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 513 - 533. Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6774/6472>

Verri, P. (2008). *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*. Comité Internacional de la Cruz Roja. Buenos Aires, Argentina. Impresión: Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe.

Vieira, G. O. (2005). *A paz e os direitos do homem no pensamento de Norberto Bobbio*. In: *Civitas*, Porto Alegre, 5(2).

Vieria, O. V. y Scabin, F. (2006). *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores.

Villabella Armengol, C.M. (2015) *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*. Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Villalba Bernié, P.D. (2014). El Derecho Procesal Constitucional en escena: origen y objetivos, en *Derecho Procesal Constitucional, Garantías fundamentales, Constitución y Proceso*, P. Villalba Bernié y J. Rojas Wileman. Encarnación-Paraguay, Hesaka SRL Editorial.

Villalobos, D, Demier, F, e Mattos, R. (2015). *Villa- Lobos: Memórias de um Legionário*. 1 ed. Rio de Janeiro: Mauad X.

Villarraga, A. (0de febrero de 2013). Experiencias históricas recientes de reintegración de excombatientes en Colombia. *Colombia Internacional*, (77), 107 – 140. Doi: <http://dx.doi.org/10.7440/colombiaint77.2013.05>

Villoria, M. (2014). Estado de derecho, cultura de legalidad y buena gobernanza. En I. Wences, R. Conde y A. Bonilla. *Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias*. San José: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso).

Vitale, G. (s.f.) "Derecho al recurso, legalidad penal y prohibición del doble juzgamiento", disponible en el sitio web <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34447.pdf>

Vivanco, J.M. (1994). La Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos. *Serie Estudio de Derechos Humanos*, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12054.pdf>

Vivas (2013). Control al Juicio de Proporcionalidad de la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Novum Jus*, 6(2), Colombia. Universidad Católica de Colombia, p.31.

Vivas Barrera, T.G. (2016). *Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia*, Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Vivas Barrera, T.G. et al. (2012). Minorías étnicas en la jurisprudencia del tribunal europeo y de la corte interamericana de derechos humanos, *Novum Jus*, 6 (1).recuperado de:

http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/674/692

Vivas Barrera, T.G. et al. (2012). Minorías étnicas en la jurisprudencia del tribunal europeo y de la corte interamericana de derechos humanos, *Novum Jus*, 6(1).recuperado de

http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/674/692

Vivas, W. Y. (2014). *Debido Proceso y Acciones Constitucionales*. Bogotá: *Doctrina y Ley*.

Vladimir Llano, J. (2011). Apuntes para la comprensión del conflicto armado colombiano contemporáneo. *Novum Jus*, 5(2), 9-27. Recuperado de

http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/676/694

Vladimir Llano, J. (2011). Apuntes para la comprensión del conflicto armado colombiano contemporáneo. *Novum Jus*, 5(2), 9-27. Recuperado de

http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/676/694

Vygotski, L. (2001). *A construção do pensamento e da linguagem*. São Paulo: Martins Fontes.

Walzer, M. (2005). *Guerras justas e injustas*, Introducción de Rafael Grassa, Barcelona: Paidós.

Warat, L. (2001). *O Ofício do Mediador*. V. 1. Florianópolis: Habitus.

Warat, L. (2004). *Surfando na Pororoca: o Ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux.

Warat, L. A. (2010). *Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Warat, L.A. (2004). *Epistemologia e ensino do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux.

Welch, C. (2008). La Declaración Universal de los Derechos Humanos Cumple 60 años, *eJournal USA*, Estados Unidos.

Wiener, A. (2007). *64735 From A Name to A Number: A Holocaust Survivor's Autobiography*. Publicado pela Author House: USA.

Wolkmer, A.C. (2001). *Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Ômega.

Wolkmer, A.C. (2013). Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *Revista Jurídica Unicuritiba*. 2(31).

Yanakiew, M. (2016). *Acordo de paz entre governo colombiano e as Farc entra em vigor*. In: *Agência Brasil*, Buenos Aires.

Yourow, H. (1987). The Margin of Appreciation Doctrine in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence. Connecticut: *Connecticut Journal of Int'l Law*.

Zaffaroni, E.R. (s.f). *La Palabra de los Muertos*, Editorial Ibáñez, Bogotá.

Zahar, J. (1998). *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*; tradução Lucy Magalhães.

Zahar, J. (Ed). (2005). *Vidas desperdiçadas*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro.

Zahar, J. (Ed.) (2001). *Prós e contras da globalização*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Acción de Tutela. T-218 de 2012. 20 de marzo de 2012. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Unificación. SU 627 de 2015. 01 de octubre de 2015. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad. C-034 de 2014. 29 de enero de 2014. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de tutela. T 197 de 2014. 1 de abril de 2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Acción de Tutela. T- 517 de 2011. 05 de julio de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Acción de Tutela. T-415 de 1992. 17 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de Acción de Tutela. T- 536 de 1992. 23 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de Acción de Tutela. T- 622 de 2016. 10 de noviembre de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de Acción de Tutela. T-415 de 1992. 17 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Acción de Tutela. T-1078 de 12 de diciembre de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Acción de Tutela. T-025 de 22 de enero de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Cámara Federal de Casación Penal. (2014). Causa de Oraguntan Sandra, Buenos Aires.

Corte Constitucional del Ecuador. (2015). Sentencia N° 166-15-Sep - CC. Caso N° 0507-12-Ep. Quito.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C-154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Fondo, párr. 41.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de setiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala. Sentencia de 22 de noviembre de 2004, Fondo, Serie C-117.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C-163.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C-148.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre 2006. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C-160.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 57.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio del 2004 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia del 23 de noviembre del 2012 sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norin Catrimán y otros vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C-279.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, Fondo, reparaciones y costas., Serie C-279.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Sentencia de 2 de agosto de 2008, Serie C-181.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Fallo Matías Casal y otros recursos de hecho.

European Court of Human Rights. (2002). Christina Goodwin versus U.K. Sentencia de 11 de Julio de 2002.

European Court of Human Rights. (2003). Van Kück versus Germany. Sentencia de 12 de junio de 2003.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Bladet Tromso y Stensaas vs. Noruega. Sentencia de 20 de mayo de 1999.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso de Pabla KY vs. Finlandia. Sentencia de 26 de junio de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Handyside vs. Reino Unido. Sentencia de 7 de diciembre de 1976.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Irlanda vs. Gran Bretaña. Sentencia de 26 de mayo de 1993.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Morris vs. Reino Unido. Sentencia de 26 de febrero de 2002.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Sunday Times vs. Reino Unido. Sentencia de 26 de abril de 1979.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Caso Prosecutor vs. Erdemovic. Sentencia de 29 de noviembre de 1996.

INTRUMENTOS INTERNACIONALES

Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia (2016). *Ley de Identidad de Género*, Recuperado de <<http://www.diputados.bo/leyes/ley-n%C2%B0-807>>

Asamblea Legislativa Plurinacional; Ley 071. (2010).

Brandão, A.J. Moralidade administrativa. Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1.

Brasil, Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

Brasil. Lei 13105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.htm>.

Brasil. Lei 13140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>

Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. (2015). Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Recuperado de https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20

Comité Internacional de la Cruz Roja. (1987). *Comentarios de los protocolos adicionales*.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2005). Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas. Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina. Ginebra, Suiza.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2008). ¿Cuál es la definición de "conflicto armado" según el derecho internacional humanitario?. Recuperado de: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2012). Documentos de búsqueda. Conflictos internos u otras situaciones de violencia: ¿cuál es la diferencia para las víctimas? <https://www.icrc.org>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2017). Conflicto armado, violencia y retos humanitarios en Colombia- Informe anual. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/retos-del-fin-del-conflicto-armado-y-del-acuerdo-de-paz-en-colombia>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2017). Persisten infracciones al derecho internacional humanitario en Colombia. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/document/persisten-infracciones-al-derecho-internacional-humanitario-en-colombia>.

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. (2008). *La situación de la transgeneridad y la transexualidad en la legislación mexicana a la luz de los instrumentos jurídicos internacionales*. Recuperado de <http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E10-2008_final.pdf>

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em pdf.

Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 125 de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Constitución de la República del Paraguay, (1992). Recuperado de https://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm

Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). Brasília, Distrito Federal: Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Constitution of the Republic of South Africa Act, (1993). sec. 232-4. Recovered of http://www.southafrica.info/about/democracy/co_nstitution.htm.

Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. (1969). Disponible en [\[https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm\]](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Convención sobre la Esclavitud. (1926). Disponible en [\[http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx\]](http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx).

Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud. (1956). Disponible en [\[http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx\]](http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx)

Convenio sobre el Trabajo Forzoso de la Organización Internacional del Trabajo. (1930). Organización Internacional del Trabajo. Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, nº 29, disponible en [\[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029\]](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029)

Convenios de Ginebra. (1977). Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión Consultiva N° 023. San José.

Cruz Roja Española. (2008). Conflictos Armados Internos o no Internacionales. DIH-Normas básicas. www.cruzroja.es

Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. (2008.) Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. USP, São Paulo.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). Recuperado de [\[http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/americana/DADH/1948-DADH.htm#a1\]](http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/americana/DADH/1948-DADH.htm#a1).

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Resolución 217 A (III). Recuperado de [\[http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/\]](http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/)

Decreto 591 (1992) *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Brasília, Distrito Federal: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm

Decreto 678 (1992). *Pacto de San José da Costa Rica*. Brasília, Distrito Federal: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

Decreto 7.037 (2009). *Plano Nacional de Direitos Humanos* Brasília, Distrito Federal: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm

Departamento de Derecho Internacional, OEA. (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador". San Salvador. Obtenido de <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>

Departamento de Direitos Humanos da entidade da Associação dos Procuradores do Estado do Estado do Rio Grande do Sul (Apergs) para tentar disseminar o contrário. Disponível em: direitos-humanos-vao-alem-de-defender-bandido-4660406.html.

Diálogos de Paz en la Habana. (24 de noviembre de 2016). *acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Obtenido de Acuerdo de Paz:

<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

Ejército Nacional de Colombia. (22 de junio de 2016) Departamento Jurídico Integral CD11, Colombia. ¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario (DIH). www.ejercito.mil.co/departamento_juridico_integral_dd_hh_dih/que_es_derecho_internacional.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998). Recuperado de: <http://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Esp.pdf>

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (2002). Recuperado de [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

European Court of Human Rights. (1992). B. versus France. Sentencia de 25 de marzo de 1992.

ICTJ, (2014). *Reporta: Verdad y memoria*, Recuperado de <http://www.ictj.org/es/news/ictj-reporta-verdad-memoria>

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción (2014). Caso Orangutana Sandra, Id SAIJ: FA14060006. Poder Judicial de la Nación, N° 47. Buenos Aires. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-criminal-instruccion-nro-47-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-orangutana-sandra-habeas-corpus-fa14060006-2014-11-13/123456789-600-0604-1ots-eupmocsollaf>

La Oficina del Consejo Parlamentario de Nueva Zelanda. (2014). Obtenido de <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/whole.html>

Lei 13.460 de 2017. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm

Lei 8.078 de 1990. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm >Lei n. 8.987 de 1995. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm >

Ministério da Justiça. Disponível em mais-de-622-mil-detentos. Acessado em 16/07/2017.

Ministerio de Justicia. (29 de Mayo de 2018). *Aprobado en primer debate proyecto ley que adopta reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz*. Obtenido de

<http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/3797/Aprobado-en-primero-debate-proyecto-ley-que-adopta-reglas-de-procedimiento-para-la-Jurisdicci%C3%B3n-Especial-para-la-Paz.aspx>

Ministerio Público del Paraguay. (1996). *Anteproyecto de Código Procesal Penal del Paraguay, con exposición de motivos*, 2da. Edición.

Motta. Sentencia de 19 febrero de 1991Serie A-195-A. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 19 de febrero de 1991).

Official Truth and Reconciliation Commission Website, Recovered of <http://www.justice.gov.za/trc/index.html>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2009). Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2011). *Qué son los derechos humanos*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional vol. I y II.

Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>

Organização dos Estados Americanos (org.) (2014). *Inequality and Social Exclusion in the Americas: 14 Essays*. Washington: OEA, 111-134, 2.ª ed.

Organización de Estados Americanos. (2017). *El Derecho a la Identidad, el Registro Civil y las Estadísticas Vitales*. Módulos 1 y 2: Registro Civil y el derecho a la identidad, Curso Edición # 9.

Organización de Estados Americanos-Corte IDH. (2015). *Conceptos básicos*. Recuperado de <<http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>>

Organización de las Naciones Unidas (1999) *“Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos”*, Resolución No. 53/144 aprobada por Asamblea General del 8 de marzo de 1999, A/RES/53/144.

Organización de Naciones Unidas (2010), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ONU-Mujeres, disponible en <http://www.endvawnow.org/es/articles/1485-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos.html>

Organización de Naciones Unidas. (1948). *Declaración universal de derechos humanos*. Recuperado de <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>

Organización de Naciones Unidas. (1966). Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial. Resolución N° 2142.

Organización de Naciones Unidas. (1972). Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Organización de Naciones Unidas. (1973). Convención internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid. Resolución N° 3068.

Organización de Naciones Unidas. (1978). Declaração sobre a Preparação das Sociedades para Viver em Paz. Assembleia Geral de 15 de dezembro de 1978, n° 33/73. Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz. Disponível em: <www.onu.org>

Organización de Naciones Unidas. (1984). Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz. Assembleia Geral de 12 de novembro de 1984, n° 39/11. Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz. Disponível em: <www.onu.org>.

Organización de Naciones Unidas. (1989). Política de apartheid del Gobierno de Sudáfrica. Resolución N° 35/206.

Organización de Naciones Unidas. (1999). Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz. Resolução aprovada por Assembleia Geral em 06 de outubro de 1999, n° 53/243. Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz. Disponível em: www.onu.org

Organización de Naciones Unidas. (2009). *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflict, amnistias*. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Recuperado de [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>].

Poder Legislativo de Chile (2013). Proyecto de ley, Derecho a la Identidad de Género, publicado en el Boletín 8.924-07 del 7 de mayo 2013. Recuperado de <http://movilh.cl/documentacion/2016/indicacionesidentidaddegenero.pdf>

Poder Legislativo de la República de Argentina (2012). Ley de Identidad de Género, ley 26.743 aprobada el 8 de mayo de 2012. Recuperado de <http://www.buenosaires.gob.ar/derechoshumanos/convivencia-en-la-diversidad/normativas/ley-26743-de-identidad-de-genero>

Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay (2009). Derecho a la identidad de género y el cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios, ley 18.620 del 12 octubre de 2009. Recuperado de <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp8427637.htm>

Presidência da República; (1995). Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reformado Estado.

Procuradoria Geral da União. (2012). PGU. *Cartilha de excelência no atendimento e boas práticas na PGU*. Brasília: PGU. Disponible em: <>

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Conocido como Protocolo de Palermo, de 15 de diciembre de 2010, Recuperado de [http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf].

Sala Constitucional de Costa Rica. (2015). Resolución 2015-08750. Recuperado de: <<http://biblioteca.fdi.cr/wp-content/uploads/2018/02/151-Sala-Constitucional-Res.-8750-2015-protocolo-de-reasignaci%C3%B3n-sexual-CCSS.pdf>>

The Promotion of Nacional Unity and Reconciliation Act, n.34 de 1995.

Tribunal Constitucional de Perú. (2013). Resolución 00139-2013. Recuperado <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.pdf>

Tribunal Supremo de Justicia (2017) Sentencia No. 155 de la Sala Constitucional de fecha 27 de marzo de 2017. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. (2017) Sentencia No. 156 de la Sala Constitucional de fecha 27 de marzo de 2017. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. (2017) Sentencia No. 157 de la Sala Constitucional de fecha 01 de abril de año 2017. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/197399-157-1417-2017-17-0323.HTML>

Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report, (2006).

Unesco. (1998) Declaração Universal dos Direitos Humanos. Brasília: Representação da Unesco no Brasil.

Unicef. (2002). El registro de nacimiento. Innocenti Digest N°9. Florencia.

NORMATIVIDAD NACIONAL

Constitución Política de Colombia. 2001. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

Corte Suprema de Justicia. (2017). Sala de Casación Civil y Agraria, Bogotá.

Ley 1448 de 2011. Diario Oficial de la República de Colombia 48096, Bogotá D.C., Colombia, 10 de junio de 2011. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43043>

Ley N° 975. Diario Oficial de la República de Colombia 45.980, Bogotá D.C., Colombia, 25 de julio de 2005.

Poder Ejecutivo de la República de Colombia (2015). *Decreto Ejecutivo n.º 1227 adición Sección: Trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil al Decreto 1069: Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho del 15 de junio de 2015*. Recuperado de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Ministerio/decreto%20unico/%20decreto%20s/1.%20DECRETO%202015-1227%20sexo%20c%C3%A9dula.pdf>

Vicepresidencia de la República De Colombia (2006) *Guía para la conformación de observatorios de DH y DIH*, Observatorio del Programa Presidencial de DH y DIH, Impreso Ediciones Ltda.

SIMPOSIOS Y CONFERENCIAS

Acosta, M. (2007). Un primer acercamiento a la identificación de criterios para los Sistemas de Registro Civil. *IV Encuentro de Directores del Registro Civil, Identificación y Estadísticas Vitales*. México.

Chelini, M.O.M. et al. (2012). Terapia Assistidas com cães para crianças com autismo.. Resumos de comunicações científicas. *42ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira de Psicologia e VIII Congresso Iberoamericano de Psicologia*. São Paulo.

Ferraroni, R.C e Pereira, N.C. (2009). O Ensino dogmático do Direito como elemento limitador à universalização do acesso à justiça. *Anais XVIII Congresso Nacional CONPEDI*. São Paulo. Fundação Boiteux. p. 6356 a 6373.

Filgueiras, F. (2003). Teoria Política da Corrupção. I *Simpósio USP / IUPERJ de Pós-Graduação em Teoria Política*. Anais. São Paulo.

Lima, B, Dantas, L.E. (2013). Inclusão: Um direito fundamental das pessoas com deficiência. In: *II Simpósio Regional Sobre Direitos Humanos e Fundamentais*, Marília, São Paulo, 2013 Disponível em: <<http://www.univem.edu.br/file/artigo02.pdf>>

S.n. (1990). Conferência mundial de educação para todos. Declaração mundial sobre educação para todos, plano de ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem. *Disponível em*: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-a-Educa%C3%A7%C3%A3o/declaracao-mundial-sobre-educacao-para-todos.html>>.

Santín, V.F. (2018). Cortesía en el servicio público. *Actas del II Congreso Latinoamericano por la paz*. Lima: Universidade Católica Sedes Sapientiae. Disponível em: <<https://www.ucss.edu.pe/images/fondo-editorial/actas-ii-congreso-latinoamericano-por-la-paz/cortesia-servicio-publico-valter-foleto-santin.pdf>>.

PERIÓDICOS INFORMATIVOS

Adorno, L. Justiça condena 12 funcionários da antiga FEBEM por torturar internos. *Folha de S. Paulo*. Disponível em justica-condena-12-funcionarios-da-antiga-febem-por-torturar-58-adolescentes.shtml?mobile#

Folha. (2018). Coreia do Norte e do Sul prometem acordo de paz e fim de armas nucleares. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Internacional. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/04/lideres-de-coreia-do-norte-e-do-sul-prometem-acordo-de-paz-e-fim-de-armas-nucleares.shtml>

Forer, A. (2013). Crímenes de Lesa Humanidad: confusión "generalizada" en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/opinion/crimenes-de-lesa-humanidad-confusion-generalizada-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-suprema-de-columna-409198>

Las normas que necesita la JEP para su pleno funcionamiento. (2018). *El Espectador*. Recuperado de <https://colombia2020.elespectador.com/jep/las-normas-que-necesita-la-jep-para-su-pleno-funcionamiento>

Linhares, C e Carazzai, E. (2017) Seis meses após massacres, estados ainda têm presídios superlotados. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Caderno Cotidiano. Disponível em massacres-estados-ainda-tem-presidios-superlotados.shtml?mobile

Los peores crímenes en el prontuario de las Farc. (2016). *El tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/crimenes-de-lesa-humanidad-cometidos-por-las-farc-41648>

Lusa. (2018). Acordo de paz na Colômbia com balanços diferentes de governo e guerrilha. *Lusa*. Lisboa, Internacional. Disponível em <https://www.dn.pt/lusa/interior/acordo-de-paz-na-colombia-com-balancos-diferentes-de-governo-e-guerrilha-9025846.html>

Maraniello, P. (2017). ¿Un río puede ser una persona jurídica? En Nueva Zelanda, el río Whanganui sí. *Diario DPI Suplemento Derecho Público Comparado* (07). Recuperado de <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/05/Patricio-Maraniello-Derecho-Publico-Comparado-17.05.pdf>

Pareja, D.J. (2016). Bojayá sigue en el olvido: 14 años después de la masacre. *EL Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16579772>

Relatório de Pesquisa de Opinião Pública. Interesse público e corrupção. Belo Horizonte: Centro de Referência do Interesse Público; Vox Populi, 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2009/09/pesquisa-mostra-que-brasileiro-reconhece-aco-es-do-governo-no-combate-a-corrupcao>.

Rivadeneira, J. C. (2017). Habeas Corpus para el oso chucho y la tutela de negro, los nuevos debates del derecho. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/constitucional-y-derechos-humanos/habeas-corpus-para-el-oso-chucho-y-la-tutela-de-negro-los-nuevos>

Torres Tovar, M. (2010) Qué son los Derechos Humanos. *Diario El Pueblo de Arequipa*.



Anexo

Versión en español

CARTA DE BOGOTÁ POR LA PAZ MUNDIAL

Los organizadores y participantes del V Congreso Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y III Congreso por la Paz, reunidos en la Universidad Católica de Colombia, ciudad de Bogotá, del 11 al 12 de septiembre de 2018, reafirmando los mandamientos de la Carta de Marília por la Paz Mundial, de 22 de mayo de 2016, y de la Carta de Lima Norte por la Paz Mundial, del 6 al 8 de septiembre de 2017, manteniendo el mismo propósito de trabajar perseverantemente por la paz mundial; reconociendo la importancia de la amistad y diálogo entre los pueblos y rechazando cualquier acto de terror y de violencia; posicionándose contra cualquier tipo de difusión de odios, discriminación y marginación; acuerdan en favor de la paz y la justicia duraderas:

1. Reafirmar la paz debiendo ser construida paulatinamente a través de la cooperación dialógica entre los pueblos para el progreso de la humanidad y la efectividad de los derechos humanos;
2. Clamar por la observancia de los acuerdos internacionales humanitarios y por la búsqueda de la solución pacífica de los conflictos, la defensa de la paz y la concesión de asilo político;
3. Rechazar firmemente el terrorismo, el racismo y las ideologías violentas, de dictadura, de fanatismo y odio;

4. Reiterar la educación, respaldada en valores democráticos, como el derecho humano fundamental y como condición sine qua non para la construcción de una sociedad libre, justa, fraterna y pacífica;
5. Luchar por la erradicación de todas las formas de desigualdad y preconceptos relativos a la raza, el color, el sexo, el origen, la cultura y las creencias, reconociendo la importancia de las acciones protectoras de los grupos vulnerables con el fin de proporcionarles igualdad de participación democrática;
6. Reconocer el carácter humanitario y social del problema de desplazados forzados y refugiados en América Latina y en el mundo, repudiando acciones tendientes a la expulsión por motivos de raza, creencia, nacionalidad, grupo social al que se pertenezca y opiniones políticas;
7. Declarar la necesidad de mayor efectividad en la protección hacia el medio ambiente de manera ecológicamente equilibrada en favor de las presentes y futuras generaciones;
8. Prevenir y erradicar la miseria y la marginación, condenando con vigor relaciones de trabajo que sometan a los más necesitados la situación análoga a la condición de esclavitud;
9. Estimular la cooperación nacional e internacional en la lucha contra la corrupción en los Estados y en las organizaciones en general;
10. Apoyar el cambio en los sistemas penitenciarios de América Latina para que logren alcanzar su función resocializadora con respecto a los derechos humanos y prácticas restaurativas en la cárcel.

Versão em português:

CARTA DE BOGOTÁ PELA PAZ MUNDIAL

Os organizadores e participantes do **V Congreso Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y III Congreso por la Paz**, reunidos na Universidad Católica de Colombia, cidade de Bogotá, de 11 a 12 de setembro de 2018, reafirmando os mandamentos da Carta de Marília pela Paz Mundial, de 22 de maio de 2016, e da Carta de Lima Norte pela Paz Mundial, de 6 a 8 de setembro de 2017, mantendo o mesmo propósito de trabalhar obstinadamente pela paz na América Latina e no mundo; reconhecendo a importância do diálogo entre os povos e rechaçando atos de terror e de violência; posicionando-se contra qualquer tipo de disseminação do ódio, discriminação e marginalização; **acordaram** em prol da paz e da justiça duradouras:

1. Reafirmar que a paz há de ser construída paulatinamente por intermédio da cooperação dialógica entre os povos para progresso da humanidade e efetivação de direitos humanos;
2. Clamar pela observância de acordos internacionais humanitários e pela busca da solução pacífica dos conflitos, da defesa da paz e da concessão de asilo político;
3. Rechaçar firmemente o terrorismo, o racismo e as ideologias violentas, de ditadura, de fanatismo e ódio;
4. Reiterar a educação, lastreada em valores democráticos, como direito humano fundamental e como condição sine qua non para a construção de uma sociedade livre, justa, fraterna e pacífica;
5. Lutar pela erradicação de todas as formas de desigualdade e preconceito relativos a raça, cor, sexo, origem, cultura e crenças, reconhecendo a importância de ações protetivas de grupos vulneráveis com o fim de lhes proporcionar igualdade de participação democrática;

6. Reconhecer o caráter humanitário e social do problema de deslocados internos e refugiados na América Latina e no mundo, repudiando ações tendentes à expulsão por motivo de raça, crença, nacionalidade, grupo social a que pertence ou opiniões políticas;
7. Declarar a necessidade de maior efetividade na proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em favor das presentes e futuras gerações;
8. Prevenir e erradicar a miséria e a marginalização, condenando com vigor relações de trabalho que submetam os mais necessitados a situação análoga à condição de escravo;
9. Estimular a cooperação nacional e internacional no combate à corrupção nos Estados e nas organizações em geral;
10. Apoiar melhorias nos sistemas prisionais da América Latina para que logrem alcançar sua função ressocializadora com respeito a direitos humanos e práticas restaurativas no cárcere.

A presente obra foi aprovada pelo nosso Conselho Científico-Editorial respeitando as diretrizes da Qualis/CAPES, quais sejam, originalidade, relevância, pertinência, embasamento teórico, densidade científica, metodologia e desenvolvimento, inclusive o sistema “double blind review” (dupla análise sigilosa, onde os conselheiros não sabem quem é o autor da obra analisada). Este sistema garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a plena autonomia do Conselho Editorial, atestando a excelência da obra que apresentamos à sociedade.



CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL

PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS

(In Memoriam – Presidente de Honra).

Pós-Doutorado em História da América Latina pela Universidade de Paris III, França. Doutorado em História pela Universidade de Paris X - Nanterre, França. Mestrado em História do Brasil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná, Professor da UFPR - Universidade Federal do Paraná. Reitor da UFPR - Universidade Federal do Paraná, (1998/2002). Membro do Conselho Nacional de Educação (2003/2004) e do Conselho Superior da CAPES (2003/2004).

PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS

Pós-doutorado pela Universidade de Aveiro (2017). Pós-Doutorado no Programa Avançado de Cultura Contemporânea da UFRJ (2010). Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestrado em Educação - área de Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico, pela Universidade de Brasília (1997). Licenciatura em Educação Artística, habilitação em Artes Visuais, pela Universidade de Brasília (1983). É professora na Faculdade de Artes Visuais da UFG. Atua no curso de Licenciatura em Artes Visuais e no Programa de Pós-Graduação em Arte e Cultura Visual, do qual foi coordenadora em dois períodos: 2005 a 2008, 2012 a 2014.

PROF. ANDREA PITASI

PhD. Professor de Sociologia do Direito do Programa de Mestrado e Doutorado da "Università degli Studi Gabriele D'Annunzio - Dept. of Neuroscience", Itália. Membro do Conselho

Instituto Memória

Acadêmico do “SANTA FE Associate International”. Presidente na empresa WORLD COMPLEXITY SCIENCE ACADEMY (WCSA).

PROF. AUGUSTUS BONNER COCHRAN III, USA

Academic Degrees (titulação): B.A., Davidson College; M.A., Indiana University; Ph.D., University of North Carolina; J.D., Georgia State University College of Law. Professor Titular de Ciência Política da Faculdade de Agnes Scott – GEORGIA-EUA.

PROFA. DRA. BETINA TREIGER GRUPENMACHER

Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutorado pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduação pela Universidade de Salamanca, na Espanha e pela Universidade Austral, na Argentina. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora adjunta nos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito Tributário da Universidade Federal do Paraná. Foi Conselheira do Conselho de Contribuintes do Município de Curitiba por aproximadamente 10 anos e foi assessora jurídica da Comissão de Orçamento da Assembleia Legislativa do Paraná.

PROF. DR. BRUNO MENESES LORENZETTO

Doutorado em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestrado em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2007). Bolsista pela CAPES durante o Mestrado na UFPR. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Visitng Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Desenvolve suas pesquisas na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Teoria do Direito e Teoria do Estado.

PROF. DR. CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO

Doutorado em Direito do Estado (Direito Tributário) pela PUC-SP. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduação em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1998). Pós-graduação em Direito Civil pela UFAM (1998). É Procurador do Estado do Amazonas, Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas, advogado, professor de Direito Constitucional e Direito Financeiro da Faculdade de Direito da UFAM, professor de Direito Tributário no curso de pós-graduação em Direito do CIESA e professor da Escola Superior da Magistratura do Amazonas (ESMAM).

PROF. DR. DANIEL FERREIRA

Pós-Doutorado pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos /Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IGC-CDH/FDUC - 2016). Doutorado (2008) e Mestrado (1999) em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo (PUCSP). Laureado pela Faculdade de Direito de Curitiba (FDC-1993), além de graduado em Engenharia Industrial Elétrica pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR - 1988). É Docente Permanente e atual Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado), além de Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER), Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos da Função Pública (IBEFP), membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado (IIEDE), do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA) e do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Ex-Coordenador (2009-2011), ex-Docente Permanente do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA); ex-Coordenador (2001-2003), ex-Chefe do Departamento de Direito Público (1999-2001) e, ainda, ex-Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba/UNICURITIBA (tendo ingressado na IES em 1996). É, também, parecerista e sócio-fundador do Ferreira, Kozicki de Mello & Maciel Advogados Associados (desde 1996), onde exerce a advocacia consultiva e contenciosa, e árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP).

PROF.DR. DEMETRIUS NICHELE MACEI

Pós-doutorado pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015). Doutorado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestrado em Direito Econômico e Social (2004). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000). Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). Professor de Direito Tributário da graduação, especialização e mestrado da Faculdade de Direito Curitiba (UNICURITIBA). Professor convidado no *Curso de Posgrado en Derecho Tributario* na *Universidad Austral de Buenos Aires/Argentina* e ex-professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2006-2007) e da PUC/PR (2000-2006/2011-2013). Ocupou os cargos de Diretor e Gerente Jurídico em empresas de grande porte na área de Auditoria e Indústria alimentícia no Brasil e no Exterior. Realizou Curso de Extensão em Direito Norte-Americano pela *Fordham University*, em Nova Iorque/EUA (2010). Publicou os livros "Tributação do Ato Cooperativo" e "A Verdade Material no Direito Tributário". Participa do Conselho Temático de Assuntos Tributários da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP), é associado do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), é membro efetivo do Conselho Fiscal de Três Companhias listadas na BOVESPA e ainda é membro titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda.

PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA

Doutorado em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). Diretor da Escola de Letras da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade Nacional de Córdoba. Professor da cátedra de Pensamento latino-americano da Escola de Letras da Universidade Nacional de Córdoba. Membro do Conselho Editorial da Revista Silabário.

PROF. DR. EDGAR WINTER JÚNIOR

Doutorado em Engenharia e Ciência dos Materiais - PIPE UFPR (2015). Mestrado em Engenharia de Processos Químicos e Térmicos - PIPE-UFPR (2005). Pós-Graduação em Produtividade e Qualidade Total pela UNIPLAC-SC (1997). Pós-Graduação em Engenharia de Segurança do Trabalho na UTFPR (2010). Graduação em Engenharia Química pela Universidade Federal do Paraná (1991). Foi Professor Substituto da UTFPR nas áreas de Gestão QSMS (abr/2010 a jul/2012). Tem experiência, em consultoria e vivência, nas áreas de Educação, Treinamento, Engenharia Química, Engenharia de Materiais e Engenharia de Segurança do trabalho, com ênfase em Gestão Estratégica, Gestão de pessoas, Gestão Integrada (Qualidade, Meio Ambiente, Segurança e Saúde) e Redução de Custos, atuando como professor de Pós-graduação em áreas como Gestão Integrada, Gestão da Qualidade e Gestão Estratégica. Desde fevereiro de 2015 é professor na FAPI - Faculdade de Pinhais (integrante da Comissão Própria de Avaliação), nas disciplinas de Planejamento Orçamentário, Matemática Básica, Matemática Superior, Estatística Aplicada, Métodos Numéricos e Gestão da Qualidade, para os cursos de Administração, Processos Gerenciais, Logística e Recursos Humanos.

PROF. DR. EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO

Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2011). Mestrado em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2003). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (1998). Foi Pesquisador Visitante na Universidade Paris I - Panthéon-Sorbonne (2010) e na Organização Mundial de Propriedade Intelectual - OMPI (2011). Coordenou o Escritório de Transferência de Tecnologia da Agência PUC de Inovação, na PUCPR (2011-2014). Decano (Diretor Geral) da Escola de Direito da PUCPR. Professor de Direito Empresarial no Curso de Graduação em Direito da PUCPR e em Cursos de Pós-Graduação da PUCPR, Esmafe e ABDCONST.

PROF. DR. EDUARDO ARRUDA ALVIM

Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Mestrado em Direito, PUC/SP. Especialização em Direito Processual Civil, PUC/SP. Especialização em Direito Tributário, PUC/SP. Bacharelado em Direito, PUC/SP. Professor Universitário (bacharelado, especialização, mestrado e doutorado) da PUC/SP e da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Advogado atuante, possui experiência na área de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito Tributário, Direito Processual Tributário, Direito Administrativo, Direito Processual Constitucional. Autor e Palestrante renomado internacionalmente.

PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES

Pós-Doutorado em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Facultad de Dret. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor-pesquisador em Direito da Integração e Direito Internacional da UniBrasil, Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Membro do Grupo Pátrias, UniBrasil, vinculado ao Cnpq. Professor de Direito Internacional da PUCPR,

Instituto Memória

Consultor do MERCOSUL para a livre Circulação de Trabalhadores (2005/2006). Foi Editor Chefe da Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, Qualis B1, desde a sua fundação e atualmente exerce as funções de Editor Adjunto.

PROFA. DRA. ELAINE RODRIGUES

Pós-doutorado em História da Educação pela Universidade Federal de Uberlândia (2015). Doutorado em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestrado em Educação pela Universidade Estadual de Maringá (1994). Graduação em Pedagogia pela Universidade Estadual de Maringá (1987). Atualmente é professora Adjunta do departamento de Fundamentos da Educação e do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Maringá.

PROF. DR. FABIO ARTIGAS GRILLO

Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB/PR; Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná – IDTPR. Especialista em 'Direito Internacional e Comparado' pela Southwestern Legal Foundation, Dallas, EUA (1998), assim como em 'Política Econômica Internacional' pela Facultad de Graduados, Universidad de Belgrano, Argentina (2000). Exerceu cargo de Professor concursado da UFPR (2001-2007) e Lecionou na Unicenp (2001-2003). Obteve o 'IX Prêmio de Finanças Públicas ESAF-Tesouro Nacional-CEPAL-FGV e Ministério das Relações Exteriores', categoria Estudos do Mercosul (2004).

PROF. DR. FERNANDO ARAUJO

Doutorado (em 1998) em Ciências Jurídico-Econômicas. Mestrado (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas. Licenciatura em Direito (em 1982). Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É atualmente docente no Curso de Licenciatura e no Curso de Mestrado e Doutorado.

PROF. DR. FERNANDO GUSTAVO KNOERR

Doutorado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado em Direito do Estado e Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra, Portugal (2015-2016). Procurador Federal. Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná / FEMPAR. É Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Tem experiência em: Direito do Estado. Crise da Administração e da Representação Política. Contratos Públicos. Cidadania. Integração e Globalização.

PROFA. DRA. FLÁVIA PIOVESAN

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993). Graduação em Direito pela

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990). É professora doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo nos programas de Graduação e Pós Graduação em Direito; visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000); visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005); visiting fellow do Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, 2007 e 2008) e Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law (2009-2011). Membro Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana; membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development; e membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Eleita para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (2018-2021) Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, Direito Constitucional, Direito Internacional, proteção internacional e proteção constitucional.

PROFA. DRA. GISELA MARIA BESTER

Pós-doutorado em Direito Público na Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito (2002) pela Universidade Federal de Santa Catarina - Área de Concentração Direito, Estado e Sociedade, na Linha de Pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos -, com um ano de pesquisas desenvolvidas na Universidad Complutense de Madrid e na Università degli Studi di Roma La Sapienza (modalidade Doutorado Sanduíche, 1999). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996), na Linha de Pesquisa Instituições Jurídico-Políticas. Graduação em Direito pela Universidade de Ijuí (1991). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. É associada ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e avaliadora de artigos científicos para seus eventos. Ex-pesquisadora do CNPq e Conselheira Titular do Ministério da Justiça (2008-2012), no CNPCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Associada ao NELB - Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

PROFA. DRA. GRACIELA SANJUTÁ SOARES FARIA

Doutorado (2010) e Mestrado (2005) em Gestão da Produção pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) na linha de pesquisa Organizações, Instituições e Trabalho. É especialista em Psicopedagogia pelo Centro Universitário Claretiano (2007) e psicóloga pela Universidade Federal de São Carlos (2002). Estuda os temas trabalho, jornada, contratos de trabalho, gênero, equilíbrio trabalho-família, trabalho docente e saúde do trabalhador. Atua há 15 anos como docente em cursos de graduação e pós-graduação presenciais e à distância. Atualmente, está coordenadora do curso de Psicologia do UNIBRASIL Centro Universitário e docente no curso de Psicologia e Administração. Possui experiência profissional na área de Gestão de Pessoas, Psicologia do Trabalho, Institucional e Organizacional, Psicologia Clínica e Psicopedagogia.

PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ

Doutorado em Filosofia, na Diusburg Universität (1983), com bolsa da Konrad Adenauer Stiftung. Mestrado em Literatura, na Ohio University e The University of New México, com bolsa de estudos da Fulbright-Hays Scholarship. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Assunção (Paraguai). Autor de numerosos livros de poesia, narrativa e ensaio, tendo já sido publicado no Brasil a novela Caballero (tché!, 1994) e o ensaio Ideologia Autoritária (Funag, 2005).

PROF. DR. HERBERTO JOSÉ CHONG NETO

Pós-doutorado em Saúde da Criança e do Adolescente (2009-2011) na Universidade Federal do Paraná. Doutorado em Medicina Interna pela Universidade Federal do Paraná (2006-09). Mestrado em Ciências da Saúde pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-05). Especialização em Alergia Pediátrica-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1999-2001). Residência em Pediatria-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1997-99). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1997). Professor Adjunto III de Pediatria do Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná. Professor do Curso de Pós-graduação (Mestrado) em Saúde Coletiva da Universidade Federal do Paraná.

PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento). Doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Mestrado em Direito pela PUC-SP (2002). Mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001). Especialização em Administração Financeira pela Alvares Penteado. Especialização em Mercados Futuros pela BMF – USP. Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996). Graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981). Avaliador de curso e institucional pelo INEP MEC. Atualmente é advogado responsável - Segpraxis Advocacia, professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP no mestrado e graduação. Foi Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Antonio de Queiroz e Banco Crefisul, Membro do Conselho Fiscal e Diretor do Curso de Direito da Universidade Ibirapuera UNIB, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anchieta de SBC. Atualmente é Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico, Vice Presidente da Comissão de Estágio (triênio 2013 a 2015) e membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP todas estaduais. Tem experiência na área de Direito atuando principalmente nos seguintes temas: direito, educação, ensino, direito Constitucional, direito Administrativo, direito do Trabalho, direito Empresarial, administração, finanças, seguros, gestão e avaliação.

PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE

Pós-Doutorado na Université de Saint Esprit de Kaslik, Líbano (2006). Doutorado em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). Professora adjunta da Universidade Federal de Santa Maria. Integra o Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental.

PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI

Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestrado (1994) e graduação (1986). Professor e Coordenador do Mestrado em Direito no UNIVEM. Professor e foi Chefe de Gabinete na PUC-SP. Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Avaliador para cursos de direito INEP/MEC. Foi membro da Comissão de Ensino Jurídico, do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Foi sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo.

PROF. DR. LUC CAPDEVILA

Pós-Doutorado. Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. Membro do Conselho Científico da Universidade de Rennes 2 e do Conselho Editorial de várias revistas científicas (CLIO Histoire, Femmes, Sociétés; Nuevo Mundo Mundos Nuevos; Diálogos; Takwa). Especialista em História Cultural sobre conflitos sociais contemporâneos, dirige atualmente um programa de investigação multidisciplinar sobre a Guerra do Chaco.

PROF. DR. LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER

Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM (2008). Mestrado em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2001). Especialização em Filosofia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1988). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1984). Atualmente é professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná na graduação (onde foi Coordenador entre 1987 a 1989), na pós lato sensu onde coordena a especialização em Direito, logística e negócios internacionais, e no strito sensu, no mestrado e doutorado. Ex-professor titular e ex-Coordenador "(2005-2010) do Curso de Direito da Faculdade Internacional de Curitiba, professor titular do Centro Universitário Curitiba e da Faculdade da Indústria-IEL. Advogado militante desde 1984 e consultor jurídico, atuando principalmente nos seguintes temas e áreas: contratos; integração regional; Mercosul; relações internacionais; direito marítimo; direitos humanos; direito humanitário; legislação aduaneira; direito internacional econômico e direito internacional. Coordenador do NEADI (www.neadi.com.br). Membro de Centro de Letras do Paraná e do Instituto de Advogados do Paraná.

PROF. DR. LUÍS FERNANDO SGARBOSSA

Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). É Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Campus de Três Lagoas - CPTL. Professor Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS (Campo Grande). Foi membro do Colegiado do Curso de Mestrado em Direito UFMS (2015/2017). Foi membro do Conselho da Faculdade de Direito da UFMS. Foi professor de cursos de pós-graduação lato sensu na área jurídica na Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST (Curitiba-PR), no Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC (Londrina - PR) e Escola da Magistratura do Paraná -

Instituto Memória

EMAP (Ponta Grossa-PR). Foi membro da Comissão de Educação Jurídica da Seccional do Paraná da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná - OAB PR. É autor de livros e capítulos de livros, além de artigos jurídicos publicados em periódicos indexados no QUALIS Periódicos da CAPES. Atuou como prefaciador e tradutor de obras jurídicas (livros e artigos). Foi advogado inscrito na OAB/PR. É editor cadastrado na Agência Brasileira do ISBN (prefixo editorial 922749). É membro de conselhos editoriais e avaliador ad hoc de diversos periódicos científicos indexados no QUALIS Periódicos da CAPES de todo o Brasil, bem como de diversos eventos científicos regionais e nacionais. Membro do Conselho Editorial do Instituto Memória (Curitiba - PR). Foi membro da Société de Législation Comparée - SLC (Paris - França) e da Associazione Italiana di Diritto Comparato - AIDC (Florença - Itália), seção italiana da Association Internationale des Sciences Juridiques - AISJ (Paris - França) e da Académie Internationale de Droit Comparé - AIDC (Haia - Holanda). Trabalhos científicos do autor foram citados em diversas teses, dissertações e trabalhos de conclusão de curso no Brasil e no exterior, e em obras doutrinárias importantes. Foram citados ainda em diversas decisões do STF, STJ e outros tribunais e juízos.

PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER

Pós-Doutorado pela PUCPR. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em História pela Universidade Federal do Paraná. Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Tem experiência em: Direito Internacional do Trabalho. Direito Sindical e Coletivo do Trabalho. Tutela dos Direitos de Personalidade na Atividade Empresarial. Crise da Jurisdição: Efetividade e Plenitude Institucional.

PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA

Pós-Doutorado pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutorado em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. Professor Associado do Departamento de História e do Programa de Pós-graduação em História da Universidade Estadual de Maringá, UEM, Brasil, com pesquisas em História da América Latina.

PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata (2014). Doutorado em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC. Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Coordenador do Curso de Espec. em Dir. do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (IBCJS). Vice-Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL CESARINO JÚNIOR. Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná, Membro de Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil - Paraná, Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina, Membro do Centro de Letras do Paraná, Professor do UNINTER. Diretor do Departamento de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando

principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Internacional.

PROF. DR. MATEUS BERTONCINI

Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorado e Mestrado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Leciona Direito Administrativo e Processo Administrativo em cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito de Curitiba e na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. É autor de obras e artigos jurídicos. É líder do grupo de pesquisa Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social. Atualmente, vem desenvolvendo pesquisa nas áreas de Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais da Ordem Econômica e Responsabilidade Social Empresarial. Procurador de Justiça no Paraná.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1987) e doutorado em Direito - Universität Friedrich- Alexander Erlangen-Nürnberg (1987). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983). Graduação em Direito pela Universidade de Taubaté (1977). Livre-Docente em Direito pela PUC-SP (1992). Atualmente é Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1994) e Professor Titular da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) (2006). Coordenador do Núcleo de Direitos Difusos e Coletivos do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP. Vice-Chefe do Departamento II (Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho) da Faculdade de Direito da PUC-SP. É sócio fundador - advogado - OAB-SP 51737 - do escritório de advocacia Nery Sociedade de Advogados. Professor colaborador permanente do Centro de Extensão Universitária e professor colaborador permanente do Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa. Árbitro em arbitragens nacionais e internacionais. Membro da Academia Paulista de Direito (cadeira n. 25), da Academia Paulista de Letras Jurídicas (cadeira n. 54), fundador da União dos Juristas Católicos de São Paulo, da Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht (Alemanha), da International Association of Procedure Law, da Deutsch-Brasilianische Juristen Vereinigung, da Asociación Iberoamericana de Derecho Procesal, da Academia Brasileira de Direito Civil, da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Co-autor dos Projetos que se converteram na Lei da Ação Civil Pública (L 7347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (L 8078/90). Autor consagrado, com mais de 100 obras publicadas.

PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER

Doutorado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Desde julho de 2013). Professor de Direito Tributário do Mestrado, da Especialização e da Graduação nas Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil). Foi professor colaborador do programa de mestrado em direito do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP/DF) em 2012 e 2013. Foi Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil (2010-2011).

Instituto Memória

Foi Conselheiro Titular da 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf (2003-2005). Foi Conselheiro Estadual da OAB/PR. Foi Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná/PR até junho de 2013.

PROF. DR. PAULO BRENO NORONHA LIBERALESSO

Doutorado em Distúrbios da Comunicação (2007/2011) pela Universidade Tuiuti do Paraná. Mestrado em Neurociências (2003/2004) pela Universidade Federal de São Paulo. Pós-graduação em Epileptologia (2002/2003) pela Universidade Federal de São Paulo. Residência médica em Pediatria (1999/2000) e Residência médica em Neuropediatria (2001/2002) pelo Hospital Pequeno Príncipe, Curitiba, PR, Brasil. Graduação em Medicina (1998). Supervisor do Programa de Residência Médica em Neuropediatria (Nível R3 / R4) do Hospital Pequeno Príncipe. Médico do Departamento de Neurologia Pediátrica e do Serviço de Neurofisiologia / Eletrencefalografia / Vídeo-EEG do Hospital Pequeno Príncipe. Presidente do Departamento de Neurologia da Sociedade Paranaense de Pediatria (2010-2012). Presidente do Departamento de Residências Médicas da Sociedade Paranaense de Pediatria (2010-2012). Membro Efetivo do Departamento de Neurologia da Sociedade Brasileira de Pediatria (2013-).

PROF. DR. PAULO RICARDO OPUSZKA

Doutorado em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito (2006). Bacharelado em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. Professor de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Federal de Santa Maria. Professor Convidado do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Foi Professor de Direito Econômico na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor convidado da Especialização em Direito do Trabalho, Processo e Mercado do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. É professor licenciado de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade Campo Real de Guarapuava/PR. Superintendente do Instituto Municipal de Administração Pública do Município de Curitiba de 2013-2015.

PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ

Doutorado em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. Professor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, UFMS, Brasil.

PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI

Doutorado em Direito pela UFPR. Professor titular de Direito Penal da UFPR. Professor de Direito Processual Penal no curso de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Vice-Presidente do Comitê Científico da Associação Internacional de Direito Penal. Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP – Brasil). Presidente da Comissão Nacional de Defesa da República e da Democracia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Presidente de Honra para o Brasil do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Membro da Sociedade Mexicana de Criminologia. Coautor do anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei n.º 7.209, de

Instituto Memória

11.07.1984). Coautor do anteprojeto da Lei de Execução Penal do Brasil (Lei n.º 7.210, de 11.07.1984). Relator do anteprojeto de nova lei de imprensa (Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil. Publicado no Diário do Congresso Nacional, n.º 103, seção II, de 14.08.1991). Membro da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal (Portaria n.º 581, de 10.12.1992, do Ministro da Justiça). Membro da Comissão instituída pela Escola Nacional da Magistratura para a reforma do Código de Processo Penal. Membro da Comissão instituída pelo Ministro da Justiça para promover estudos e propor soluções com vista à simplificação da Lei de Execução Penal. Ex-membro do Conselho Diretor do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. Ex-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ex-Magistrado do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Ex-Secretário de Estado da Cultura.

PROF. DR. RICARDO LEHTONEN RODRIGUES DE SOUZA

Doutorado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (2001). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1995). Graduação em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Paraná (1991). Atualmente é professor associado da Universidade Federal do Paraná, foi coordenador do Programa de Pós-Graduação em Genética de 2011 a 2015. Foi Presidente do Fórum de Coordenadores de Pós-Graduação da UFPR e membro do Conselho de Ensino e Pesquisa e Extensão. Tem experiência na área de Genética, com ênfase em Genética Humana e Médica, atuando principalmente nos seguintes temas: butirilcolinesterase, variabilidade genética, genética, diabetes, genética de populações, obesidade e doença de Alzheimer.

PROF. DR. ROLAND HASSON

Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Procurador do Estado do Paraná, Professor Titular de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da PUC/PR – Graduação – Mestrado e Doutorado. Ex-vice-presidente de assuntos institucionais da GVT. Autor de referenciais obras jurídicas. Apontado dentre os 'Advogados Mais Admirados do Brasil' pela Revista Análise Advocacia 2016.

PROF. DR. RUI FERNANDO PILOTTO

Doutorado em Genética pela Universidade Estadual de Campinas (1991). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1973). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1983). Graduação em História Natural - Biologia pela Universidade Federal do Paraná (1969). Atualmente é Professor Associado IV do Departamento de Genética do Setor de Ciências Biológicas da Universidade Federal do Paraná. Professor e Coordenador das Disciplinas BG-020 Genética Médica - Optativa - Medicina; BG-033 Temas Especiais de Genética Aplicados à Psicologia - Optativa - Psicologia; BG-037 Genética e Evolução - Medicina - Obrigatória. Responsável pelo Serviço de Genética Médica do Hospital de Clínicas da UFPR. Diretor Científico da Fundação Ecumênica de Proteção ao Excepcional (FEPE), onde é realizado o Teste do Pezinho do Estado do Paraná. Coordenador Nacional de Prevenção e Saúde da Federação das Apses do Estado do Paraná

(2012-). Vice-Coordenador do Curso de Medicina da UFPR (2012-). Tem experiência na área de Genética Médica e Clínica, com ênfase no Aconselhamento Genético.

PROFA. DRA. SARA PETROCCIA

Research Fellow - Ph.D - Gabriele d'Annunzio University, Chieti- Pescara, Italy. Department of Psychological Science, Health and Territory. Research Interest: Globalization, Multiculturalism and International Migration, Citizenship and Identity, Development Model and Policies for Sustainability. Medal, awarded by the President of Italy, for the studies and the support to ethnolinguistic minorities through Ethnoi Festival. Membership in Professional Associations: World Complexity Science Academy, Chief Communications Officer; International Sociological Association – ISA, Member; Membro dell' European Sociological Association –ESA, Member; Membro dell'Associazione Italiana di Sociologia – AIS, Member; Società Linguistica Europea - SLE, Member. Lee Iacocca Foundation, Lehigh University, PA –USA, Global Village on the Move Programme, Director, 2012.

PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN

Doutorado em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1975). Graduação em História (Licenciatura) pela Universidade Federal do Paraná (1966). Atualmente é Professor do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Paraná, membro da Associação Paranaense de História, da Associação Nacional de História, da Asociación Latinoamericana de Población, da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, da Societe de Demographie Historique e da Union Internationale pour l'Etude Scientifique de la Population. Sua experiência na área de História prioriza a História das Populações, atuando principalmente nos seguintes temas: história social da população, crítica de fontes paroquiais, regimes demográficos no passado, imigração germânica, processos de nomeação e história da família com ênfase nas metodologias oriundas da demografia histórica.

PROF. DR. SIDNEY GUERRA

Pós-Doutorado pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra e Pós-Doutorado pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ). É Doutor, Mestre e Especialista em Direito. Professor Associado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professor de diversos Programas de Doutorado e Mestrado, Nacionais e Internacionais, e professor convidado do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), tendo, ainda, lecionado em diversas instituições jurídicas nacionais, a exemplo da Escola Superior do Ministério Público Federal, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e de várias Universidades estrangeiras: Universidade Interamericana de Porto Rico, Universidade Católica de Córdoba, Universidade de Burgos e também na Universidade de Havana. Autor renomado.

Instituto Memória

PROF. DR. TÁRSIS NAMETALA SARLO JORGE

Doutorado e mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, com especialização em Direito Previdenciário. Procurador Federal de Categoria Especial da Advocacia Geral da União. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros, integrante da Comissão de Seguridade Social. Professor, Palestrante e Conferencista.

PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR

Pós-doutorado em Direito pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015). Doutorado pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2012). Mestrado pela PUC - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Graduação (1996) no UNIVEM - Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha" de Marília-SP. Vice-coordenador do Mestrado (2013), Professor do Mestrado (2012), Professor da Graduação (1999). Advoga desde 1996.

PROFA. DRA. VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR

Doutorado em Direito do Estado pela PUC-SP. Mestrado em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialização em Direito Processual Civil pela PUCCAMP. Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

PROF. DR. WAGNER MENEZES

Pós-doutorado (Universidade de Pádova - Itália). Doutorado (USP). Mestrado (PUCPR). Livre-Docente (USP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, no programa de graduação e pós-graduação em Direito. Realizou pesquisa e estágio junto ao Tribunal Internacional Sobre Direito do Mar - Hamburgo, Alemanha - ITLOS (2007). Atualmente é árbitro do Tribunal do Mercosul (Protocolo de Olivos) - Presidente da ABDI - Academia Brasileira de Direito internacional; Coordenador do Congresso Brasileiro de Direito Internacional; Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional - Diretor executivo da Sociedade Latino Americana de Direito Internacional (SLADI). Editor-Chefe do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (Revista jurídica fundada em 1915) e dirige junto a Universidade de São Paulo o Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais - NETI.

Instituto Memória



O "V Congreso Internacional de DDHH y DIH y III Congreso por la Paz", realizado entre os dias 11 e 12 de setembro de 2018, na Universidad Catolica de Colombia – UCC, Bogotá/Colômbia, deu origem à vasta produção de textos acadêmicos da mais elevada envergadura, dos quais a compilação rendeu ensejo a este notável livro, cuja proposta é levar conhecimento de qualidade indubitável aos leitores.

Eventos desse porte, em que está presente o intenso intercâmbio de saber entre participantes de diferentes comunidades científicas da América Latina, permitem-nos uma visão diversificada não só sobre assuntos jurídicos, mas também de sua ligação com a Paz e a Liberdade dos povos, temas inatingíveis sem o fomento da educação, pilar de qualquer sociedade civilizada desde os primórdios dos tempos.

Luiz Carlos de Macedo Soares

Reitor do UNIVEM

Fátima Aparecida da Cruz Padoan

Reitora da UENP

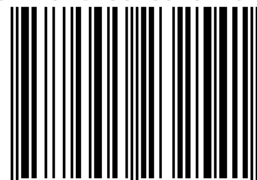


Instituto Memória

Centro de Estudos da Contemporaneidade

www.institutomemoria.com.br

ISBN 978-85-5523-254-1



9 788555 232541 >