

Revista Temas Socio-Jurídicos

Publicación Semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Autónoma de Bucaramanga

ISSN 0120-8578

ALBERTO MONTOYA PUYANA

Rector

EULALIA GARCÍA BELTRÁN
Vicerrectora Académica

GILBERTO RAMÍREZ VALBUENA
Vicerrector Administrativo

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ
Decano Facultad de Derecho

MIGUEL ÁNGEL HERNANDEZ REY
Director General de Investigaciones

AÍDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS
Directora

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA
Editora

COMITÉ EDITORIAL

Antonio Bohórquez Orduz

Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá,
Colombia. Profesor Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia.

Gregorio Mesa Cuadros

Doctor en Derecho del Programa de Derechos Fundamentales por la Universidad
Carlos III de Madrid, España. Profesor Universidad Nacional de Colombia

Joaquín González Ibáñez

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Profesor Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España.

José Escribano Úbeda- Portugués

Doctor en Estudios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid,
España.
Doctor en Estudios Europeos por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y
Gasset
de Madrid, España. Profesor Universidad Carlos III de Madrid, España.

Nhoris Torregrosa Jiménez

Doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá,
Colombia. Profesora Universidad Libre, Seccional Bogotá, Colombia.

Roberto Carlos Vidal López

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
Profesor Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

COMITÉ CIENTÍFICO

Beatriz Londoño Toro

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Profesora Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

David Sánchez Rubio

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España.
Profesor Universidad de Sevilla, España.

Javier Orlando Aguirre Román

Ph.D. of Philosophy State University of New York - Stony Brook, U.S.
Profesor Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

María del Pilar Zambrano

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, España
Profesora de la Universidad Austral, Argentina.

Ricardo David Rabinovich-Berkman

Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Profesor Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Rocío Zafra Espinoza de los Monteros

Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España.
Profesora Universidad Carlos III de Madrid, España.

COMITÉ LITERARIO

Heriberto Sánchez Bayona

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB
Revisión de Estilo

Aída Fernández de los Campos

Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB
Revisión de Traducciones

Paul Breinner Cáceres Rojas

Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB
Traducciones

Laura Juliana Torres Yepes

Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB
Traducciones

ÁRBITROS

Aída Fernández de los Campos

Doctora en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España.

Magistra en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Globalización y procesos de integración en Europa, Fundación Universidad Carlos III, España.

Especialista en Problemas actuales de los Derechos Fundamentales, Fundación Universidad Carlos III, España.

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Doctora en Diplomacia, Universidad de La República, Uruguay.

Alba Luz Becerra Sarmiento

Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

Especialista en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Ana Patricia Pabón Mantilla

Doctora en Derecho de la Universidad Libre de Colombia, Bogotá, Colombia.

Magistra en Hermenéutica Jurídica y Derecho de la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Abogada de la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Filósofa de la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Carlos Andrés González León

Doctorando en Derecho, Universidad Libre, Bogotá, Colombia.

Magister en Administración, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey – Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Ciencia Política, Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Derecho Procesal Civil, Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

Juan Carlos Díaz Restrepo

Doctorando en Derecho, Universidad Alcalá de Henares, España.

Suficiencia investigadora en Derecho, Universidad Alcalá de Henares, España.

Especialista en Seguros, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Investigación y prueba en el proceso penal, Universidad De Castilla - La Mancha, España.

Abogado, Universidad Autónoma De Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Magister en Derecho, Universidad de Medellín, Colombia.

Especialista en Derecho administrativo, Universidad Pontificia Bolivariana - Sede Medellín, Colombia.

Especialista en docencia universitaria, Fundación Universitaria Luis Amigo, Medellín, Colombia.

Abogado, Universidad de Medellín, Colombia.

Javier Orlando Aguirre Román

Doctor en Filosofía de la State University of New York at Stony Brook, Nueva York, Estados Unidos de América.

Magister en Filosofía, State University of New York at Stony Brook, Nueva York, Estados Unidos de América.

Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Abogado de la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Filósofo de la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Gloria Liliana Rodríguez García

Magistra en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Externado de Colombia de Bogotá, Colombia y Columbia University de Nueva York, Estados Unidos de América.

Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Nutricionista y Dietista de la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Mauricio Alberto Franco Hernández

Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Penal, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Abogado, Universidad Santo Tomás de Aquino, Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

CORRESPONDENCIA

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB
Avenida 42 No. 48 – 11 Conmutador (7) (57) 6436111-(7) (57) 6436261
Apartado Aéreo 1642 – Bucaramanga – Colombia
temassj@unab.edu.co

CANJE

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB – Biblioteca – Canje Bibliográfico
Avenida 42 No. 48 – 11 | PBX (7) (57) 643 6111 /643 6261
Bucaramanga – Colombia

La Revista Temas Socio-Jurídicos es una publicación Semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB.

Diagramación y diseño:

Ideas Comunicación

Portada:

Germán Jiménez
“Vive”. Cartel. 70 x 100 cm. 2016

Diseño y Producción:

Publicaciones UNAB

Número de ejemplares:

900

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio sin autorización escrita del autor.

Reservados todos los derechos.

Las opiniones de las y los autores expresadas en esta revista no comprometen de manera alguna la posición de esta publicación. Dichas opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Distribución gratuita para los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UNAB.

Editorial

En el presente volumen se publican tres artículos que constituyen un homenaje de la Revista Temas Socio-Jurídicos al fallecido Maestro Carlos Gaviria Díaz (Q.E.P.D.), cuya obra contribuyó al avance del discurso de los derechos humanos, en especial, en casos controvertidos como el de la eutanasia y la protección de los derechos de los niños.

El Profesor Carlos Fernando Amaya Rodríguez, como resultado de su investigación, aborda aspectos del pensamiento del Maestro Gaviria; la Especialista en Responsabilidad Médica, Margarita Flórez Rincón, analiza la responsabilidad de las EPS por las dilaciones en hacer efectivo el derecho a morir con dignidad y el Abogado José Alejandro Ruiz Forero se centra en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en torno al acoso escolar y en las razones que motivaron la promulgación de Ley de convivencia escolar, Ley 1620 de 2013.

Este número incluye los aportes de los Profesores Matías Mascitti, Diego Augusto Bayer y João Paulo S. de Siqueira, quienes por su orden, reflexionan en relación con el integrativismo tridimensionalista, el papel de los medios de comunicación en el marco de la política criminal y el contrato de adhesión en la sociedad de consumo.

El lector de esta Revista puede apreciar una muestra de la obra del Maestro Germán Jiménez.

Nuestro agradecimiento a los autores y autoras, así como a los árbitros, miembros del comité editorial y científico por su contribución a la disciplina sociojurídica.

**EL PENSAMIENTO DE CARLOS GAVIRIA DÍAZ A PROPÓSITO DE
LA DOSIS PERSONAL: ENTRE EL LIBRE DESARROLLO A LA
PERSONALIDAD Y EL DERECHO A LA SALUD**

Carlos Fernando Amaya Rodríguez
Recibido: Noviembre 30 de 2016
Aprobado: Diciembre 15 de 2016

RESUMEN

La presente investigación se fundamenta en una revisión del progresismo del jurista colombiano Carlos Gaviria Díaz (Q.E.P.D.), respecto de su pensamiento jurídico sobre determinados temas etiquetados como casos difíciles o tabú, en donde se ve un marcado avance en la solución de conflictos suscitados por el choque entre principios y derechos del orden fundamental, para ello el proyecto se propone analizar diferentes sentencias en la que el citado jurista plantea un cambio en la comprensión de estos asuntos, de tal suerte que fijará la línea que sobre los mismos mantendrá la Corte Constitucional Colombiana desde sus inicios en 1991, respecto del reconocimiento y protección de derechos. Así las cosas en el presente artículo se abordará la temática de la dosis personal como punto de choque y convergencia entre el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud (entendido este como un deber del Estado Colombiano para con sus asociados).

Palabras clave: Carlos Gaviria Díaz, Corte Constitucional, Ponderación, Dosis Personal, Libre desarrollo de la personalidad, Derecho a la salud.

* El presente artículo es un avance de proyecto de investigación en el marco del proyecto titulado El Pensamiento jurídico de Carlos Gaviria Díaz en los casos difíciles de la Corte Constitucional, desarrollado dentro de la línea Estado, Derecho y Sociedad del Grupo de Investigaciones Socio Jurídicas UNICOC GISU.

** Abogado de UNICOC, Especialista en Contratación Estatal de la Universidad de La Sabana y Doctorando de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desempeña como profesor de apoyo a la investigación del Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales de La Institución Universitaria Colegios de Colombia UNICOC. Así mismo es miembro adjunto extranjero de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. En la investigación es miembro del Grupo de Investigaciones Socio Jurídica de UNICOC GISU y desarrolla su trabajo académico en la línea de Derecho, Estado y Sociedad. Correo electrónico: cfamaya@unicoc.edu.co

THE THOUGHT OF CARLOS GAVIRIA DIAZ ABOUT THE PERSONAL DOSE: BETWEEN THE FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY AND THE RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT

This research is based on a review of progressivism colombian jurist Carlos Gaviria Diaz (R.I.P), regarding his legal thinking on certain issues labeled as difficult cases or taboo, where one sees a marked advance in the solution of conflicts raised from the collision between principles and fundamental rights. For this purpose, the project aims to analyze different sentences in which the jurist quoted proposes a change in the understanding of these issues, in such a way as to establish the background that the colombian Constitutional Court will maintain from its beginnings in 1991 in the recognition and protection of rights. Thus, the present article will address the issue of personal dose as a point of collision and convergence between the free development of personality and the right to health (understood as a duty of the Colombian State to its associates).

KEYWORDS: Carlos Gaviria Díaz, Colombia Constitutional Court, Weighting, Personal Dose, Free Development of personality, Right to health.

O PENSAMENTO DE CARLOS GAVIRIA DÍAZ REFERENTE À DOSE PESSOAL: ENTRE O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E O DIREITO À SAÚDE

RESUMO

A presente pesquisa é baseada em uma revisão do progressismo jurista colombiano Carlos Gaviria Díaz (qepd), respeito ao seu pensamento jurídico em certas questões identificadas como casos difíceis ou tabu, onde há um progresso acentuado na resolução de conflitos decorrentes da choque entre princípios e direitos de ordem fundamental, para o qual o projeto é analisar diferentes sentenças em que este jurista levanta uma mudança na compreensão destas questões, de tal forma que irá definir a linha a manter no Tribunal Constitucional da Colômbia desde a sua criação em 1991, respeito ao reconhecimento e proteção dos direitos. É assim que neste trabalho se apresentará a questão da dose pessoal como um ponto de choque e convergência entre o livre desenvolvimento da personalidade e do direito à saúde (entendido este como um dever do Estado colombiano para com os seus associados).

Palavras chaves: Carlos Gaviria Díaz, Tribunal Constitucional, ponderação, dose pessoal, livre desenvolvimento da personalidade, direito à saúde.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos como atributo de la esencia humana resultan en un escenario de especial interés para el investigador jurídico. Lo anterior en virtud al alto número de tensiones y problemas jurídicos que se gestan en su alrededor. Esta situación genera la necesidad de diseñar instrumentos y modelos para resolver las problemáticas que se presentan cuando hay conflicto entre los derechos, vulneración por parte de los estados a estos o entre personas naturales, entre otros ejemplos.

En ese marco los Estados han diseñado desde sus textos constitucionales Cortes o Tribunales destinados a dirimir o limar esas tensiones, así como garantizar la protección y goce de los derechos de las personas. Así pues, Colombia en el año de 1991 en su texto constitucional procede a la creación de un Alto Tribunal destinado a cumplir con las funciones antes expuestas, dicho Tribunal se denomina Corte Constitucional, el cual, además se le da la tarea de ser el guardián de la supremacía de los preceptos, principios y esencia de la Carta Política Colombiana.

Por esta Corte se ha discutido y ventilado una infinidad de asuntos relevantes a los derechos humanos reconocidos o no por el texto constitucional colombiano. Buscando en todo caso propender por la optimización del derecho como instrumento para la vida en sociedad, temas como el aborto, el matrimonio igualitario, la dosis personal, el derecho a la salud de los colombianos, la educación, la igualdad, la dignidad humana entre muchos otros, han sido analizados por los magistrados de esta Corte a la luz de las normas constitucionales colombianas y de los instrumentos del orden internacional que por medio del bloque de constitucionalidad hacen parte del orden jurídico interno con el mismo rango o jerarquía que las disposiciones del texto supremo, así como también a la luz de los métodos de interpretación tradicionales y contemporáneos de las ciencias jurídicas.

Al inicio de dicho tribunal se contó con la presencia de uno de los juristas con mayor relevancia en los últimos años en Colombia, el abogado Carlos Gaviria Díaz, quien por medio de sus ponencias respecto de los casos asignado a su despacho, representó una nueva forma de

comprender la dinámicas jurídicas del enfrentamiento de derechos y solución de casos tabúes, de manera adelantada a la visión altamente conservadora que, durante muchos años, imperó e impera en la sociedad colombiana.

En el presente documento se presenta una de las sentencias que con mayor facilidad se recuerda del citado Magistrado, en donde se esboza con claridad la visión que desde su pensamiento se debe atender para la solución de las controversias ya referidas, así como el tratamiento a los temas complejos y tabúes de la sociedad, para ello en un primer momento se presentan brevemente los hechos que dan lugar al pronunciamiento del Alto Tribunal Constitucional, las consideraciones que lo llevan a tomar su decisión para, finalmente, exponer una reflexión sobre el mismo.

El presente trabajo toma por su naturaleza la metodología de investigación de tipo descriptivo, ya que con ella se busca la descripción de las situaciones jurídicas que son objeto de la investigación, esto es, la solución y visión que desde el pensamiento académico de Carlos Gaviria Díaz se da a los denominados conflictos o choque de principios y derechos fundamentales, que coloquialmente han sido denominados por diferentes agentes sociales como temas tabúes. De igual forma, la investigación en general propone una exploración en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en donde el magistrado ponente haya sido el referido jurista, con el fin de generar líneas de interpretación constitucional desde su visión sobre los temas en comento. Para cada sentencia se hará una revisión de los hechos o los cargos formulados contra las normas acusadas, una revisión de las consideraciones de la Corte y finalmente una reflexión desde la doctrina en torno a ella.

2. LA SENTENCIA C-221 DE 1.994: PLANTEO DE LOS CARGOS CONTRA LA LEY 30 DE 1.986.

En el año de 1.994 la Corte Constitucional procede a pronunciarse respecto del tema de la dosis personal, la cual previo a la sentencia se encontraba penalizada por las normas punitivas del Estado colombiano, situación que a juicio del actor de la demanda limitaba el libre desarrollo de la personalidad de los colombianos, bajo los argumentos de la salubridad pública y la limitación a la autonomía de las personas en lo que se refiere a su propio cuerpo y vida. No debe en todo caso perderse de vista la importancia que la posición de garante que tiene el Estado en la protección de la salud de sus asociados.

En concreto el accionante, por medio de la acción pública de inconstitucionalidad demanda a la Corte que declare inexecutable el literal j) del artículo 2°. y el artículo 51 de la ley 30 de 1986, al formular los siguientes cargos:

A. Las normas en comento transgreden los límites del Estado en la intervención de la salud personal, en el sentido de que el Estado no puede garantizar la recuperación plena de un enfermo, así en el caso del drogadicto, no puede privarle de la sustancia que afecta su salud en primer lugar psíquica y, por consecuente, física, la cual en este caso es la sustancia estupefaciente de la cual depende; si lo hiciera estaría infringiendo el art. 366 de la carta política de 1.991 afirmando en palabras del demandante que

Si el Estado no puede garantizar la recuperación de la salud de los enfermos psicofisiológicos de drogadicción o toxicomanía, porque no existe clínicamente el tratamiento radical y científico que asegure su curación, tampoco puede el Estado impedir o limitar el uso del medicamento que le procura alivio al sufrimiento del enfermo. Los estupefacientes son parte integral de la enfermedad de drogadicción o toxicomanía y a la vez, son el medicamento que alivia el dolor y el sufrimiento de los enfermos incurables. (Corte Constitucional, Sentencia C-221-94, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Expediente N°. D-429),

Dentro del mismo cargo indica que el Estado no puede privar de la libertad de las personas que son drogadictas o cualquier otra afección psicofisiológica, pues se estarían vulnerando los mandatos del texto constitucional contenidos en los artículos 5, 28, 29, 34 y 49 de la Carta; finalmente y en relación a este cargo se decanta a exponer que sancionar punitivamente a un drogadicto por el consumo de estupefacientes y porte de la dosis personal vulnera los artículos 28 y 91 de la Constitución, ya que el poder punitivo del Estado solo es para las transgresiones del ordenamiento jurídico que, a juicio del accionante, afecten a la sociedad y los bienes jurídico tutelados y mal hace el Estado en sancionar a la persona que se perjudica a sí misma.

B. Como un segundo cargo frente a las normas acusadas, se presenta la discriminación para con los drogadictos. Lo anterior con base a la distinción entre estos y los enfermos incurables que requieren tratamiento por medio de drogas que generan adicción (como la morfina,

un derivado de la heroína), y más evidente aún entre la distinción que se hace entre los dependientes del alcohol y la nicotina (sustancias que son también estupefacientes y estimulantes del sistema nervioso) a quien se les otorga la concesión de consumidores de drogas socialmente aceptadas, mientras que a los demás se les etiqueta como delincuentes, situación reconocida en el marco de la misma Ley 30 de 1986, profundizándose aún más la discriminación al hablar entre drogadictos más o menos enfermos, afirma el accionante que

El nicotinómano y el alcohólico son tan drogadictos y toxicómanos como el marihuanero y el cocainómano; pero, se incurre en trato discriminatorio cuando se da a los dos primeros el tratamiento legal de adictos socialmente aceptados, mientras se trata a los demás consumidores de drogas como contraventores o delincuentes, dependiendo de qué tan enfermos estén. (Corte Constitucional, Sentencia C-221-94, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Expediente N°. D-429).

C. Finalmente expone en un tercer cargo el tratamiento médico que la ley objeto de discusión prevé para los drogadictos, pues en principio nadie puede limitar y definir si desea o no estar enfermo; en segundo lugar en el evento de ser objeto de la internación en un centro psiquiátrico hasta su recuperación, se generaría una pena de suerte imprescriptible en la eventualidad de no obtener una recuperación de la dependencia psicofisiológica de la sustancia de la cual depende el drogadicto, vulnerándose así los artículos 28 y 34 de la Constitución, así como la regla que la discusión y decisión sobre la libertad o no de una persona no compete al médico tratante, sino exclusivamente a un Juez de la República de Colombia. Finalmente reafirma su cargo bajo el argumento de que el Estado si desea hacer una política de tratamiento médico para los drogadictos, esto se debe hacer en el marco de las infraestructuras adecuadas y no en centros anexos a las cárceles y muchos menos en “tugurios infrahumanos donde se violan los derechos humanos de los ENFERMOS.” (Corte Constitucional, Sentencia C-221-94, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Expediente N°. D-429)

De los cargos planteados debe advertirse el insistente argumento del accionante de reconocer al drogadicto no como un delincuente, sino, por el contrario, una persona enferma e incurable que debe recibir un tratamiento médico especial por parte del Estado, en condiciones dignas que le permitan sobrellevar su vida sin aflicciones mayores a las que ya su dependencia genera en un absoluto respeto por el libre desarrollo de la

personalidad como expresión de la autonomía de la que gozan todos los colombianos.

Así mismo, se tiene presente el choque entre la necesidad del Estado de garantizar una política pública en salud adecuada para el tratamiento de estas personas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la igualdad entre los consumidores o no de sustancias psicoactivas. Colisión que deberá ser limada y resuelta por parte de la Corte Constitucional Colombiana con base en los argumentos y consideraciones que se expondrán en el apartado que sigue.

3. LOS ARGUMENTOS Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Bajo los cargos formulados contra la Ley 30 de 1.986 en la demanda objeto de decisión, debe la Corte Constitucional revolver si los preceptos de la norma jurídica en comento vulneran los límites del Estado en la intervención en la salud de las personas, de igual forma se presenta como fuente de una eventual discriminación para con los drogadictos al clasificarlos bajo la etiqueta de delincuente y no enfermo y finalmente sí puede el médico tratante generar una detención indefinida de una persona hasta no recuperarse de su dependencia a las sustancias alucinógenas.

Así mismo, se hace presente un conflicto entre los derechos a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que la norma que se acusa de inexecutable se justifica en la necesidad de mantener una política de salud pública en el tratamiento de las personas que consumen sustancias psicoactivas en el sentido de obligar al drogadicto a tomar un tratamiento a fin de recuperarse de su afección apuntando a ser un ciudadano nuevamente útil y en perfectas condiciones de salud.

En primer lugar, la Corte procede a analizar el cargo formulado a las sanciones que la ley impone a quien porte y tenga consigo dosis personal de las sustancias relacionadas en literal j del artículo 2 de la Ley 30 1986, a fin de determinar si el Estado por medio del poder legislativo puede o no limitar el comportamiento de las personas. Afirmado que si bien el poder legislativo puede establecer normas de conducta de las personas en sociedad, es atrevido e infringe el desarrollo de la personalidad al dictaminar cómo debe comportarse para consigo mismo la persona, en la medida de que su conducta no atenta contra la órbita y desarrollo de la personalidad de los otros.

Sin embargo, hace referencia al mandato constitucional en el artículo 49 del texto superior al afirmar que toda persona “tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.” La anterior referencia es realizada con el fin de proponer tres posibilidades de interpretación sobre el tema, las cuales me permito citar a continuación:

- 1). Se trata de un mero deseo del Constituyente, llamado a producir efectos psicológicos que se juzgan plausibles, pero en modo alguno generador de un deber jurídico genérico, susceptible de plasmarse en la tipificación de una conducta penal.
- 2). El Estado colombiano se asume (en tanto que sujeto pretensor) dueño y señor de la vida de cada una de las personas cuya conducta rige y, por eso, arrogándose el papel de Dios, en la concepción teológica, prescribe, más allá de la órbita del derecho, comportamientos que sólo al individuo atañen y sobre los cuales cada persona es dueña de decidir.
- 3). Toma en consideración las consecuencias, frente a otros, de la conducta individual y por esa razón la hace objeto de regulación jurídica, v.gr.: la situación de desamparo en que puede quedar la familia del drogadicto; la privación a la comunidad de una persona potencialmente útil; el peligro que para los demás puede entrañar la conducta agresiva desatada por el consumo de las sustancias indicadas en la ley. (Corte Constitucional, Sentencia C-221-94, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Expediente N°. D-429)

De las posibilidades de interpretación del mandato constitucional ya referenciado y del cual pareciere que la ley objeto de análisis por el tribunal y solo a juicio de la Corte prospera es la primera de ellas. En el sentido de exponer que el mandato constitucional es solo un deseo del Constituyente, que debe ser o no aceptado por el legítimo titular de la salud, quien no es otro que cada individuo amparado en el régimen constitucional colombiano, así mismo las prohibiciones y sus limitaciones o sanciones solo se pueden ejercer cuando con el comportamiento se afecte la órbita de los derechos de los demás¹ lo anterior y en palabras de la Corte “la Carta Política actual y la filosofía liberal que la inspira, determinante de que sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser

¹ Es evidente la relación y referencia con una de las reglas básicas del derecho la cual se exponen como “el límite de mis derechos es donde inician los derechos de los demás”.

jurídicamente exigibles.” (Corte Constitucional, Sentencia C-221-94, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Expediente N°. D-429) Y el estar enfermo ciertamente no se encuadra desde la sana lógica en el postulado previamente expuesto.

Con base en lo anterior está llamado a prosperar el cargo formulado con relación a la vulneración de los límites del poder del Estado a interferir en el desarrollo de las personas, incluso cuando se habla de temas como los relacionados con el estado de Salud, pues si bien la Constitución de 1.991 expresó que es un deber de cada uno de los colombianos preservar su buena salud, esto debe ser entendido como un deseo que el Constituyente vio como bueno, mas no como una autorización al poder legislativo a castigar a quien no desee o entienda como bueno el precepto de gozar de buena salud.

Así mismo, se hace evidente la apreciación de enfermo que hace la Corte sobre el drogadicto, desvirtuando al parecer la concepción de delincuente que sobre esta etiqueta se deposita, lo anterior como resultado del estudio de las otras dos posibilidades hermenéuticas o de interpretación respecto al artículo 49 de la Constitución Política de 1991. Esta distinción será de utilidad para poder hacer el análisis de los otros dos cargos presentados en la demanda.

En armonía con lo anterior, la Corte procede a revisar el cargo formulado frente a la obligatoriedad de recibir tratamiento médico de parte las personas con dependencia de una sustancia alucinógena o estupefaciente, entendiéndose este tratamiento como la sanción imponible a quien consuma este tipo de sustancias. Frente a esta dicotomía hermenéutica de la norma en comento, la Corte indica que de entrada la misma adolece de todo respeto por la Constitución Política, pues no se puede sancionar a nadie (penal ni administrativamente) cuando no presenta un riesgo o amenaza a la sociedad, tal como es el caso de los drogadictos ya que el daño es autocausado a ellos mismos por la dependencia de la sustancia alucinógena de la cual depende “*su bienestar psicofisiológico*.” Afectándose de este modo el libre desarrollo de la personalidad, pues el Estado pretendiendo tener el control total de la vida de sus ciudadanos impone obligatoriamente tomar el tratamiento, situación que a juicio de la Corte es un ejemplo de las políticas totalitarias y eugenésicas de los Estados para excluir de la sociedad a las personas que son defectuosas, por así decirlo, situación que no es compatible en ningún aspecto con el Estado Social de Derecho en el cual se construye Colombia.

Por los motivos anteriores la Corte encuentra discriminatoria la imposición de la medida de tomar un tratamiento médico y que este tratamiento sea la internación en un centro especializado en atención a personas con dependencia de alucinógenos, la cual ha de durar hasta que se recupere la salud del afectado, así como en la limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad bajo los argumentos anteriormente expuestos. Por todo lo anterior se advierte que el cargo enunciado ha de prosperar y por ende la norma es declarada inexecutable.

Frente al cargo de la limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad con ocasión de sancionar a quien consuma estupefacientes con la internación en un centro médico a fin de recibir tratamiento, la Corte procede a revisar el artículo 16 de la Constitución Política de 1.991 el cual establece que el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los colombianos no tendrá más limitaciones de aquellas que surgen de los derechos de los demás y el orden jurídico.

Bajo dicho paralelo la Corte advierte que el legislador no puede establecer más limitaciones que las se encuentren en armonía con el espíritu de la Constitución, así mismo el consagrar el libre desarrollo de la personalidad como un derecho, el Constituyente reconoció la autonomía de las personas para el desarrollo de su vida o en palabras de la propia Corte el principio implica “un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino.” (Corte Constitucional, Sentencia C-221-94, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Expediente N°. D-429) mal se haría ahora que al reconocer la autonomía de las personas sea el Estado quien les diga que esa autonomía sea hacer lo bueno, y el mismo Estado sea quien defina qué se debe entender por bueno.

Entonces se tiene claro que la autonomía y libertad de las personas sobre su vida solo puede ser limitada por los derechos de los demás y las normas jurídicas coherentes con el espíritu de la Constitución. Así pues, si la decisión autónoma del drogadicto de consumir las sustancias solo afecta su esfera personal y por consecuente no encuentra cabida en el marco de la Constitución la limitación del desarrollo de la personalidad, permitiendo así que bajo dichas consideraciones la Corte estime que el cargo está llamado a prosperar y, por ende, se procede a declarar la inexecutable de la norma acusada con base en dicho argumento.

Después de las consideraciones anteriores, la Corte no deja de lado la intención del Estado de procurar por un sociedad sana, libre de vicios y

dolencias que afecten el normal desarrollo de la misma. Sin embargo, advierte el Alto Tribunal que si bien esta actitud es lo deseable del Estado, no puede este cuando se considera que es

Respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada (Corte Constitucional, Sentencia C-221-94, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Expediente N°. D-429)

De todo lo anterior se vislumbra el mandato de la Corte para con el Estado de brindar desde la educación las herramientas necesarias para que cada persona en el marco de su autonomía decida cómo adelantar su proyecto de vida.

Por todo lo anterior y en el marco del enfrentamiento entre el libre desarrollo de la personalidad, el poder punitivo del Estado junto con el derecho que debe promover el Estado y el buscar las personas gozar de una buena salud expuestos en la norma relativa a la drogadicción; la Corte considera que el Estado no puede entrometerse en la esfera personal de cada una de las personas, pues el libre desarrollo de la personalidad solo es limitable por los derechos de los demás y las disposiciones normativas que son compatibles con el espíritu de la Constitución, frente a lo cual la drogadicción entendida como una afección psicofisiológica solo es nociva para la persona que la padezca y como se ha expuesto nadie está obligado a tomar un tratamiento médico si no es de su entero deseo.

4. REFLEXIONES ENTORNO A LAS CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA C-221-94 PROPUESTA POR CARLOS GAVIRIADÍAZ

Es claro, que en el caso que se plantea ante la Corte, existe un conflicto de derechos y deberes, en el sentido de que el Estado debe promover y garantizar los derechos de sus asociados que para el planteo no es otro que el goce de un buen estado de salud² evento que en principio cobijaría

² Por buen estado de salud debe estarse a lo entendido y dispuesto por la OMS, es decir no tener afecciones de salud tanto física como psíquica, lo cual se expresa como un verdadero bienestar, concepto que fue aprobado por la Constitución de la OMS Organización Mundial de la Salud, aprobada en la Conferencia Internacional de Salud de 1946.

las dependencias de las que adolece un drogadicto, pues el no consumo de la sustancia le genera afecciones en principio psíquicas y dependiendo del grado de adicción una dependencia física (tal como sucede con los adictos a la heroína u otras drogas duras).

El mencionado deber es no solo responsabilidad del Estado, sino también de la persona y así ha sido reconocido por el texto Constitucional Colombiano en el artículo 49, motivo por el cual se presenta el conflicto o tensión con el libre desarrollo de la personalidad, en el sentido de que nadie puede obligar a nadie a ser responsable de lo que no tiene convicción la cual solo le compete al titular realizar la obligación por convencimiento, o en palabras un poco más claras nadie puede obligar a otro a ejercer sus propios derechos.

Sin embargo, si la anterior interpretación fuese absoluta, se perdería de vista el deber del Estado de garantizar los derechos de sus asociados. En el caso que nos ocupa tenemos un Estado que ha decidido prestar el derecho a la salud a los drogadictos al obligarles a tomar un tratamiento médico para lograr su recuperación. Lo anterior es un evento que describe un poder policivo del Estado, toda vez que esta preocupación a favor de la salud de los drogadictos ya que su afección se ha convertido en un problema para el orden jurídico, esta situación en palabras de la profesora Leticia Vita hace que la salud sea

Percibida como una cuestión privada, de la cual sólo comenzará a ocuparse el sector público desde una perspectiva de salubridad e higienismo, es decir, como una respuesta a las epidemias y demás amenazas masivas a la población económicamente activa. La salud se constituye como una cuestión de responsabilidad individual que sólo en los casos en que esa responsabilidad fallaba, se convertía en objeto de asistencia y de caridad.” (2013, p.22)

Luego entonces debe entenderse que el Estado concibe a la drogadicción como una amenaza a la población económica activa, pues su mente se dispersará en los placebos que genera la droga o estupefaciente que consumen, desdibujándose entonces el marco altruista en el cual se constituye la norma que pareciere en principio estar preocupada por el problema de la drogadicción como un enemigo del bienestar de su comunidad, sino que bajo la anterior reflexión ahora se aprecia el sentido de la norma de entender a la drogadicción no como un problema de salud sino, por el contrario, como un problema para el desarrollo de la productividad y economía de la sociedad.

Esto a todas luces desconoce uno de los fines del Estado, el cual es procurar por el bienestar de su comunidad y brindar herramientas para lograr el desarrollo de la misma. Tal vez este panorama explique por qué no solo en la Constitución Colombiana de 1.991 (y antecesoras) y el texto Constitucional de Argentina, el derecho a la salud no es reconocido como un derecho humano (fundamental), sino como un derecho cuya estirpe es de segunda categoría, adoleciendo entonces bajo esta hermenéutica de los criterios o características que propone Alexy para diferenciar a los derechos humanos, a saber: “su universalidad, su validez moral, su fundamentalidad, su prioridad y su abstracción.” (Alexy, R. 200, p.4) Pues como ya se ha expuesto en la voz de la profesora Leticia Vita la salud se considera un asunto de lo privado y nada importante para la agenda pública.

Sin embargo y como ya se ha sostenido el problema de la drogadicción es un problema que afecta lo público, afectando el normal desarrollo de la sociedad así como su productividad y es por dicho motivo que no solo es tema de preocupación de los Estados en el interior de sus fronteras, sino que es un tema que ha sido seriamente, atendido por la comunidad internacional por medio de diferentes organismos en instrumentos destinados a contrarrestar esta actividad.

Ejemplo de lo anterior es la Oficina Contra las Drogas y el Delito de las Naciones Unidas, así mismo los documentos que desde este organismo se han expedido respecto a los instrumentos internacionales destinados a combatir la lucha contra las drogas. Los tres principales tratados de fiscalización internacional de drogas se apoyan mutuamente y se complementan. Un propósito importante de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y el Convenio de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas es codificar las medidas de control aplicables a nivel internacional con el fin de asegurar la disponibilidad de estupefacientes y sustancias psicotrópicas para fines médicos y científicos, impedir su desviación hacia canales ilícitos, incluyendo también disposiciones generales sobre el tráfico y el consumo de drogas. La Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas reforzó significativamente la obligación de los países a imponer sanciones penales para combatir todos los aspectos de la producción ilícita, posesión y tráfico de drogas. Pero queda sobre la mesa la duda respecto a si toda esta normativa se encuentra en el mismo sentido que ya se ha advertido respecto el verdadero motivo de las regulaciones de los Estados para combatir la drogadicción.

Pues bien, en primer lugar no se debe perder de vista la existencia del argumento expuesto anteriormente, respecto que la preocupación por la salud de la sociedad es, en principio, una preocupación por la salubridad de esta, en el sentido de mantener en alto grado el potencial laboral y productivo de la comunidad, libre de cualquier afición que le llegase a limitar, por ello la norma no se presenta en sí como una herramienta para la atención desde la perspectiva de los humanistas del derecho a la salud, sino por el contrario una preocupación por obligar a recuperarse de su dependencia al drogadicto a fin de ser nuevamente un elemento útil para la sociedad; el anterior planteo es recogido por el Alto Tribunal colombiano al formular las tres posibilidades hermenéuticas (anteriormente relacionadas en este texto) respecto al primer cargo formulado contra la Ley 30 de 1.986, al proponer que el propósito de la norma es evitar el dolor de la familia del drogadicto o la privación de la sociedad de un ciudadano potencialmente útil, hipótesis que como ya se expresó no prosperaron frente a la autonomía que gozan las personas en razón al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte, a pesar de no hacer expresa referencia a la ponderación de derechos o principios, lo cierto es que las justificaciones en el marco de los argumentos de la decisión expuesta en las sentencia se sustenta en el ejercicio del método de ponderación de derechos y principios, pues el resultado ya expuesto al afirmar que el libre desarrollo de la personalidad prima sobre el “deber” del Estado de garantizar la salud de sus asociados, no es otro que las conclusiones que dicho método ofrece.

En el marco de lo anterior, la Corte y el lector de su sentencia se deben preguntar si es potestad y deber del Estado limitar el libre desarrollo de la personalidad al castigar al drogadicto con la imposición de tomar un tratamiento médico que lo lleve a recuperar su salud. Así las cosas, en este caso la Corte encontró que era innecesario e inidóneo la protección del derecho al libre desarrollo de las personas que consumen sustancias alucinógenas toda vez que el respeto por estas es uno de los pilares en los que se construye el Estado Social de Derecho, mientras que los aspectos de cierto modo se encuentran subsumidos dentro del anterior principio, por lo cual mal hace el Estado en hacer uso de la salud como un medio para justificar la imposición de penas o medidas a sus ciudadanos.

Ahora bien la imposición de un tratamiento médico como medida para asegurar el derecho a la salud de los asociados coarta la libertad del desarrollo de la personalidad, pues como ya se ha sostenido nadie está obligado a tomar un tratamiento si no lo desea, pues en la construcción de

esta libertad se han fijado los límites de la misma en especial el de que el que afirma que con ocasión del desarrollo libre de la personalidad no se afecten los derechos otros y como es claro el drogadicto solo se afecta así mismo.

Lo anterior expone la creación de una regla (Clérico, 2010) fruto del ejercicio del método de ponderación para solución del conflicto de principios y derechos respecto al caso en comento; así las cosas, ha de prevalecer el derecho al libre desarrollo de la personalidad frente a los demás principios siempre y cuando con su ejercicio no se afecten los derechos y libertades de los demás asociados. Por tal motivo, el derecho a la salud que pretender promover el Estado con la obligatoriedad del tratamiento que solo recae sobre el drogadicto y quien solo se ve afectado en sí mismo por su adicción no justifica bajo los anteriores entendidos la limitación del libre desarrollo de la personalidad.

En armonía con lo anterior también se resalta la existencia de la tensión entre las consignas de la Ley 30 de 1.986 de corte represivo con las personas que sufren de dependencia de sustancias alucinógenas, versus los derechos a la igualdad y la dignidad humana. Así pues, frente a la igualdad es necesario compartir el planteamiento de la Corte Constitucional respecto al por qué solo se castiga y obliga a tomar tratamiento a los drogadictos y no a los fumadores de nicotina y consumidores de alcohol que en todo caso siguen siendo drogas, por más aceptación social de las que estas gocen.

La discriminación se hace presente respecto al tratamiento que obligatoriamente debe recibir el drogadicto, pues una persona con recursos puede escoger libremente la entidad en donde recibirá el tratamiento al acudir al sector privado, mientras que el habitante de la calle o sin los recursos económicos suficientes deberá recibirse o será remitido a los centros estatales o de beneficencia destinados a estos menesteres. Esta consideración confirma desde la jurisprudencia el planteamiento de un sistema de salud mercantilizado, en el sentido que tendrá acceso al sistema y a mejores condiciones quien puede pagar por ello y quienes no pueden cumplir con lo anterior deberán ser cobijados por las políticas que el Estado destine para estos asuntos o las entidades de beneficencia. (Vita, 2013, p.22)

5. CONCLUSIÓN

De los anteriores análisis y reflexiones, salta a la vista el progresismo de Carlos Gaviria Díaz, quien como Magistrado de la Corte Constitucional

abordó el tema relativo al consumo de sustancias alucinógenas, amparando la decisión en el respeto al principio de libre desarrollo de la personalidad, reconociendo a este como un principio rector del Estado Colombiano y expresión clara y absoluta de la autonomía de las personas, consigna que solo puede limitarse cuando con ocasión de esta libertad se afecten derechos o libertades de terceros.

Así las cosas, para el caso de los drogadictos el Estado no puede imponer la obligatoriedad de un tratamiento médico a las personas que consumen sustancias alucinógenas a modo de defensa del derecho a la salud que deben gozar todos los colombianos (es imperante recordar que en la sentencia se tipificó este tratamiento como una sanción), pues la afectación de este derecho solo se decanta al titular y no sobre terceros, tal como se dispone de la regla fruto del ejercicio de ponderación entre el libre desarrollo de la personalidad y otros derechos.

El progresismo de la Corte representado por el magistrado ponente de la sentencia se confirma con ocasión de las posiciones respecto al tema de la drogadicción, ya que es desmedido considerar al drogadicto como un delincuente y por tal motivo ser causa de la imposición de la sanción respecto del tratamiento médico, la imposición de apremios tales como multas pecuniarias y en algunos casos la privación de la libertad rompe la igualdad frente a los adictos a las sustancias socialmente aceptadas, como el alcohol y la nicotina (aceptación contenida incluso en la norma objeto de la revisión por parte de la Corte Constitucional) a quienes lógicamente su adicción no genera sanción administrativa o penal alguna. Este argumento será fundamental en el discurso de Carlos Gaviria Díaz para la eliminación del imposición del tratamiento medico para la rehabilitación, ya que como se ha sostenido en la jurisprudencia de la corporación en aras de libre desarrollo de la personalidad nadie puede ser obligado a recibir o tomar un tratamiento médico cuando no lo desea.

Ahora bien, de la preocupación altruista del Estado Colombiano de rehabilitar a sus ciudadanos con alguna afección con dependencia de sustancias alucinógenas enmarcada en la garantía del Derecho a la Salud que se predica de todos los colombianos, pareciere entonces que con la decisión de la Corte se anula esta *actitud responsable del Estado*. Sin embargo y con ocasión, de las reflexiones expuestas y tomando como base el texto de la profesora Leticia Vita sobre el derecho a la salud, ha sido resultado de una preocupación del Estado no procurar un bienestar para sus asociados sino a niveles de productividad de las personas a fin

de tener seres útiles, esta posición fue incluso contemplada en las consideraciones de la Corte convirtiéndose en referente para establecer la imposibilidad de limitar el libre desarrollo de la personalidad de los drogadictos.

Lo anterior evidencia que, si bien el derecho a la salud es un logro enmarcado en los Estados sociales de reciente data, su origen y verdadero trasfondo es la concepción de una política de salubridad y foco de mercado pues como también expone la Corte en la visión de su ponente y la profesora Leticia Vita, el mercado fija los niveles de atención y calidad en servicio que reciben los asociados, situación que desvirtúa la universalidad con la que debe ser prestado el derecho a la salud.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (2000) La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. *Derechos y Libertades*, 5, (8). p. 1-24

Clérico, Laura. (2010). Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos de derechos fundamentales. En: Escobar García, C. *Teoría y Práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Organización Mundial de la Salud (1946). *Acta Constitución de la Organización Mundial de la Salud*.

Corte Constitucional de Colombia (5 de mayo de 1994). Sentencia C-221. M.P: Carlos Gaviria Díaz

Organización de Naciones Unidas. Programa Drogas y Democracia de TNI. Disponible en: <http://www.undrugcontrol.info/es/control-de-drogas-de-la-onu/convenciones>. Consultado el 15 de octubre de 2016

Vita, Leticia. (2013) Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario. En Clérico, L., Ronconi, L; Aldao., M *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires.

DIGNIDAD Y AUTONOMÍA DEL PACIENTE TERMINAL: RESPONSABILIDAD DE LAS E.P.S. FRENTE A LA DILACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE LA EUTANASIA

Margarita Flórez Rincón*
Recibido: Octubre 7 de 2016
Aprobado: Noviembre 15 de 2016

RESUMEN

La regulación de la eutanasia en Colombia ha sido un tema de gran controversia. A partir de la Sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional se fijan criterios para despenalizar el homicidio por piedad, con el fin de garantizar la dignidad del paciente, elevando a la categoría de fundamental, el derecho a morir dignamente. Pese a esto, existen casos en los que no se ha garantizado a los pacientes su derecho o se ha dilatado injustificadamente la práctica del procedimiento. El texto que se presenta, aborda desde un análisis documental la pregunta acerca de la eventual responsabilidad de las instituciones prestadoras de servicios de salud, ante la dilación de la práctica de procedimientos tendentes a garantizar el derecho a morir dignamente por parte de pacientes que están en los supuestos previstos por la jurisprudencia constitucional colombiana.

Palabras clave: eutanasia, jurisprudencia constitucional, muerte digna, responsabilidad.

Abogada, Especialista en Responsabilidad Médica, Universidad Autónoma de Bucaramanga. Correo electrónico: maggiflorez@hotmail.com

DIGNITY AND AUTONOMY OF THE TERMINAL PATIENT: RESPONSIBILITY OF THE E.P.S OPPOSITE TO THE DELAY IN THE PROCEDURE OF EUTHANASIA

ABSTRACT

The regulation of euthanasia in Colombia has been an issue of great controversy. From sentence C-239 of 1997 of the Constitutional Court, criteria are set to decriminalize homicide for piety, in order to guarantee the dignity of the patient, proclaiming it in the category of fundamental, the right to die with dignity. In spite of this, there are cases in which patients have not been guaranteed their right or the procedure has been unreasonably prolonged. This text approaches, from a documentary analysis, the question about the eventual responsibility of the institutions that provide health services in front of the delay of procedures tending to guarantee the right to die with dignity of part of patients who are in the cases established by the Colombian constitutional jurisprudence.

Keywords: Euthanasia, constitutional jurisprudence, dignified death, responsibility.

DIGNIDADE E AUTONOMIA DO PACIENTE TERMINAL: RESPONSABILIDADE DAS E.P.S. FRENTE AO ATRASO NO PROCEDIMENTO DA EUTANÁSIA

RESUMO

A regulamentação da eutanásia na Colômbia tem sido um assunto de grande controvérsia. A partir da sentença C-239 de 1997 do Tribunal Constitucional se estabelecem os critérios para descriminalizar o homicídio por piedade, a fim de garantir a dignidade do paciente, trazendo para a categoria de fundamental, o direito de morrer com dignidade. Apesar disso, há casos em que não tenha sido garantido este direito aos pacientes ou tem se atrasado injustificadamente a prática do procedimento. O texto apresentado, aborda a partir de uma análise documental a questão da eventual responsabilidade das instituições que prestam serviços de saúde perante o atraso da prática de procedimentos destinados a garantir o direito a morrer com dignidade pelos pacientes nos casos previstos pela jurisprudência constitucional colombiana.

Palavras-chave: eutanásia, jurisprudência constitucional, morte digna, responsabilidade.

1. INTRODUCCIÓN

“La eutanasia es tan antigua como la civilización misma. Todos los pueblos y culturas la utilizaron desde la muerte piadosa del herido en combate, hasta el sacrificio de niños deformes, monstruos o minusválidos físicos o mentales”. (Rodríguez, A. 2009, P. 220)

En las últimas décadas, la eutanasia en Colombia ha sido uno de los temas más controversiales para la rama legislativa. Antes del año 1997, el Código Penal en su artículo 106 acuñaba el término de “homicidio por piedad” al acto de otorgar muerte digna en el tiempo más breve posible a enfermos terminales que solicitaran la terminación de su vida de forma digna y humana, asistiendo así el suicidio. Este acto era sancionado con prisión de 6 meses a 3 años a quien realizara dicho procedimiento. (Pinto, B. 2012).

A partir de la Sentencia C-239 del 15 de mayo de 1997 se despenaliza el homicidio por piedad, permitiendo la práctica de la eutanasia y otros procedimientos tendentes a garantizar la dignidad del paciente, elevando a la categoría de fundamental, el derecho a morir dignamente.

El 5 de julio de 2013 la señora Julia interpone una acción de tutela contra su EPS, en procura de la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a morir dignamente, los cuales estimó vulnerados, fundamentando que padecía un cáncer terminal que comprometía gravemente sus funciones vitales. La EPS se negó a la práctica de dicho procedimiento alegando la falta de regulación de los procedimientos de eutanasia, solicitando la vinculación al proceso del Ministerio de Salud y Protección Social *“por cuanto es el Estado el directamente responsable de dar efectividad a la sentencia proferida en su momento por la Corte Constitucional y gestionar la reglamentación en la materia”*. (Vargas, L.E. 2014. Sentencia T-970/14).

A partir de este caso, se profiere la Sentencia T-970 del 15 de diciembre de 2014, en la cual, la Corte Constitucional ordena al Ministerio de Salud fijar las directrices para la organización y funcionamiento de los comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad. (Vargas, L.E. 2014. Sentencia T-970/14).

Sin embargo, es hasta el 2 de julio de 2015 cuando se practica la primera eutanasia en nuestro país al señor Ovidio González, quien padecía de un cáncer avanzado e intratable, en su rostro, que le producía sufrimiento y quien solicitó su derecho a morir dignamente.

Este artículo pretende la revisión de la legislación colombiana en torno a la práctica de la eutanasia y qué responsabilidad tienen las entidades promotoras de salud desde que un paciente la solicita y hasta la realización del procedimiento, en cuanto a su autorización y ejecución.

2. EL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE:

Según Ramón Maciá Gómez, “la muerte digna es la muerte que, deseada por una persona, se produce asistida de todos los alivios y cuidados paliativos médicos adecuados, así como con todos los consuelos humanos posibles”. Es decir, “es el hecho y el derecho a finalizar la vida voluntariamente sin sufrimiento, propio o ajeno, cuando la ciencia médica nada puede hacer para la curación de una enfermedad mortal”. (Maciá, R. 2008. p. 2).

Hay diferentes maneras de provocar la eutanasia:

Eutanasia Activa o Positiva: Se define de esta manera, cuando existe un despliegue médico para producir la muerte de una persona como suministrar directamente algún tipo de droga o realizando intervenciones en busca de causar la muerte. (Vargas, L.E. 2014. Sentencia T-970/14).

Eutanasia Pasiva o Negativa: Se define pasiva o negativa, cuando quiera que la muerte se produce por la omisión de tratamientos, medicamentos, terapias, o alimentos. En este tipo de eutanasia, la actuación del médico es negativa pues su conducta es de “no hacer”. En otras palabras, se culmina todo tipo de actividad terapéutica para prolongar la vida de una persona que se encuentre en fase terminal. (Vargas, L.E. 2014. Sentencia T-970/14).

Eutanasia indirecta: La eutanasia es indirecta cuando se origina sin la intención de causar la muerte de la persona. En esos eventos la muerte no es pretendida, sino que puede ser originada en efectos colaterales de tratamientos médicos intensos. (Vargas, L.E. 2014. Sentencia T-970/14).

Distanasia: Supone la prolongación de la vida por cualquier medio, incluso, causando efectos perversos en la salud, dignidad y vida del paciente. Su objetivo consiste en impedir innecesariamente la muerte de la persona; para esto se ha optado por establecer tratamientos donde se garantice la dignidad y el no sufrimiento de las personas, como es el caso de los cuidados paliativos. (Vargas, L.E. 2014. Sentencia T-970/14).

Cuidados paliativos: Se trata de un tratamiento médico que dignifica la vida de quienes inevitablemente morirán, cuya voluntad no es otra que llegue la muerte de forma natural. Su objetivo es orientar los tratamientos médicos al alivio del dolor; en vez de buscar la sanación del enfermo. (Vargas, L.E. 2014. Sentencia T-970/14).

La eutanasia eugenésica: Consiste en causar la muerte de un ciudadano con la finalidad de mantener “la salud social”. (Maciá, R. 2008. p. 7)

La eutanasia económica: Tiene por finalidad la eliminación de enfermos, cuyo mantenimiento de la vida constituye una alta carga económica al erario público. (Maciá, R. 2008. p. 7)

3. DERECHO A MORIR DIGNAMENTE, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

En Colombia no hay legislación propiamente eutanásica, es decir, no existe una norma que obligue a los prestadores de salud a realizar el procedimiento. Ha sido la Corte Constitucional quien a partir de la Sentencia C-239 del 15 de mayo de 1997 ha autorizado la práctica de la eutanasia y otros procedimientos tendentes a garantizar la dignidad del paciente, elevando a la categoría de fundamental el derecho a morir dignamente.

En la misma providencia exhortó al Congreso de la República para que expidiera la ley estatutaria que reglamentara esa práctica. Sin embargo, para el año 2014 el legislativo no había expedido dicha ley, presentándose el interrogante de si, al no existir la norma, no se podía realizar la eutanasia.

En la Sentencia T-970 del 15 de diciembre de 2014, la Corte ordenó al Ministerio de Salud fijar las directrices para la organización y funcionamiento de los comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad.

En innumerables sentencias ha dicho la Corte que del Derecho a la Dignidad Humana y a la Autonomía Individual, procede la tutela para proteger el Derecho a Morir Dignamente. Que la dignidad humana es presupuesto esencial del ser humano que le permite razonar sobre lo que es correcto o no, pero también es indispensable para el goce del derecho a la vida. Que el derecho a morir dignamente es un derecho autónomo, independiente, pero relacionado con la vida y otros derechos. (Vargas, L.E. 2014. Sentencia T-970/14).

Para la Corte, la muerte digna es un derecho fundamental complejo y autónomo que goza de todas las características y atributos de las demás garantías constitucionales de esa categoría y la tutela siempre será el mecanismo adecuado para superar las barreras que impidan que el paciente pueda cumplir su voluntad de morir dignamente. (Vargas, L.E. 2014. Sentencia T-970/14).

Condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta Política, sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral, la persona afectada tiene la facultad de disponer de su vida, independientemente de la opinión o posición que los demás tengan al respecto, por cuanto es esa persona quien en el día a día sufre sin ánimos de seguir viviendo. La eutanasia no es inconstitucional, lo que sí constituye una violación a la Carta Constitucional es coartar la libertad y la autonomía de aquellas personas que, estando conscientes de su estado de salud precario, desean terminar con su vida. (Gaviria, C. 1997. Sentencia C-239/97)

4. REGULACIÓN SOBRE LA EUTANASIA EN COLOMBIA A PARTIR DE LA RESOLUCIÓN N°. 1216 DE ABRIL 20 DE 2015 DEL MINISTERIO De LA SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL

A raíz de los múltiples casos presentados en nuestro país en cuanto a la solicitud de la eutanasia por pacientes terminales, y a la negativa y dilación del proceso por parte de las EPS para realizarla, pues no estaba debidamente reglamentada, se profieren diferentes Sentencias por parte de la Corte Constitucional y entra el Ministerio de Salud y Protección social a participar del caso.

En la Sentencia T-970 del 15 de diciembre de 2014 la Corte Constitucional ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social emitir una directriz a todos los prestadores del servicio de salud, para que conformen un grupo de expertos interdisciplinarios que cumplan varias funciones cuando se esté en presencia de casos en los que se solicite el derecho a morir dignamente.

El Ministerio de Salud y Protección Social, dando cumplimiento a la orden dada por la Corte Constitucional, el 20 de abril de 2015 emitió la Resolución N°. 1216 en la cual imparte las directrices para la conformación y funcionamiento de los Comités Científicos

–Interdisciplinarios, las funciones de las IPS y EPS y la descripción del procedimiento a seguir para el Derecho a morir con dignidad en los casos y condiciones definidas en las Sentencias C-239 de 1997 y T-970 de 2014.

El comité debe estar conformado por:

- Un psiquiatra o psicólogo clínico.

Dichos profesionales deben ser designados por la respectiva IPS y no deben ser objetores de conciencia, condición que se declarará en el momento de la conformación del comité.

El Comité debe acompañar al paciente y a su familia con ayuda psicológica, médica y social, para que la decisión no genere efectos negativos en el núcleo familiar ni en la situación misma del paciente; atención que debe ser constante durante las fases de decisión y ejecución del procedimiento orientado a hacer efectivo el derecho.

Además, el Comité debe garantizar y vigilar que todo el procedimiento se desarrolle respetando los términos de esta sentencia y la imparcialidad de quienes intervienen en el proceso. Igualmente, en caso de detectar alguna irregularidad, deberá suspender el procedimiento y poner en conocimiento de las autoridades competentes la posible comisión de una falta o de un delito, si a ello hubiere lugar.

También ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social sugerir a los médicos un protocolo médico discutido por expertos de distintas disciplinas, que sirva como referente para los procedimientos tendentes a garantizar el derecho a morir dignamente

Las IPS deben ofrecer y disponer de lo necesario para la práctica del procedimiento al paciente que lo requiera, lo que incluye la organización y designación del comité y el acceso del mismo a la documentación necesaria; comunicación permanente con la EPS a la cual pertenece el paciente, permitir el acceso de especialistas no objetores de conciencia y en ningún caso, pueden argumentar objeción de conciencia institucional.

Las EPS deben garantizar el trámite para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad cuando el caso se presente en una IPS que no cuente o no ofrezca los servicios anteriormente mencionados; no pueden interferir en la decisión del paciente o de quienes estén legitimados, en el caso del consentimiento sustituto, mediante actuaciones o prácticas que afecten o

vicien; deben garantizar toda la atención en salud derivada del procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad, deben tramitar con celeridad las solicitudes de sus afiliados que pretendan hacer efectivo su derecho a morir con dignidad y velar por la reserva y confidencialidad de la información.

Con esta sentencia también se exhortó al Congreso de la República a que proceda a regular el derecho fundamental a morir dignamente. (Gaviria, A. 2015)

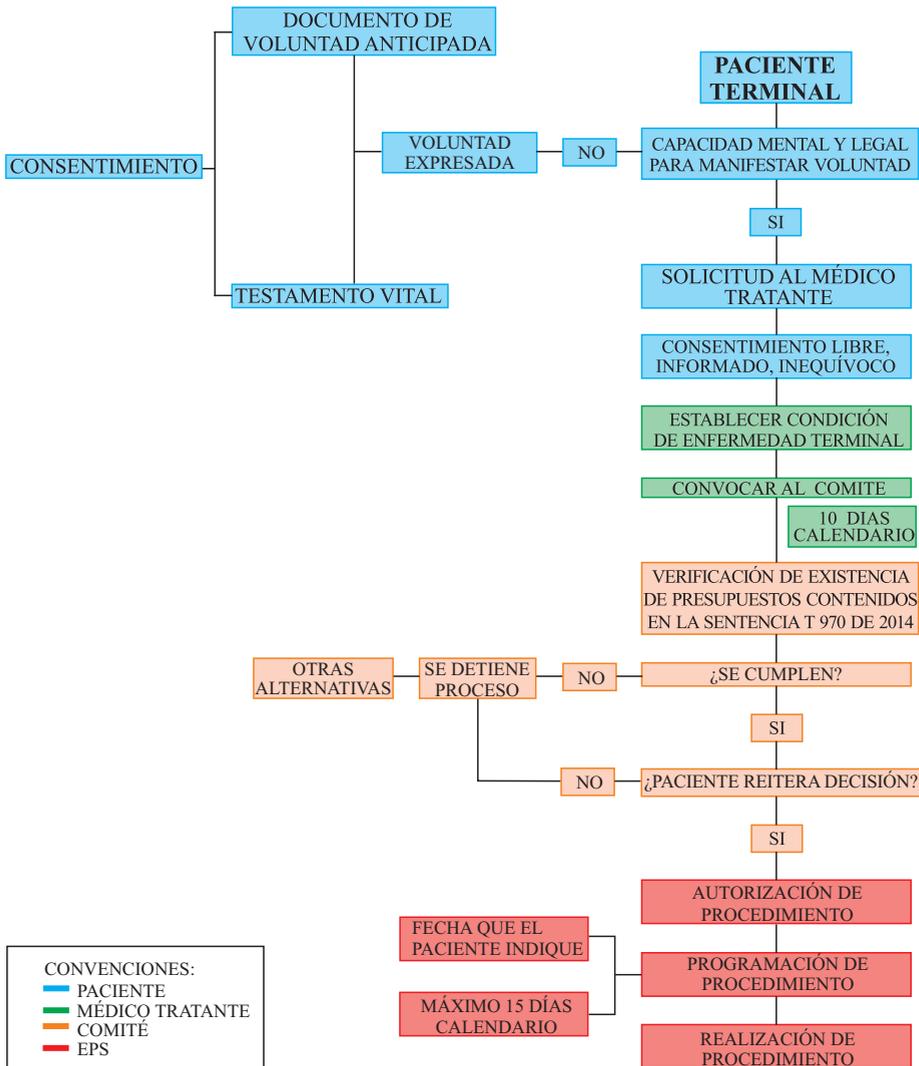
5. AFECTACIÓN POR DILACIONES INJUSTIFICADAS

Según el ministerio de Salud y Protección Social, un “enfermo terminal es aquel paciente con una enfermedad médicamente comprobada, avanzada, progresiva, incontrolable, que se caracteriza por la ausencia de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento, por la generación de sufrimiento físico-psíquico a pesar de haber recibido el mejor tratamiento disponible y cuyo pronóstico de vida es inferior a 6 meses”. También establece “dos excepciones al criterio del pronóstico en los siguientes casos: 1) En la insuficiencia cardiaca, se considerará como terminal, los pacientes que se encuentran en estadio D y en quienes ha fracasado el soporte mecánico, los procedimientos para facilitar la retención de líquidos, las infusiones de inotrópicos intermitentes, el manejo de la anemia, el trasplante cardiaco u otros procedimientos quirúrgicos experimentales. 2) En pacientes con enfermedad de la motoneurona, terminalidad se considera en la tercera fase con parálisis total y dificultad respiratoria cuando la capacidad vital forzada sea inferior al 60%”. (Gaviria-Ruiz- Dávila-Burgos-Escobar-Osorio-Luque-Florez-Caicedo. (2015) p. 36).

Una vez el paciente en estado terminal solicita que sea realizada la eutanasia en él, y este se encuentre en las capacidades mentales y legales para manifestar su voluntad y firme el consentimiento libre, informado e inequívoco, el médico tratante debe convocar al comité de la IPS a quienes tendrá que demostrar que el paciente se encuentra en dicha condición para que sea llevado el caso y se inicie el proceso. Posteriormente, el comité tendrá que verificar que el paciente cumple con los criterios establecidos en la sentencia T-970 de 2014 y de ser así, preguntar nuevamente al paciente si reitera su decisión. En caso de que la respuesta sea negativa, se detendrá el proceso y se le ofrecerán otras alternativas de manejo al paciente. En caso de ser afirmativa, se procederá a la autorización del procedimiento por parte de la EPS quien deberá programarlo en la fecha que el paciente lo indique o en un plazo máximo de 15 días calendario. (Cuadro 1)

En Colombia hubo varios casos en los que las EPS se negaban rotundamente a la autorización del procedimiento de eutanasia debido a la falta de regulación. Los casos más conocidos y por los cuales la Corte constitucional decidió tomar cartas en el asunto, se presentan a continuación:

El 05 de Julio de 2013, la señora Julia interpuso acción de tutela contra Coomeva EPS en procura de la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a morir dignamente,



Cuadro I. Algoritmo de atención de paciente terminal que solicita la eutanasia. (Flórez, Margarita 2016)

los cuales estimó vulnerados por la EPS Coomeva, fundamentando su demanda con los siguientes hechos:

- a) La peticionaria sostuvo que padecía una enfermedad terminal que compromete sus funciones vitales; en el año 2008, la Fundación Colombiana de Cancerología “Clínica Vida” dictaminó que padecía cáncer de Colon.
- b) Indicó que en enero del 2010 su enfermedad hizo metástasis a pelvis, por lo que fue sometida a una intervención quirúrgica llamada Hemicolecotomía, al igual que sesiones de quimioterapia. Procedimientos realizados en febrero y diciembre del mismo año.
- c) Mediante una tomografía computarizada realizada en febrero de 2012, la Clínica Vida concluyó que la enfermedad había hecho metástasis pulmonar y carcinomatosis abdominal. En consecuencia, su médico tratante dispuso que la paciente debía recibir varios ciclos de quimioterapia más.
- d) El 23 de febrero de 2012 la paciente manifestó su voluntad de no recibir más ciclos ya que ese tratamiento le causaba “intensa astenia, adinamia, cefalea, náuseas y vómito”, los cuales eran efectos secundarios que le impedían desarrollar sus actividades cotidianas sin ayuda de terceros.
- e) En los meses posteriores presentó una obstrucción intestinal que la llevo a estar hospitalizada, necesitando apoyo para su cuidado, padecer dolor abdominal severo, entre otros. El 4 de junio de 2013 su médico oncólogo dejó constancia de que el cáncer que padecía la paciente no solo se encontraba en “franca progresión”, sino que había deteriorado su estado funcional y calidad de vida, por lo cual, ordenó suministrarle el “mejor cuidado de soporte por cuidados paliativos” .
- f) La paciente solicitó en varias oportunidades a su médico que le practicara la eutanasia, sin embargo, él le expresó verbalmente que dicho pedido “es un homicidio que no se puede consentir”.
- g) Así, con fundamento en lo expuesto y alegando para el efecto la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-239 de 1997, la paciente solicitó ante el juez de tutela amparar su derecho a la vida digna y en consecuencia, ordenar a Coomeva EPS adelantar las gestiones médicas necesarias para acoger su deseo de no continuar padeciendo los insoportables dolores que le produce una enfermedad que se encuentra en fase terminal, lo que en su criterio es incompatible con su concepto de vida digna.
- h) De este modo, pidió al juez tutelar su derecho fundamental a la vida digna y, por tanto, determinar en la sentencia la fecha y hora para “morir dignamente y de manera tranquila a través de la eutanasia”.

Ante la acción de tutela, la EPS respondió que no vulneraron los derechos fundamentales de la paciente, ya que, según su criterio, no era posible autorizar el procedimiento ya que no se cumplían los requisitos establecidos por la Corte para ese entonces, para practicarla, fundamentado en las siguientes consideraciones:

- a) Falta de regulación de los procedimientos de eutanasia y solicitó la vinculación al proceso del Ministerio de Salud y Protección Social, “por cuanto es el Estado el directamente responsable de dar efectividad a la sentencia proferida en su momento por la Corte Constitucional y gestionar la reglamentación en la materia”.
- b) Así, refirió que la Corte Constitucional estableció unas condiciones que deben cumplirse para que una persona en esas circunstancias pueda, libremente, optar por terminar con su vida ayudado por un tercero profesional de la salud. Sin embargo, hasta el momento no existe ningún tipo de regulación que habilite a una entidad de la salud a prestar el servicio de eutanasia. No obstante, el vacío no fue absoluto. Existen cinco puntos fijados por la Corte que sirven como parámetros para realizar ese procedimiento, al igual que medidas que el legislador debería adoptar. En primer lugar, (i) una verificación rigurosa del paciente, con el fin de corroborar la madurez de su juicio y la voluntad inequívoca de morir. En segundo lugar, (ii) indicación clara de los médicos que deben intervenir en el procedimiento. En tercer lugar, la forma y circunstancias bajo las cuales se debe manifestar el consentimiento. En cuarto lugar, (iii) las medidas que deben ser usadas por el médico para practicar la eutanasia y, finalmente, en quinto lugar, (v) crear procesos educativos en relación con valores como la vida para que esa decisión sea la última que se tome.
- c) De otro lado, señaló que la negativa del médico tratante de la afiliada, frente a su requerimiento consistente en la práctica de la eutanasia, obedece “a su posición personal sobre el tema y por lo tanto al derecho que tiene para presentar objeción de conciencia ante tal solicitud”. Al respecto, indicó que no puede obligar a ninguno de los profesionales adscritos a su red de servicios a proceder de esa manera, si se tiene en cuenta que en la sentencia C-239 de 1997, al emplear la expresión “brindarle las condiciones para morir dignamente”, para referirse al obrar del médico que lleva a cabo el acto eutanásico, la Corte Constitucional puso de presente la necesidad de que tal procedimiento se soportara en la voluntad del galeno. Así, no obstante “el médico puede ofrecer información seria y fiable acerca de la enfermedad y de las opciones terapéuticas y su

- pronóstico”, no se encuentra obligado a “ejecutar la acción que va a dar por terminada la vida de una persona”.
- d) En este sentido, afirmó que, en todo caso, no es de su competencia dictaminar si la actora padece o no una enfermedad en estado terminal que le causa dolores insoportables, en tanto las mismas se limitan a la gestión de aspectos administrativos y a la prestación del servicio de salud. En su criterio, “dentro de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán los profesionales de la salud (...) los que podrían dar cuenta de qué tanto dolor podría estarle causando a la usuaria la patología que padece”. Además, alegó que la incompatibilidad que a juicio de la paciente existe entre los dolores que siente y su idea de vida digna obedece a una dimensión objetiva “poco aprensible para Coomeva EPS”
- e) Finalmente, sostuvo que dentro de los requisitos de la Sentencia C-239 de 1997 está aquel que exige consentimiento informado, libre, inequívoco, capaz, del paciente. En este caso, consideraron que es claro que “consentimiento informado involucra una evaluación adicional cual es, determinar la capacidad intelectual de la persona que va a consentir a fin de establecer que es “suficiente para tomar la decisión”. En efecto, “¿Cuál es el nivel intelectual que le permite a una persona tomar la decisión de morir dignamente?, ¿Qué coeficiente intelectual se exige?, ¿Cuáles son los parámetros fisiológicos y de capacidad intelectual mínima para que una persona pueda decidir?”

Del fallo de primera instancia:

El Juzgado Décimo Civil Municipal de la Ciudad de Medellín, en providencia del veintitrés (23) de julio de dos mil trece (2013), resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por Julia. En criterio de este juez, la Sentencia C-239 de 1997 sentó las bases para el reconocimiento de la eutanasia. La Corte estableció la constitucionalidad de la despenalización del homicidio por piedad en aquellos casos en los que el profesional de la salud lo realice, siempre que se cuente con consentimiento del paciente y se trate de una enfermedad terminal.

Pese a ello, ordenó al Congreso regular el asunto sin que hasta la fecha exista un marco normativo que indique a los profesionales de la salud, cómo deben actuar en estos casos. En otros términos “ante la petición de un usuario para poner fin a su vida (...) no se sabría a ciencia cierta, el protocolo a seguir para el efecto, como tampoco se puede acudir a criterios auxiliares de la actividad judicial”. Por el contrario, puntualizó, lo que sí

existe es una norma en la Constitución (Art. 11) que establece que la vida es un derecho inviolable y que no admite excepciones. De ello se infiere que, al no existir normas aplicables al caso, se debe acudir a esos criterios superiores contenidos en la Carta.

Por otra parte, argumentó que luego de decretadas algunas pruebas para conocer con certeza el estado de salud de la paciente, las entidades oficiadas no enviaron ningún informe. Eso impidió que el juzgado pudiera tomar una decisión con base en un material probatorio consistente pues nunca pudo verificar los requisitos que la Corte estableció para la práctica de la eutanasia. En particular, no se logró constatar las condiciones de salud mental de la accionante que permitiera verificar su inequívoco consentimiento. (Vargas, L.E. 2014. Sentencia T-970/14).

En este caso se puede concluir que la EPS ganó en cuanto a que lamentablemente en ese entonces no se contaba con una regulación para la práctica del procedimiento, y aunque no se tiene información real del caso, se podría pensar en el sufrimiento que padeció la señora Julia hasta los últimos días de vida, el tener que soportar no solo el dolor que le provocaba su enfermedad de base, sino los efectos secundarios que ella misma mencionaba en la acción de tutela y que le producían una dependencia total de sus funciones básicas.

En el año 2010, el señor Ovidio González, padre de un famoso caricaturista colombiano, fue diagnosticado de Cáncer en su rostro al cual le dieron manejo con radio y quimioterapias y que había sido superado en ese entonces. Posteriormente a principios de 2015 reaparece en forma de una lesión ulcerativa al cual diagnostican como Carcinoma de cavidad oral que le estaba destruyendo su boca y que le producía dolores intensos, que ya no contaba con opciones terapéuticas y que su enfermedad progresaba cada vez más, por lo cual, tres meses después solicita que le sea practicada la eutanasia en la Clínica Oncólogos de Occidente de Pereira en donde era tratado. En la clínica se conformó el debido comité científico el cual estudiaba el caso. La clínica dio el visto bueno a la realización del procedimiento el cual estaba programado para el 22 de junio de 2015, sin embargo, cuando el paciente y sus familiares iban camino a la clínica, reciben una llamada para comunicarles que el procedimiento había sido cancelado. La abogada de la familia apoderada del caso, solicita una explicación de lo sucedido para lo cual recibe como respuesta que el comité científico había tenido una reunión en la que uno de los médicos, el tanatólogo Juan Paulo Cardona, se oponía al procedimiento. Se consultó al Doctor Cardona quien refirió que, durante las sesiones realizadas por el

comité científico, en ninguna se había autorizado el procedimiento ya que existían dudas para asegurar que el paciente era apto. Se interrogó por qué la clínica había dado el visto bueno entonces, a lo que responde que en este caso ocurrió un error de procedimiento. (Cuevas, A. 2015).

Según la abogada, en este caso, el señor Ovidio González “se vio obligado a tramitar hasta cuatro derechos de petición a la EPS y a la Junta de Oncólogos que lo atendía en menos de una semana solicitando la práctica de la eutanasia. Decisión que hasta último minuto tuvo todo tipo de trabas burocráticas y fue sometida a entorpecimientos de orden jurisprudencial”, para lo cual se vieron obligados a aprovecharse de la figura pública de Matador, hijo de Ovidio, para dar a conocer a los medios de comunicación de su situación y de las dificultades que había tenido que sufrir para cumplir su voluntad. (Estrada-Orozco-González-Espíndola, 2016).

Casi una semana después de haber sido suspendido el procedimiento, la Clínica aprueba nuevamente su realización.

Finalmente, el 3 de julio de 2015, a las 9:32 am, se practica la eutanasia al señor Ovidio González, siendo así el primer caso en Colombia. (Salud, 2015. Periódico *El Tiempo*).

Se puede decir que en este caso hubo cierto privilegio al poder ser conocida la historia por los medios de comunicación gracias a los nexos de su hijo, sin embargo, aun así, es evidente el daño moral, físico, económico y familiar causado al dilatar el procedimiento. Primeramente, al no tomar una decisión de manera oportuna, obligando a que el paciente siguiera padeciendo el dolor y el deterioro de su rostro el cual era inevitable e intratable. Seguido de los costos que ocasionaban el tener que contratar un profesional del derecho para que resolviera su situación jurídica, los traslados a la clínica y los medicamentos. El daño moral para el paciente y su familia pues ya habían pasado por un proceso emocional que incluía al traslado de familiares que vivían en otras ciudades y países, la despedida de su esposa e hijos, los preparativos para las honras fúnebres y la cancelación media hora antes el procedimiento.

6. DAÑO Y RESPONSABILIDAD DE LAS EPS

“El daño es un elemento de la responsabilidad civil que se traduce en el detrimento de los bienes materiales o inmateriales de la víctima como consecuencia de los actos producidos de manera injusta por otro. Todo daño da lugar a resarcimiento”. (Mantilla, L. 2015)

Las EPS deben responder civilmente por los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales causados tanto al paciente como a la familia, sufridos como consecuencia del retardo en el cumplimiento de un deber como es la autorización para practicar la eutanasia a un paciente cuya solicitud cumple con los requisitos previstos para llevar a cabo el procedimiento.

La doctrina colombiana ha dividido los daños catalogando en dos clases:

- Daños patrimoniales: “los cuales son de contenido pecuniario y no presentan ninguna dificultad en su apreciación ya que se encuentran señalados expresamente en el artículo 1614 del Código Civil y son el daño emergente y el lucro cesante”. (Mantilla, L. 2015, p 11)
- Daños extra patrimoniales: “son de contenido inmaterial ya que no es posible calcular su valor pecuniario y salen de la esfera del comercio” (Mantilla, L. 2015, p 11). Es el daño moral subjetivo que causa dolor, angustia, sufrimiento, tristeza, etc., y repercuten en el equilibrio sentimental del individuo. Este es el daño que se causa al paciente que sufre una enfermedad terminal y que no se le practica la eutanasia oportunamente, dilatándose el sufrimiento. La Corte ha señalado que la indemnización por estos perjuicios está sujeta al arbitrio del juez.

Desde junio del año 2015 se radicó un proyecto de Ley que busca regular la indemnización de los daños a las personas. El artículo 51 de dicho proyecto define el daño moral como aquella modalidad de perjuicio extra patrimonial consistente en la tristeza, el desasosiego, la aflicción y la congoja que padece el sujeto con ocasión del daño a la persona; estableciendo que la indemnización del daño moral será procedente siempre que sea razonablemente cierto y que sobrevenga como consecuencia directa del hecho dañoso. (Name, L. 2015).

Además, existe un proyecto de ley, radicado por el congresista Rodrigo Lara, que **“busca que la prestación del servicio de salud se realice de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer un conjunto de sanciones administrativas para las prácticas violatorias del derecho fundamental a la salud”, con lo cual se esperaría disminuyan los tiempos de atención y de autorización de tratamientos, y de esta forma disminuir los daños causados. Proyecto que se espera sea aprobado por el congreso.** (Redacción política, 2016. *El Espectador*).

7. CONCLUSIONES

El derecho a morir dignamente fue elevado a la categoría de derecho fundamental por la Corte Constitucional y como tal, el Estado está obligado a proteger y garantizar la libertad y autonomía de las personas que, estando conscientes de la gravedad de su estado de salud, toman la decisión de acabar su vida.

En Colombia el procedimiento eutanásico se reguló a partir de la Resolución 1216 del 20 de abril de 2015 expedida por el Ministerio de la Salud y la Protección Social, dando cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-970 del 15 de diciembre de 2014. Fue así como en este país la primera eutanasia se llevó a cabo el 13 de julio de 2015.

Las EPS son responsables cuando dilatan la autorización para practicar la eutanasia a los pacientes cuyas solicitudes cumplen con los requisitos previstos para realizar el procedimiento, responsabilidad que deberá establecer la autoridad competente, por el daño que causen tanto al paciente como a los familiares de este.

La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto en varias sentencias, diciendo que el Estado tiene el deber de sancionar a quienes retarden la prestación de un servicio de salud.

La responsabilidad civil la determina el juez dentro del respectivo proceso judicial y la Superintendencia Nacional de Salud sanciona a las EPS a través de un proceso administrativo.

Se espera que con la importancia que se le ha dado en los últimos años a la eutanasia y a la gran demanda por parte de los pacientes, el Congreso de la República legisle y apruebe leyes que regulen dicha práctica y de esta forma evitar que las EPS sigan dilatando los procedimientos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cuevas, A. (2015). Ovidio reclamará el derecho a morir. El Espectador. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/salud/ovidio-reclamara-el-derecho-morir-articulo-569139>

Estrada, C. Orozco, S. González, J. Espíndola, D. (abril, 2016). Una reflexión sobre la eutanasia mediante la muerte de Ovidio González.

Panel dirigido por la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, Medellín. Recuperado de http://www.udea.edu.co/wps/portal/udea/web/generales/interna!/ut/p/z0/xZJNU8IwEib_Sjn0Zie1SoVjpzo6CH4xOtCLsyShrOajJckKv96kJA7OOF45ZTd5993Nk5CKzEilYIM1ONQKhM_nVf46GJbZaXGejq-fRmVa5GVxdTF9GWeDjIxI5QV3j_2r06xMx_cXl8O0GJ49T26n_evyJg8OmZmUk5pUDbhVgmppyYxq5bhC5kOwkqtWgOMmNERlqcEFWB5K8W29rgpSdfpPR2aNNg5EyzjEKdjf2UpL_h17G4eupd014rT1vYBxmwd1i0QKNqiWQFvhwkGcSs6QovLVjdG1AQk2CuePevB0JdoL2q09UcshNw2nCKIvXEK9zoWrE8iKrQUpZBG0TZat2jC1gJMve_gyAMcoAgTg8Q7PH-zf-hf54fidG_c3X_4lhvB_aHa6cSaL3GM9YbZKiTWqsdCL5LGoPS405ky43jCcNaQcJVQrXQcoFamvdq_jBeTtxg-EFg0BN1A!!/

Flórez, M. (2016). Algoritmo de atención de paciente terminal que solicita la eutanasia. Dignidad y autonomía del paciente terminal: Responsabilidad de las E.P.S. frente a la dilación en el procedimiento de la eutanasia.

Gaviria, C. (1997). Sentencia C-239/97, Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>

Gaviria, A. (2015). Resolución No. 1216 de 2015, Ministerio de Salud y Protección Social. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%201216%20de%202015.pdf

Gaviria, A. Ruiz, F. Dávila C. Burgos, G. Escobar, G. Osorio, E. Luque R. Florez, B. Caicedo, I. (2015). Protocolo para la Aplicación del Procedimiento de Eutanasia en Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. (p. 36). Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Protocolo-aplicacion-procedimiento-eutanasia-colombia.pdf>

Maciá, R. (2008). El Concepto Legal de Muerte Digna, (p. 2). Recuperado de <http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/z15.pdf>

Mantilla, L. (2015). El daño no patrimonial en la doctrina y la jurisprudencia colombiana. El daño moral en Colombia: Un estudio sobre la nueva tendencia del daño a la persona. (pág. 10). Recuperado

de: <http://repository.ucatolica.edu.co:8080/jspui/bitstream/10983/2197/1/EL%20DA%C3%91O%20MORAL%20EN%20COLOMBIA%20UN%20ESTUDIO%20SOBRE%20LA%20NUEVA%20TENDENCIA%20DEL%20DA%C3%91O%20A%20LA%20PERSONA.pdf>

Name, L. (2015). Proyecto de Ley para la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad. Recuperado de: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=122&p_consec=43354

Pinto, B. (2012). La eutanasia en Colombia: a propósito de un proyecto de ley. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/economia-y-sociedad/3355-la-eutanasia-en-colombia-a-proposito-de-un-proyecto-de-ley.html>

Redacción política. (2016). Radican proyecto de ley para sancionar EPS por mal servicio a usuarios. El Espectador. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/radican-proyecto-de-ley-sancionar-eps-mal-servicio-usua-articulo-648573>

Rodríguez, A. (2009). La Eutanasia. Fundamentos de Bioética. Bucaramanga: Publicaciones UNAB.

Salud. (2015). Papá de Matador ya se sometió a la primera eutanasia legal en Colombia. Periódico El Tiempo. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/salud/eutanasia-de-papa-de-matador/16039057>.

Vargas, L.E. (2014). Sentencia T-970/14, Corte Constitucional. Recuperado de [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm//caso de la corte//](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm//caso%20de%20la%20corte//)

**MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ACOSO
ESCOLAR EN COLOMBIA
10 AÑOS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

José Alejandro Ruiz Forero*

Recibido: Noviembre 1 de 2016

Aprobado: Diciembre 1 de 2016

RESUMEN

En este artículo se hace un análisis de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia que sirvió de base para el desarrollo legal del matoneo, censura o acoso escolar. Se hace una presentación de las sentencias más relevantes e importantes en las cuales la Corte decide casos de acoso escolar, así como de los motivos presentados ante el Congreso para la presentación del proyecto que terminaría convirtiéndose a la postre, en la Ley 1620 de 2013, también conocida como la Ley de Convivencia Escolar.

Palabras clave: acoso escolar, jurisprudencia, convivencia escolar, derechos constitucionales.

**LEGAL FRAMEWORK OF BULLYING IN COLOMBIA 10
YEARS OF CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE**

ABSTRACT

This article does an analysis of the jurisprudence of the Constitutional Court that served as the base to the development of the legal framework of bullying in Colombia. It presents the most relevant and important cases in which the Court decides cases of school bullying, and it also

* Abogado, cursa Certificate IV in legal services en el College of Law Education and Training en Australia y es miembro de la organización Educación Diversa. Correo electrónico: educaciondiversa@gmail.com

refers to the arguments that motivated the moving forward of the bill that in turn became Law 1620 of 2013, also known as the Law of School Well-being.

Keywords: school bullying, precedent, School coexistence, Constitutional rights

QUADRO JURÍDICO E JURISPRUDENCIAL DO ACOSSO ESCOLAR NA COLÔMBIA 10 ANOS DE JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

RESUMO

Este artigo apresenta uma análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Colômbia que foi a base para o desenvolvimento jurídico da intimidação, censura ou acoso escolar.

Se faz uma apresentação das sentenças mais relevantes e importantes em que o Tribunal decide casos de acoso escolar, assim como as razões apresentadas ao Congresso para a apresentação do projeto que acabaria por tornar-se, em última análise, a Lei 1620 de 2013, também conhecida como a lei da convivência escolar.

Palavras-chave: acoso escolar, jurisprudência, convivência escolar, direitos constitucionais.

1 INTRODUCCIÓN

El documento que se presenta a continuación, tiene como objetivo realizar un análisis legal y jurisprudencial del desarrollo del tema del acoso escolar o censura. Para lograr lo anterior, se realizó un proceso de investigación basado en las técnicas descritas por Diego Eduardo López Medina, en su obra “El Derecho de los Jueces”. La investigación se centró específicamente en los 10 años comprendidos entre el 2006 y el 2016, ya que ha sido en este período durante el cual la Corte se ha pronunciado sobre este tema.

La metodología utilizada en el proceso de investigación, obliga a que se realice la lectura de las sentencias, de la más reciente a la más lejana, sin embargo, en el presente documento se analizará el proceso de manera cronológica, con el fin de intentar presentarle al lector la manera como el tema fue planteado en un comienzo, cómo se desarrolló y cuáles han sido

las posiciones sostenidas por la Corte en sus pronunciamientos, así como del Congreso en el desarrollo de la Ley 1620 de 2013 también conocida como Ley de Convivencia Escolar.

Según Olweus citado por Castillo Pulido:

Un alumno es agredido o se convierte en víctima cuando está expuesto, de forma repetida y durante un tiempo, a acciones negativas que lleva a cabo otro alumno o varios de ellos. En esta situación se produce también un desequilibrio de fuerzas (una relación de poder asimétrica): el alumno expuesto a las acciones negativas tiene dificultad para defenderse y en cierto modo está desvalido frente a quienes lo hostigan” (2001, p. 419)

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional considera que el acoso escolar puede causar la vulneración de múltiples derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. La dignidad humana, el derecho a la intimidad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Es indudable que la creación y el desarrollo del marco normativo sobre convivencia y acoso escolar en nuestro país, se debe en gran parte al esfuerzo realizado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. La ley y sus posteriores reglamentaciones han sido esfuerzos legislativos y ejecutivos por darle cumplimiento a las recomendaciones y órdenes impartidas por la corporación en sus sentencias. Sus pronunciamientos han sido argumentativamente sólidos y consistentes. Únicamente en dos de las sentencias seleccionadas se presentan aclaraciones al voto, ambas realizadas por el mismo Magistrado, el Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Las otras decisiones fueron adoptadas de manera unánime por la Corte, lo que da cuenta del consenso en la misma sobre la importancia del tema, así como la necesidad de preservar la unidad argumentativa y conceptual de la jurisprudencia constitucional.

Respecto a la Ley de 1620 de 2013, también conocida como Ley de Convivencia Escolar, es importante resaltar que se trató de un proyecto de ley cuyo trámite fue ampliamente respaldado por todas las fuerzas políticas representadas en el Congreso de la República. Tanto la entonces Ministra de Educación como dos de los tres ponentes del proyecto son miembros del Partido Conservador. El otro de los ponentes es miembro activo del Partido Liberal. En la página web de Congreso Visible (congresovisible.org) se puede consultar el trámite legislativo

del proyecto, así como las votaciones a las que fue sometido durante el transcurso del mismo.

Resulta sorprendente, por decir lo menos, la reacción de sectores religiosos y conservadores, en torno a las iniciativas del Ministerio de Educación en cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional sobre la necesidad de revisar y actualizar los manuales de convivencia de las Instituciones Educativas, con el fin de determinar que fueran respetuosos de la orientación sexual y la identidad de género, en aras de procurar la formación de ciudadanos respetuosos de los derechos humanos, sexuales y reproductivos, tal como lo pretendió la Ley de Convivencia Escolar concertada con las diversas fuerzas políticas del país, de las cuales ellos forman parte. Es desafortunado que el debate esté dominado por la desinformación, los prejuicios y la falta de conocimiento de lo consagrado en la normatividad, la jurisprudencia y los tratados internacionales de derechos humanos sobre la materia. La utilización de creencias religiosas es y será válida en la democracia, siempre que se basen en verdades científicas y no en simple interpretación de textos religiosos que no son vinculantes para la población en general, y que mucho menos reemplazan y derogan los postulados fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho diseñado en la Constitución de 1991.

Se hace evidente la imperiosa necesidad de implementar estrategias pedagógicas de diversa índole por parte de las Instituciones Educativas, con el fin de cumplir con las obligaciones que les fueron asignadas dentro del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar. Es una verdadera tragedia que en este proceso se haya perdido la vida de por lo menos un joven. Lo es aún más el hecho de que el acoso al que se vio sometido proviniera de las directivas de la Institución Educativa de la que hacía parte, por el hecho de tener una orientación sexual diversa no ajustada a los parámetros de supuesta “normalidad” profesados por el Colegio.

Resulta lamentable también, ver cómo en varios de los casos analizados en el presente documento, la solución de los padres del menor que había sido víctima de acoso escolar o censura, fue retirarlo o retirarla de la Institución Educativa, y proceder a trasladarlo (a) a otra. Si bien este hecho no ha impedido que la Corte se pronuncie sobre el fondo de las controversias jurídicas planteadas en las acciones de tutela, eso pone en evidencia que los padres de quienes han sido afectados por tales

actividades, no creen que sea posible una solución mediante procesos restaurativos que reparen los vínculos de la comunidad educativa afectada por las conductas o situaciones de acoso escolar o censura. Esto da cuenta de la falta de aplicación efectiva de los parámetros establecidos en la normatividad vigente, así como de la debilidad del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control de las Entidades del sector.

Sin embargo, lo más preocupante es, en nuestra opinión, el desdén con el que muchas instituciones educativas, directivos, profesores y padres, tienen por los postulados, principios y valores consagrados en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y la normatividad de convivencia escolar. Los colegios continúan incluyendo en sus manuales de convivencia estipulaciones que atentan y violan los derechos fundamentales de los estudiantes, como cuando establecen que determinada orientación sexual o demostraciones de afecto son consideradas inmorales o vulgares. Pareciera como si muchos colegios pusieran sus particulares confesiones religiosas y los textos teológicos que las soportan por encima de la Constitución Política que desde el año de 1991 rige en nuestro país. Así mismo, es sorprendente que con la amplia y numerosa jurisprudencia constitucional sobre los conflictos que se presentan entre derechos fundamentales de estudiantes y las instituciones educativas, como consecuencia de la aplicación de la normas contenidas en los Manuales de Convivencia, aún existan en dichos reglamentos, estipulaciones abiertamente discriminatorias, antidemocráticas y contrarias a los valores contenidos en la Carta Política.

2. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA CENSURA EN COLOMBIA. 10 AÑOS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En lo que sigue se describirán los casos abordados por la jurisprudencia de Colombia sobre el tema y la incorporación de la Ley de convivencia escolar en esa línea.

Sentencia T-917 de 2006. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Unos estudiantes de noveno grado desvisten y filman a uno de sus compañeros durante una salida pedagógica, lo cual deriva en la iniciación de un proceso disciplinario en contra de cinco de ellos; en la posterior cancelación de su matrícula de la entidad educativa, y

finalmente en la decisión de no renovación de las mismas luego de que sus derechos hubieran sido amparados durante el proceso de tutela, aduciendo que la decisión no se fundamentaba en el proceso disciplinario comenzado como resultado de los hechos mencionados, sino que se trataba de una decisión libre y consecuente con el principio de autonomía que la Ley le otorga a las instituciones educativas. Argumentó el Colegio que la decisión era el resultado de las continuas y constantes faltas disciplinarias de los estudiantes involucrados.

La corte plantea, entre varios, el siguiente problema jurídico: “¿Se vulneró el derecho a la dignidad del menor Santiago cuando fue perseguido en grupo, desvestido, ultrajado y filmado durante una salida pedagógica del colegio en el que cursaba el grado noveno?” Para resolver la citada cuestión constitucional, la Corte se pronuncia sobre dos cosas en particular: i) el derecho a la dignidad humana, a la autonomía y a la intimidad de los menores; y (ii) la relevancia de un proceso restaurativo, para resolver el caso concreto.

Para la Corte no queda duda de que se trata de una situación en la que los derechos fundamentales del menor, víctima de censura, fueron vulnerados, y establece que “La Constitución protege el derecho de un estudiante a no ser agredido por sus compañeros mediante la persecución en grupo para desvirtirlo y filmarlo”. En ese orden de ideas, la Corte señala que los derechos a la dignidad humana y la intimidad “protegen a los menores de la agresión de otros menores”, por lo que el matoneo o acoso escolar es un atentado contra dichos derechos. La Corporación procede a realizar un análisis de estos en la jurisprudencia constitucional.

A continuación, la sentencia realiza una consideración que podemos considerar como la fundadora de la línea jurisprudencial propuesta, toda vez que para cumplir con la protección de los derechos a la dignidad, a la intimidad y a la autonomía de los menores, el presente caso no se puede circunscribir “a la garantía de un proceso disciplinario que sancione a los agresores sino también comprende la provisión de un proceso restaurativo que ofrezca una adecuada reparación a la víctima y restaure los vínculos de las partes con la comunidad”. En opinión de la Corte, un proceso disciplinario que pueda culminar con una sanción de los alumnos responsables de la situación de acoso escolar o censura,

puede en algunos casos ser insuficiente para asegurar el goce efectivos de los derechos constitucionales vulnerados por

quienes cometieron la falta disciplinaria. Esto sucede cuando las consecuencias de la falta continúan perpetrándose de diversas maneras en el ámbito de la propia comunidad educativa. En tales eventos, la protección no formal sino real y efectiva de los derechos fundamentales lesionados exige medidas adicionales al proceso disciplinario. Corresponde a cada establecimiento educativo definir cuáles son las medidas adicionales aconsejables para lograr el objetivo tutelar de los derechos y, al mismo tiempo, para evitar que las secuelas de la lesión de dichos derechos se proyecte por distintas vías y continúe incidiendo negativamente en el ámbito de la comunidad educativa. Varias de esas medidas se pueden enmarcar en lo que se conoce como justicia restaurativa.

Según la Corte, los procesos de justicia restaurativa buscan “regenerar los vínculos sociales, psicológicos y relacionales de la víctima y el agresor con su comunidad”, el resultado de un proceso de tipo restaurativo “comprende respuestas de arrepentimiento, perdón, restitución, responsabilización, rehabilitación y reinserción comunitaria, entre otros, que garanticen el restablecimiento de la dignidad de la víctima, su reparación y la restitución de los lazos existentes al interior de la comunidad”. De esto se desprende que la “importancia de este tipo de procesos radica en que la falta no se concibe solo como una trasgresión de una norma, sino como un acontecimiento que afecta a la víctima, y repercute también en el agresor y en la comunidad”.

A manera de conclusión la Corte le ordena al Colegio involucrado en el presente caso,

(...) que en el evento en que los tratos lesivos para la dignidad del menor víctima de los hechos se estén proyectando en su contra, como por ejemplo debido a la ventilación pública de los hechos, su estigmatización o la burla por parte de los miembros de la comunidad, deberá tomar medidas para que estos cesen. Dentro de estas medidas cabe adoptar algún tipo de proceso restaurativo a condición de que i) el menor afectado así lo acepte de manera autónoma, expresa e informada; y ii) alguno de los menores disciplinados vuelva a ser o haya seguido siendo parte de la comunidad educativa y acepte también participar en un proceso restaurativo.

La importancia de esta sentencia radica en darles a las situaciones de acoso escolar o censura, un enfoque diferente al puramente disciplinario y sancionatorio, reconociéndose que debido a las particularidades propias de la vida escolar, es necesario además de adelantar procesos disciplinarios en situaciones como las presentadas, generar espacios y condiciones para que se den procesos restaurativos que de alguna manera redignifiquen tanto a la víctima como al agresor para que de esta manera se reparen los vínculos comunitarios lesionados. Esta línea de pensamiento es recogida nuevamente por la Corte en pronunciamientos posteriores, reiterándose la jurisprudencia en ella sentada.

Sentencia T-905 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

En este pronunciamiento, la Corte Constitucional hace por primera vez el esfuerzo de convocar a distintos actores expertos en el tema de la censura, matoneo o acoso escolar¹. Esto denota un claro interés por parte de la Corte de analizar el tema a fondo y de realizar un pronunciamiento informado y soportado en información técnica y especializada que diera cuenta de la magnitud e importancia del fenómeno del acoso escolar o censura en nuestro país.

La Corte revisa una tutela presentada por los padres de una niña que ha sido objeto de burlas y ataques verbales por parte de sus compañeros de clase, haciendo referencia principalmente a su comportamiento y aspecto personal. El problema fue escalando, hasta que fue puesto en conocimiento de las autoridades escolares por los padres de la menor afectada, iniciándose un proceso que culminó con la inclusión de una anotación en el “observador del estudiante” de los menores involucrados en el despliegue de comportamientos y conductas constitutivas de acoso escolar, resultado que dejó inconformes a los accionantes.

La Corporación plantea el problema jurídico de la siguiente manera: *“¿Vulneran los derechos fundamentales de una niña, los actos de*

¹ Es así como hace un resumen de las intervenciones de las siguientes personas: (i) Coordinadora del programa de licenciatura infantil de la Universidad del Norte; (ii) Decana (e) de la facultad de educación de la Universidad Autónoma de Bucaramanga; (iii) Jefe de la oficina asesora jurídica del Ministerio de Educación Nacional; (iv) Procuradora delegada para la defensa de los Derechos de la Infancia, Adolescencia y la Familia; (v) Profesora investigadora de la facultad de ciencias de la educación de la Universidad Externado de Colombia; (vi) Decano de la facultad de educación de la Pontificia Universidad Javeriana; (vii) Decano de la facultad de ciencias de la educación de la Universidad de la Salle; (viii) Decana de la facultad de ciencias de la educación de la Universidad Tecnológica de Pereira; (ix) Decana de la facultad educación de la Universidad Pedagógica Nacional; (x) Secretaria de Educación del Departamento; (xi) Oficina asesora jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá; (xii) Defensor del Pueblo; y (xiii) Jefe de la oficina asesora jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

coerción y burla a los que es sometida por algunos de sus compañeros de clase, a pesar de haberse aplicado el respectivo manual de convivencia y de haberse impartido las sanciones correspondientes?”

Debido a que durante el proceso de tutela, los padres de la menor accionante deciden retirarla de la institución educativa en donde se desarrollaron los hechos y procedieron a matricularla en otra entidad, la Corte encuentra que en este caso

opera el fenómeno de la carencia actual de objeto, debido a que la razón por la cual se presentó la acción (el acoso escolar) ha desaparecido y no se detectan requerimientos que justifiquen la protección de los derechos de la menor (necesidad de asegurar que no sea hostigada por sus compañeros y que sea restaurada por los mismos y la comunidad que la rodeaba).

No obstante, la Corte entiende que al presentarse dicho fenómeno, no se cierra la posibilidad de que

esta Sala efectúe un análisis de las pruebas recaudadas y que tome decisiones en procura de garantizar los derechos de los niños y de las niñas que lleguen a encontrarse en circunstancias similares. **En términos generales, de acuerdo con lo que fue respondido por las diferentes entidades estatales en todos los niveles y de los conceptos remitidos por varias universidades del país, se infiere que en la actualidad no existe una fórmula o herramienta coherente y efectiva que garantice la identificación y atención de los casos de acoso u hostigamiento escolar mediante un proceso restaurativo.** (Negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, la Corte entiende que si bien “no existe una pauta clara para definir en qué consiste la práctica del hostigamiento escolar o el “matoneo”, se ha logrado evidenciar que los actos ejecutados por un grupo de compañeros en contra de K, (i) configuraron un desequilibrio entre los poderes o facultades de los estudiantes que, adicionalmente, (ii) constituyeron un acto de censura y rechazo ilegítimo e inconstitucional sobre aspectos personales de la niña y que (iii) terminaron por vulnerar su dignidad, en la medida en que la sometieron a un trato humillante”. Así pues, según la Corte, “los acontecimientos que tuvo que soportar K no son el producto de actos inocentes, propios de la edad, o circunstanciales, sobre los cuales no había que prestar atención. En

sentido estricto, los hechos denunciados por los padres de la menor, aunque no pueden encuadrarse como conductas criminales u originadas en algún tipo de enfermedad -como fue mencionado por la Procuraduría General de la Nación- sí constituyen una forma de acoso u hostigamiento que debió ser prevenida, atendida y solucionada por la institución educativa y, si fuera del caso, por los demás sujetos y autoridades adscritas al esquema escolar y/o al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, de manera que se materializaran el conjunto de obligaciones previstas en los artículos 38 y siguientes de la Ley 1098 de 2006”.

Como consecuencia del escenario planteado por la sentencia, para la Corte resultaba preocupante que no existiera “una definición de este fenómeno, sus elementos y tipologías o niveles de complejidad, de manera que sea posible distinguirla de otras formas de conflicto escolar; esto, obviamente, impide la diferenciación de una estrategia plena, que atienda las necesidades puntuales de las partes, los padres de familia y, adicionalmente, de los profesores”. Es así como esta Corporación le ordena “al Ministerio de Educación, en coordinación con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, que **lidere la formulación de una política general que permita la prevención, la detección y la atención de las prácticas de hostigamiento, acoso o matoneo escolar, de manera que sea coherente con los programas que se adelantan en la actualidad, con las competencias de las entidades territoriales y que constituya una herramienta básica para la actualización de todos los manuales de convivencia.** Para tal efecto, se dispondrá el término de seis meses” (Negrilla fuera de texto).

Trámite Legislativo y análisis de la Ley 1620 de 2013 o Ley de Convivencia Escolar².

El 8 de mayo de 2012 se radica el Informe de Ponencia para Primer Debate del Proyecto de Ley 201 de 2012 de la Cámara de Representantes, “por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar”, y que a la postre se terminaría convirtiendo en la Ley 1620 de 2013. El proyecto fue presentado por la entonces Ministra de Educación Nacional, Dra. Maria Fernanda Campo, conjuntamente con un grupo de

² El trámite legislativo de lo que se convirtió en la Ley de Convivencia Escolar, puede ser consultado en la siguiente página web: <http://congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-crea-el-sistema-nacional-de-convivencia-escolar-y-formacion-para-el-ejercicio-de-los-derechos-humanos-sexuales-y-reproductivos-y-la-prevencion-y-mitigacion-de-la-violencia-escolar-violencia-escolar/6634/>

Representantes, “liderados por Juana Carolina Londoño Jaramillo, Telésforo Pedraza Ortega y Simón Gaviria Muñoz”. Para la elaboración del proyecto de ley, se recibieron los aporte e intervenciones de la Vicepresidencia de la República, de la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, del Ministerio de la Protección Social, del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de la Policía Nacional y de la Oficina de la Alta Consejería de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH).

Según la ponencia, la propuesta legislativa buscaba recoger “los intereses de diversos sectores que han identificado la necesidad de fortalecer la convivencia escolar, la formación para el ejercicio de los Derechos Humanos, sexuales y reproductivos, la prevención y mitigación de la violencia escolar y el matoneo, tenido (sic) como objetivo fundamental la promoción de los Derechos Humanos y el mejoramiento de la convivencia en los establecimientos educativos públicos y privados” reconociéndose que, según estudios internacionales

el clima escolar es la variable que mayor influencia ejerce sobre el rendimiento de los estudiantes”, el cual se define como el conjunto de “actitudes, creencias, valoraciones y normas que subyacen a las prácticas educativas, los logros académicos y las actividades propias de la escuela”. En ese orden de ideas, se afirma que “cuanto mayor es la calidad académica de la escuela, menos es el nivel de delito y delincuencia de sus integrantes (...) además que en los ambientes escolares donde se presenta menor ocurrencia de vandalismo, violencia física o verbal entre el alumnado y menor discriminación por razones raciales, lingüísticas o sociales, los estudiantes tienden a obtener mejores resultados en sus procesos de aprendizaje.

De conformidad con la ponencia, en Colombia las prácticas de acoso escolar o bullying son más frecuentes en las edades comprendidas entre los 12 y los 14 años “es decir este tipo de violencia se presenta más frecuentemente en los años de educación básica (Grados 6, 7 y 8), la muestra más común de maltrato es la verbal y es a la que más miedo le tienen los escolares. También hay agresiones físicas y de exclusión. Además de golpes, burlas, chantajes y discriminación, los niños y jóvenes utilizan el ciberespacio, las redes sociales y demás herramientas tecnológicas digitales interactivas, como herramientas para el acoso

escolar (Internet, telefonía móvil y video juegos online)”. Posteriormente se hace una exposición de las características propias de esta nueva forma de acoso ligado a la era tecnológica³, y se señala que el fenómeno del matoneo o censura no se presenta exclusivamente en los estratos bajos, sino que se trata de una práctica generalizada en la sociedad, sin importar la condición socioeconómica de la víctima o del agresor.

Luego de citar una serie de cifras recogidas en las pruebas SABER del año 2005, así como un estudio exploratorio sobre el problema realizado por la Universidad Javeriana de la ciudad de Cali, la Encuesta Nacional de Deserción Escolar, entre otros, la ponencia concluye que si bien

se han dado pasos importantes en la construcción de marcos conceptuales, pedagógicos y operativos, acordes con la realidad del sector y con los diversos contextos, **es importante establecer un marco normativo específico que desarrolle el principio constitucional de la responsabilidad compartida de instituciones educativas, familia, sociedad y Estado en la formación para la ciudadanía; defina sus funciones y facilite la aplicación de políticas intersectoriales donde la cooperación entre los diferentes actores sea el principio de acción y la herramienta para complementar y enriquecer la labor en la institución educativa**” (Negrilla fuera de texto).

Como resultado de ese esfuerzo legislativo fue expedida la Ley 1620 de 2013, también conocida como la Ley de Convivencia Escolar, la cual en el artículo primero establece su objeto de “contribuir a la formación de ciudadanos activos que aporten a la construcción de una sociedad democrática, participativa, pluralista e intercultural” lo cual se logrará

³ “1. El ciberespacio es un entorno de socialización que además de tener identidad propia (es en Sí mismo un ¿lugar?), es transversal al resto de espacios: familia, escuela y comunidad.
2. Acosador y víctima no tienen siquiera que conocerse y las situaciones de **bullying** y **ciberbullying** no van siempre ligadas. Muchas veces es cierto que el acoso escolar se complementa con acoso virtual, pero no necesariamente. Puede incluso que un conflicto online entre compañeros derive en **bullying** al trasladarse al otro espacio que partes comparten: el Establecimiento Educativo.
3. No hace falta ser fuerte para acosar en el espacio virtual. Tampoco quien sea poco sociable o tenga alguna característica que lo diferencia de su grupo de iguales, se convierte en víctima potencial de ciberacoso. Muy al contrario, ocurre en ocasiones que quien sufre **bullying** se transforma en acosador en el ciberespacio.
4. El **ciberbullying** según Enrique Chaux, tiene varios agravantes, como la permanencia e inasistencia en el acoso, ahora es de 24 horas. ¿Antes cuando un joven era intimidado en el colegio, al menos descansaba mientras no estaba en él? (sic), ahora se evidencia la propagación y persistencia total del acoso.
5. El **Ciberbullying** según los expertos, multiplica los efectos del acoso escolar tradicional, ya que expone a la víctima a escenarios **online** de gran aforo, en donde decenas de personas pueden animarse a decir cualquier cosa, lo que implica a la publicidad de la agresión”.

mediante el establecimiento del “Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar” con el fin de promover y fortalecer “la formación ciudadana y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes, de los niveles educativos de preescolar, básica y media y prevenga y mitigue la violencia escolar y el embarazo en la adolescencia”.

El artículo 2 de la misma ley, define el acoso escolar o censura y la cibercensura de la siguiente manera:

- Acoso escolar o **bullying**: Conducta negativa, intencional metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o por medios electrónicos contra un niño, niña, o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado.

También puede ocurrir por parte de docentes contra estudiantes, o por parte de estudiantes contra docentes, ante la indiferencia o complicidad de su entorno. El acoso escolar tiene consecuencias sobre la salud, el bienestar emocional y el rendimiento escolar de los estudiantes y sobre el ambiente de aprendizaje y el clima escolar del establecimiento educativo”.

Cyberbullying o ciberacoso escolar: Forma de intimidación con uso deliberado de tecnologías de información (internet, redes sociales virtuales, telefonía móvil y videojuegos **online**) para ejercer maltrato psicológico y continuado”.

Realizar un análisis detallado del Sistema desborda el objetivo del presente trabajo. Sin embargo se referenciarán las contribuciones que consideramos más importantes de la Ley, en especial aquellas que hacen referencia a la prevención o mitigación de formas de violencia escolar. Así las cosas, dentro de los objetivos del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar, se señalan entre otros, en su artículo cuarto:

4. Promover el desarrollo de estrategias, programas y actividades para que las entidades en los diferentes niveles del Sistema y los establecimientos educativos fortalezcan la ciudadanía activa y la convivencia pacífica, la promoción de derechos y estilos de vida saludable (sic), la prevención, detección, atención y seguimiento de los casos de violencia escolar, acoso escolar o vulneración de derechos sexuales y reproductivos e incidir en la prevención y mitigación de los mismos, en la reducción del embarazo precoz de adolescentes y en el mejoramiento del clima escolar.
5. Fomentar mecanismos de prevención, protección, detección temprana y denuncia de todas aquellas conductas que atentan contra la convivencia escolar, la ciudadanía y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes de preescolar, básica y media, particularmente, las relacionadas con acoso escolar y violencia escolar incluido el que se pueda generar a través del uso de la internet, según se defina en la ruta de atención integral para la convivencia escolar.
6. Identificar y fomentar mecanismos y estrategias de mitigación de todas aquellas situaciones y conductas generadoras de situaciones de violencia escolar. (...).

Entre de las funciones que la ley le asigna al Comité Nacional de Convivencia Escolar en el artículo 8, vale la pena mencionar las siguientes:

3. Armonizar y articular las acciones del Sistema Nacional con las políticas nacionales, sectoriales, estrategias y programas relacionados con la construcción de ciudadanía, la convivencia escolar y los derechos humanos, sexuales y reproductivos y la prevención y mitigación de la violencia escolar.
(...)
8. Promover y liderar estrategias y acciones de comunicación, que fomenten la reflexión sobre la convivencia escolar, la prevención, mitigación, y atención del acoso escolar, la violencia escolar y la disminución del embarazo en la adolescencia, la

divulgación de la presente ley y de la Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar, vinculando a los medios de comunicación nacional, regional y comunitarios.

9. Coordinar la creación de mecanismos de denuncia y seguimiento en internet, redes sociales y demás tecnologías de la información a los casos de **ciberbullying (...)**”.

Otra de las novedades de la ley en su artículo 13 es la creación en las instituciones educativas del Comité Escolar de Convivencia, ente que incluirá a representantes de los profesores, de los estudiantes, de los padres de familia, entre otros, y que tendrá dentro de sus funciones:

1. Identificar, documentar, analizar y resolver los conflictos que se presenten entre docentes y estudiantes, directivos y estudiantes, entre estudiantes y entre docentes.
2. Liderar en los establecimientos educativos acciones que fomenten la convivencia, la construcción de ciudadanía, el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos y la prevención y mitigación de la violencia escolar entre los miembros de la comunidad educativa.
3. Promover la vinculación de los establecimientos educativos a estrategias, programas y actividades de convivencia y construcción de ciudadanía que se adelanten en la región y que respondan a las necesidades de su comunidad educativa.
4. Convocar a un espacio de conciliación para la resolución de situaciones conflictivas que afecten la convivencia escolar, por solicitud de cualquiera de los miembros de la comunidad educativa o de oficio cuando se etime conveniente en procura de evitar perjuicios irremediabiles a los miembros de la comunidad educativa. El estudiante estará acompañado por el padre, madre de familia, acudiente o un compañero del establecimiento educativo.
5. Activar la Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar definida en el artículo 29 de esta ley, frente a situaciones específicas de conflicto, de acoso escolar, frente a las conductas de alto riesgo de violencia escolar o

- de vulneración de derechos sexuales y reproductivos que no pueden ser resueltas por este comité de acuerdo con lo establecido en el manual de convivencia, porque trascienden del ámbito escolar, y revisten las características de la comisión de una conducta punible, razón por la cual deben ser atendidos por otras instancias o autoridades que hacen parte de la estructura del Sistema y de la Ruta.
6. Liderar el desarrollo de estrategias e instrumentos destinados a promover y evaluar la convivencia escolar, el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos.
 7. Hacer seguimiento al cumplimiento de las disposiciones establecidas en el manual de convivencia, y presentar informes a la respectiva instancia que hace parte de la estructura del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar, de los casos o situaciones que haya conocido el comité.
 8. Proponer, analizar y viabilizar estrategias pedagógicas que permitan la flexibilización del modelo pedagógico y la articulación de diferentes áreas de estudio que lean el contexto educativo y su pertinencia en la comunidad para determinar más y mejores maneras de relacionarse en la construcción de la ciudadanía (...)."

A continuación la ley le asigna responsabilidades a los diferentes organismos dentro del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar, el Ministerio de Educación (artículo 15), la Secretarías de Educación de las entidades territoriales (artículo 16), de los establecimientos educativos (artículo 17), de los rectores o directores de estos (artículo 18) y de los docentes (artículo 19). Posteriormente, la ley establece la necesidad de ajustar los proyectos pedagógicos con el fin de que reflejen “la vivencia y práctica de los derechos humanos en la cotidianidad escolar, cuyo objetivo es la transformación de los ambientes de aprendizaje, donde los conflictos se asumen como oportunidad pedagógica que permite su solución mediante el diálogo, la concertación y el reconocimiento a la diferencia para que los niños, niñas y adolescentes desarrollen competencias para desempeñarse como sujetos activos de derechos en el contexto escolar,

familiar y comunitario. Para esto el proyecto pedagógico enfatizará en la dignidad humana, los derechos humanos y la aceptación y valoración de la diversidad y las diferencias” (artículo 20).

En cuanto a los manuales de convivencia de las instituciones educativas, un tema que ha generado una gran atención mediática en el último tiempo, resulta pertinente recordar las obligaciones que la Ley de Convivencia Escolar señaló al respecto. Así, dice la normatividad que **“los manuales de convivencia deben identificar nuevas formas y alternativas para incentivar y fortalecer la convivencia escolar y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes, que permitan aprender del error, respetar la diversidad y dirimir los conflictos de manera pacífica, así como de posibles situaciones y conductas que atenten contra el ejercicio de sus derechos”** (artículo 21). (Negrilla fuera de texto). La ley reconoce el rol de las familias como parte de la comunidad educativa y le asigna responsabilidades dentro del marco del Sistema Nacional de Convivencia Escolar (artículo 22).

Finalmente podemos afirmar que la herramienta más importante que concibió la ley para ejecutar su contenido, fue la creación de la Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar, que no es otra cosa que un documento mediante el cual se definen “los procesos y los protocolos que deberán seguir las entidades e instituciones que conforman” el Sistema Nacional de Convivencia Escolar, en aquellos casos y situaciones “en que se vea afectada la convivencia escolar y los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes de las instituciones educativas, articulando una oferta de servicio ágil, integral y complementario” (artículo 29). Esta deberá contener como mínimo cuatro componentes: promoción, prevención, atención y seguimiento.

El de promoción deberá centrarse en el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos y en el desarrollo de competencias para lograrlo. Se definen los criterios de convivencia a seguir por parte de los miembros de la comunidad educativa, así como los mecanismos y las instancias participativas y se determina la calidad del clima escolar. El componente de prevención, por su parte, se desarrollará mediante la implementación de un proceso continuo de formación integral en los niños y adolescentes, con el fin de

disminuir en su comportamiento el impacto de las condiciones del contexto económico, social, cultural y familiar. Incide sobre

las causas que puedan potencialmente originar la problemática de la violencia escolar, sobre sus factores precipitantes en la familia y en los espacios sustitutivos de vida familiar, que se manifiestan en comportamientos violentos que vulneran los derechos de los demás, y por lo tanto quienes los manifiestan están en riesgo potencial de ser sujetos de violencia o de ser agentes de la misma en el contexto escolar” (artículo 30).

La atención, como parte de la Ruta de Atención Integral, pretende desarrollar diversas estrategias que permitan brindarles asistencia a los niños, adolescentes, jóvenes, padres, acudientes y educadores, “de manera inmediata, pertinente, ética e integral, cuando se presente un caso de violencia o acoso escolar o de comportamiento agresivo que vulnere los derechos humanos, sexuales y reproductivos (...) Este componente involucra a actores diferentes a los de la comunidad educativa cuando la gravedad del hecho denunciado, las circunstancias que lo rodean o los daños físicos y psicológicos de los menores involucrados sobrepasan la función misional del establecimiento educativo”(artículo 30). Cuando sea necesaria la activación del componente de atención, esta será realizada por el Comité de Convivencia Escolar, debiéndose tener en cuenta lo siguiente (artículo 31):

1. *La puesta en conocimiento de los hechos por parte de las directivas, docentes y estudiantes involucrados.*
2. *El conocimiento de los hechos a los padres de familia o acudientes de las víctimas y de los generadores de los hechos violentos.*
3. *Se buscarán las alternativas de solución frente a los hechos presentados procurando encontrar espacios de conciliación, cuando proceda, garantizando el debido proceso, la promoción de las relaciones participativas, incluyentes, solidarias, de la corresponsabilidad y el respeto de los derechos humanos.*
4. *Se garantice la atención integral y el seguimiento pertinente para cada caso (...)*”

Por último, el componente de seguimiento implica el reporte oportuno de la información al Sistema Nacional de Convivencia Escolar según el estado en el que se encuentre el caso de atención que hubiese sido reportado.

La ley termina con un capítulo dedicado a las sanciones (artículos 35 y 36) e infracciones administrativas (artículo 37) a que haya lugar por el incumplimiento de la ley, así como de una serie de incentivos, mediante los cual el Ministerio de Educación puede reconocer la labor de una entidad educativa por su impacto positivo en la implementación de las estrategias propuestas por la normativa (artículo 39). De igual manera, se señalan sanciones para las instituciones educativas privadas (artículo 36) y las faltas disciplinarias de los docentes y directivos docentes (artículo 38).

Podemos concluir reconociendo el valor de la Ley de Convivencia Escolar, que sus buenas intenciones y su pertinencia deben ser destacados. Se trata de un esfuerzo por recoger las recomendaciones realizadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-905 de 2011 con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, y debe resaltarse el carácter multipartidista de la ley, la cual contó mayoritariamente con el apoyo de las fuerzas políticas representadas en el Congreso. Sin embargo, y como veremos a continuación, su aplicación ha sido limitada y se requiere mayor compromiso por parte de los agentes del Sistema Nacional de Convivencia Escolar, para darle cumplimiento a la normativa, buscando generar una cultura de rechazo a cualquier forma de violencia escolar, así como a la protección y defensa de los derechos humanos, sexuales y reproductivos dentro del ámbito escolar.

Sentencia T-365 de 2014. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Esta sentencia de la Corte hace parte de una subregla jurisprudencial que se ha encargado de desarrollar el tema de la cibercensura o matoneo virtual. Debido a las particularidades propias de ese fenómeno, y a que ha desbordado el ámbito meramente escolar, su estudio a profundidad se realizará en un trabajo posterior. Sin embargo, a manera de introducción, y tratándose de un caso cuyos hechos se desarrollaron en un ambiente escolar, ha sido incluida en el presente documento.

Los hechos del caso la Corte los resume de la siguiente manera:

5.1. Bianca, en representación de Filippo, su hijo menor de edad, incoó esta acción de tutela contra el Colegio AA, aduciendo vulneración a los derechos fundamentales de Filippo a la dignidad, la salud, el buen nombre y la honra, por cuanto sus compañeros de grado crearon un grupo **en Facebook**, a través del cual divulgaban “información denigrante e intimidatoria” hacía

su hijo, ante lo cual solicitó que el colegio accionado ordenara a los padres de familia de los estudiantes en cuestión, que les prohibieran el maltrato, en cualquiera de sus formas y se les exigiera un trato respetuoso hacia Filippo, desactivando el grupo social electrónico.

Durante el trámite de la tutela, la Corte decidió suspender los términos del presente proceso, e invitó al Dr. Enrique Chaux, profesor asociado del Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes y Director del Programa Multi-Componente Aulas en Paz y del grupo de investigación Agresión, Conflictos y Educación para la Convivencia, con el fin de que emitiera un concepto sobre el asunto objeto de revisión. Si bien la opinión del Dr. Chaux no es vinculante, vale la pena resaltar el interés de la Corte por escuchar voces autorizadas en la materia, toda vez que se trata de uno de los profesionales más reconocidos en Colombia en el trabajo e investigación de la convivencia y el acoso escolar o censura. Su intervención tiene un valor doctrinal importante para el entendimiento del fenómeno de la cibercensura.

Para la Corporación resulta evidente que uno de los problemas que ha venido en aumento en los últimos años, como consecuencia del avance de las nuevas tecnologías y de las redes sociales, es el acoso escolar.

Bajo el orden constitucional vigente, toda persona, en especial los menores de edad, tiene derecho a que se le proteja del llamado acoso escolar o matoneo (censura), por ser formas expandidas de atentar contra su honra y dignidad. Las tecnologías de la información han conllevado un impacto negativo por la facilidad para que crezca este tipo de conductas, en intensidad y nocividad, al potenciar el daño causado”. La Corte cita a la organización canadiense Public Safety Canada, la cual define el ciberbullying como “el uso de nuevas tecnologías de la información y la comunicación para amenazar físicamente, asediar verbalmente o excluir socialmente a un individuo de un grupo.

Durante el trámite de la Tutela, la Corporación pudo constatar que el grupo en la red social **Facebook**, mediante el cual se estaba agrediendo al menor, había sido desmontado, ante la solicitud de amparo por parte de la madre del menor. “De otra parte, mediante carta de **febrero 21 de 2014**, Bianca comunicó a la Corte que “puede **darse por superado el caso particular de mi hijo**, al que **observo en excelentes condiciones físicas y emocionales**, gracias a la oportuna y efectiva intervención de la

Corte Constitucional y el especial interés para intervenir, asesorar y acompañarnos en el restablecimiento de los derechos expresados en la tutela interpuesta”, manifestando también su “gratitud y sincera felicitación a la gestión de quienes intervinieron y deseando que todos los jóvenes que pasan por estas situaciones tengan el mismo apoyo” (f. 49 ib., no está en negrilla en el texto original). Por ello, esta Corte encuentra que la acusada vulneración de derechos fundamentales ha cesado”.

La Corte reitera la jurisprudencia sentada en las sentencias T-917 de 2006 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa y la T-905 de 2011 con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. Al resolver el caso concreto, y como parte de una de las órdenes emitidas, replica la realizada en la T-905/2011, mediante la cual se insta

al Ministerio de Educación Nacional y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, para que coordinadamente y en el ámbito propio de sus respectivas funciones, formulen y desarrollen una política general, para precaver, detectar oportunamente, atender y proteger a quienes padezcan hostigamiento, acoso o matoneo escolar, incluyendo el llamado “**ciber matoneo**” o “**cyberbullying**”, lo que realizarán sistemáticamente y con todas las dependencias territoriales con competencias educacionales, de donde irradie hacia los centros de educación, desde la preescolar, para la actualización de todos los manuales de convivencia, siempre en procura de esculpir desde la niñez una sólida cultura de paz”.

No deja de sorprender que la Corte se vea obligada a realizar dicha invitación, máxime cuando se trata de una providencia posterior a la expedición de la Ley 1620 de 2013. Esto confirma lo mencionado en el aparte anterior, en cuanto a que la aplicación de la normativa contenida en la Ley de Convivencia Escolar, no había sido aplicada. No obstante, el presente caso se prolongó desde antes de la expedición de la ley y hasta después de dicho hecho, lo que podría de alguna manera justificar dicho pronunciamiento.

Sentencia T-563 de 2014. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

En la presente Tutela se resuelve un caso en el que se revisa la negativa de una Entidad Promotora de Salud de realizar un procedimiento quirúrgico a un menor, por considerarlo de carácter estético y no estar incluido en el

Plan Obligatorio de Salud. La madre del menor alega que esa negativa viola los derechos fundamentales ya que debido a su condición física se le han “*causado problemas psicológicos como baja autoestima, debido al acoso escolar que sufre dentro de la institución educativa en la que estudia. Por lo anterior, la psicóloga recomendó se realice la “cirugía otoplastia bilateral”, ordenada por el médico tratante de la EPS*”⁴.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte decide resolver, entre otros, el siguiente problema jurídico: “¿La omisión en la práctica del procedimiento requerido por el niño, conlleva al detrimento de la vida en condiciones dignas, atendiendo al acoso escolar al cual se encuentra sometido dentro de la institución educativa a la que pertenece? (...).

Este es el primer pronunciamiento en el que la Corte expresamente reconoce la existencia de la Ley de Convivencia Escolar, cuando afirma que recientemente y debido a “*las circunstancias de violencia generadas dentro de los planteles educativos, se expidió la Ley 1620 de 2013, con el propósito de establecer mecanismos de prevención, protección, detención temprana y denuncia sobre la violencia escolar, entre las que se encuentra la “censura”*”. Define la censura como “*un fenómeno social y una forma de maltrato específico, intencional, perjudicial, reiterado, continuo, discriminatorio y persistente de un estudiante o grupo de estudiantes hacia otro compañero, que generalmente se presenta en el ámbito escolar*”⁵.

De igual manera, sostuvo que “el acoso escolar entre otras conductas se presenta con el hostigamiento, intimidación, maltrato, violencia, exclusión social y discriminación que sufre un niño en el entorno escolar por parte de uno o varios compañeros. De este modo, a el acoso puede provenir la violencia física, verbal, simbólica y en particular emocional, que atenta contra la dignidad del menor de edad y ocurre de manera i) intencional ii) reiterada y iii) continua”. Esto hace que en consideración de la Corte, “los menores tienen derecho a que se les proteja del acoso escolar, por constituir una forma expandida de afectación de la honra y dignidad, y una conducta que impacta negativamente en el desarrollo integral de la comunidad estudiantil”.

4 Consideración 2.

5 Consideración 3. Para formular esta definición, la Corte se apoya en los siguientes materiales: Cfr. “*Bullying at school, what we know and we can do*”, Dan Olweus, Cambridge, Massachusetts. “*Múltiples Perspectivas Sobre un Problema Complejo: Comentarios Sobre Cinco Investigaciones en Violencia Escolar*”, Enrique Chau, Universidad de los Andes. “*School bullying*”, Alana James, University of London. “*Bullying prevention and intervention: information for educators*”, Philip J. Lazarus, Florida International University and William Pfohl, Western Kentucky University.

Sentencia T-478 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Se trata del tristemente célebre caso de Sergio Urrego, el joven de 17 años que se quitó la vida como consecuencia de un caso de matoneo o censura, perpetrado por parte de las directivas del Colegio al cual pertenecía, luego de que un profesor de la institución encontrara una fotografía de él besándose con otro alumno del colegio, en el celular que le había sido decomisado a una compañera suya. El análisis del caso es extenso y busca escuchar a todos los actores involucrados dentro del Sistema Nacional de Convivencia Escolar. El presente caso desnudó crudamente la falta de aplicación de la Ley de Convivencia Escolar, que precisamente se había expedido con el fin de prevenir situaciones como esta. Debido a lo extenso de la sentencia, en este trabajo únicamente nos referiremos a los argumentos esgrimidos por la Corporación, para resolver el siguiente problema jurídico:

“¿Constituye una situación de acoso escolar por orientación sexual por parte del colegio acusado y de violación a otros derechos fundamentales el iniciar un proceso disciplinario a una pareja del mismo sexo por considerar que realizaban manifestaciones de afecto obscenas y vulgares e incurrir en una serie de medidas posteriores que pudieron ser un factor determinante en el suicidio de uno de ellos, cuando para el colegio las actividades desplegadas por la institución no fueron más que consecuencia de la aplicación del Manual de Convivencia, del mal comportamiento del estudiante fallecido y de su hogar disfuncional?”

Lo primero que nos interesa es conocer la definición que la Corte adopta sobre la censura o acoso escolar, “respaldada por la literatura científica sobre la materia, indica que este fenómeno (conocido también como acoso escolar o “**bullying**”) es la agresión repetida y sistemática que ejercen una o varias personas contra alguien que usualmente está en una posición de poder inferior a la de sus agresores. Esta deliberada acción sitúa a la víctima en una posición en la que difícilmente puede escapar de la agresión por sus propios medios”. Así las cosas, la Corte afirma que “la intimidación es un abuso que está asociado directamente a un desequilibrio de poder entre quien agrede y quien es agredido” y continúa diciendo que “no puede ser resuelta a través de una mediación de pares, sino que se requiere de una acción institucional de prevención y

acompañamiento que permita superar una situación de esta naturaleza. Incluso, esta acción institucional debe buscar prevenir las graves consecuencias que la afectación a la intimidad tiene en la vida de las personas”.

Por primera vez la Corte hace referencia a los diferentes roles que desde la academia se han asignado a quienes participan en una situación de acoso escolar o **bullying**, identificándolos como el agresor, la víctima y los espectadores⁶. Adicionalmente la Corporación se pregunta si **“¿el acoso escolar es un fenómeno que solo ocurre entre pares (es decir entre estudiantes) o si las agresiones pueden provenir también, por ejemplo, de las autoridades de las instituciones educativas?”**(Negrilla fuera de texto). La respuesta a la que llega la sentencia es que desafortunadamente **“la intimidación escolar puede tener características estructurales que se desprenden de políticas o prácticas discriminatorias auspiciadas por las directivas de un colegio”**(Negrilla fuera de texto). La sentencia admite como ciertos los datos recogidos en un estudio del Dr. Enrique Chaux y admite su preocupación al observar “como el acoso escolar es un fenómeno extendido en el sistema educativo colombiano” y que no se trata de “una práctica aislada en el sistema educativo en Colombia. Por el contrario, es un fenómeno de características masivas que tiene causas estructurales relacionadas con estereotipos alrededor del concepto de debilidad y las formas de obtener poder”.

En otro aparte, la Corte realiza un análisis de lo que denomina los “Problemas estructurales en materia de resolución de conflictos por acoso escolar en razón de diferencias en la identidad de género o la orientación sexual en el sistema educativo colombiano”. Lo primero que hace la sentencia en este punto es presentar un cuadro explicativo de “las características generales del funcionamiento del sistema, señalando en términos básicos, la distribución de competencias entre los órganos nacionales y del orden departamental y municipal”, basándose en las disposiciones de la Ley 115 de 1994, también conocida como la Ley General de Educación. Según la Corte, “una importante adición a este sistema de inspección y vigilancia, es la recién sancionada Ley de Convivencia Escolar -Ley 1620 de 2013- y su decreto reglamentario -Decreto 1965 de 2013-. Dicha norma, explícitamente reconoce que uno

6 Cuadro 2. Cuadro elaborado por el despacho de la magistrada sustanciadora a partir de información recogida en: CHAUX, Enrique. Educación, convivencia y agresión escolar. Ediciones Uniandes. Bogotá (2012), y COLLELL i CARALT, Jordi y ESCUDÉ MIQUÉL, Carme. El acoso escolar: un enfoque psicopatológico. En: Anuario de Psicología Clínica de la Salud. Volumen 2 (2006).

de los retos que tiene el país, está en la formación de sus ciudadanos, para el ejercicio activo de la ciudadanía y de los Derechos Humanos. De esta manera, la norma fue pensada como una política de promoción y fortalecimiento de la convivencia escolar, precisando que cada experiencia que los estudiantes vivan en los establecimientos educativos resulta fundamental para el desarrollo de su personalidad”.

No obstante la existencia de mecanismos de Inspección, Vigilancia y Control en el Sistema Educativo, así como una nueva política pública en contra de las prácticas de acoso escolar, censura o matoneo, en la cual se buscaba prevenir precisamente hechos como los presentados en este caso, “resulta notorio, sin embargo, que ninguna de las acciones de detección temprana de las normas en mención, fuera implementada en el presente caso constitucional. De un examen general de las competencias de inspección y vigilancia solo se logra constatar que las entidades involucradas aplicaron sus facultades generales de sanción. Sin embargo, las rutas de acción y las garantías de convivencia escolar no lograron detectar una posible situación de intimidación pues, sencillamente, nunca fueron implementadas por las autoridades competentes”. Como se mencionó, este caso puso en evidencia la falta de implementación práctica de la Ley, la cual quedó reducida a letra muerta ante la inoperancia de sus disposiciones. Dice la Corte que debido a lo anterior, **“existe un déficit de protección general para las víctimas de acoso escolar ante estas circunstancias, ya que, a pesar de que existe un marco regulatorio claro y una política pública definida desde el 2013, la misma no ha sido implementada con vigor y en casos como el que nos convoca, ni siquiera fue impulsada en momentos concretos”** (Negrilla fuera de texto).

Por último, al realizar el análisis del caso concreto la Corte decide analizar *“Las fallas estructurales ante el acoso escolar en el sistema educativo colombiano”*. Allí la Corte reitera que a pesar de que la Ley 1620 de 2013, entre otras cosas, creó

mecanismos de detección temprana, acción preventiva, conciliación y seguimiento a este fenómeno de acoso, sea entre pares o desde una perspectiva institucional, es claro que ninguna autoridad pública o el colegio accionado o alguno de los intervinientes en el proceso, activó dichos procedimientos, con el fin de encontrar una solución consultada, integral y respetuosa de los derechos fundamentales de los jóvenes, en un contexto educativo en el que se deben formar los ciudadanos del mañana.

En ese orden de ideas, continúa diciendo que en “ningún momento, se observó una actuación coordinada entre las autoridades demandas, para acompañar el proceso de formación de los jóvenes y las dificultades que estaban enfrentando ellos mismos, frente a las presiones institucionales y familiares. Por ello es que la política propuesta puede ser un punto de partida importante para acceder a propuestas concertadas en estos casos”. Así mismo, termina afirmando que “existiendo una política pública vigente que pretende ser un instrumento eficaz de convivencia escolar dirigido a la promoción de los derechos humanos, entre los que se encuentra el ejercicio libre de los derechos sexuales y reproductivos y el respeto por la diversidad sexual, es necesario que se intensifiquen los mecanismos administrativos para asegurar la operatividad del sistema, para que casos como estos no vuelvan a ocurrir”.

Como consecuencia de los hechos del caso, así como de las consideraciones realizadas por la Corporación a lo largo de la sentencia, la Corte termina concluyendo que

atendiendo el déficit de protección que enfrentan las víctimas de acoso escolar en el país, ante la falta de operatividad de la política pública de convivencia escolar, la Sala le dará al Ministerio de Educación, como ente coordinador de esa, una serie de órdenes tendentes a implementar en un plazo razonable mecanismos de detección temprana, acción oportuna, acompañamiento y seguimiento a casos de acoso escolar. Esto con el fin de evitar que casos tan lamentables como el que se examina en esta oportunidad, vuelvan a ocurrir. No es concebible, dentro de un Estado Social de Derecho, que la trágica muerte de un joven, producto de la incompreensión, sea una nueva razón para reconocer nuestro compromiso en evitar que la realidad masiva, reiterada y estructural de la violación de los derechos fundamentales de las niñas, los niños y los adolescentes en nuestro país, continúe. Es imposible aspirar a una sociedad robusta, deliberativa, plural y democrática si nuestros ciudadanos son formados a partir del sobresalto y la incompreensión.

Vale la pena nuevamente resaltar los esfuerzos de la Corte Constitucional por entender y aportar a la solución del acoso escolar, matoneo o censura, mediante sus pronunciamientos y órdenes que realiza en sus sentencias. Es lamentable que se hubiese tenido que sacrificar la vida de un joven para llamar nuevamente la atención sobre la falta de aplicación de la

normativa vigente. De igual manera, es penoso, por decir lo menos, descubrir durante el trascurso de la sentencia, el abuso sistemático al que se vio sometido Sergio, por parte de las autoridades del Colegio, las cuales aún después de su muerte, continuaron vulnerando sus derechos fundamentales al buen nombre, filtrando información a los medios de comunicación y realizando todo tipo de acusaciones en contra de un muchacho por sus vinculaciones políticas, su tendencia sexual y las particularidades de su estructura familiar.

A partir de este fallo, y como consecuencia de las órdenes impartidas por la Corte, se inició el proceso por parte del Ministerio de Educación, de los Manuales de Convivencia de las instituciones educativas del país, generando una gran discusión en el país, el cual ha estado desafortunadamente liderado por la desinformación, los prejuicios y la falta de conocimiento del marco legal que aquí se ha buscado presentar. El proceso, liderado por la ya ex Ministra de Educación, no era un capricho o una imposición originada en su propia identidad sexual, sino que se trataba de uno iniciado con mucha anterioridad, avalado por la gran mayoría de las fuerzas políticas del país quienes en su momento apoyaron, aprobaron y expidieron la Ley 1620 de 2013. Es nuestro deseo que este caso, sirva verdaderamente para, como lo afirma la ley, “*aprender del error*” (artículo 21) y que verdaderamente nunca se vuelva a repetir.

Sentencia T-281A de 2016. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Se trata del pronunciamiento más reciente de la Corte Constitucional en abordar el tema del bullying o acoso escolar. En ella se reitera y consolida la jurisprudencia sentada por la Corte citando las sentencias T-905 de 2011 (4 veces), T-365 de 2014 (2 veces) y T-478 de 2015 (3 veces). Fue utilizada como “*punto nodal*”, concepto desarrollado por López Medina y que sirve como punto de partida de la investigación jurisprudencial realizada.

Se resuelve una tutela mediante la cual se busca la protección del derecho al debido proceso de un estudiante luego de que la institución educativa resolviera que no debería continuar en el colegio, luego de que este hubiera creado un grupo en una red social en la cual publicó unas fotos de una compañera desnuda. El Colegio alegó que se trató de un proceso “tras desplegar algunas situaciones de incumplimiento de las normas de convivencia escolar”.

Vale la pena rescatar la presentación conceptual que se realiza tanto de censura como de la cibercensura. Sobre el primero, dice la sentencia que estamos ante un concepto que ha sido “definido por la literatura especializada como una agresión que se caracteriza por (i) ser intencional; (ii) envolver un desequilibrio de poder entre un agresor (el cual puede ser individual o grupal) y una víctima; así como (iii) por ser repetitiva y producir efectos en el transcurso del tiempo. El **Bullying** se genera a través de insultos, exclusión social, propagación de rumores, entre otras formas, en contextos de confrontación personal (cara a cara) o con palabras escritas, por ejemplo, las empleadas a través de medios de comunicación como internet”. Esta última modalidad, el **ciberbullying**, lo define como

una intimidación a través de mensajes de correo electrónico, servicios de mensajería instantánea, sitios web, o imágenes enviadas a los teléfonos celulares, entre otras formas. Se caracteriza porque (i) se puede desplegar desde al anonimato, lo cual, a su vez; (ii) genera que los victimarios lleguen a tener comportamientos que tal vez no tendrían si las intimidaciones fueran en contextos de confrontación personal; (iii) los medios para generarlo están al alcance en cualquier momento gracias a las facilidades de acceso de los medios electrónicos; (iv) la víctima tiene temor de denunciarlo ante eventuales represalias del victimario o porque se le restrinja el uso de su computador o celular y; (v) el número de espectadores que puede conocer el contenido de los mensajes intimidatorios es alto, dada la demanda de usuarios de internet.

Por otra parte, la Corte recuerda la creación legal de los Comités de Convivencia Escolar y su desarrollo reglamentario, contenido en el Decreto 1075 de 2015. Dice el decreto:

Todas instituciones educativas y centros educativos oficiales y no oficiales del país deberán conformar Comité Escolar de Convivencia, encargado de apoyar la labor de promoción y seguimiento a la convivencia escolar, a la educación para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos, así como del desarrollo y aplicación del Manual de Convivencia y de la Prevención y Mitigación de la Violencia El respectivo consejo directivo de las referidas instituciones y centros educativos dispondrá de un plazo no mayor a seis (6) meses, contados a partir del 11 de 2013, para conformar el Comité Escolar de

Convivencia y elaborar su reglamento, el cual deberá hacer parte integral del manual de convivencia.

La Corte encontró que en este “caso la actividad desplegada por el Comité Escolar de Convivencia no se acompasa con la gravedad de los hechos puestos en conocimiento. Dicho Comité fue displicente ya que pese a conocer los hechos concernientes al censura y contemplar un programa de intervención grupal para la formación en derechos humanos y el uso adecuado de las redes sociales en el Colegio, postergó su ejecución bajo el argumento de estar desarrollando otras actividades escolares”.

Como consecuencia de ello, la Sala concluyó que “el Comité Escolar de Convivencia del Colegio Tolimense no atendió la gravedad de los hechos puestos en conocimiento sobre el **Cyber Bullying** del que fuera víctima una de sus estudiantes. Ello por cuanto (i) postergó la ejecución del programa de intervención grupal para la formación en derechos humanos y el uso adecuado de las redes sociales en el Colegio y (ii) incumplió el deber de desarrollar acciones preventivas para mitigar la violencia escolar, pues contempló la creación de dicho programa luego de presentarse los hechos de intimidación escolar por parte del joven Parra Céspedes”.

En ese orden de ideas, la Corte le ordenó al Colegio que desarrollara “una política escolar para la oportuna prevención, detección, atención y protección frente al **Bullying** o el **Cyber Bullying**, con la finalidad de evitar situaciones similares a las desplegadas por Juan Esteban, o cualquier otra forma de violencia escolar que vaya en detrimento de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad educativa. La política escolar deberá hacer hincapié en la enseñanza y la observancia de los derechos de la mujer a tener una vida libre de violencia y a que se respeten y protejan sus derechos humanos”.

En esta sentencia podemos ver cómo, pasados 3 años desde la expedición de la Ley 1620 de 2013, y si bien en el caso concreto se habían cumplido por parte de la Institución Educativa parte de la controversia constitucional parte de sus obligaciones legales de tipo formal, como la creación del Comité de Convivencia Escolar, la misma entidad no le dio prioridad ni relevancia a las situaciones y comportamientos analizados en la presente acción de tutela, pues postergó la ejecución de programas de intervención para la formación en derechos humanos, utilizando una argumento que a todas luces resulta

inadecuado, como afirmar que se estaban desarrollando otras actividades.

3. CONCLUSIONES

Es importante resaltar que en estos 10 años desde que la Corte se pronunció en la sentencia T-917 de 2006 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinoza, se han presentado significativos e importantes avances en la materia. No obstante lo anterior, sería necio no señalar que dichos avances se han presentado en gran medida por el activismo judicial que ha tenido la Corte y no iniciativa propia de los Gobiernos nacionales, departamentales o distritales, y mucho menos por iniciativa de las entidades educativas del sector público o privado.

De igual manera es necesario hacer énfasis en la falta de voluntad por parte de las entidades que conforman el Sistema Nacional de Convivencia Escolar, pues fue únicamente a partir de la sentencia T-478 de 2015 con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, que las entidades del orden nacional, en cabeza del Ministerio de Educación y las demás partícipes del Sistema, se “pusieron las pilas”, en el tema de prevención y mitigación de la violencia escolar o censura, y comenzaron a darle aplicación real a la Ley 1620 de 2013, mediante la creación de los Comités de Convivencia Escolar y la aplicación de la Ruta Integral de Atención, concebida como herramienta principal de la Ley. Es desafortunado que haya sido necesario de la constante intervención de la Corte Constitucional para que se cumplieran las obligaciones legales y se pusiera en marcha la política pública de prevención y atención de la violencia y del acoso escolar.

Es verdad que estamos ante un problema mayúsculo y que no será fácil de solucionar. Vemos como las tecnologías de la información y las redes sociales han creado nuevos espacios en los cuales se pueden dar situaciones de acoso, violencia, matoneo y censura, que muchas veces tienen el potencial de trascender al espacio educativo, lo que dificulta su análisis y requiere diferentes acciones por parte de las entidades del Sistema Nacional de Convivencia Escolar. Se requieren acciones coordinadas por parte del Sistema en su conjunto y que cada individuo se eduque y asuma como propia la erradicación de la cultura del acoso escolar.

Es imperioso que se tomen acciones tendentes a promover en los estudiantes y en la comunidad educativa en general un cambio cultural

de respeto por los derechos humanos, sexuales y reproductivos, que celebre la diversidad, el multiculturalismo, la libertad y los valores democráticos. Es responsabilidad de cada uno de nosotros, como padres, estudiantes, profesores, profesionales, directivos escolares, generar conciencia sobre la importancia de acatar la normatividad y enfrentar el cambio con optimismo y verlo como una oportunidad de educar mejores y más integrales colombianos, que contribuyan a la consolidación de una paz estable y duradera.

Vale la pena hacerle un llamado a todas las entidades, públicas y privadas, así como a las personas que hacen parte del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar, sobre la necesidad de desarrollar estrategias pedagógicas diversas que aborden de manera técnica, especializada y novedosa, los tres grandes ejes fundamentales contenidos en la Ley 1620 de 2013. De igual manera, resulta ineludible fortalecer el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del sector educativo, con el fin de que se garantice el cumplimiento de las obligaciones legales de los intervinientes.

Resulta claro que la Corte ha adoptado una definición soportada en la doctrina especializada sobre el fenómeno del acoso escolar o censura. Esa definición implica que estamos en presencia de situaciones de acoso escolar o censura, cuando las conductas o comportamientos son reiterados, tienen la intención de causar un daño, se presentan como consecuencia de un desbalance de poder entre las partes intervinientes. Las estrategias pedagógicas que las Instituciones Educativas deben incluir dentro de sus programas académicos, tienen que estar encaminadas a brindarle herramientas de juicio a los estudiantes sobre las diferentes maneras en las que pueden actuar al estar en presencia de conductas o situaciones de acoso escolar o censura. Entre ellas podemos incluir explicaciones conceptuales sobre las diferencias entre el acoso y el simple conflicto, las diferentes formas en las que este fenómeno puede manifestarse, tales como agresiones físicas, psicológicas, intimidación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, entre otros. Así mismo, es necesario que se realicen demostraciones sobre la manera de transmitir mensajes de manera asertiva, así como sobre la importancia de ser espectadores y ciudadanos éticos, que intervengan para frenar situaciones en las que se presentan violaciones de los Derechos Humanos de otros.

La única manera de combatir la maquinaria y estrategia de desinformación propuesta por algunos sectores ultra conservadores y religiosos que pretenden anular y desmontar los derechos adquiridos por las minorías reconocidos en la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como de los tratados internacionales de derechos humanos, es mediante un esfuerzo mayúsculo de pedagogía sobre los contenidos de la normativa, los objetivos, valores y principios perseguidos por la jurisprudencia, las leyes y reglamentos vigentes que han regulado y desarrollado el sistema de convivencia escolar en nuestro país. Resulta sorprendente que el debate suscitado como consecuencia del cumplimiento de una orden emitida en un fallo de tutela por la Corte Constitucional al Ministerio de Educación, hubiese llegado a generar la polarización tan profunda que se generó en el país, más cuando hacía relativamente poco había sido presentado, discutido y aprobado, el proyecto de ley que se convertiría en la Ley de Convivencia Escolar, cuyos ponentes son miembros de los partidos Conservador (2) y Liberal (1). Las familias hacen parte del Sistema, y como tal tienen derechos y obligaciones dentro del mismo, sus creencias, valores y principios deben ser respetados, sin que ellos deban serles impuestos u otros miembros de la comunidad que promulguen confesiones o valores diferentes.

Es evidente que el acoso escolar o censura es un problema generalizado en las Instituciones Educativas del país, y que tiende a ser minimizado, invisibilizado y de plano negado, por la mayoría de las directivas y profesores de las entidades. Muchas veces estas personas consideran que los casos que se dan en sus instituciones, o bien no son tan graves como los estudiados por la Corte, o se trata de simples hechos aislados que no son recurrentes y que por lo tanto el fenómeno como tal no es un problema prevalente dentro de sus Colegios. Mientras prevalezca esta mentalidad, será muy difícil poner en marcha los mecanismos que la ley estableció para promover el desarrollo de ciudadanos respetuosos de los derechos humanos, sexuales y reproductivos, que rechacen la violencia y la agresión como formas de resolver conflictos, que demuestren empatía y solidaridad para con personas en situaciones de vulnerabilidad y que sepan comunicar mensajes contundentes y asertivos que permitan poner fin a conductas o situaciones de acoso escolar o censura en sus colegios.

Como parte del trabajo que se buscará desarrollar hacia el futuro, está la necesidad de realizar otros trabajos similares al realizado en el presente documento, con el fin de abordar y analizar otras líneas jurisprudenciales que sirvan de fundamento para el desarrollo e implementación de

estrategias pedagógicas diversas que contribuyan en el cumplimiento de los objetivos generales de la Ley de Convivencia Escolar. En ese orden de ideas, se realizarán trabajos específicos en ciberensura, Educación para la Salud Sexual y Reproductiva en el Sistema Legal Colombiano; el consentimiento de las personas en situación de discapacidad frente a sus derechos sexuales y reproductivos; procedimientos quirúrgicos estéticos en menores de edad; prevención de la violencia en contra de la mujer; entre otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Olweus, D. (1998). *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*. Madrid: Ediciones Morata.

Castillo-Pulido, L. (2001). El acoso escolar: De las causas, origen y manifestaciones a la pregunta por el sentido que le otorgan los actores. *Magis Revista Internacional de Investigación en Educación*, 4 (8) p. 415-418.

Chaux, E. (2011). *Variables socio-económicas, sociopolíticas y socio-emocionales que explican la intimidación escolar. Un análisis multinivel a nivel país*. Bogotá: Centro de Convenciones Jiménez de Quesada

Chaux, E. (2012). *Educación, convivencia y agresión escolar*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Listado de Sentencias:

Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia T-917. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-905. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-365. M.P: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-563. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-478. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-281A. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

APORTE TRIALISTA PARA EL ANÁLISIS JURÍDICO DE LA ECONOMÍA

Matías Mascitti*

Recibido: Agosto 21 de 2016

Aprobado: Noviembre 15 de 2016

En la economía política, llegan a ser los hechos los que verifican la ciencia, después de haber servido de materiales (Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord, político francés, 1754-1838)

RESUMEN

El texto que se presenta, constituye una contribución al análisis jurídico de la Economía según el integrativismo del plan tridimensionalista de la Teoría trialista. Como contrapunto del análisis económico del Derecho, aquí se presenta el análisis jurídico de la Economía, proponiendo un estudio de su objeto desde las categorías trialistas del mundo jurídico.

Palabras clave: Economía - Integrativismo - Mundo Jurídico-Tridimensionalismo - Trialismo

TRIALIST CONTRIBUTION FOR THE LEGAL ANALYSIS OF THE ECONOMY

ABSTRACT

This article is a contribution to the legal analysis of Economics according to the integrative of the tridimensional plan of the trialist theory of law. As a counterpoint to the economic analysis of law, here we present the legal analysis of the economy, proposing a study of its object by the trialist categories of the legal world.

Keywords: Economy, integrative, legal world, tridimensional plan, trialist.

* Doctor en Derecho Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA). Profesor Doctorado Intensivo UBA.
Correo electrónico: matiasmascitti@gmail.com

A CONTRIBUIÇÃO DA TEORÍA TRIALISTA À ANÁLISE JURÍDICA DA ECONOMIA

RESUMO

O texto apresentado, é uma contribuição à análise jurídica da economia segundo o integrativismo do plano tridimensionalista da teoria trialista. Como contraponto à análise econômica do direito, aqui a análise jurídica da economia é apresentada, propondo um estudo de seu objeto a partir das categorias trialistas do mundo jurídico.

Palavras-chave: Economía, Integrativismo, mundo jurídico, tridimensionalismo, trialismo.

1. INTRODUCCIÓN

La Teoría Trialista¹ del mundo jurídico reconoce que la realidad económica está presente en la dimensión sociológica y que con frecuencia la voluntad de repartir se encuentra con límites de la naturaleza de las cosas que en muchos casos son económicos. La Economía es una realidad básica para el Derecho, de modo que no es posible saber Derecho sin conocer a la Economía; por consiguiente, las propuestas jurídicas que la desconocen son utopías que conducen al fracaso².

En sentido general la Economía es el uso óptimo de los recursos, de modo que una cantidad dada de ellos produzca la máxima satisfacción. Según el enfoque trialista, el mundo económico resulta constituido por un conjunto de actos económicos de: producción, distribución y consumo de riqueza, de potencia e impotencia, o sea de lo que favorece o

1 Se puede consultar: GOLDSCHIMIDT, Werner. (1973). Introducción Filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 4a ed. Buenos Aires: Depalma; CIURO CALDANI, Miguel A. (1976). Derecho y Política. Buenos Aires: Depalma; Metodología Dikelógica. (2007). Rosario: Fundación para las investigaciones jurídicas; BIDART CAMPOS, Germán J. (1969). Filosofía del Derecho Constitucional. Buenos Aires: Ediar; La teoría trialista del mundo jurídico según Werner Goldschmidt. En Ed, T. 25; y MASCITTI, Matías. (2009). El contrato de viaje turístico organizado, desde una perspectiva trialista (Tesis doctoral). UBA.

2 CIURO CALDANI Miguel A., "Relaciones entre la Economía y el Derecho en tres modelos del pensamiento jurídico (Tomismo, teoría pura del Derecho y trialismo)", Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, 1998, Ps. 63 y 64. "No es posible comprender cabalmente el significado de un fenómeno jurídico sin reconocer, al menos en otras perspectivas, su 'eficiencia', y al fin su significado económico". CIURO CALDANI, Miguel A. (1998). Relaciones entre la Economía y el Derecho en tres modelos del pensamiento jurídico (Tomismo, teoría pura del Derecho y trialismo). pp. 63-64. Rosario. "No es posible comprender cabalmente el significado de un fenómeno jurídico sin reconocer, al menos en otras perspectivas, su 'eficiencia', y al fin su significado económico". CIURO CALDANI Miguel A. "Notas sobre Economía y Derecho". http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Notas_Sobre_Economia_y_Derecho_Ciuro_Caldani.pdf, fecha de consulta: 22 de marzo de 2016.

perjudica al ser, y a la vida en particular (dimensión sociológica), captados, es decir, descritos e integrados, por normas (dimensión normológica), y valorados, los actos económicos y las normas, por la utilidad (dimensión plutológica). En recordación de la divinidad griega de la riqueza, Plutón, la dimensión de utilidad de la Economía podría denominarse plutológica³.

Como contrapunto del análisis económico del Derecho, aquí esbozamos el análisis jurídico de la Economía, es decir, efectuamos el estudio de su objeto utilizando las categorías trialistas del mundo jurídico.

El 'hombre económico' es sólo una perspectiva del hombre, incluso sólo una perspectiva del hombre en sociedad. La eficiencia, cuya noción es básica en el análisis económico del Derecho, resulta sólo uno de los valores a los que ha de referirse el Derecho y no es siquiera el valor supremo". (CIURO, 2004, P. 23) Según el Trialismo el análisis económico del Derecho es importante pues nos da herramientas fundamentales para la comprensión de la dimensión sociológica del Derecho. La eficiencia es un valor relativo, y consecuentemente en el mundo jurídico es un medio para el fin, que es la justicia (valor absoluto).

El accionar de los agentes económicos confluye en la variable de la Economía, que consiste en una influencia en el ámbito del progreso social de una nación.

“No hay entre los institutos jurídicos otro que como el contrato ponga en evidencia un proceso que yo llamaría de *fecundación moral de la economía*. La economía puede ser paragonada a la tierra sobre la cual esparciera la ética su semilla; sobre esa tierra y de esa semilla nace, crece, y se agiganta el derecho. Y no hay en el complejo ordenamiento jurídico una vegetación más lozana que la del contrato. Sin él, la economía sería un páramo desolado”. (CARNELUTTI, 2000, P. 43)⁴

3 CIURO CALDANI, Miguel A. Derecho y Economía en la situación Argentina actual. Investigación y Docencia. Núm 17. Cit. p.54; SCALABRINI ORTIZ, Raúl. (1939) La economía es un método de auscultación de los pueblos. Ella nos da palabras específicas, experiencias anteriores resumidas, normas de orientación y procedimientos para palpar los órganos de esa entidad viva que se llama sociedad humana. Política británica en el Río de la Plata. (prólogo). 4ª ed. Buenos Aires: Plus Ultra.

4 En este sentido, Betti recuerda los relatos de Heródoto y cita la coincidente narración de un marino veneciano del siglo XV acerca de dos tribus africanas que intercambiaban sal y oro mediante un singular procedimiento sin pronunciar palabra alguna. BETTI Emilio, “Teoría General del Negocio Jurídico”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, trad. Martín Perez, p. 42, nota 4.

2. DESARROLLO

El desenvolvimiento de la cultura griega se produjo en un marco de Economía básicamente agrícola⁵. La estrecha relación del Derecho privado con la Economía, ya teorizada en nuestras raíces griegas, puede tener relación con el desarrollo jusprivatista de Occidente.⁶

La Baja Edad Media fue escenario de adaptaciones del Derecho Positivo a las necesidades del sistema capitalista que se iba desarrollando. Uno de ellos fue la recepción del Derecho Romano justiniano en el continente europeo. En Francia se sostuvo que el Derecho Romano no tenía validez por imperio sino por la razón y así se presentó una temática que tendría valor en el desarrollo del jusnaturalismo. En tanto, se producía el desarrollo del *Common Law* y de la Economía inglesa.

El empresario comienza a perfilarse con claridad en la Economía de la Edad Moderna. El hombre se independizaba de modo creciente de la naturaleza y el modo de recomenzar la vida sería mediante el contrato. En este período histórico se consolidaron los cuatro pilares básicos de la teoría del contrato: el consensualismo, la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de lo convenido y el efecto relativo.

El capitalismo,^{7 8} en su forma más temprana, evolucionó a partir del sistema feudal de la Europa medieval, en el que los campesinos trabajaban para beneficio de la nobleza terrateniente. A finales del siglo

5 La agricultura era la actividad económica básica tanto en Grecia como en Roma, la unidad de producción era el hogar y la fuerza de trabajo eran los esclavos. GALBRAITH John K., *Historia de la economía*, trad. por Hernán Rodríguez-Campoamor, Editorial Ariel S.A., 2º reimpresión, Buenos Aires, 1994, p. 19.

6 SCHUMPETER, Joseph A. (2008). “La mayor parte de los errores básicos cometidos en análisis económico se debe a la falta de experiencia histórica, con más frecuencia que cualquier otra insuficiencia del instrumental del economista”. *Historia del análisis económico*. (p. 47). Barcelona: Ariel.

Una metodología dikelógica y una metodología jurídica carentes de referencia histórica son al fin como ciegos sin lazarillos. CIURO CALDANI Miguel A., *Metodología Dikelógica*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2007, p. 91. Aplicamos el mismo criterio conceptual para la metodología económica.

7 CHANG Ha-Joon. (2015). El capitalismo es una Economía en que la producción se organiza en función de la obtención de beneficios, en vez de hacerlo para consumo propio (como en la agricultura de subsistencia, en la que cada cual cultiva su propio alimento) o por obligaciones políticas (como en las sociedades feudales o en las Economías socialistas, donde las autoridades políticas dicen qué se debe producir). *Economía para el 99% de la población*. (p.43). Debate, 1ª Ed. Buenos Aires.

8 Shakespeare wrote *The Merchant of Venice* at a time when nascent capitalist values were challenging the still-dominant feudal values of Renaissance England. Shylock, despite or perhaps alongside his Old Testament revenger character, personifies the capitalistic ethic. When the Duke of Venice asks him why he would rather have a pound of worthless flesh than a large sum of money, Shylock replies with a commonplace of modern economic theory –the subjectivity of value. He explains that value is determined by willingness to pay, which is a function of the preferences and resources of each individual, rather than by some external, objective or governmental determination of merit or desert. Shylock further defends his position by reference to freedom of contract and the rule of law and implies that the rejection of his claim for the pound of flesh would be redistributive and socialistic. POSNER Richard and FRIED Charles, “Shylock on Trial: The appellatè briefs”, *Chicago Shorts*, Klindle version.

XVI, este sistema dio paso al mercantilismo, un precursor del capitalismo alimentado por el comercio entre las distintas naciones y el descubrimiento por parte de los europeos de los lucrativos recursos de las Américas⁹.

Adam Smith realizó abundantes críticas a los puntos más delicados del mercantilismo. Su fuerza motriz consistía en que los individuos pueden beneficiarse con el comercio; este fue uno de los preceptos claves del capitalismo que precisó en *La riqueza de las naciones*¹⁰. Entonces, el Estado permitía a los comerciantes operar en monopolios y los protegía imponiendo aranceles a las importaciones¹¹. Sin embargo, las estructuras legales que evolucionaron a lo largo de un período de doscientos años (la propiedad privada, y las sociedades comanditarias por acciones) y los preceptos económicos del lucro y la competencia se convirtieron en los cimientos del capitalismo de la era moderna. En el siglo XIX, los industriales y los propietarios de las fábricas reemplazaron a los comerciantes en lo que, para muchos, fue una edad de oro del libre mercado. Sin embargo, la tendencia de ciertas industrias a generar monopolios y el trauma social y económico que supuso la Gran Depresión en la década de 1930 (a la que siguió la segunda guerra mundial) incitaron a los gobiernos a intervenir más en sus economías, nacionalizar ciertos sectores y crear un Estado de bienestar para sus ciudadanos¹².

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la internacionalización de la Economía occidental, mediante las inversiones efectuadas por los Estados Unidos para la reconstrucción de Europa (Plan Marshall y otros), sumado a la adopción del fordismo como sistema de producción, causó la aparición de los mercados de consumo de masas globales.

9 CONWAY, Edmund. (2011). *50 cosas que hay que saber sobre economía*. 2ª ed. (p.40). Buenos Aires: Ariel.
10 "Every individual necessarily labours to render the annual revenue of the society as great as he can. He generally, indeed, neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. Nor is it always the worse for the society that it was no part of it. By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it. I have never known much good done by those who affected to trade for the public good." SMITH Adam, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Cannan ed.), vol. 1 [1776], <http://oll.libertyfund.org/titles/237>, fecha de consulta: 18 de marzo de 2016.

11 El siglo XIX no constituyó el reinado del librecambio absoluto, sustentado en las lecturas de Adam Smith y David Ricardo. Esa fue apenas una realidad que existió a partir de mediados del siglo y para la parte del mundo dominada económicamente por la presencia industrial y financiera del Imperio Británico. Por ejemplo, Estados Unidos y Alemania se transformaron en potencias industriales practicando un proteccionismo cerrado. RAPOPORT, Mario. (2012). *Historia económica, política y social de la Argentina, 1880-2003*. (pp. 11-12). Buenos Aires: Emecé.

12 CONWAY, Edmund. *50 cosas que hay que saber sobre economía*. (p.40). cit.

La sociedad de consumo,¹³ con sus soportes publicitarios ha terminado con algunos de los cánones y de los dogmas de la Economía clásica. Se ha sostenido que la demanda determina la oferta, pero esto no es así¹⁴. El *marketing* y las grandes empresas que operan en distintos países van configurando un consumidor¹⁵ pasivo y nuevas pautas de consumo; en síntesis es la búsqueda de una deshumanización en función de una actitud de tener.¹⁶

II- Todas las teorías¹⁷ necesariamente implican abstracción, por tanto están imposibilitadas de captar todos y cada uno de los aspectos que constituyen la complejidad del mundo real. Los distintos enfoques económicos¹⁸ pueden beneficiarse con la complementación, enriqueciendo -de ese modo- nuestra comprensión del mundo económico. Las diversas teorías económicas conceptualizan las unidades económicas básicas de distintos modos (por ejemplo: individuos frente a clases), plantean preguntas diferentes (verbigracia: como maximizar la eficiencia en el uso de los recursos dados frente a cómo aumentar nuestras capacidades para producir esos recursos a largo plazo) e intentan responderlas mediante distintas herramientas analíticas (por ejemplo: hiperracionalidad frente a racionalidad acotada¹⁹).²⁰

Desde una perspectiva jurídica, de modo análogo al recomendable en relación con las teorías económicas, el Trialismo constituye una doctrina integradora. Ergo, la Teoría Trialista está enrolada en la concepción tridimensional del Derecho, que consta de hechos, normas y valores; tiene su punto de partida principal en Francia, en Alemania y en los países anglosajones. El reconocimiento de la complejidad de universo exige un coraje quizás supremo, con cuyo auxilio se pasa de la complejidad impura (v. gr.: Teoría de George Jellinek) a la simplicidad pura (p. e.:

13 “En una sociedad de consumo todo es a elección, salvo la compulsión a elegir, la compulsión que se convierte en adicción y que por lo tanto deja de percibirse como compulsión”. BAUMAN, Zygmunt. (2006). *Modernidad Líquida*. Fondo de cultura económica. Traducido de Mirta Rosengerg en colaboración con Jaime Arrambide Squirru. (pp. 79-81 y 82). 6° reimpresión. Buenos Aires.

14 Hoy “...en un mercado especialmente complejo, la exigencia de *veracidad* resulta imperiosa; sólo mediante su respeto la publicidad podrá ser denominador de cooperación y no de dominación”. ALTERINI, Atilio A. “El consumidor en la sociedad posmoderna”, *LL*, 22/10/1996.

15 Ver pp. 9, 10, 12, 15 y 30.

16 IRIGOYEN Roberto A. (1994). “Fundamentos de la cláusula constitucional sobre defensa del consumidor”, en *Derecho del consumidor*. (Director Gabriel A, Stiglitz. (p.93). Rosario: Juris.

17 Una teoría es todo sistema de ideas caracterizado por cierto conjunto básico (pero refutable) de hipótesis peculiares que procura adecuarse a una clase de hechos. BUNGE Mario. (2005). *La ciencia. Su método y su filosofía*. (p. 35). Buenos Aires: Debolsillo; “En este sentido una teoría constituye todo un punto de vista o una propuesta de explicación (provisionalmente) última respecto de cierto sector de la realidad.” GUIBOURG Ricardo A. (2005). *Derecho, sistema y realidad*. 1° reimpresión. (p.10). Bs.As: Astrea.

18 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. cit. (p. 152).

19 Ver pp.30-31.

20 CHANG Ha-Joon., *Economía para el 99% de la población*. cit. (pp. 406 – 407).

Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen) y de esta a la complejidad pura (v. gr. Trialismo de Werner Goldschmidt).²¹

Las teorías económicas dominantes han llevado al extremo su misión simplificadora. Sólo cuando prioricemos la naturaleza multifacética y limitada de los individuos, reconociendo al mismo tiempo la importancia de las grandes organizaciones con estructuras y mecanismos de decisión internos complejos, podremos elaborar teorías que nos permitan entender la complejidad de las decisiones económicas en el mundo real;²² caracterizado por la pantonomía de la causalidad que conlleva la necesidad de desfraccionar en la mayor medida de lo posible.

En cierto sentido, las diversas teorías económicas confluyen en la tendencia idealista platónica enfrentada de modo permanente con el realismo aristotélico durante el devenir histórico.

La Economía implica juicios de valor²³. Las diferentes teorías económicas esgrimen argumentos diferentes en parte por estar basadas en valores dispares. La Economía debe ser cada vez más útil a la humanidad.²⁴

El hombre es un ser caracterizado por su especial conciencia de la tensión entre el ser y el deber ser. Dicha conciencia se intensificó en el siglo XIX y en los comienzos del siglo XX, cuando crecieron el disconformismo humano y la pretensión del hombre de dominar el ser del universo. Fue entonces cuando la conciencia del deber ser se basó en la noción filosófica de valor, continuando en otro sentido la noción de valor que había comenzado a utilizarse en la Economía. Fue en ese marco en que se formó la Axiología o Teoría de los valores²⁵. Ésta es una demostración de cómo la influencia de los conceptos -productos de las formalizaciones-implementados en una ciencia se aplican en otra de ellas, generando una integración dinámica de las ramas del mundo político²⁶.

III- Las relaciones entre Derecho y Economía han pasado por distintas etapas, desde la imbricación -en la cual ambas ciencias tenían el mismo

21 MASCITTI, Matías. (2006) "Aporte trialista para la integración de la axiología dikelógica y la literatura". En "Revista del...". "cit.". No. 38. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/878/703>. Fecha de consulta: 23 de marzo de 2016.

22 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. cit. pp. 184.

23 Ver pp 2, 3, 6, 8, 10, 12, 16, 20, 24, 26, 28 y 30

24 Ídem, pp 153 y 154

25 GOLDSCHMIDT Werner., *Introducción Filosófica al Derecho...*, cit., pp 371 y 372

26 Ver pp 12, 23, 26 y 28

objeto- a la indiferencia y a un actual y renovado interés recíproco en base a la llegada de la sociedad postindustrial y la globalización de los mercados.²⁷

El mercado es un "un mecanismo por medio del cual los compradores y los vendedores de un bien determinan conjuntamente su precio y su cantidad".^{28 29} La globalización, o mundialización de los mercados, permite la realización de negocios a escala planetaria. Esta globalización aparece en primer lugar por la circulación global del capital financiero, facilitada por las innovaciones tecnológicas,³⁰ y sigue por la expansión de las empresas y de sus negocios sin consideración de fronteras nacionales, llevando consigo sus prácticas comerciales y sus instituciones jurídicas al amparo de su gran poder de negociación.³¹

La apertura del país al exterior y el grado de integración internacional dependerá de sus objetivos y capacidades a largo plazo.³² La Economía de mercado³³ es el camino que, con variantes, han adoptado diversos países del mundo, incluyendo la Argentina. Para que tal sistema funcione es necesario gozar de una competencia lícita, clara y de buena fe. Existen distintos repartos autoritarios captados por una variada gama normativa referente al Derecho de la Competencia, que en sentido amplio abarca la temática referente a la concentración empresarial monopólica o tendente al monopolio; prácticas desleales³⁴ diversas,

27 RIVERA Julio C. "Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales", *LL* 2006-A. p. 1005.

28 SAMUELSON Paul A. y NORDHAUS William D. *Economía*, (1992) 13ª ed. Traducción de Luis Toharia Cortes y Esther Tabasco. Madrid.

29 La noción de mercado proviene del medioevo, en que nació el derecho mercantil y alude a las ferias en que se vendían distintos productos. En esas ferias los operadores determinaban el precio de los bienes que constituían su objeto. De este modo, el concepto de mercado significaba el lugar en el que se comercia cierto tipo de bienes cuyo precio se determina en él. RIVERA Julio C., "Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales", cit.,(p. 1005).

30 "En una economía de la información, el valor aumenta no por el trabajo sino por el saber. La teoría del valor del trabajo de Marx, que apareció al comienzo de la economía industrial, debe ser sustituida por una nueva 'teoría del valor del saber'". NAISBITT John. (1993). *Macrotendencias*. (p.25). España: Mitre.

31 "El auge de la gran empresa ha conllevado el ineluctable declinar del mercado. Los precios dejan de depender del juego impersonal de la concurrencia, pues la gran empresa se ha arrogado el derecho esencial de fijar sus propios precios." GALBRAITH John K. y SALINGER Nicole. (2005) *Introducción a la economía. Una guía para todos (o casi)*. Traducido por Gustavo Muñoz. Crítica. (p.63). 2º impresión. Barcelona: Biblioteca de Bolsillo.

32 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. pp. 400-401.

33 La oferta, la demanda y el precio constituyen los cimientos de la Economía de mercado. La demanda representa la cantidad de bienes o servicios que la gente está dispuesta a comprar a un vendedor a un precio determinado. A su vez, la oferta indica la cantidad de bienes o servicios que un vendedor está dispuesto a desprenderse por determinado precio. Por su parte, los precios son la señal sobre el aumento o disminución de la oferta o la demanda de un producto particular. Resulta atípico que los precios se encuentren en un punto de equilibrio. CONWAY Edmund. *50 cosas que hay que saber sobre economía*. cit. (pp. 14 – 15).

34 Entre ellas, la publicidad engañosa ocupa un lugar destacado.

anticompetitivas, cumplidas en el mercado; subsidios; *dumping*; salvaguardias; protección del consumidor; etc.³⁵³⁶

Por otro lado, los empresarios, soportes de una Economía de consumo expandida en el mundo, apuntan por excelencia a maximizar sus beneficios (como expresión genérica de diferencia entre costo y precio de venta de bien o servicio) y a minimizar la tendencia del riesgo económico (entre otros supuestos, la reparación masiva de daños).³⁷ Para hacer buenas elecciones, las empresas deben ser capaces de calcular y gestionar el riesgo esperado. Al respecto, a mediados del siglo veinte, Barnard introdujo el término *toma de decisiones*³⁸ del vocabulario de la administración pública al mundo de los negocios, procurando respuestas a los interrogantes sobre quien toma las decisiones y sobre como se han configurado los sistemas de gobierno, de justicia y el orden social del mundo.³⁹

El trabajo, la tierra y la moneda no son una mercancía, sino que constituyen una condición para el desarrollo de la actividad económica. Por tanto, el buen funcionamiento del mercado supone reglas e instituciones que garanticen la seguridad de los recursos humanos, naturales y monetarios. Consecuentemente, por medio de una regulación razonable del mercado lograremos proteger la dignidad del trabajador y del consumidor efectivizando, de este modo, el principio supremo de justicia.⁴⁰

El pilar del fundamentalismo de los promotores de la libertad de los mercados, consiste, en que ello conduce al equilibrio económico; esta

35 ETCHEVERRY Raúl A. "Publicidad engañosa, competencia y responsabilidad civil", en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio, homenaje al profesor doctor Atilio A. Alterini*. Op. Cit. En atención al consenso internacional logrado por el sistema que han desarrollado las rondas del *General Agreement on Trade and Tariffs* (GATT) y de la organización mundial del comercio (OMC), se creó el marco para un crecimiento progresivo del comercio dentro de la globalización.

36 Al respecto en la Argentina existe normativa referida al tema en cuestión, v.gr.: los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional formal, la ley 22.262 de defensa de la competencia, la ley 22.802 de lealtad comercial y la ley 24.240 de defensa del consumidor.

37 "Because consumers are usually uninterested in and ignorant of a firm's financial situation, they 'lend' without their knowledge or consent; they are thus an especially attractive source of capital to firms in economic need. It is well known that tort generally provides no ex ante equitable remedy, and even if one is available, its use requires information consumers generally lack. Such an arrangement necessarily allows firms to 'take now' and 'pay later' (only upon injury can a 'lender' collect through tort), thereby creating a nonconsensual source of capital." "Tort as debt market: agency costs, strategic debt, and borrowing against the future", *Harvard Law Review*. (2002). Vol. 115. No. 8. (pp.2301-2308). Cambridge, Massachusetts.

38 Ver pp. 22 y 27.

39 BUCHANAN Leigh y O'CONNELL Andrew, "Una breve historia de la toma de decisiones", <http://www.hbral.com/sitio/spanish/Custom.Site/articles/buchanan.pdf>. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2016. Sobre la teoría de juegos ver p. 27.

40 MASCITTI Matías, "El Derecho de Trabajo en la Dimensión dikelógica", Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía social, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1328/1469>.

argumentación falsa sostiene un régimen económico que perjudica de modo palmario los intereses individuales y colectivos de los trabajadores.^{41 42}

La definición de fallo de mercado⁴³ depende de nuestra teoría sobre el funcionamiento de los mercados. Por consiguiente, no podremos formarnos un juicio equilibrado del papel del Estado si desconocemos las teorías económicas más relevantes⁴⁴. Por ejemplo, los schumpeterianos⁴⁵ y la escuela austríaca condenan el estado de competencia perfecta -que los economistas neoclásicos idealizan- como un estado de estasis económica, en el que no hay innovación ya que el señuelo del beneficio monopolístico (temporal) motiva a las empresas a innovar; así la adopción de medidas drásticas contra los monopolios —o incluso dividirlos- reduce la innovación⁴⁶ y provoca estancamiento tecnológico.⁴⁷

En consecuencia, resulta conveniente desfraccionar en la mayor medida de lo posible la causalidad económica⁴⁸ —categoría pantónoma- a través del prisma de una perspectiva pluralista, con el norte de obtener un desarrollo adecuado de la Economía.

La expresión “libre mercado” constituye una falacia ya que para realizar transacciones de mercado se necesitan reglas que establezcan qué se puede comerciar, quién puede comerciar con ellas y cómo

41 El paradigma de la creencia en que los mercados financieros tienden al equilibrio es tanto falso como engañoso. Los participantes en el mercado no pueden basar sus decisiones exclusivamente en su conocimiento ya que sus percepciones sesgadas influyen no sólo en los precios de mercado sino también en los fundamentos que esos precios supuestamente reflejan. El pensamiento de los participantes tiene una función dual. Por una parte, ellos intentan entender su situación (función cognitiva). Por otro lado, los participantes intentan cambiar la situación (función manipulativa). Ambas funciones actúan en direcciones opuestas y, bajo ciertas circunstancias, pueden interferir una con otra. Esto es la reflexividad de la interferencia. SOROS, George. *El nuevo paradigma de los mercados financieros. Para entender la crisis económica actual*. (2008). (pp. 9 y 10). Bs. As: Taurus.

42 “Las culturas que ponen el énfasis en la productividad y en hacer dinero crean, por lo general, una sensación de apremio temporal y un sistema de valores que fomentan el pensamiento individualista.” LEVINE Robert, *Una geografía del tiempo*, trad. Por Luz Freire, 2ª edición, siglo veintiuno editores, 2012, Bs. As., P. 193. Las tres funciones principales del dinero son: a) medio de intercambio, b) depósito de valor y c) unidad contable. CONWAY Edmund. *50 cosas que hay que saber sobre economía*, Cit. (p. 67).

43 Ver. p. 17.

44 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p. 350.

45 “The opening up of new markets, foreign or domestic, and the organizational development from the craft shop to such concerns as U.S. Steel illustrate the same process of industrial mutation—if I may use that biological term—that incessantly revolutionizes the economic structure from within, incessantly destroying the old one, incessantly creating a new one. This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism. SCHUMPETER Joseph.(1942). *Capitalism, Socialism, and Democracy*. (p. 83). New York: Harper & Row.

46 Ver pp. 14 y 29.

47 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p. 349.

48 Ver.p. 14.

pueden ser comercializadas en el mercado.⁴⁹ De modo que la política crea, modela y remodela los mercados antes del inicio de las transacciones.⁵⁰

Las perspectivas de los participantes y reguladores nunca se corresponden con la situación del momento, es decir, los mercados nunca alcanzan el equilibrio postulado por la teoría económica. Existe una conexión reflexiva de doble sentido entre la percepción y la realidad que puede dar lugar a procesos de auge y crisis que inicialmente se autorrefuerzan, pero que finalmente se autodestruyen, o sea, a burbujas. Cada burbuja consiste en una tendencia y en una falsa concepción que interactúan de modo reflexivo. Todas estas crisis forman parte de una superburbuja, un proceso reflexivo de largo plazo.⁵¹

La creencia principal de la doctrina ultraliberal es que el mercado constituye la autoridad suprema de los asuntos del mundo. Según esta doctrina, el problema central radica en reglamentar los mercados, que obliga a volver al terreno político y jurídico para restablecer en ellos el orden de los fines y los medios en lo tocante a las necesidades de los hombres; y la organización económica y financiera.⁵²

Muchos economistas defensores del libre mercado han argumentado que existe un vínculo indiscutible entre la libertad de elección de los consumidores individuales y su libertad política. Son ejemplos clásicos: la crítica seminal de Friedrich Von Hayek al socialismo –Camino de servidumbre- y la apasionada defensa del libre mercado realizada por Milton Friedman –Libertad de elegir-.⁵³

49 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p.356.

50 Es como la magia profunda que existía antes del principio de los tiempos, que Aslan (el león) conoce, pero no así la Bruja Blanca, en las Crónicas de Narnia, el clásico para niños de C.S. Lewis. Existe una clara conexión entre Aslan y Jesús, ya que ambos son: asesinados, resucitan y se encuentran presentes en sus mundos. En consecuencia, la magia que conoce Aslan es equivalente al poder de Dios que posee su hijo Jesús. Así, en la fundación de Narnia, Aslan dice “Criaturas, os doy vuestro ser. Os entrego para siempre este país de Narnia. Os doy los bosques, las frutas, los ríos. Os doy las estrellas y me entrego yo mismo a vosotros...”. LEWIS CS. *Las crónicas de Narnia. El sobrino del Mago*. (2008). 1ª Ed. (p.162). Buenos Aires: Destino.

51 SOROS George. El nuevo paradigma de los mercados financieros. Para entender la crisis económica actual. Cit. (pp. 12 y 13). Sous l'influence de l'analyse économique du droit les spécialistes de droit des affaires ont activement défendu depuis vingt ans cette dilution des personnes dans le monde des choses.

Ces brillantes analyses contenaient déjà en germe les désastres causés par certains produits financiers dérivés et notamment les obligations adossées à des actifs (collateralized debt obligation: CDO) et les dérivés sur événement de crédit (credits-default swaps: CDS). SUPIOT Alain, “Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008”, *Revue Internationale du Travail*, OIT, 2010/2012, <http://www.ilo.org/public/french/revue/download/pdf/s1supiot.pdf>, p. 169.

52 *Idem*, pp. 173 y 174.

53 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p.162 y 163.

Con relación a la justificación política, no existe una relación clara entre la libertad económica y la libertad política de un país; y en cuanto a la justificación moral, la búsqueda irrestricta del interés personal a través de los mercados casi nunca produce resultados económicos socialmente deseables.⁵⁴

El mercado a través de su desregulación, secuestra subversivamente el valor justicia y el valor humanidad del mundo político.⁵⁵

La eficiencia de Pareto (u óptimo de Pareto), que constituye el fundamento de todos los postulados sobre mejora social de la escuela neoclásica, determina que, si respetamos los derechos de cada individuo soberano, el cambio social debe ser considerado una mejora si –y solo si– mejora las condiciones de vida de algunos sin empeorar las de otros. Desde esta perspectiva, no deberían existir los sacrificios individuales en nombre del “bien común”. Lamentablemente existen pocas modificaciones que no perjudiquen a nadie; en consecuencia, la eficiencia de Pareto supone una receta que ampara el *statu quo*. La adopción de la eficiencia de Pareto, por consiguiente, le imprimió un sesgo sumamente conservador a la escuela neoclásica.⁵⁶

Para los libertarios, la intervención estatal es legítima cuando goza del consentimiento unánime de todos los miembros de la comunidad. Por tanto, las únicas acciones justificadas del gobierno serían el mantenimiento de la ley y el orden (preferentemente la tutela del derecho de propiedad), la defensa nacional y la construcción de infraestructuras.⁵⁷

Los contractualistas, sostén de las posturas individualistas y liberales, se basan en un supuesto falso, este consiste básicamente en la creencia de que los seres humanos han vivido como individuos libres de todo

54 *Ídem*, p. 163.

55 L'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services son traits ici comme des fins en soi. Les êtres humains ont disparu de la liste des objectifs assignés à l'économie et au commerce, et avec eux toute référence à leur liberté, à leur dignité, à leur sécurité économique et à leur vie spirituelle. De même que le roi Midas transformait en or tout ce qu'il touchait, de même le marché total métamorphose tout en ressource économique. SUPIOT Alain, "Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008", cit., pp.168 y 169.

Para una excelente categorización de la política y de la integración de sus ramas ver. CIURO CALDANI. *Derecho y Política*. Cit.

56 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. pp.118 y 119.

57 *Ídem*, p. 344.

contrato en un “estado natural”⁵⁸; ya que por el contrario, siempre han vivido como miembros de algún tipo de sociedad.⁵⁹

La teoría de la ventaja comparativa, cuyo creador fue David Ricardo, ha provisto un poderoso argumento a favor del libre comercio. Según esta teoría un país puede beneficiarse del comercio internacional con otro país, aunque pueda producirlo todo a un coste⁶⁰ menor que el otro.⁶¹ Por el contrario, la teoría de la ventaja absoluta, que consistía en la concepción de Adam Smith sobre el comercio internacional, sostenía que un país no necesita comerciar con otros si puede producirlo todo a un coste menor que su socio comercial en potencia.⁶²

El comercio internacional es esencial para la evolución de los países en desarrollo. El desarrollo económico de estos requiere innovación tecnológica⁶³ con el objetivo de aumentar su capacidad productiva, ya sea inventada por sus ciudadanos o través del mecanismo de la importación. Pero para importar tecnología un país necesita exportar y obtener divisas. El libre comercio no es la mejor forma para los países en desarrollo ya que cuando lo adoptan ven mermadas sus oportunidades de desenvolver sus capacidades productivas.⁶⁴

A su vez, el argumento de la filtración descendente depende en gran medida de la hipótesis de que cuando a los ricos se les concede una porción

58 “Dans le Discours sur l'origine des inégalités parmi les hommes, Rousseau développe une longue métaphore sur l'état de nature, l'état pré-civilisationnel. Il décrit cette période de l'humanité comme étant la plus heureuse. Dans l'état de nature selon Rousseau, l'homme est autosuffisant et cultive son bout de terre librement.” <http://la-philosophie.com/homme-nait-bon-societe-corrompt-rousseau>, fecha de consulta 25 de marzo de 2016.

59 Cuando Aristóteles definía al hombre como zoon politikón, hacía referencia a sus dimensiones social y política. El hombre y el animal por naturaleza son sociales, pero solo el hombre es político, siempre y cuando viva en comunidad. Por tanto, la dimensión social ayuda a constituir la base de la educación y la dimensión política contribuye a la extensión de esa educación. https://es.wikipedia.org/wiki/Zoon_politik%C3%B3n, fecha de consulta 25 de marzo de 2016.

60 “Resources tend to flow to their most valued uses. From the standpoint of society as a whole, the COST of anything is the value that it has as in alternative uses.” SOWELL Thomas, Basic Economics. A Citizen's guide to the Economy, <http://www.altfeldinc.com/pdfs/BASICECONOMICS.pdf>, Fecha de consulta: 18 de marzo de 2016.

61 La versión de Herckscher-Ohlin-Samuelson (HOS) de la ventaja comparativa constituye el núcleo central de la moderna argumentación a favor de la libertad de comercio. Sus dos supuestos claves expresan: a) La HOS excluye estructuralmente la forma más importante de proteccionismo beneficioso dando por sentado que todos los países son igualmente capaces y b) el capital y el trabajo pueden ser remodelados sin ningún coste para ser utilizados en cualquier sector.

Aunque la realidad indica que la mayoría de los trabajadores y los capitalistas del sector que han perdido protección salen perjudicados ya que los factores de producción –capital y trabajo– suelen tener cualidades físicas fijas. CHANG Ha-Joon, *Economía para el 99% de la población*, cit., (pp. 370 y 371)

62 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. (pp. 368 y 369).

63 Los cambios históricos e irrevocables en los procedimientos económicos es lo que llamamos innovación, que definimos como cambios en las funciones de producción que no pueden subdividirse en etapas infinitesimales. SCHUMPETER Joseph A. “Análisis del cambio económico”, <http://www.emed.net/course/textos/schump-cambio.pdf>, pp. 22 y 23. Fecha de consulta: 22 de marzo de 2016.

64 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. pp.372 y373.

mayor de la producción nacional, la utilizan para realizar más inversiones; supuesto que nunca ha sido probado⁶⁵. Esto demuestra el carácter político de la Economía ya que se esgrimen argumentos basados en supuestos cuestionables para favorecer a ciertos grupos sociales o a determinados factores de poder.

El mercado no fija el precio de los efectos de algunas actividades económicas,⁶⁶ así estas no se reflejan en las decisiones económicas. El Estado interviene sancionando con finalidad preventiva las conductas dañosas de las empresas causantes de estas externalidades, verbigracia a través de las sanciones pecuniarias disuasivas o “daños punitivos”, previstas en el art. 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor.

La desindustrialización prematura de los países en desarrollo, es básicamente el resultado de las políticas neoliberales aplicadas en ellos a partir de los años ochenta y acentuadas durante la década del 90, característico de un régimen económico abstencionista.^{67 68} La liberalización repentina del comercio ha destruido la potencia de las industrias manufactureras en esos países y la liberalización financiera ha permitido que los bancos reorientaran la concesión de préstamos hacia los consumidores en detrimento de los créditos a los productores, ya que aquellos son más lucrativos. Las políticas encaminadas a controlar la inflación,⁶⁹ como los tipos de interés

65 Ídem, p. 405. “En este contexto, algunos todavía defienden las teorías del «derrame», que suponen que todo crecimiento económico, favorecido por la libertad de mercado, logra provocar por sí mismo mayor equidad e inclusión social en el mundo. Esta opinión, que jamás ha sido confirmada por los hechos, expresa una confianza burda e ingenua en la bondad de quienes detentan el poder económico y en los mecanismos sacralizados del sistema económico imperante... Para poder sostener un estilo de vida que excluye a otros, o para poder entusiasmarse con ese ideal egoísta, se ha desarrollado una globalización de la indiferencia.” Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium (EG), ver en http://www.vatican.va/holy_father/francesco/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium_sp.html#La_misi3n_que_se_encarna_en_los_lmites_humanos.

66 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p. 119.

67 El FMI y el Banco Mundial trataron de imponer a los países a los que debían ayudar políticas orientadas a modelar sus Economías conforme sus ideales, el llamado Consenso de Washington. La receta se resume en la fórmula “estabilizar, privatizar y liberalizar”. CONWAY Edmund. *50 cosas que hay que saber sobre economía*. Cit. (pp. 172).

68 La deuda externa fue el principal condicionante de las políticas económicas en la mayoría de los países en desarrollo. La experiencia argentina es un caso paradigmático de la situación de los países en desarrollo, que culminó con la declaración de la cesación de pagos en 2001. ZAIAT Alfredo. (2012). *Economía a contra mano. Cómo entender la economía política*. (pp.254-255). Buenos Aires: Planeta.

69 “The first panacea for a mismanaged nation is inflation of the currency; the second is war. Both bring a temporary prosperity; both bring a permanent ruin. But both are the refuge of political and economic opportunists.” HEMINGWAY Ernest <http://www.brainyquote.com/quotes/quotes/e/ernesthem152912.html>”, fecha de consulta: 21 de marzo de 2016.

Metafóricamente la inflación es la piedra que carga cuesta arriba el trabajador, es decir Sísifo, frustrándolo de modo permanente. Sísifo, dentro de la mitología griega, como Prometeo, hizo enfadar a los dioses por su extraordinaria astucia. Así, fue condenado, a modo de castigo, a perder la vista y a empujar perpetuamente un peñasco gigante montaña arriba hasta la cima, sólo para que volviese a caer rodando hasta el valle, desde donde debía recogerlo y empujarlo nuevamente hasta la cumbre y así indefinidamente. Sobre el mito de Sísifo ver: CAMUS, Albert. (1942). *Le mythe de sisyphé. Essai sur l'absurde*. Paris: Les Éditions Gallimard.

elevados⁷⁰ y las monedas sobrevaloradas⁷¹ (el supuesto paradigmático fue el régimen de convertibilidad argentino de la década del 90: 1 peso equivalía a 1 dólar) han aniquilado a las empresas manufactureras al encarecer los préstamos y dificultar aún más las exportaciones.

Históricamente los países en desarrollo, como recipiendarios, gozaron de la potencia y en algunos casos de la impotencia (en virtud de las altas tasas de interés impuestas) de los créditos internacionales. A excepción de lo ocurrido en la crisis de 1930, en las fases ascendentes del ciclo económico,⁷² la fortaleza del proceso de inversión en los países desarrollados dejó poco margen para sostener una corriente de préstamo nutrida hacia los países subdesarrollados.⁷³

En los años treinta se formuló el principio de compensación. Este propone que una modificación pueda ser considerada una mejora social, aun cuando viole la eficiencia de Pareto, si los beneficios totales para los ganadores son lo suficientemente elevados como para compensar a todos los perdedores y se genera un saldo. Al permitirles respaldar un cambio que puede perjudicar a algunos, el principio de compensación, posibilitó que los economistas neoclásicos evitaran el sesgo ultraconservador de la eficiencia de Pareto. El problema radica en que dicha compensación generalmente no ocurre.⁷⁴

Desde la década de 1980, muchos economistas neoclásicos han desarrollado teorías que niegan la posibilidad de los fallos del mercado, como la teoría macroeconómica de “las expectativas racionales” o la “hipótesis del mercado eficiente” en el terreno de la Economía financiera. Al mismo tiempo, se desarrolló el argumento del fallo del

70 La mayoría de los bancos centrales fijan un tipo de interés base a partir del cual los demás bancos privados determinan sus propios tipos de interés. Para fijar este tipo base, quienes toman las decisiones en los bancos centrales tienen que accionar varias “palancas”. Los bancos centrales pueden modificar el tipo de interés que pagan por estos depósitos u ordenar a los bancos que los aumenten o reduzcan, lo que incide en cuánto dinero están dispuestos a prestar a sus clientes y, con ello en el tipo de interés. CONWAY Edmund. *50 cosas que hay que saber sobre economía*. Cit. (p. 80).

71 Durante gran parte de los siglos XIX y XX, los gobiernos mantuvieron fijos los tipos de cambio de sus monedas. En tiempos del patrón oro, fijaban el valor de sus divisas a la cantidad de oro que tenían en sus cámaras acorazadas. Sin embargo, luego de la segunda guerra mundial, en Bretton Woods, cada país se comprometió a vincular su moneda al dólar y tomar medidas para garantizar que el tipo de cambio se mantuviera fijo. Desde la década de 1970 casi todos los países del mundo occidental han dejado que sus monedas floten, esto es, que sean los movimientos del mercado los que determinen su cotización frente a otras monedas. Aunque algunos países ligan el valor de su moneda al de otra divisa o grupo de divisas y otras naciones intervienen si creen que su moneda se ha apreciado o depreciado en exceso. *Idem*, (pp. 100-101)

72 Ver pp. 32 y 33

73 Tal como se observa durante la historia argentina, uno de los principales factores que permitió o restringió el acceso al crédito fue la evolución cíclica de la Economía de los países desarrollados, origen directo de los créditos. RAPOPORT Mario y MADRID Eduardo. (2011). *Argentina Brasil, de rivales a aliados*. Política, economía y relaciones bilaterales. pp.199. 1ª ed. Capital Intelectual, Buenos Aires: Capital Intelectual.

74 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p. 120.

gobierno para afirmar que el del mercado por sí solo no puede justificar la intervención estatal, ya que los gobiernos pueden fracasar todavía más estrepitosamente que los mercados.⁷⁵

Estas teorías reflejan una clara posición defensora del régimen abstencionista.⁷⁶ El abuso del recurso a la ficción de la “racionalidad” de los agentes conlleva la aparición de cisnes grises.⁷⁷

Marx creía que el trabajador podía ser una vía para que los seres humanos expresaran su creatividad. Criticaba a la empresa capitalista jerárquica ya que, según él, impedía esa posibilidad; asimismo, dicho economista recalca los efectos deshumanizadores y embotadores de las tareas repetitivas que emanan de la creciente división del trabajo.⁷⁸ En cierto modo, Marx fue defensor del principio supremo de justicia, que exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para su personalización. El principio supremo de justicia constituye una síntesis entre el humanismo⁷⁹, el liberalismo,⁸⁰ la democracia⁸¹ y la tolerancia⁸².

⁷⁵ *Ídem*, p. 121.

⁷⁶ “Government exists to protect us from each other. Where government has gone beyond its limits is in deciding to protect us from ourselves.” REAGAN Ros2wzc bnmhm mjm jolo..lo..`lnald, <http://www.goodreads.com/quotes/4967-government-exists-to-protect-us-from-each-other-where-government>, fecha de consulta: 19 de marzo de 2016.

⁷⁷ Ver pp.22-23.

⁷⁸ *Ídem*, p. 127.

⁷⁹ El concepto humanismo remonta a Chrysippos, según el cual todos los hombres son emparentados y destinados a vivir en estrecha comunidad. Los estoicos romanos recogen este elemento cívico y lo elaboran. GOLDSCHMIDT Werner. *Ciencia de la Justicia*. Op. cit. p. 189 y 191. La “...expressão humanismo foi empregada pela primeira vez pelo pedagogo bávaro F.J Niethammer, que etendia ser o sistema de educação tradicional que visa a formação da personalidade total e da humanidade pelas humanidades”. FERREIRA DE ANDRADE Vander. (2002) “A dignidade da pessoa humana como valor-fonte da ordem jurídica”, *Revista Imes - Direito*, p. 36 ano II-núm. 4- janeiro – junho.

⁸⁰ Las primeras comunidades liberales aparecen en los Países Bajos, sobre todo en la Holanda de Juan de Witt cuyo gobierno se extiende desde 1653 hasta su asesinato en 1672. DUJOVNE León, *Spinoza*, Monografías universitarias, Bs. As., t. 1, 1941, Ps. 189 y ss. A su vez, el primer liberalismo desarrollado se forma en Inglaterra bajo el reinado del holandés Guillermo de Orange. La división de poderes está expuesta en el Bill of Rights de 1688, un acuerdo entre el Parlamento inglés y el Príncipe de Orange nombrado rey por este Parlamento. GOLDSCHMIDT Werner. (1984) *El principio supremo de justicia*. P 59. Buenos Aires: Belgrano. William of Falaise has in history a title much higher than that of Duke of Normandy or King of England. He was what Julius Cesar was, and what St. Augustine was: he was the ambassador of Europe to Britain.” CHESTERTON Gilbert K. *A short history of England*. Kindle Edition.

⁸¹ El espíritu de la democracia ateniense, que constituye el modelo de democracia antigua, se refleja de modo ejemplar en la célebre oración fúnebre que Thukydidés hace dar a Pericles en su descripción de la guerra del Peloponeso. Asimismo, la primera democracia moderna es la norteamericana, cuyo plan de se encuentra en su Constitución aprobada por la Convención del 17 de septiembre de 1787. GOLDSCHMIDT Werner. *El principio supremo de justicia*. Cit. PP. 67 - 68.

⁸² La tolerancia es la admisión efectiva de diferentes doctrinas con respecto al mismo tema o de diversas conductas en análogas situaciones. Si tal admisión es obligación jurídica hablamos de liberalismo. En realidad, la tolerancia no arraiga en la ignorancia sino en el hecho de que el modo de apoderarse de la verdad es la convicción. *Ídem*, pp. 72 y 73. La tolerancia repudia, además de la fuerza o de la amenaza con la fuerza, el monopolio de la prédica. GOLDSCHMIDT Werner. *Ciencia de la Justicia*. Cit. p. 199.

Sin embargo, la planificación central excesiva de la Economía, adoptada por regímenes de gobierno partidarios de la doctrina política marxista, generó falta de creatividad, que conlleva carencia de producción y de progreso, violando –de ese modo- el principio supremo de justicia.

A diferencia del sistema fordista, el toyotismo –máximo exponente del sistema de producción ajustada- no trata a sus trabajadores como partes intercambiables sino que los equipa con multitud de destrezas y les permite tomar iniciativas en materia de acuerdos laborales y mejoras tecnológicas menores⁸³. De este modo, ofrece un mayor respeto por el principio supremo de justicia.

La escuela austríaca sostiene que el libre mercado es el mejor sistema económico porque en ciertas circunstancias los seres humanos somos irracionales y en virtud de que existen infinitas cosas intrínsecamente incognoscibles en el mundo; a diferencia de las teorías neoclásicas, que fundamentan al libre mercado en la racionalidad de sus agentes.⁸⁴

Así, la escuela austríaca al reconocer la autonomía de la causalidad económica, está en condiciones de esgrimir una argumentación más realista que las teorías neoclásicas.

Al afirmar que el mercado es un “orden espontáneo”, en vez de un orden construido, la escuela austríaca tergiversa la naturaleza de la Economía capitalista.⁸⁵

Algunos defensores de los regímenes abstencionistas proponen la despolitización de la Economía cuando las intenciones y la capacidad gubernamental están bajo sospecha. Para lograr esa meta, el gobierno tendría que ser reducido a la mínima expresión recortando el gasto (por tanto, disminuyendo los impuestos)⁸⁶, desregulando los mercados y privatizando las empresas públicas.⁸⁷

83 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. pp. 227-228.

84 *Ídem*, p. 133.

85 *Íbidem*, cit., p. 134.

86 Jean Baptiste Colbert, estadista francés del siglo XVII, decía que el arte de la tributación consiste en desplumar al ganso para obtener la mayor cantidad de plumas con el menor número posible de graznidos. http://economia.elpais.com/economia/2009/09/26/actualidad/1253950376_850215.html. Fecha de consulta: 6/3/2016.

Uno de los principales objetivos de los sistemas impositivos de las democracias moderadas consiste en promover la equidad y ayudar al sostenimiento de los ciudadanos en estado de necesidad. CONWAY Edmund, *50 cosas que hay que saber sobre economía*, cit., p. 163.

87 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p. 353.

La EG⁸⁸ constituye un aporte fundamental para la Doctrina Social de la Iglesia.⁸⁹ Aquella contiene enseñanzas que iluminan el camino de la fe en el marco de una sociedad globalizada donde impera la cultura del “descarte”, es decir de la marginación. Asimismo, la EG nos exhorta a promover la justicia social rechazando la teoría del libre mercado, es decir, garantizando una intervención adecuada del Estado.

La crisis financiera de 2008 trajo aparejada la reaparición de los regímenes intervencionistas regresando a escena las ideas de Keynes⁹⁰, pese a que algunos economistas argumentan que la explosión de una burbuja permite a la economía deshacerse de sus negocios menos prósperos a través de un proceso de destrucción creativa;⁹¹ de este modo procuran desfraccionar la causalidad económica. Sin embargo, la recesión causada por esa explosión conlleva daños graves sociales -principalmente: desempleo y pérdida de confianza- que exigen una reparación urgente. Keynes, proponía, a tal fin, el uso de diversos mecanismos: desde el recorte de los tipos de interés hasta el uso de fondos públicos para estimular la economía.⁹²

Se requiere fraccionar, es decir, reducir a través de un Régimen económico intervencionista esta complejidad, limitando la proliferación de productos financieros excesivamente complicados, sobre todo cuando sus creadores no pueden demostrar más allá de la duda razonable que los beneficios superan a los costes.⁹³

La ecuación Black-Scholes, *prima facie*, era sólo un medio de calcular cómo debe valorarse una opción en los mercados de derivados. Se trataba de una fórmula matemática que aparentemente eliminaba el riesgo de la inversión en los mercados; desgraciadamente no funcionó en los momentos críticos. El problema de la fórmula es que los mercados,

88 Ver p. 19.

89 LEÓN XIII. (1991). *Rerum Novarum*. Mensajes Sociales. P.25. Santiago de Chile: Ediciones Paulinas.

90 The Keynesianism is based on six principles: “1. A Keynesian believes that aggregate demand is influenced by a host of economic decisions –both public and private- and sometimes behaves erratically... 2... changes in aggregate demand, whether anticipated or unanticipated, have their greatest short-run effect on real output and employment, not on prices... 3... prices, and especially wages respond slowly to changes in supply and demand, resulting in periodic shortages and surpluses, specially of labor... 4. Keynesians do not think that the typical level of unemployment is ideal-partly because unemployment is subject to the caprice of aggregate demand, and partly because they believe that prices adjust only gradually... 5. Many, but not all, Keynesians advocate activist stabilization policy to reduce the amplitude of business cycle, which they rank among the most important of all economic problems... 6. Finally... some Keynesians are more concerned about combating unemployment than about conquering inflation...” BLINDER Alan S., The concise encyclopedia of economics, <http://www.econlib.org/library/Enc/KeynesianEconomics.html>, fecha de consulta: 18 de marzo de 2016.

91 Ver pp.10 y 11.

92 CONWAY Edmund. *50 cosas que hay que saber sobre economía*. Cit., pp. 144 y 151.

93 *Ídem*, p. 284.

desde sus orígenes se han comportado de forma irracional, al punto de que los auges y las crisis parecen un componente inevitable del capitalismo de mercado.⁹⁴

Esto constituye una demostración de la complejidad de la vida económica y de los riesgos que implican los modelos matemáticos reductores de la realidad, fraccionadores que obtienen resultados a través de la simplicidad pura; a semejanza del mundo jurídico, donde existen especialistas en teorías jurídicas de la simplicidad pura que evitan el conocimiento de la dimensión sociológica del mundo jurídico.⁹⁵

Dichos modelos matemáticos constituyen formalizaciones o normas –es decir, captaciones lógicas de los actos económicos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros- que como quedó demostrado en ciertas circunstancias son inexactas o ineficaces ya que no aseguran el cumplimiento de lo expuesto por el autor de dicha formalización. Aunque algunas de esas normas, por ejemplo, la ecuación Black-Scholes, fueron impactantes por su capacidad de cambiar el resto de la realidad económica.

En el funcionamiento normativo económico, las normas reclaman una problemática de reconocimiento centrada en la vigencia, detectando aquellas que se aplican en una sociedad determinada. A su vez, la argumentación resulta clave en la formulación de las teorías económicas. Así, los encargados de dicho funcionamiento esgrimen los argumentos de las formulaciones económicas en los medios de comunicación para persuadir al auditorio.⁹⁶

94 CONWAY Edmund. *50 cosas que hay que saber sobre economía*. Cit., pp. 146 y 151.

95 A menudo unos discursos jurídicos profesionales se autoconfinan a desplegar ciertas elucidaciones cuyos alcances son apenas semántico-convencionales. Hacen abstracción de las dimensiones lingüístico-pragmáticas de los discursos considerados. Ello guarda llamativas similitudes con cómo la conciencia del lector de una novela se ubica ante los personajes de ésta y sus historias propias, al sumergirse sin más en la fascinación de esos relatos asumiéndolos como un mundo en sí. Los “personajes” de esas iusnovelaciones son unos conceptos, cuyas “vidas” se desenvuelven en tramas de enunciados donde su credibilidad consiste en autovalidarse entre sí, circularmente, quedando así inmunizadas de tener que acreditarlos mediante contrastaciones empíricas. HABA Enrique P., “La opción cardinal para los discursos jurídicos: ¿novelas de conceptos o una tecnología social?”, http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52474/1/Doxa_36_21.pdf, fecha de consulta: 22 de marzo de 2016.

96 La argumentación consiste “...en un medio para influir en el auditorio.” ALEXY Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e I. Espejo, (Título original: *Theorie der juristischen argumentation: die theorie des rationalen diskurses als theorie des juristischen, Begründung, Surkamp, Frankfurt del Meno, 1978*), Centro de Estudios Constitucionales. (1989). (p.161). 1° edición, 1° reimpresión. Madrid. Al respecto, resulta de interés una de las acepciones de la palabra auditorio (del latín *auditorium*) como un concurso de oyentes. *Real Academia Española*, op. cit., ver <http://buscon.rae.es/drae/>.

El concepto central de Herbert Simon, es el de racionalidad acotada ya que critica a la escuela neoclásica por sostener que las personas poseen capacidades ilimitadas para procesar información. Esto significa que, casi siempre, la restricción que más afecta a nuestra toma de decisiones es la capacidad limitada para procesar la información que poseemos.⁹⁷

La idea de la “racionalidad acotada” contiene de modo implícito la noción de fraccionamiento de la realidad, que constituye una categoría pantónoma.

Simon señalaba, que desarrollamos “atajos” mentales que nos permiten economizar nuestras capacidades cerebrales. Estos atajos reciben el nombre de heurística o intuición.⁹⁸ Centrarse en un subconjunto de posibilidades significa que la elección resultante puede no ser óptima, pero este enfoque nos permite manejar la complejidad y la incertidumbre del mundo con nuestra racionalidad acotada.⁹⁹ La teoría económica que postula la “hipótesis del mercado eficiente”, desempeñó un papel clave en la crisis financiera mundial de 2008 al llevar a los planificadores políticos a creer que los mercados financieros no necesitaban regulación alguna.¹⁰⁰

Esta posición de hiperracionalidad, potencia el riesgo de daños causados por los cisnes grises y los desconoce como límites a la conjetura.^{101 102} El “cisne negro” es un suceso con tres atributos: rareza, impacto extremo y predictividad retrospectiva (aunque no prospectiva). Tendemos a actuar como si no existiera. La lógica del “cisne negro” provoca que lo que no sabemos sea más importante que lo que conocemos. La incapacidad de predecir las rarezas implica la imposibilidad de predecir el curso de la historia, dada la incidencia de estos sucesos en la dinámica de los acontecimientos.

97 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p 148

98 “En el lenguaje por medio del cual hablamos de la ciencia, 'intuición' designa modos de percepción (identificación rápida, comprensión clara y capacidad de interpretación), de imaginación (capacidad de representación, capacidad para forjar metáforas e imaginación creadora), de inferencia (inferencia catalítica), de síntesis (visión global), de comprensión (sentido común) y de evaluación (frónesis).” La intuición es fértil en la medida en que es refinada y desarrollada por la razón ya que al igual que las otras formas de conocimiento y razonamiento, las diversas formas de intuición deben ser controladas para que sean útiles; embretada entre la intuición sensible y la razón pura, la intuición intelectual es fértil. BUNGE Mario, *Intuición y razón*, Debolsillo, Buenos Aires, 2005, pp. 154, 185 y 192

99 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p. 149

100 *Ídem*, p. 182.

101 Acerca del impacto de los cisnes negros en el mundo jurídico ver MASCITTI Matías, “El universo de Borges y el mundo jurídico”, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD%20507.pdf>, fecha de consulta: 21 de marzo de 2016.

102 Conjetura: del lat. coniectūra. 1. f. Juicio que se forma de algo por indicios u observaciones. *Diccionario de la Real academia española*, <http://dle.rae.es/?id=AKKzi43>, fecha de consulta: 25 de marzo de 2016. Ver pp. 23, 26, 27, 28 y 29.

Existen “cisnes negros” en las cadenas causales del mundo económico, en mayor medida en el ámbito financiero.¹⁰³ Los ciclos económicos frustran a los economistas ya que contradicen los complejos modelos que utilizan para predecir el rumbo de la economía. Estos modelos informáticos consideran que la economía avanza por una línea que se prolonga indefinidamente.^{104 105}

La planificación económica del gobierno en marcha, fracasa por el llamado “tunelaje”, es decir por el olvido de las fuentes de incertidumbre ajenas al propio plan. Los planificadores cometen este error sistemático que tiene causa en: la naturaleza humana, la complejidad del mundo y la estructura de las organizaciones.¹⁰⁶

En el funcionamiento de los actos económicos, sus autores pueden encontrar límites derivados de la naturaleza de las cosas (necesarios) y límites establecidos por los propios actores (voluntarios). El fracaso de la copia de los modelos económicos imperantes en determinados países demuestra el límite necesario general cultural de la nación importadora de aquellos. A tal efecto, se requiere un óptimo funcionamiento conjetural. Por consiguiente, resulta indispensable la integración de las herramientas económicas en el mundo político.

Los países habitualmente padecen conflictos de anarquía¹⁰⁷, ya que, en la estructura del orden de los actos económicos producido verticalmente –realizador del valor previsibilidad- por medio de despliegues de plan de gobierno económico en marcha, se desconocen los supremos actores (anarquía institucional) y cuales son los criterios supremos de actuación (anarquía teleológica).

103 Ver pp. 7, 11, 13, 15, 16, 20, 21, 22, 26, 28, 30, 40 y 41.

104 El ciclo económico (o ciclo de negocio, como también se le conoce) es sencillamente una fluctuación de la actividad económica por encima o por debajo de esa tasa de crecimiento. La diferencia entre una y otra se denomina brecha de producción. Un ciclo económico abarca el tiempo que tarda la Economía en pasar por el auge y la crisis y regresar a la tendencia. CO NWAY Edmund. *50 cosas que hay que saber sobre economía*. Cit. pp. 131 - 133.

105 Para comprender los ciclos económicos debemos adquirir experiencia histórica del modo en el que el aparato económico reacciona ante tales perturbaciones, ésta es una de las razones de por qué el conocimiento de hechos pasados tiene una importancia práctica trascendental y en algunos aspectos de mayor importancia que al aumentar nuestro acervo de acontecimientos contemporáneos, que aumentan nuestro conocimiento sólo en forma muy lenta. SCHUMPETER Joseph A. “Análisis del cambio económico”. Cit. pp. 18.

106 TALEB, Nassim N. “El cisne negro, el impacto de lo altamente improbable”. Cit. pp. 230-232

107 La anarquía es un concepto gradual; así no existe sociedad en que no haya cierta dosis de anarquía. Lo que urge impedir es el exceso de anarquía en una comunidad política. La anarquía está basada en la arbitrariedad, que es un desvalor natural y relativo.

La búsqueda de la igualdad es un sentimiento humano que constituye el motor de la historia.^{108 109} El exceso de desigualdad¹¹⁰ socava la democracia¹¹¹ al permitir que los ricos ejerzan una influencia política desproporcionada.¹¹²

Del análisis de las diversas teorías económicas y de la evidencia empírica surge que si la desigualdad es excesivamente alta o baja puede obstaculizar el crecimiento económico y crear problemas sociales.¹¹³

El capitalismo exige una democracia más formal que real; en esa cultura el sentido de la democracia está teñido de liberalismo político, hoy predominada por el liberalismo de mercado.¹¹⁴

La desconfianza de tipo democrático se expresa y se organiza de múltiples modos. Existen tres modalidades principales: los poderes de control (*surveinllance*), las formas de obstrucción y la puesta a prueba a través de un juicio. A la sombra de la democracia electoral-representativa, estos tres contrapoderes dibujan los contornos de la contrademocracia.¹¹⁵ En consecuencia, los órganos democráticos y “contrademocráticos”, de modo conjunto, deben regular adecuadamente el mercado teniendo como norte la búsqueda incansable del bien común.

La *world wide web* interviene en la economía con un fin democratizador ya que equilibra –en su terreno– las posibilidades de desarrollo de las empresas grandes, medianas y pequeñas.¹¹⁶

108 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p. 289.

109 Para Bobbio aquellos que se declaran de izquierda dan mayor importancia en su conducta moral y en su iniciativa política a lo que convierte a los hombres en iguales, o a las formas de atenuar y reducir los factores de desigualdad; los que se declaran de derechas están convencidos de que las desigualdades son un dato imposible de eliminar, y que al fin y al cabo ni siquiera deben desear su supresión. BOBBIO Norberto, *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus pensamiento, 8ª ed., Madrid, 1996, Ps. 15, 167 y 168. Puede verse en http://www.consensocivico.com.ar/uploads/5434598d9056e-Bobbio_Derecha-e-Izquierda%2. CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. Pp. 291.0(CC).pdf, fecha de consulta: 23 de marzo de 2016.

110 El problema de la desigualdad no es sólo una cuestión económica. Los seres humanos derivamos nuestro sentido de autoestima, que alimenta nuestra productividad personal, en gran medida a partir de la comparación con otros. CONWAY Edmund, *50 cosas que hay que saber sobre economía*, cit., p. 165.

111 Ver pp. 18, 19, 24 y 25.

112 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p. 291.

113 *Ídem*, p. 295.

114 CIURO CALDANI Miguel A., “Relaciones entre la Economía y el Derecho en tres modelos del pensamiento jurídico...”, cit., pp. 59 y 60. Ver pp. 12, 13, 15, 18 y 25.

115 ROSANVALLON PIERRE. (2007). *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, trad. Gabriel Zadunaisky, P.27. Buenos Aires: Manantial.

116 “The Web is an incredible democratizer. A small company can look as large as a big company and be as accessible as a big company on the Web. Big companies spend hundreds of millions of dollars building their distribution channels. And the Web is going to completely neutralize that advantage.” *The business Wisdom of Steve Jobs. 250 quotes from the innovator who changed the world*, edited by Alan Ken Thomas, Skyhorse Publishing, New York, 2011, p. 114.

La pobreza constituye una impotencia.¹¹⁷ Puede definirse de modo absoluto o relativo, ya que cada sociedad tiene ciertos niveles de consumo que se consideran necesarios para mantener una posición social adecuada.¹¹⁸ La pobreza podría reducirse sin aumentar la producción si se fomentara una redistribución apropiada de la renta; ello requiere la presencia de un régimen de justicia intervencionista.

El régimen de justicia es aquel que aplica el principio supremo de justicia. En otras palabras, el régimen para ser justo debe ser humanista, es decir, precisa considerar al hombre como fin,¹¹⁹ respetándolo en su complejidad pura, con sus caracteres de unicidad, igualdad y comunidad, sobre todo mediante el liberalismo político, la democracia, y la res pública, respectivamente.

La clase de régimen de justicia puede ser intervencionista, es decir, paternalista, o abstencionista. Desde la perspectiva del mundo económico, su régimen¹²⁰ también se puede caracterizar como paternalista o abstencionista según el grado de intervención del Estado en la Economía con el norte de tutelar el principio supremo de la utilidad –que procura la optimización de los recursos- integrado junto a los demás valores del mundo político. Ambos requieren ser apreciados según el denominador común del humanismo¹²¹.

El sector cultural hispánico tradicional y el sector anglo-afrancesado han bifurcado la historia de la Argentina, hallándose en pugna -al igual que sus correlativas visiones del mundo jurídico y económico- desde los orígenes de nuestra patria.

El régimen económico abstencionista es más proclive a la corriente angloafrancesada; en cambio el régimen económico intervencionista está más vinculado al sector hispano tradicional. Entre los planificadores del régimen categorizados dentro de esta última corriente ubicamos preferentemente a: Artigas, San Martín, Dorrego, Rosas, Yrigoyen y Perón; y a los planificadores del régimen promotores del sector

117 Ver pp. 2, 14, 15, 16, 22, 27 y 29.

118 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p.305.

119 Consecuentemente rechazo el totalitarismo, que considera al hombre como medio de la sociedad -configurando una complejidad impura-; y descarto el individualismo radical, que toma al ser humano como medio de otros hombres -significando una simplicidad pura-.

120 Ver pp. 10, 15, 17, 18, 19, 20, 25, 26 y 29.

121 CIURO CALDANI Miguel A. "Denominadores particulares y comunes del Derecho y la Política (Meditaciones para la integración jurídica y política)", en *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*. Cit. pp. 235 - 236.

anglofrancesado citamos, entre otros, a: Moreno, Rivadavia, Lavalle, Sarmiento, Roca y Aramburu.

Los planificadores económicos pueden manipular deliberadamente las preferencias individuales. A tal efecto, resultan útiles las enseñanzas brindadas por las teorías sobre economía del comportamiento. Por consiguiente, existe el riesgo de que estemos sujetos a un régimen de planificación de intervención económica que manipule nuestra libertad, elemento esencial del principio supremo de justicia.¹²²

Los individuos no son esas entidades “soberanas” que describen las teorías económicas individualistas¹²³. Los seres humanos son complejos en virtud de su actuar motivados en sentimientos. Esto ha conducido a la proliferación de mayor intervencionismo del régimen a través de esfuerzos para poner en práctica las conclusiones de la economía del comportamiento.

Así, la Economía sirve como un método disponible para decidir cómo puede influirse en las personas y predecir su comportamiento.¹²⁴ En consecuencia, el funcionamiento conjetural de aquella resulta trascendente para lograr un adecuado desfraccionamiento de la complejidad económica.

Conforme el funcionamiento conjetural se produzca en el ámbito público o en el ámbito privado, pueden emplearse diferentes aportes psicológicos, sociológicos, económicos, etc.¹²⁵

Algunos economistas que basan el conocimiento de la disciplina económica exclusivamente en modelos complejos, son incapaces de apreciar los móviles de los actores económicos¹²⁶ y si estos descansan en razones. Ergo, un Estado que interviene excesivamente en la dirección de la Economía fracasará ya que los responsables de su planificación nunca tendrán la información suficiente sobre las razones de los actos económicos que atribuye la comunidad cuando considera a estos valiosos, es decir dignos de ser repetidos.

122 Ver pp. 10, 17, 18, 19, 25 y 29.

123 CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p.181.

124 Ídem, p. 201.

125 CIURO CALDANI Miguel A. “La noción de derecho privado desde la perspectiva del funcionamiento de las normas”. Cit. p. 112.

126 En *Antígona*, Sófocles -su autor- pone de relieve las diferencias que pueden existir entre móviles y razones alegadas, cuando Creonte, uno de los protagonistas de la obra, dice que difícil “...es conocer la índole, los sentimientos y opinión de un hombre antes de que se le vea en el ejercicio de la soberanía y aplicación de la ley.” SÓFOCLES. (1977). *Antígona*. Traducido por Alemany Bolufer. p.61. Barcelona-Buenos Aires. Ciordia: La Espiga.

Precisamente carecen de las herramientas idóneas para la determinación adecuada del origen de los actos económicos, que se plasma en la toma de decisiones.

La Teoría de Juegos es el área de la matemática que se ocupa de como optimizar la toma de decisiones, y se basa en: generar y analizar modelos que simulan interacciones entre dos (o más) partes y en encontrar la estrategia adecuada para obtener un objetivo determinado. Esta Teoría sirve para el análisis de la toma de decisiones en materia económica, ya que mediante el uso de los modelos lúdicos los actores de la Economía abstraen razones con el objetivo de optimizar su toma de decisiones.¹²⁷

El riesgo es precisamente la impotencia que se reparte en los mercados de derivados financieros y no financieros. Los operadores necesitan conjeturar en un mundo impredecible.

Los políticos y los economistas suelen conjeturar examinando las estadísticas de la balanza de pagos para analizar el futuro de la economía.¹²⁸

Asimismo, aquellos pueden conjeturar el futuro de una economía en particular en base al comportamiento de los bonos. A tal efecto, la curva de rendimiento mide los tipos de interés de una variedad de diferentes bonos del gobierno. Algunos economistas afirman que el destino económico de todos está ligado de forma inextricable a la situación del mercado de bonos, por tanto –metafóricamente- los convierten en objetos recursivos.¹²⁹

Un ejemplo palmario del funcionamiento conjetural en la economía lo hallamos en el contrato derivado a largo plazo o *forward*, que consiste en

127 MASCITTI, Matías, “Aportes para la integración de la matemática en el mundo jurídico”, en “Revista persona”, 2012, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=61499&print=2>, fecha de consulta: 21 de marzo de 2016.

128 La balanza de pagos se compone de la cuenta corriente, que medie el flujo de bienes y servicios que entran y salen de un país, y la cuenta de capital. CONWAY Edmund. *50 cosas que hay que saber sobre economía*. Cit. pp. 102, 103 y 105.

129 Uno podría abstraer esta propiedad curiosa del infinito y pensar en otros objetos, en otras situaciones, en las que una parte del objeto guarda la información del todo. Estos son los llamados objetos recursivos. Así, el Aleph de Borges -la pequeña esfera que guarda todas las imágenes del universo- es un objeto ficcional recursivo. Ergo, Borges en el cuento “El Aleph” juega con el lenguaje mediante el objeto recursivo; de este modo el autor nos demuestra –gracias a la creación de una ficción como el aleph- cómo podemos crear símbolos que causen progresivamente la fabricación de un lenguaje determinado.

Cada uno de los valores absolutos de las ramas del mundo político es un objeto recursivo ya que –por separado- concentran toda la información axiológica de aquéllas. Ver MASCITTI, Matías, “Aportes para la integración de la matemática en el mundo jurídico”, cit.

una apuesta sobre el objeto al que afecta. La justificación estándar de los derivados es que permiten que los actores económicos se protejan contra los riesgos.¹³⁰¹³¹¹³²

De igual forma, las políticas gubernamentales pueden fallar en virtud de la información asimétrica. En estos casos, se requiere un gran esfuerzo conjetural para equilibrar la balanza informativa.

Gran parte del progreso tecnológico en las complejas industrias modernas, sucede a través de innovaciones progresivas que tienen su origen en intentos pragmáticos de resolver problemas surgidos durante el proceso de producción. Esto significa que hasta los trabajadores de la cadena de montaje participan en la innovación.¹³³ Esto simboliza un avance en la tutela del principio supremo de justicia.

Por consiguiente, los desarrollos tecnológicos ya no son fruto de la inspiración individual sino el resultado de esfuerzos colectivos organizados dentro y fuera de las empresas productivas (colectivización del proceso de innovación)¹³⁴. Así, aquellos han dejado de caracterizarse como actos económicos para constituir influencias humanas difusas en virtud de la indeterminación del sujeto causante de la potencia.

La aceleración del ritmo de creación técnica se atribuye a dos motivos: cada período capitalizó las conquistas de los anteriores, y, a su vez esa base que sirvió para la invención e innovación, fue manejada cada vez más por los especialistas y por los expertos. La tecnología contrae el tiempo porque aligera la relación entre medio y fin; y contribuye así, no sólo a una proyección futurista, sino al radical sentido de presente, sin pasado ni futuro, que, de cierto modo, caracteriza a la Posmodernidad.¹³⁵

La Economía se desarrolla dentro del marco de la temporalidad. El tiempo humano y el tiempo económico abarcan todo el pasado, todo el presente y todo el porvenir; la influencia de unos momentos sobre otros

¹³⁰ CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. pp. 268-270.

¹³¹ Un futuro es un contrato de compra de materia prima o inversión a un precio determinado en la fecha de entrega. Una opción, por su parte, es un acuerdo que da a su poseedor el derecho de comprar o vender una inversión a un precio particular en un día determinado.

A diferencia del mercado de valores, donde las acciones de todas las compañías pueden aumentar de valor a medida que éstas crecen y prosperan, los contratos de futuros son un juego de suma cero: por cada ganador hay alguien que ha perdido en una magnitud similar. CONWAY Edmund, *50 cosas que hay que saber sobre economía*, cit., Ps. 128 y 129.

¹³² Ver pp. 12, 13, 15, 16, 25, 28, 31, 33, 38, 40 y 43.

¹³³ CHANG Ha-Joon. *Economía para el 99% de la población*. Cit. p.137.

¹³⁴ *Ídem*, p. 225.

¹³⁵ CIURO CALDANI Miguel A. (1995) "Notas de filosofía de la tecnología". *Revista de filosofía jurídica y filosofía social*. vol. 20, op. cit., pp. 2 - 3.

y la captación de unos momentos por los protagonistas de otros nos autoriza a hablar de transtemporalidad.¹³⁶

El funcionamiento conjetural económico integra los tres modos temporales focalizando su análisis en las consecuencias de los comportamientos de los actores de la Economía y de las distribuciones del mundo económico.

El llamado Estado de bienestar,¹³⁷ caracterizado por ser un Régimen intervencionista, resulta clave en el desarrollo de las capacidades productivas de una nación junto a los avances tecnológicos y las mejoras organizativas en el seno de las empresas y las capacidades de otros actores no empresariales, como: universidades, institutos de investigación y capacitación, sindicatos, etc.

Algunos economistas, luego de reconocer las limitaciones de utilizar la renta monetaria para calcular los niveles de vida, elaboraron índices de felicidad, que nos permiten abordar muchos problemas inherentes a la medición del nivel de vida; esto constituye un llamado a la integración de la utilidad y otros valores en la economía.

Los países ricos tendrían que reducir sus niveles de consumo en virtud del riesgo de agotamiento de la mayor parte de los recursos mundiales ya que el nivel de desarrollo que han logrado, impide que un consumo agregado más bajo disminuya el bienestar humano.

Promovemos el desarrollo sustentable¹³⁸ dentro de un marco de globalización que contenga una adecuada integración de valores.

El valor confianza resulta indispensable para el correcto funcionamiento bancario. La confianza en los bancos¹³⁹ hay que gestionarla enfocado en el conjunto, es decir, en el sistema bancario.¹⁴⁰

136 Ver MASCITTI Matías, "El universo de Borges y el mundo jurídico", cit.

137 Welfare state is a concept of government in which the state or a well-established network of social institutions plays a key role in the protection and promotion of the economic and social well-being of citizens. It is based on the principles of equality of opportunity, equitable distribution of wealth, and public responsibility for those unable to avail themselves of the minimal provisions for a good life. Encyclopedia Britannica, <http://www.britannica.com/topic/welfare-state>. Fecha de consulta: 21/8/16. Ver p. 5.

138 Sustainable development (SD) is defined in the Brundtland Report as "development that meets the needs and aspirations of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs". BUTLIN John, "Our common future. By World commission on environment and development", *Journal of International Development*, Oxford University Press, London, 1987, pp. 284–287.

139 Bank is a "financial institution", late 15c., from either Old Italian banca or Middle French banque (itself from the Italian word), both meaning 'table' (the notion is of the moneylender's exchange table), from a Germanic source (compare Old High German bank 'bench')." <http://www.etymonline.com/index.php?term=bank>, fecha de consulta: 21 de marzo de 2016.

140 CHANG Ha-Joon, *Economía para el 99% de la población*, cit., p. 258.

Hoy la mayoría de los economistas conceptualiza a los trabajadores como consumidores. El secuestro del valor utilidad de los restantes valores del mundo económico causa la carencia de plenitud de los valores del trabajo, provocando la pérdida de la dignidad del trabajador. Por consiguiente, resulta necesario desfraccionar la dirección exclusiva de la economía hacia el mercado ampliándola hacia otros aspectos de la vida económica, por ejemplo: la calidad del trabajo y el equilibrio entre la vida privada y el trabajo.

3. CONCLUSIÓN

La Teoría trialista brinda el modo de reconocer y reencauzar la vida económica en una integración de su valor supremo –la utilidad- junto al valor justicia con la finalidad de alcanzar una realización plena del valor humanidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. (2006). *Modernidad Líquida*. Fondo de cultura económica. Traducido de Mirta Rosengerg en colaboración con Jaime Arrambide Squirru. (pp. 79-81 y 82). 6° reimpresión. Buenos Aires.

BETTI Emilio, (1943) “Teoría General del Negocio Jurídico”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid

BIDART CAMPOS, Germán J. (1969). *Filosofía del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar

BUCHANAN Leigh y O'CONNELL Andrew, “Una breve historia de la toma de decisiones”, <http://www.hbral.com/sitio/spanish/Custom.Site/articles/buchanan.pdf>

CIURO CALDANI Miguel A. (1995) “Notas de filosofía de la tecnología”. *Revista de filosofía jurídica y filosofía social*. vol. 20

CIURO CALDANI Miguel A. (S.F.) “Notas sobre Economía y Derecho”. http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Notas_Sobre_Economia_y_Derecho__Ciuro_Caldani.pdf

CIURO CALDANI Miguel A., (1998), “Relaciones entre la Economía y el Derecho en tres modelos del pensamiento jurídico (Tomismo, teoría

pura del Derecho y trialismo)”, Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario

CIURO CALDANI Miguel A., (2007) Metodología Dikelógica, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario

CIURO CALDANI, Miguel A. (1976). Derecho y Política. Buenos Aires: Depalma

CONWAY, Edmund. (2011). 50 cosas que hay que saber sobre economía. 2ª ed. (p.40). Buenos Aires: Ariel.

GALBRAITH John K. y SALINGER Nicole. (2005) Introducción a la economía. Una guía para todos (o casi). Traducido por Gustavo Muñoz. Crítica. (p.63). 2º impresión. Barcelona: Biblioteca de Bolsillo.

GALBRAITH John K.,(1994), Historia de la economía, trad. por Hernán Rodríguez-Campoamor, Editorial Ariel S.A., 2º reimpresión, Buenos Aires.

GOLDSCHIMIDT, Werner. (1973). Introducción Filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 4a ed. Buenos Aires: Depalma

GUIBOURG Ricardo A. (2005). Derecho, sistema y realidad. 1º reimpresión. (p.10). Bs.As: Astrea.

IRIGOYEN Roberto A. (1994). “Fundamentos de la cláusula constitucional sobre defensa del consumidor”, en Derecho del consumidor. (Director Gabriel A, Stiglitz. (p.93). Rosario: Juris.

LEWIS CS. (2008). Las crónicas de Narnia. El sobrino del Mago. 1ª Ed. (p.162). Buenos Aires: Destino.

MASCITTI Matías, (S.F) “El Derecho de Trabajo en la Dimensión dikelógica”, Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía social, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1328/1469>.

MASCITTI, Matías, (2012) “Aportes para la integración de la matemática en el mundo jurídico”, en “Revista persona”, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=61499&print=2>

MASCITTI, Matías. (2006) “Aporte trialista para la integración de la axiología dikelógica y la literatura”. En “Revista del...”. “cit.”. No. 38. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/878/703>.

MASCITTI, Matías. (2009). El contrato de viaje turístico organizado, desde una perspectiva trialista (Tesis doctoral). UBA.

RAPOPORT, Mario. (2012). Historia económica, política y social de la Argentina, 1880-2003. (pp. 11-12). Buenos Aires: Emecé.

RIVERA Julio C. (2006) “Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales”, LL 2006-A.

SAMUELSON Paul A. y NORDHAUS William D. Economía, (1992) 13ª ed. Traducción de Luis Toharia Cortes y Esther Tabasco. Madrid.

SCHUMPETER Joseph.(1942). Capitalism, Socialism, and Democracy. (p. 83). New York: Harper & Row.

SCHUMPETER, Joseph A. (2008). Barcelona: Ariel.

SMITH Adam, (S.F.) An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (Cannan ed.), vol. 1 [1776], <http://oll.libertyfund.org/titles/237>

SOWELL Thomas, Basic Economics. A Citizen's guide to the Economy, <http://www.altfeldinc.com/pdfs/BASIC ECONOMICS.pdf>

MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA ERA DA DESINFORMAÇÃO, A REPRODUÇÃO DO MEDO E SUA INFLUÊNCIA NA POLÍTICA CRIMINAL

Diego Augusto Bayer*

Recibido: Noviembre 30 de 2016

Aprobado: Diciembre 15 de 2016

RESUMO

Este artigo tem como objetivo em primeiro momento analisar o discurso dos meios de comunicação e sua função de informar ou desinformar, determinando as formas que se utilizam para conseguir manipular e dominar sua audiência. O trabalho se concentra também em demonstrar a utilização dos meios de comunicação para a produção e reprodução do medo causadas através do mau uso do jornalismo e da falta de ética. A pesquisa exploratória e bibliográfica possibilitou fazer uma análise da criação da fantasia pelos meios de comunicação, atuando especificamente de acordo com seu público alvo e a influência causada dentro da política criminal em decorrência dos limites ultrapassados.

Palavras-Chave: Meios de Comunicação. Política Criminal. Medo. Desinformação. Manipulação.

MASS MEDIA IN THE ERA OF MISINFORMATION, THE REPRODUCTION OF FEAR AND ITS INFLUENCE ON CRIMINAL POLICY

ABSTRACT

At first, this article aims to analyze the discourse of the mass media and its function of informing or misinforming, determining the form in

* Aluno regular dos cursos para doutorado em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires. Especialista em Direito Penal (Uniasselvi). Professor de Direito Penal e Criminologia do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Advogado Criminalista. Coordenador dos livros Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia (Volumes 01 e 02). Autor do livro Julgamentos históricos: Casos que marcaram época e algumas mazelas do processo penal brasileiro.

which they can manipulate and dominate their audience. The work also focuses on demonstrating the use of the media for the production and reproduction of fear caused by the bad use of the journalism and of the ethics lack. The exploratory and bibliographical research made it possible to analyze the creation of fantasy by the mass media, acting specifically according to its target audience and the influence caused within the criminal policy as result of the exceeded limits.

Keywords: mass media, criminal policy, fear, misinformation, manipulation.

COMUNICACIÓN EN LA ERA DE LA DESINFORMACIÓN, LA REPRODUCCIÓN DEL MIEDO Y SU INFLUENCIA EN LA POLÍTICA CRIMINAL

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo, en primer lugar, analizar el discurso de los medios de comunicación y su función de informar o desinformar, determinando las formas que se utilizan para conseguir manipular y dominar su audiencia. Este trabajo se concentra también en demostrar la utilización de los medios de comunicación para la producción y reproducción del miedo, causadas a través del mal uso del periodismo e de la falta de ética. La investigación exploratoria y bibliográfica permitió analizar la fantasía creada por los medios de comunicación, actuando específicamente de acuerdo al objetivo de su público y la influencia causada dentro de la política criminal como resultado de los límites excedidos.

Palabras clave: Medios de comunicación, política criminal, el miedo, la desinformación, la manipulación.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os meios de comunicação não tem influenciado apenas a atuação de todos os sujeitos processuais e a atividade dentro do direito penal, mas também, vêm agredindo direitos constitucionais, tais quais, a dignidade da pessoa humana, presunção da inocência, entre outros.

Tem os meios de comunicação criado discursos para adquirir cada vez mais poder através de sua audiência, trazendo um consenso “falso” dentro da sociedade. Zaffaroni (2011, p. 365) expunha que além de um

mero discurso, a mídia “vindicativa” apresentava uma causalidade mágica e lograva êxito em criar uma realidade por meio da informação e desinformação.

Zaffaroni (2001, p. 128) nos traz que os meios de comunicação são uma verdadeira fábrica de realidade, quais são capazes de criar esta realidade através da projeção de imagens e discursos que fazem fatos até irreais virarem reais. Nilo Batista (2003, p. 242) afirma que “*uma especial vinculação entre a mídia e o sistema penal constitui, por si mesma, importante característica dos sistemas penais do capitalismo tardio*”.

Percebe-se que a cada dia os meios de comunicação criam cada vez mais poder dentro da sociedade, sendo para a grande maioria dos telespectadores a fonte correta e real que existe e por isso a forma que divulgam os crimes é tido como fonte idônea e verdadeira. No tocante aos crimes, Morais da Rosa (2004), “*melhor se forem 'bárbaros', por não envolverem disputa, pois ao invés de dividir – todos querem Justiça! – formarão consenso sobre a pena [...] podendo ocasionar mobilizações em prol do único remédio conhecido – por eles – para conter a 'chaga do crime': cadeia neles!*”.

A partir deste ponto, a política criminal é pressionada de modo que ultrapasse alguns direitos constitucionais, com suas atitudes legitimadas através deste plano instrumental da mídia por meio de seu poder de intervenção punitiva, o *jus puniendi* estatal. Ao mesmo tempo deste controle exercido pela política criminal sobre os grupos desfavorecidos, os meios de comunicação de massa controlam as opiniões da sociedade, se apresentando como ferramenta indispensável para manter a “paz na sociedade”.

Notório é o relevante papel que os meios de comunicação desempenham dentro da política criminal, uma vez que, conforme Bourdieu (1997, p. 65), “*o campo jornalístico detém um monopólio real sobre os instrumentos de produção e de difusão em grande escala da informação*”. Não temos, portanto, como deixar de considerar que estes meios de comunicação tem entrado cada dia mais nos campos jurídicos, até porque, com o poder e a influência que estes meios possuem na sociedade podem causar uma instabilidade jurídica real.

Desta forma, com este período de incertezas e inseguranças crescentes dentro da sociedade de informação, é certo que os meios de comunicação com o excesso de informação e a manipulação utilizada pelos grandes

veículos de comunicação têm gerado a desinformação. E esta avalanche de informações, conforme Merton e Lazarsfeld (2000) chegam a alertar sobre a criação de uma “disfunção narcotizante”, qual tira a energia dos telespectadores e fazem com que a participação ativa que tinham na sociedade se transforme apenas em um mero conhecimento passivo.

Pierre Bourdieu (2004, p. 08) expõe que se cria um poder simbólico que trata-se de *“um poder invisível que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”*.

Rocha (2010, p. 50) analisa que este poder

decorre do monopólio, ou da luta para estabelecer um monopólio, sobre um discurso, o que no senso comum pode ser visto como uma luta pela 'verdade', e pelos seus efeitos. Inserido na lógica das ideologias, o poder simbólico supõe a ideia da palavra autorizada, cujo posse permite ao seu detentor(a) definir o que é e será a realidade.

Este exercício do poder simbólico parte através de uma dominação “de cima para baixo”, sendo concebida como legítima e tido como “opinião pública”. Dussel (2007, p. 550) relata que o legítimo é *“aceito como válido, porém fundado numa estrutura social onde a maior parte (os dominados) cumpre a vontade de outro como própria, realizando os interesses dos dominadores e não os próprios”*.

Anitua (2003, p. 141) expõe que

La propaganda comercial, vendiendo subliminalmente a través de la ficción o directamente con la divulgación de noticias, no era un elemento de mención a fines del siglo XVIII ni en el XIX. Este sí es un fenómeno característico del capitalismo avanzado. Lo curioso del caso es que este proceso se da paralelamente con la mayor injerencia de los medios de comunicación de masas como formadores de las opiniones de las personas individuales reunidas en público y con la mayor dependencia de los medios para adquirir información.

Chomsky (2004, p.50) chama esse controle sobre a opinião pública de “consentimento sem consentimento”, uma vez que os meios de

comunicação não se utilizam do processo democrático para se colocar como “opinião pública” e sim, acaba por destruir a democracia, uma vez que expressa tão somente as suas “verdades absolutas”.

Nesse sentido, Carnelutti (2010, p. 06) já salientava:

Um pouco em todos os tempos, mas no tempo moderno sempre mais, o processo penal interessa à opinião pública. Os jornais ocupam boa parte das suas páginas para a crônica dos delitos e dos processos. Quem as lê, alias, tem a impressão de que tenha muito mais delitos que não boas ações neste mundo. A ele é os delitos assemelham-se às papoulas que, quando se tem uma em um campo, todos desta se a percebem; e as boas ações se escondem, como as violetas entre as ervas daninhas. Se dos delitos e dos processos penais os jornais se ocupam com tanta assiduidade, é que as pessoas por estes se interessam muito; sobre os processos penais assim ditos célebres a curiosidade do público se projeta avidamente. E é também esta uma forma de diversão: fuge-se da própria vida ocupando-se da dos outros; e a ocupação não é nunca tão intensa como quando a vida dos outros assume o aspecto do drama. O problema é que assistem ao processo do mesmo modo com que delicias o espetáculo cinematográfico, que, de resto, simula com muita frequência, assim, o delito como o relativo ao processo. Assim como a atitude do público voltado as protagonistas do drama penal é a mesma que tinha, uma vez, a multidão para com os gladiadores que combatiam no circo, e tem ainda, em alguns países do mundo, para a corrida de touros, o processo penal não é, infelizmente, mais que uma escola de incivilização.

Com estes mecanismos, os meios de comunicação exercem o poder de manipulação sobre as massas, moldando os acontecimentos, manipulando as informações, escolhendo os entrevistados e selecionando os trechos mais adequados de suas falas. Estas notícias provenientes dos meios de comunicação também são chamadas de violência simbólica.

Para Bourdieu (1997, p. 22), violência simbólica é aquela “violência que se exerce com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com a frequência dos que a exercem, na medida em que uns e outros são

inconscientes de exercê-la ou sofrê-la”. Este processo de etiquetamento, rotulação, criação de estereótipo criminoso, é tido como a manifestação mais cruel da violência simbólica exercida pela mídia.

Conforme Mello (1998), ao noticiarem o fato, os meios de comunicação não se limitam a informar. Estes tomam partido, julgam e condenam, ampliando os estigmas, sem dar voz à parte contrária. Aí está o diferencial do poder exercido pelos meios de comunicação, pois apesar de legítimo e simbólico, produz efeitos reais causando essa dominação dos grupos. Vera Malaguti Batista (2003, p. 33) que *“os meios de comunicação de massa, principalmente a televisão, são hoje fundamentais para o exercício do poder de todo o sistema penal, seja através dos novos seriados, seja através da fabricação da realidade para a produção de indignação moral, seja pela fabricação de estereótipo do criminoso”*.

2. O DISCURSO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E SUA DESINFORMAÇÃO ATRAVÉS DAS FANTASIAS CRIADAS COMO ESPETÁCULO DO CRIME

Os meios de comunicação, em razão da grande influência que exercem sobre as pessoas, são considerados por doutrinadores e pesquisadores como o quarto poder, devido à capacidade de manipular a opinião pública. Para muitos telespectadores, o que os meios de comunicação apresentam é uma verdade absoluta, em razão da grande dificuldade de filtragem da informação pela maioria da população.

Em razão disso, Silva (*apud* Carvalho, 2010, p.23) traz

quem é mais forte nesse país: a classe política, a Igreja, as Forças Armadas ou a imprensa? Discutível dizer qual delas. Entretanto, é indiscutível que a imprensa televisiva exerce poderosa influência. Em um país pobre e analfabeto como o Brasil, a televisão vem exercendo papel preponderante nas mudanças de costume e de padrões de vida da população.

Anitua (2003, p. 161) ressalta ainda que

Es curioso que justamente en quienes se advierte una actitud de sospecha sobre la “realidad” que se exhibe en, por ejemplo, los medios, podamos reconocer un esencialismo indudable. Al sospechar de una realidad determinada

demuestran que creen que existe otra realidad “verdadera” que se encuentra oculta tras la otra, construida precisamente para ello: para ocultar “la realidad real”.

Desta forma, os meios de comunicação vieram “degrau a degrau” criando um discurso “midiático” ao gosto de seu telespectador, transformando-se, como exposto, em jornalismo-espetáculo. Melossi (1992, p. 248) refere-se aos meios de comunicação como “*fabrica de mitos*” e assinala que “*um discurso nunca é simplesmente a expressão de uma opinião, mas uma proposta para organizar o mundo de determinada maneira*”.

Sodré (1999, p.72) explica que “*os meios de comunicação (...) constituem o lugar primordial de construção da realidade ou de moldagem ideológica do mundo a partir da retórica tecnoburocrática de inspiração gerencial*”. E para esta construção da realidade os meios de comunicação utilizam de várias técnicas para alcançar seus objetivos dentre quais, podemos iniciar destacando o princípio da seletividade.

Diversos são os fatos que acontecem em todo o mundo, mas poucos são os relatados, eis que há uma seleção dos fatos que serão amplamente divulgados. Certo é que esta seleção deveria seguir padrões éticos e profissionais, mas, no entanto, a mídia tem se interessado apenas nos altos índices de audiência, utilizando-se do uso do sensacionalismo através do sangue, sexo e crime, fatos estes que fascinam.

O jornalismo tem sido adaptado ao espetáculo e através dessa seleção de conteúdo, a mídia tem o poder de construção da realidade, criando pessoas incapazes de contestar, garantindo assim sua “verdade absoluta”. Essa ampla divulgação e o superdimensionamento de fatos episódicos e excepcionais sobre os crimes escolhidos pela mídia, conforme Carvalho (2010, p.14) acabam por aumentar a vontade de punir que caracteriza o punitivismo contemporâneo.

A necessidade da mídia em de ser a primeira a divulgar o fato, faz com que se crie uma realidade parcial ou até mesmo inexistente, sem sequer escutar o outro lado da história, ou seja, a versão do acusado, publicando apenas uma verdade parcial.

Em relação a esse poder de manipulação e influência, Marques (2010) expõe com indignação que, no Brasil se aprende a conviver com as misérias em nossa porta, mas não dentro de nossas casas. A divulgação

de grande parte dos crimes hediondos é feito por jornais de periferia, onde é normal as notícias de decapitação e corpos encontrados nos esgotos, notícias estas, não expostas em grandes veículos, eis que ocorrem na maioria das vezes com classes desfavorecidas. Saliente que “seria muito mais proveitoso se a mídia utilizasse de sua força que nos emociona para promover uma mudança de valores em nossa sociedade”.

Então, para legitimar esta ações, os meios de comunicação criam ideias de que “todo bandido deve morrer”, de que “temos que aumentar as penas dos crimes”, “criar leis mais rígidas”, “instituir a pena de morte”, ou quem sabe, “jogar uma bomba nas favelas”. Este discurso dos meios de comunicação legitimam um punitivismo excessivo e a exclusão social, como se essas atitudes fossem a única forma de acabar com a criminalidade.

Em seus discursos, os meios de comunicação impõem suas opiniões, manipulando e controlando a informação, tirando proveito de sua credibilidade para tentar impor para seu público que sua exposição é a verdade absoluta. Conforme Vieira (2003) a opinião pública (ou seja, as ideias da população) não são construídas livremente, mas sim, são criadas após a opinião dos meios de comunicação, depois destes meios são terem selecionado seus assuntos, feito a matéria e divulgado as próprias reações do público que ela mesma provocou.

Fábio Martins de Andrade (2007, p. 47) expõe que os meios de comunicação “*deixaram de informar para formar opinião*”, ou seja, deixou de informar para definir o que quer que seja repassado adiante. É indiscutível que os meios de comunicação divulgam os fatos conforme percepções próprias, selecionando apenas o que lhe convém que o público fique sabendo.

Steinberger (2005, p. 92) traz que

nos discursos jornalísticos, há uma especificidade no modo de recortar os fatos. O fato não se confunde com a notícia. É preciso lidar com a substância específica de 'atual idade' e com o recorte do acontecimento como fato jornalístico ou noticioso. Isso pressupõe condições de noticiabilidade, como por exemplo que o fato seja de interesse público, que sua divulgação preste algum tipo de serviço à comunidade receptora, que ele tenha um potencial de sedução apelativa,

ou seja, capacidade de despertar a curiosidade e a atenção dos potenciais receptores etc.

Através dessa curiosidade do público, os meios de comunicação se aproveitam para bombardear os noticiários com espetáculos circense-criminais tão apenas para alcançar maiores índices de audiência.

Boldt (2013, p. 67) explica que

A intervenção do jornalista na reconstrução da realidade ocorre já na definição da "pauta" do que deverá ser noticiado, momento em que se descartam informações cuja importância foi reduzida. O trágico desta seleção está exatamente na modificação dos critérios pertinentes à relevância dos fatos, substituída pelo mero interesse do público.

Neste ponto, merece destaque a corrida pela audiência em que se lançam os meios de comunicação. A concorrência e a busca incessante por pontos na audiência só tem piorado a qualidade das notícias que, quase sempre, se pautam apenas na busca pelo "furo".

Não se divulga o que não vende, mas sim, o que vende e dá audiência, o que está sempre estritamente ligado com a política do governo. Logo, *Os políticos atuam e decidem em função dos meios de comunicação massiva. [...] O Estado se torna um espetáculo diante do escasso exercício do poder efetivo de seus operadores: não importa o que se faz, mas sim a impressão do que se faz* (ZAFFARONI, 1997, p. 34).

Assistimos todos os dias a jornalismo espetáculos que noticiam “ao vivo” sobre sequestros, homicídios, rebeliões, fatos que, apesar de serem considerados normais e naturais, quando uma amplitude “midiática”, reiterando-se várias vezes apenas para utilizar do sensacionalismo para alcançar grandes audiências.

Não só bastasse distorcer os fatos através de seu discurso espetáculo, os meios de comunicação fazem seu público acreditar em que a violência e criminalidade crescem sem precedentes. Escolhem determinados tipos penais e os noticiam com dramaticidade, fazendo os cidadãos mudarem seus comportamentos em razão da tal “violência crescente”.

Canavilhas (2007, p. 05), afirma que *[...] a espetacularização da notícia é consequência do domínio da observação sobre a explicação. A televisão procura prender o espectador, dando prioridade ao insólito, ao excepcional e ao chocante.*"

Guy Debord (1997, p. 14), por sua vez, assinala:

O espetáculo apresenta-se ao mesmo tempo como a própria sociedade, como uma parte da sociedade e como instrumento de unificação. Como parte da sociedade, ele é expressamente o setor que concentra todo olhar e toda consciência. Pelo fato desse setor estar separado, ele é o lugar do olhar iludido e da falsa consciência; a unificação que realiza é tão somente a ligação oficial da separação generalizada.

Não são poucos os casos que os meios de comunicação transformam em “meros espetáculos”, senão vejamos alguns casos recentes como o julgamento do ex-astro de futebol americano O.J. Simpson, a morte da princesa Diana, o julgamento do ex-oficial da marinha argentina Alfredo Astiz, o caso de María Soledad Morales, os casos brasileiros de Suzane von Richthofen, da criança Isabela Nardoni, do jogador de futebol Bruno, para citar apenas alguns exemplos, no qual a única coisa que os meios de comunicação fizeram foi um espetáculo em torno do caso para “vender notícias” e aumentar a audiência.

Para se ter uma base de como os meios de comunicação possuem poder, no caso do norte americano O.J. Simpson fora transmitido mais de 2.000 horas ao vivo somente em 3 canais de televisão, atingindo 20 milhões de pessoas, interrompendo inclusive um discurso do presidente Bill Clinton quando foi dado o veredicto (ANITUA, 2003, p. 193-194). Este caso ilustra a dimensão que os meios de comunicação podem proporcionar a um processo, podendo inclusive influenciar a sociedade para que pense do modo que os grandes detentores destes meios queiram.

Este jornalismo espetáculo investiga de acordo com sua conveniência, capta falas de suspeitos e as manipulam, trazem imagens irreais, criando sua própria verdade em relação ao crime ocorrido, fazendo com que seu público acredite nesta “verdade absoluta”, rompendo com a relação entre o real e o imaginário.

Canavilhas (2007, p. 05) relata que a utilização pelos meios de comunicação de quatro elementos na espetacularização da notícia:

1. **Seleção de dramas humanos** - Procura-se explorar os sentimentos mais básicos da pessoa, pondo em destaque casos de insatisfação das necessidades básicas identificadas por Maslow, nomeadamente as necessidades fisiológicas e a segurança.
2. **Reportagem/directo** - Recurso ao enquadramento local, se possível na hora do acontecimento, tirando partido da emoção oferecida pelo repórter no papel de testemunha ocular do acontecimento.
3. **Dramatização** - Uso dos gestos, do rosto e da expressão verbal (volume, tom e ritmo de voz) para emocionar ou sublinhar as imagens que desfilam no pequeno ecrã. Usualmente, são cinco os procedimentos clássicos da dramatização: o exagero, a oposição, a simplificação a deformação e a amplificação emocional.
4. **Efeitos visuais** - Todo o esforço de montagem e pós-produção, que permite manipular o acontecimento através da seleção das imagens mais elucidativas.

Segundo Naves (2003), a espetacularização da notícia, essencial na busca pelo entretenimento, propicia a confusão entre "interesse público" e "interesse do público", desculpa frequentemente invocada pela mídia para exigir informações e justificar invasões de privacidade. Transformou-se a informação em mercadoria de entretenimento, com apelos estéticos, emocionais e sensacionalistas, *“onde o espetáculo em cartaz é a vida”* (PENA, 2008, p. 87).

Portanto, verifica-se que a construção da realidade televisiva vem exigindo que se dê uma atenção especial ao conteúdo dramático e emocional, sendo necessário cumprir duas regras fundamentais:

- a) Garantir a compreensão do discurso, através de um fio condutor perceptível a todos. Enquanto que a realidade tem tendência para apelar a todos os sentidos, a realidade televisiva deverá procurar que a mínima fixação do sentido seja o suficiente para que o telespectador entenda a mensagem. Esta forma dos media garantem a compreensão da notícia colhida da realidade está sintetizada em três processos:
 1. **Simplificação** - Procura-se construir uma intriga reduzindo o número de personagens e situações e eliminando os elementos de difícil compreensão. Desta

forma, procura-se que a informação seja acessível à generalidade dos cidadãos.

2. Maniqueização - A informação procura sempre dividir a acção em dois pólos de intriga: o bem e o mal.

3. Actualização e Modernização - Os anacronismos intencionais são outra forma de facilitar a compreensão. O transporte de uma personagem ou de uma situação do passado para um comportamento do presente permite uma percepção mais rápida da mensagem. Estes processos exigem do telespectador um raciocínio simples, gênero, causa-efeito.

b) Procurar uma linguagem, não só simples, como próxima da linguagem de rua. Este facto permite que o telespectador se transporte para o local do acontecimento. (CANAVILHAS, 2007, p. 06)

Canavilhas (2007, p. 09) ainda ensina que as informações espetáculos proporcionada pelos meios de comunicação possuem quatro vícios que podem torna-la pouco consistente, falaciosa e especulativa

1. **Sensacionalismo** - Misturando três ingredientes - sangue, sexo e dinheiro - a informação-espectáculo obtém a fórmula que faz subir audiências. A estes ingredientes, juntam-se ainda o aparentemente inesperado, o falso exclusivo e o surpreendente. Mas com os mesmos ingredientes podem fazer-se produtos diferentes [...]

2. **A ilusão do directo** - A maximização da emoção é transmitida via informação em tempo real. Se ao directo se associar o imprevisto, então a informação- espectáculo atinge o seu ponto mais alto [...]

3. **Uniformização** - O directo não permite pontos de vista. As imagens são colhidas em bruto, restando apenas liberdade de comentários. A falta de background conduz à uniformização do comentário e à redundância, já que o acontecimento é apenas e tão só o momento. Não há referências históricas, não há recurso à técnica, nem hipóteses de simulação.

4. **Os efeitos perversos** - O julgamento "à priori" é, talvez, o efeito mais perverso da informação-espectáculo. O querer mostrar mais, leva aos directos e às simulações sem bases que o suportem. Sendo a informação mais rápida que a Justiça, o telespectador é induzido a efectuar o ser próprio

juízo, fazendo com que o próprio julgamento fique desde logo condicionado.

Esquece os meios de comunicação que, a violência sempre existiu e sempre existirá, independente de seu apelo midiático. Contudo, o que os meios de comunicação vem fazendo é propagar o medo, maximizando a intervenção penal do Estado e criando estereótipos criminosos que faz com que aumente as desigualdades, gerando em decorrência dessas desigualdades, mais violência e criminalidade.

Del Moral García (*apud* ANITUA, 2003, p. 283-284) expõe que

es sabido que una misma noticia admite muy diversos enfoques, pero, por desgracia, no es extraño el intento de 'rentabilizar' la información, difundiéndola como si se tratase de un espectáculo donde el delincuente encarna virtudes heroicas o donde la violencia se percibe con total naturalidad, es decir, sin que merezca el menor reproche moral y jurídico.

Assim, com a combinação ideal entre alcance e profundidade, os meios de comunicação não apenas constroem socialmente a criminalidade, mas realizam uma das suas mais notáveis funções, a fabricação do estereótipo do criminoso, fundamental para reforçar o problema estrutural da seletividade do sistema penal, cuja seleção varia, entre outras coisas, conforme a descrição produzida pelo discurso midiático.

3. OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO, A REPRODUÇÃO DO MEDO E A INFLUÊNCIA NA POLÍTICA CRIMINAL

Os meios de comunicação ao selecionarem os fatos, selecionam também quais informações e pessoas serão importantes em relação ao fato, explicando e interpretando a “realidade”. Bertrand (1999, p. 53) traz que *“inegavelmente, a mídia determina a ordem do dia da sociedade: ela não pode ditar às pessoas o que pensar, mas decide no que elas vão pensar”*.

Em vista disto, Schecaira (1996, p. 16) entende que a mídia é uma fábrica ideológica condicionadora, pois não hesitam em alterar a realidade dos fatos criando um processo permanente de indução criminalizante. Traz ainda que:

Zaffaroni e Cervini (...) destacam que os meios de comunicação de massas, ao agirem dessa forma, atuam impedindo os processos de descriminalização de condutas de bagatela (por exemplo), incentivando a majoração de penas, constituindo-se, pois, num dos principais obstáculos à criação de uma sociedade democrática fundada nos valores de respeito aos direitos dos cidadãos e da dignidade humana.

Estes meios de comunicação, em decorrência da nova política neoliberal, utiliza-se deste fenômeno midiático criminal como produto a ser ofertado ao público (BOURDIEU, 1997, p. 65). Assim, encontra na população uma receptividade, criando um ciclo a partir do medo e da insegurança coletiva, fomenta medidas políticas, que acabam por violar garantias constitucionais, vulnerabilizando os direitos humanos e aumentando cada vez mais o Estado punitivo.

Callegari e Silva (2012, p. 23) trazem que

O direito penal acaba por receber uma série de influxos ante às circunstâncias prenotadas. Nesse sentido, as garantias elementares dos acusados são constantemente questionadas, especialmente pelo fato de que os princípios, como o da presunção de inocência, apresentam-se como estranhos à lógica temporal das comunicações da sociedade atual, uma vez que o tempo do direito, como bem descreveu François Ost¹, apresenta critérios e parâmetros próprios.

Nilo Batista (1990, p. 138), expõe que *“a imprensa tem o formidável poder de apagar da Constituição o princípio da presunção de inocência, ou, o que é pior, de invertê-lo.”* Não raras vezes, os acusados são tratados como condenados e sofrem a estigmatização do linchamento público sem que, ao menos, tenham qualquer possibilidade concreta de defesa.

A partir dessa propagação de políticas e o sistema penal cada vez mais carregado, forma-se uma sensação de intranquilidade, gerando uma dominação do “medo”. Este medo tem sido utilizado para controlar determinados grupos, criando uma desigualdade entre os cidadãos. Os meios de comunicação disseminam este medo e desvirtuam o senso comum, tornando propícia a dominação através da manipulação do imaginário popular. Ao reproduzir este medo os meios de comunicação

¹ Ver: OST, François. (1999). *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget.

utilizam seu poder através do discurso, impondo um terror social, omitindo muitas vezes a realidade (BOLDT, 2013, p. 96)

Bauman (2008, p. 08) ensina que

O medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivos claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. “Medo” é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, cessá-la estiver além do nosso alcance.

Boldt (2013, p.96) assinala

Tema central do século XXI, o medo se tornou base de aceitação popular de medidas repressivas penais inconstitucionais, uma vez que a sensação do medo possibilita a justificação de práticas contrárias aos direitos e liberdades individuais, desde que mitiguem as causas do próprio medo.

Como se vê, a cobertura de atos e conflitos violentos pelos meios de comunicação não apenas relata o fato, mas tem função de sensibilizar, *“estimulando a curiosidade, a intolerância e, por fim, o próprio medo”* (PASTANA, 2003, p. 73). Silva Sánchez (2002, p. 40) complementa expondo que o medo da criminalidade constitui a concretização de um conjunto de medos difusos dificilmente perceptíveis, razão pela qual poderíamos considera-lo como *“metáfora da insegurança vital generalizada”*.

Para os meios de comunicação a imagem do crime e do criminoso (através da criação do *“estereótipo do criminoso”*) são de completa importância, pois é através desta que se causa o pânico social e o medo da criminalidade, utilizando-se sempre de pessoas de baixa renda para servirem de *“chivo expiatorio”*² (ANITUA, 2003, p. 306). Estes *“criminosos”* identificados pelos meios de comunicação são desumanizados, levando os telespectadores a *“desprezar, estigmatizar, discriminar os pobres, como se essas pessoas não fossem gente”* (COIMBRA, 2001, p. 62).

2 Bode expiatório (tradução livre).

Com isso, propagando o medo do criminoso (identificado como pobre), os meios de comunicação aprofundam as desigualdades e exclusão dessa parcela da sociedade, aumentando as intolerâncias e os preconceitos. Utiliza-se do medo como estratégia de controle, criminalização e brutalização dos pobres,³ de forma que seja legítimo as demandas de pedidos por segurança, tudo em virtude do espetáculo penal criado pela imprensa.

Na tentativa de combater este medo, agravado pela vulnerabilidade e impossibilidade de prever uma possível vitimização, reage-se através da criminalização primária, utilizando-se do poder legislativo para a criação de normas penais para a solução do problema. O Direito Penal passa a ser apenas um confronto aos medos sociais, ao invés de atuar como instrumento garantidor dos bens juridicamente protegidos.

Esta criação de normas penais para combater a criminalidade não previne as pessoas da vitimização, e tão somente servem para superlotar as penitenciárias, uma vez que não atuam no foco do problema, e sim, tentam apenas maquiar os problemas através da criação das normas. Em razão do aumento dos programas sensacionalistas, a mídia exerce influência sobre a representação do crime e dos infratores, utilizando do medo para determinar os “excluídos”, para então poder justificar a estigmatização e a implementação de normas severas contra os estigmatizados.

Todas as medidas estigmatizantes decorrentes da simples acusação já não são nenhuma novidade. Entretanto, uma das situações fundamentais da simbiose entre incerteza e insegurança reside na inserção de constantes medidas de urgência no âmbito do direito penal como um todo.

Ante tal realidade, as prisões cautelares parecem ter deixado de ser consideradas como excepcionais para tornarem-se regra frente aos anseios punitivos e à constante tentativa de antecipar-se os efeitos de uma possível condenação. Todavia, conforme ressalta Miguel Tedesco Wedy (2006, p. 03), "na prisão provisória tem-se os mesmos efeitos da prisionalização ocorrida como apenado: a adoção de um *modus vivendi* totalitário e panóptico e a sua consequente estigmatização social".

As manchetes nos meios de comunicação distorcem a realidade e acabam por aterrorizar a sociedade, ocupando lugar desproporcional junto ao público, desviando a atenção das razões que geram a

³ Anitua (2003, p. 306) expõe que “*algunos individuos son utilizados por la sociedad para alcanzar el rechazo del auto-reproche, transferido al objeto de hostilidad del exterior*”.

criminalidade, sendo utilizada por candidatos políticos e pelos meios de comunicação, quais utilizam-se de discursos que disseminam o medo e propagam uma ideia de extermínio aos “criminosos”. Callegari e Silva (2012, p. 25) trazem que

Nesse sentido, as sucessivas tentativas de aceleração dos ritos processuais em sede de processo penal têm feito com que o Estado acabe se afastando dos limites preceituados pelo modelo de democracia insculpido no próprio Texto Constitucional. Em decorrência de tal circunstância, na prática, o que se verifica muitas vezes é uma aproximação substancial do modelo de processo penal cunhado com base no direito penal do inimigo.

Verifica-se que, diante da postura doutrinária descrita anteriormente, Günther Jakobs (2009, p. 37-39) ressalta que a tradicional concepção do imputado enquanto sujeito processual que participa ativamente dos procedimentos deve ser restringida em determinadas circunstâncias, uma vez que medidas restritivas como a impossibilidade de fazer provas, ser enganado e aplicar-se a prisão provisória, seriam formas legítimas de restrição de direitos diante da necessidade de se eliminar certos riscos. Perante tais circunstâncias, o pensador alemão aduz que, em determinadas situações, o ordenamento jurídico deve apresentar-se como uma organização de guerra frente aos perigos que ameaçam o Estado.

Diante da perspectiva do direito penal do inimigo, Cornelius Prittwitz (2007, p. 39-52) assinala que:

Es mi convicción, por ejemplo, que la libertad en competición con la seguridad ya ha perdido antes del "pistoletazo de salda". Y también es mi convicción que esta superioridad de la seguridad no es una seguridad a corto plazo, una seguridad, que en verdad es dañina para la seguridad a largo plazo y sostenible. Creo que ni los terroristas, ni el crimen organizado, ni - por favor! - nuestros "chicos malos" destruyen, ni siquiera ponen gravemente en riesgo nuestra seguridad, nuestras sociedades liberales, nuestro Estado de Derecho. Pero si veo un verdadero riesgo que la lucha contra los terroristas, contra el crimen mas o menos organizado, contra la criminalidad en general - sea de jovenes, sea de extrajeros, sea de "managers" sea de trabajadores, sea lo que

sea, pueden dañar hasta destruir los fundamentos de nuestros Estados (de Derecho) y sociedades (liberales). Lo que yo observo son gritos de batalla cada día más intensas, mas hostiles, es una percepción de inferioridad de la sociedad civil y del Estado de Derecho junto con una convicción irracional de la superioridad de nuestros "enemigos".

Para demonstrar como o sistema penal vem sendo maximizado, Jorio (2008, p. 188) criou um quadro comparativo que demonstra que está se criando uma tendência de punir mais severamente crimes contra o patrimônio contra crimes que atentam contra a vida, um dos mais importantes bens jurídicos tutelados, senão vejamos:

Delito Patrimonial	Pena (Reclusão)	Outros Delitos	Pena (Reclusão)
Furto Simples. Apropriação indébita. Recepação Simples.	1 a 4 anos	Sequestro (liberdade individual)	1 a 3 anos
Estelionato	1 a 5 anos	Aborto consentido (vida)	1 a 4 anos
		Lesão Corporal grave (integridade física)	1 a 5 anos
Furto qualificado	2 a 8 anos	Lesão Corporal gravíssima (integridade física)	2 a 8 anos
		Tortura Simples – equiparado a hediondo (integridade física e moral)	
Receptação qualificada	3 a 8 anos	Tráfico de pessoas (costumes)	3 a 8 anos

Ou seja, a subtração de coisa alheia sem violência, recebe uma pena maior do que o sequestro e que

o furto qualificado (igualmente desprovido de violência à pessoa), é punido mais duramente do que a lesão corporal grave e em intensidade idêntica à da lesão corporal gravíssima. Pior do que isso: o furto qualificado recebe apenamento idêntico àquele destinado à tortura, crime hediondo por equiparação. Finalmente, à receptação qualificada foram impostas as mesmas penas previstas para o tráfico de pessoas. Tal postura do legislador revela que, em matéria de 'contrabando', não há diferença se o objeto material do crime é um ser humano ou um bem material. (JORIO, 2008, p. 188)

Nota-se que a seleção criminal não se refere somente ao direito penal em abstrato (ou seja, criminalização primária⁴), mas também à criminalização secundária⁵, *oportuna na qual o Estado fará valer o seu jus puniendi, investigando, processando e, por fim, condenando ao cumprimento de uma pena o transgressor da lei penal editada anteriormente ao comportamento delitivo* (GRECO, 2005, p. 158).

Para isto, basta observar o ordenamento penal brasileiro que possui uma infinidade de delitos contra o patrimônio, com penas iguais ou maiores que crimes contra a vida, que são tão danosos ou mais e tutelam o bem jurídico mais valioso, a vida. Através da manipulação das notícias, os meios de comunicação aumentam os medos e induzem ao pânico, reforçando uma falsidade a política criminal promovendo a criminalização e repressão, ofertando ao sistema penal uma legitimação para uma intervenção cada vez mais repressiva, criando um verdadeiro Estado Penal.

Essa política de criminalização da miséria e desvalorização dos grupos sociais faz com que aumentem os preconceitos e resultem na produção de *“uma imagem pública do delinqüente com componentes de classe social, étnicos, de gênero e estéticos”* (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 46). E os meios de comunicação são parte essencial neste processo, pois *“contribuem para isso em alta medida, ao difundirem fotografias e adiantarem-se às sentenças com qualificações como 'vagabundos', chacais, etc.”* (ZAFFARONI, 2001, p. 134).

Os meios de comunicação acabam por divulgar os ilícitos cometidos por pessoas mais vulneráveis, como se fossem os únicos existentes na sociedade, ocultando determinados ilícitos, criando uma realidade parcial e levando o público a conclusões errôneas de que os criminosos são menos favorecidos. Ou seja, apesar dos prejuízos dos crimes ocultados (corrupção, desvio de dinheiro público, fraudes em licitações, fraudes contra a previdência, lavagem de dinheiro, etc.) serem mais danosos a sociedade, em face a influência dos meios de comunicação a sociedade clama pela repressão aos crimes visíveis (furtos, roubos, homicídios, estupros, lesões corporais), qual é objeto do “espetáculo criminal midiático” noticiado diariamente nos jornais.

4 Baratta (2002, p. 161) expõe que a criminalização primária consiste na prática do legislador em escolher quais condutas serão consideradas infrações. Consiste no momento em que as condutas desviadas não foram internalizadas pelo cidadão. É a lei penal agindo sob o cidadão.

5 Baratta (2002, p. 165) conclui ainda que, a criminalização secundária se dá pela decorrência de problemas sociais causados pela estigmatização, ou seja, no momento em que se identifica o acusado, este é rotulado pela mídia, ficando assim também identificado perante a sociedade.

Bauman (1999, p. 133) sustenta que *“o que se passa durante os julgamentos de fraudadores de alto nível desafia as capacidades intelectuais do leitor comum de jornais e, ademais, é abominavelmente carente do drama que faz dos julgamentos de simples ladrões e assassinos um espetáculo tão fascinante.”*

Verifica-se portanto, que os meios de comunicação não colaboram apenas para o processo de construção da imagem do inimigo (criminoso) – no Brasil quase sempre como dos setores de baixa renda – mas também auxilia na tarefa de eliminá-los, desconsiderando da ética e justificando a opressão punitiva. Para que tudo isso seja possível, é necessário disseminar a insegurança, derivada de medos profundos da maleficência "humana" e dos malfeitores "desumanos", medos geralmente capitalizados em prol da repressão e em detrimento dos direitos e garantias individuais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os meios de comunicação utilizam o poder que possuem para manipular os pensamentos da sociedade moderna. Em casos criminais eles investigam, acusam, julgam e na sua grande maioria condenam. Utilizam de seus meios para criar os perfis qual querem que seja excluído da sociedade.

Como se observa, em virtude da agilidade das notícias (para ser o primeiro meio de comunicação a publicar algo), sequer escutam a parte contrária e publicam apenas o que lhes interessa, muitas vezes de forma parcial e errônea. Usufruem de um *status* de intocável em virtude da imagem que passam de serem os detentores da “verdade absoluta”.

Na televisão, na internet, nas rádios ou nos jornais impressos, diariamente nos deparamos com o senso comum penal que os meios de comunicação impõe a sociedade. Trazem reportagens que “escorrem sangue” para tentar impressionar e vender suas matérias, sem, no entanto, respeitar princípios constitucionais previstos na Carta Magna Brasileira.

Não é diferente em diversos outros países. Não são poucos os casos que são relatados onde, em decorrência da “pressão midiática”, pessoas inocentes são condenadas e permanecem durante anos em cárcere, sendo colocadas posteriormente em liberdade após a verificação do erro cometido contra elas, ou, de casos em que pessoas inocentes

permanecem presas durante todo o processo para ao final serem absolvidas.

Em decorrência disto, essa exploração da violência e a falta de racionalidade técnica faz com que o efeito dramatizante exposto pelos meios de comunicação leve a desinformação, ao invés de sua real função, que é informar (CHARAUDEAU, 2012, p. 272). O direito penal tem sido vulgarizado dentro do senso comum e os meios de comunicação são os responsáveis por disseminar esta vulgarização da forma que melhor lhe convém.

A partir daí inicia-se a divulgação do medo e da violência extrema que estes meios fazem parecer incontrolável dentro da sociedade, divulgado através de uma fantasia midiática e espetáculos da violência.

Como se vê, a violência e o medo exercem papel fundamental dentro da sociedade, pois estão intrinsecamente ligados com a política criminal. Os meios de comunicação utilizam-se desta ferramenta para vender seus jornais e revistas, alcançar o topo da audiência, sendo o medo utilizado para a dominação política e social, tirando a liberdade de pessoas e reduzindo os direitos e garantias fundamentais da sociedade. Quanto maior o medo da sociedade, maior a legitimidade do Estado para agir com rigor e punir.

Além de passar falsa percepção e aumentar a sensação de medo, dispersa na sociedade uma ideia de que “algo deve ser feito”, influenciando ainda mais a Justiça Penal. Com a população aterrorizada, os políticos se aproveitam da situação e angariam votos com promessas de construir mais prisões e criar leis mais rigorosas.

Esta busca obsessiva da sociedade contemporânea (leia-se, com políticas neoliberalistas) aumentam a cada dia as ações punitivas contra classes desfavorecidas, transformando quase como uma política nazista os pobres, camelôs, flanelinhas e mendigos em impuros, dando a sensação de que o sistema penal deve ser mais rigoroso e agir com mais poder contra essas pessoas para diminuir a criminalidade.

Neste mundo de hoje, vive-se uma atmosfera de incertezas onde o medo é permanente, acentuado pela criação de estereótipos criminosos pela mídia, ou seja, figura das pessoas estranhas a determinados círculos sociais que detém o poder econômico, criando um mal estar e uma insegurança permanente, gerando uma maximização do sistema penal e

transformando-se em intervenção penal de tolerância zero, quando, ao contrário, deveria utilizar-se do direito penal como *ultima ratio*, instrumento primordial para libertação do indivíduo dessa situação de insegurança que vive.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fabio Martins de. (2007). *Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

ANITUA, Gabriel Ignacio. (2003). *Justicia penal pública: un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*. 1ª ed. – Buenos Aires: Editora Del Puerto.

BATISTA, Nilo. (1990). *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan.

_____. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: IBCCrim/RT, nº 42, p. 242-263, jan./mar., 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. (2004). *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan.

BARATTA, Alessandro. (2002). *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de criminologia.

BAUMAN. Zygmunt. (1999). *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

_____. *Medo Líquido*. (2008). Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

BERTRAND, Claude-Jean. (1999). *A deontologia das mídias*. Bauru: EDUSC.

BOLDT, Raphael. (2013). *Criminologia midiática: Do discurso punitivo à corrosão simbólica do Garantismo*. Curitiba: Juruá.

BOURDIEU, Pierre. (1997). Sobre a televisão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

_____. (2004). O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

CALLEGARI, André Luís Callegari; SILVA, Fabrício Antônio da. (Junio 2012) Política Criminal e medo: os influxos das diferentes faces do risco. In: Revista da AJURIS. Pp 13-38. Ano 39. n° 126. Porto Alegre: AJURIS.

CANAVALHAS, João. Televisão: o domínio da informação-espetáculo. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

CARNELUTTI, Francesco. (2010). As misérias do processo penal. 2.ed. Leme – SP: EDIJUR.

CARVALHO, Salo de. (2010). O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CHARAUDEAU, Patrick. (2012). Discurso das mídias. São Paulo: Contexto.

CHOMSKY, Noam. (2004). O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem Global. Trad. Pedro Jorgensen Jr. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

COIMBRA, Cecília. (2001). Operação Rio: o mito das classes perigosas: um estudo sobre a violência urbana, a mídia impressa e os discursos de segurança pública. Rio de Janeiro: Oficina do Autor.

DEBORD, Guy. (1997). A sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DUSSEL, Enrique. (2007). Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Rio de Janeiro: Vozes.

GREGO, Rogério. (2005). Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. (2009). Direito penal do inimigo: noções e críticas. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4a ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado.

JORIO, Israel Domingos. (2008). Latrocínio: a desconstrução de um dogma – da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal. Belo Horizonte: Del Rey.

MARQUES, Eduardo. Reflexões sobre a mídia no caso Nardoni. Mar/2010. Disponível em: <http://www.pensar21.com.br/2010/03/reflexoes-sobre-a-midia-no-caso-nardoni/>. Acessado em 13 ago. 2012.

MELLO, Sílvia Leser de. (1998). A cidade, a violência e a mídia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 21, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MELOSSI, Dario. (1992). El Estado del Control Social: un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia. Madrid: Siglo veintiuno editores.

MERTON, Robert; LAZARSELD, Paul. (2000). Comunicação de massa, gosto popular e a organização da ação social. In: LIMA, Luiz Costa (Org.) Teoria da cultura de massa. pp. 109-131. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. (2004). Decisão no processo penal como *bricolagem* de significantes. Tese de doutoramento em direito. Orientação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, dez.

NAVES, Nilson. Imprensa investigativa: sensacionalismo e criminalidade. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero20/artigo1.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

OST, François. (1999). O tempo do direito. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget.

PASTANA, Débora Regina. (2003). Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método.

PENA, Felipe. (2008). Teoria do jornalismo. São Paulo: Contexto.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. (2010). Criminologia e Teoria Social: Sistema Penal e Mídia em luta por poder simbólico. In: GAUER, Ruth

Maria Chittó Gauer (org.). Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos II. Pp.42-60. Porto Alegre: Edipucrs.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o Direito Penal. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, ago.1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria.(2002). A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT.

SODRÉ, Muniz. (1999). Reinventando a cultura: a comunicação e seus produtos. Petrópolis/RJ: Vozes.

STEINBERGER, Margarethe Born. (2005). Discursos geopolíticos da mídia: jornalismo e imaginário internacional na América Latina. São Paulo: Cortez.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. (2003). Processo penal e mídia. São Paulo: RT.

WEDY, Miguel Tedesco. (2006). Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2001). Em busca das penas perdidas: a legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan.

_____. (2011). La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar.

_____ *et al.*(2003). Direito Penal Brasileiro. V.1. Rio de Janeiro: Revan.

_____. (1997) Globalización y sistema penal em America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: IBCCrim/RT, n. 20.

CONTRATO POR ADESÃO: UMA CONSTRUÇÃO DIALÉTICA*

João Paulo S. de Siqueira**
Recibido: Septiembre 16 de 2016
Aprobado: Diciembre 1 de 2016

RESUMO

A presente pesquisa é regida pela perspectiva de interdisciplinaridade, analisa o contrato por adesão não como um instituto estritamente jurídico, mas também e principalmente como um elemento histórico, econômico e social. A investigação objetiva questionar e entender de que maneira essa forma de contratação, imprescindível em uma sociedade de consumo massificado, representa um elemento dialético e impositivo de interesses econômicos. A pesquisa orienta-se pelo método histórico - dialético, busca o entendimento da questão além de sua aparência formal e imediata, objetiva apreender e compreender a essência da relação social fornecedor-consumidor mediada pelo contrato por adesão. O estudo resultará numa relevante contribuição no entendimento da atuação e da significação dessa forma de contratação na sociedade de consumo contemporânea.

Palavras – Chave: Contrato por Adesão, Consumo, Dialética.

ADHESION CONTRACT: A DIALECTIC CONSTRUCTION

ABSTRACT

This investigation is guided by the interdisciplinary perspective, analyzes the adhesion contract not as a strictly legal institution, but also

* La presente investigación corresponde a un trabajo de reflexión, derivada de pesquisa realizada en la maestría en consumo y desarrollo social en la Universidad Federal Rural de Pernambuco.

** Graduado en Derecho por la Universidad Católica de Pernambuco (Brasil). Especialista en Derecho del Estado por la Universidad Anhuera (Brasil). Magister en Consumo, Cotidiano y Desarrollo Social por la Universidad Federal Rural de Pernambuco (Brasil). Alumno Regular de los cursos para el Doctorado en Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Abogado, Profesor y Pesquisador. Correo electrónico: jpssiqueira@yahoo.com.br

and mainly as a historical, economic and social element. The investigation aims to question and understand how this form of agreement, essential in a mass consumption society, represents a dialectical and taxing element of economic interests. The research is orientated by the historical – dialectic method, seeks the understanding of the issue beyond its formal and immediate appearance objective, understand the essence of social relationship consumer - supplier mediated by the adhesion contract. The study will result in an important contribution to understand the role and significance of this form of contracting in the contemporary consumption society.

Keywords: Adhesion Contract, consumption, dialectics.

CONTRATO POR ADHESIÓN: UNA CONSTRUCCIÓN DIALÉCTICA

RESUMEN

La presente investigación está orientada por la perspectiva de la interdisciplinariedad, analiza el contrato por adhesión no como un instituto estrictamente jurídico, sino también y principalmente como un elemento histórico, económico y social. La investigación tiene como objetivo cuestionar y entender de qué manera esa forma de contratación, imprescindible en una sociedad de consumo masificado, representa un elemento dialectico e impositivo de intereses económicos. La investigación se orienta por el método histórico - dialéctico, busca la comprensión de la cuestión más allá de su apariencia formal e inmediata y objetiva, aprender y comprender la esencia de la relación social proveedor-consumidor, mediada por el contrato por adhesión. El estudio resultará en un relevante aporte en la comprensión del rol y significado de esta forma de contratación en la sociedad de consumo contemporánea.

Palabras clave: Contrato por Adhesión, Consumo, Dialéctica.

1. INTRODUÇÃO

Nossa sociedade contemporânea mostra-se globalizada, plural, dinâmica e dialética. Nela, o consumo assume um papel fundamental e estruturante, direciona e interage com incontáveis elementos e arestas. Dessa maneira, prevalece o entendimento, tanto no senso comum como

no meio científico, que vivemos numa sociedade do consumo, na era do capitalismo da maturidade ou tardio, como assevera Ernest Mandel (1982).

O consumo deixou de ser um tema limitado a restritas e específicas áreas do conhecimento, hoje constitui um fator de estruturação e direcionamento social, tornando-se uma metadisciplina¹, presente, atuante e também dependente de múltiplos campos do saber, é o que confirma o Teorema de Godel ao determinar que “não existe sistema formal de conhecimento que contenha em si mesmo a sua norma de não contradição” (apud GHELEN, 2005, p.22).

Diante desse panorama, inseridos numa sociedade complexa e contraditória, que assume a forma de sociedade de consumo (BAUDRILLARD, 1995), indo mais além, de um consumo massificado, generalizado e globalizado, na qual tudo é transformado em mercadoria e onde quase tudo é adquirido e acessado através de uma contratação, peça fundamental dessa engrenagem é o contrato por adesão.

Instrumento negocial imprescindível em um contexto social de consumo massificado, e que não pode ser entendido como um elemento estritamente legal e jurídico, vai muito além, mostra-se como uma construção histórica, humana e social, sendo uma expressão da dialética das relações capitalistas de troca e consumo na sociedade contemporânea.

Todavia, o modo como esse contrato se configura e é apresentado aos consumidores é camuflado e dicotômico, parece ser um elemento secundário e irrelevante ou até mesmo inexistente quando, em realidade, representa um componente fundamental e significativo da mercadoria e das relações de troca em uma sociedade de consumo massificado.

Indo mais além, quando percebido é apenas compreendido como um mero elemento jurídico e alheio à realidade negocial e mercantil, comportamento que se mostra perigoso, pois a sociedade e todas as suas interações e relações são ativas e ressignificadas a todo tempo.

Os desafios da compreensão desse processo estimulam pesquisas que objetivam entender de que maneira o contrato por adesão, elemento não

¹ A terminologia 'metadisciplina' é uma alusão ao termo “metaética”, apresentado por Eduardo Tinant em sua obra “Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos”. Ao utilizá-la, pretendemos mostrar que o conhecimento científico ultrapassa as arestas disciplinares rígidas e busca sua fundamentação em diversos e plurais modos de entender o mundo.

estritamente jurídico, mas também econômico e social, atua, interfere, direciona e estimula as práticas de consumo em nossa sociedade contemporânea. Daí o propósito de compreender o modo pelo qual esse instrumento legal transforma-se num elemento relevante do consumo social e massificado, apto a promover realizações pessoais e sociais nos/nas consumidores/as.

2. CONTRATO POR ADESÃO

A tradição clássica² estabelecia que a relação contratual caracterizava-se como um negócio jurídico firmado entre partes em situação de igualdade e com liberdade para estabelecerem a forma e o conteúdo daquele acordo de vontades³. Porém, as transformações sociais, jurídicas, produtivas e principalmente econômicas alteraram essa concepção contratual individualista e paritária.

A produção de bens aumentou, a noção de igualdade formal entre os contratantes foi superada, monopólios empresariais foram construídos e o consumo tornou-se massificado, fatores que impuseram ao Direito a necessidade de apresentar um instrumento capaz de reger essa nova realidade.

Cientes que o Direito é também e principalmente uma construção humana, portanto histórica, o Ordenamento Jurídico, para dar respostas, possibilidades e soluções adequadas a essa nova realidade capitalista, produtiva e consumista, apresenta uma nova espécie de contratação, homogênea, célere, impessoal e capaz de abarcar as necessidades da vida moderna e dos interesses produtivos e consumistas. São os contratos por adesão, explicados por Cláudia de Lima Marques:

Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio se despersonalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores, neste contexto, destacam-se os contratos de adesão. (MARQUES, 2012, p.50).

2 Essa teoria contratual foi proposta e aceita pelo Estado Liberal diante de seus preceitos de liberdade individual e livre iniciativa, que posteriormente foi complementada e substituída pelas ideias do Estado Social, embasadas pelos ideais de dignidade da pessoa humana e função social do contrato.

3 Importante lembrar que o acordo de vontades, declaradas e convergentes (consensualismo) é o principal elemento constitutivo do contrato para a teoria de formação contratual da tradição jurídica europeia continental, que influencia e conduz os ordenamentos jurídicos latino americanos.

A Revolução Industrial e a introdução da máquina ao processo produtivo e posteriormente o surgimento da cadeia de montagem fordista, possibilitaram a fabricação de bens e mercadorias em série, o que trouxe como consequência a expansão e massificação da produção industrial de mercadorias, possibilitando o crescimento do mercado de consumo e a expansão cada vez maior das transações capitalistas de produção e as relações de trocas nacionais e internacionais, configurando-se, desta forma, a sociedade de consumo contemporânea.

Importante salientar que esse processo de desenvolvimento e expansão provocou a denominada demanda induzida, elemento que constitui mais uma característica da era da sociedade de consumo (BOUDRILLARD,1995; MANDEL, 1982), pois não são mais as necessidades humanas que determinam e direcionam a produção de bens.

O panorama foi invertido, novas necessidades são criadas pelo sistema produtivo, que determina previamente o que vai ser produzido e cria nos consumidores a “necessidade” de consumo desses bens. Representa o processo de produção, intercâmbio, distribuição e de consumo que também contribui para o surgimento e expansão do contrato por adesão como mais um elemento do capitalismo contemporâneo.

O arquétipo do contrato estabelecido pela teoria clássica, de uma contratação firmada entre partes iguais, elaborado de maneira paritária e recíproca, de cumprimento imediato, denominado de contrato perfeito, não representa o modelo contratual do mundo contemporâneo, configurado como uma era de consumo massificado.

Passa a vigorar uma quase total despersonalização nas relações de consumo, com novas formas de contratação, estandardizadas e massificadas, típicas da economia capitalista e que permitem a realização idêntica e simultânea de milhares de contratações.

As empresas sentiram a necessidade de vender com rapidez e em larga escala, e esta necessidade permitiu criar uma ferramenta (negocial e jurídica) que integrasse a mercadoria/bem e viabilizasse o consumo em massa das mesmas. Surge assim, nesse momento histórico do processo capitalista de produção o contrato por adesão.

A adesão como forma de validação das contratações tem suas raízes históricas no Direito Romano, evidente que sofreu alterações em sua

estruturação ao longo da história e a forma que se apresenta hoje é totalmente distinta das perspectivas romanas. Dessa forma, importante ressaltar que o contrato por adesão, que será aqui analisado, é o que atua nas contratações na esfera do consumo massificado contemporâneo.

Neste breve trabalho, tratamos apenas das contratações por adesão no âmbito do Direito do Consumidor, dessa forma, não nos detemos nas contratações firmadas entre particulares, que também podem ser formalizadas por adesão, mas que não são a regra, pois normalmente essas relações são concretizadas através do contrato paritário, cujas cláusulas e estipulações são elaboradas de comum acordo⁴ entre as partes contratantes, havendo a possibilidade de convenção e deliberação acerca do conteúdo da negociação, atividades impensadas nas contratações por adesão.

É fundamental o esclarecimento que o contrato por adesão não é uma espécie contratual como a compra e venda, locação ou comodato, mas sim uma maneira de expressão da “vontade do contratante” para a efetivação e concretização da negociação, que se materializa contemporaneamente na transação livre de um bem/mercadoria.

Representa, em verdade, uma técnica de formação contratual, podendo ser aplicada em qualquer categoria de contrato, sempre que for desejada a rapidez em sua concretização e houver a possibilidade de imposição da vontade de uma das partes, podendo ser escrito (formal), verbal, oral, cibernético e até mesmo gestual.

É justamente o ato de aderir que tem o poder de transformar e definir uma negociação como um típico contrato por adesão, pois antes dessa etapa, o instrumento é apenas um contrato com cláusulas predispostas, tecnicamente não pode ainda ser chamado de contrato por adesão.

E torna-se relevante a análise dessa relação sob dois aspectos: o contrato predisposto e o contrato por adesão: a primeira trata da fase pré-negocial, ocorre com a elaboração das cláusulas que serão oferecidas ao público, mas ainda sem a aceitação do aderente, funcionando como uma proposta.

Já o contrato por adesão marca o momento de real celebração do negócio, pois é a partir daí que existe a relação jurídica bilateral, é o momento da

⁴ Esta espécie de contratação é denominada de “gré a gré” pelo Código Civil da província de Québec no Canadá, que mesmo sendo um país participante do Common Law possui estados que adotam os preceitos do Sistema Jurídico Francês, devido ao processo de colonização.

“convergência de vontades”, ou seja, a vontade do aderente acata a vontade já manifestada do proponente, em suma, são aspectos do mesmo fenômeno visualizados em momentos distintos.

A doutrina majoritária tem tratado as expressões de contrato predisposto, condições gerais dos contratos e contratos por adesão como expressões sinônimas do mesmo fenômeno, qual seja, o monopólio do conteúdo ou das cláusulas do negócio jurídico pela parte contratualmente mais forte. Como prosseguimento em nossa linha de raciocínio, é necessário apresentar uma conceituação do contrato. Evidente que temos a consciência que qualquer tentativa de elaboração de um conceito é tarefa complexa, pois traz consigo a visão de mundo e conceitos prévios, sobretudo quando tratamos de elementos humanos e sociais, que estão em constante processo de construção e significação.

Assim sendo, compreendemos o contrato por adesão como a contratação cujas cláusulas são preestabelecidas, redigidas e ditadas de forma unilateral por uma das partes (fornecedores e empresários/as), sem que a outra parte contratante (consumidores/as) possa discutir ou alterar substancialmente o conteúdo da contratação.

Cabe a esta, a mera aceitação (adesão) ao que foi disposto ou a não efetivação do contrato e conseqüentemente da negociação ali estabelecida. É a diretriz estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro em seu artigo 54:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Já o Estatuto do Consumidor colombiano (Lei 1.480/2011) estabelece que “Contrato de adesão é aquele em que as cláusulas são predispostas pelo produtor ou provedor de serviços, de maneira que o consumidor não pode modificá-las, nem pode fazer outra coisa que aceitar ou recusar”.

Nessa mesma linha de raciocínio, o Código Civil Italiano, em seu artigo 1341, enuncia o contrato por adesão como aquele em que “as cláusulas são predispostas por somente um dos contratantes, de maneira que o outro não pode modificá-las, nem pode fazer outra coisa senão aceitar o conteúdo ou recusar o contrato”, ação que permitiria a posse, o uso e

usufruto do bem/mercadoria. De maneira semelhante, Roberto Ruiz estabelece o seguinte conceito:

O contrato por adesão é aquele que é formado por cláusulas predeterminadas, elaboradas e redigidas por apenas uma das partes, carecendo o aderente da possibilidade de discutir ou modificar seu conteúdo. (RUIZ, 2012, p.185).

Para Joaquim de Souza Ribeiro, as contratações por adesão, de maneira contrária aos contratos paritários, perfeitos ou negociáveis, podem ser conceituadas como “a contratação efetivada pela conformação unilateral dos ditames de uma das partes, que exclui a autodeterminação do aderente, fundamentada pela disparidade do poder negocial” (RIBEIRO, 2007, p. 265).

No *Capital*, no capítulo terceiro, referente à mercadoria, Karl Marx (MARX, 2010), preconiza que a relação jurídica – leia-se o contrato – é uma relação de vontade (consentimento), o vínculo jurídico, em realidade, apenas reflete a relação econômica entre as partes que, numa sociedade capitalista de consumo massificado, normalmente estão em situações de ampla disparidade jurídica, econômica, cognitiva e social, daí a possibilidade de uma delas ter a prerrogativa e possibilidade de impor a outra os seus interesses. Dessa maneira, o contrato, em verdade, representa uma relação dialética entre classes e as diferentes frações e estratos sociais que as compõem.

Percebe-se que, nessas contratações, o negócio jurídico não é resultado de um real e efetivo acordo de vontades livremente firmado pelos contratantes, ideia fundamental do sentido de liberdade contratual, conceito jurídico que merece ser melhor explicado: Em termos técnicos, liberdade de contratar é a possibilidade, a autonomia de firmar, ou não, a negociação, já a liberdade contratual (autorregulação) é a possibilidade de construir paritariamente o conteúdo contratual.

Em realidade, o que existe é uma imposição unilateral da vontade e dos interesses de uma das partes sobre a outra, as vantagens do empresariado industrial, comercial, banqueiros e das grandes empresas privadas prestadoras de serviços, em termos nacionais e transnacionais, que tendem a promover uma uniformidade, igualação e despersonalização nas relações sociais de consumo, tornando os indivíduos anônimos, imersos na massa de consumidores/as.

É uma estrutura de relações assimétricas, desiguais, contraditórias e dialéticas, resultante da história da formação das sociedades capitalistas, que na contemporaneidade globalizada, em que os avanços e inovações tecnológicas também se massificam, seus ciclos de crise tornam-se mais estruturais, originando essa complexa conjuntura jurídica, econômica, social e cultural, como ocorre nos dias atuais.

Em realidade, os contratos por adesão configuram-se e representam mais uma forma de imposição dos interesses do capital sobre os/as consumidores/as e sua autonomia volitiva. É a argumentação apresentada por Aníbal Alterini:

Não pode haver inocência numa relação comercial onde uma das partes estabelece os termos do contrato, fixa todas as suas cláusulas, e a outra (o consumidor), só tem a alternativa de aceitar o que foi disposto, de aderir a oferta. Evidencia-se que aí há um claro monopólio e sobreposição de benefícios, desaparecendo em absoluto a vontade real do contratante desfavorecido. (ALTERINI, 2014, p.125).

A metodologia de formulação dos contratos por adesão se expressa pela elaboração e imposição de cláusulas predispostas apresentadas num “contrato – formulário”, fator que não se resume a uma mera forma de redação, vai mais além, representa a real determinação do conteúdo contratual imposto ao outro contratante, que diante de suas necessidades de consumo, sujeita-se e aceita o que foi proposto.

Assim, o contrato por adesão não é resultado de um consentimento livremente prestado pelas partes situadas num mesmo patamar de igualdade, como prega a “essência” e sentido da liberdade contratual, conforme vimos anteriormente. Na verdade representa uma imposição unilateral de vontade de uma das partes sobre a outra. Dessa forma, nessas condições, não se pode atribuir à adesão o valor de um real consentimento ou convergências de vontades, o que ocorre de fato é um assentimento, uma mera aceitação.

De certa maneira, assim é sedimentada a simbologia sobre as relações sociais e a dinâmica do capitalismo, que propõem a generalização do ato de consumir que, numa sociedade de consumo massificado, configura-se, também, pelas contratações por adesão, que se tornam elementos essenciais para sustentação dos preceitos capitalistas, que se baseiam de maneira substancial no consumo. É o que Marx chama de

“Esfera da Circulação” (MARX, 1990, p. 47), como afirma Fernand Braudel:

A economia, à primeira vista, consiste em duas enormes zonas: a produção e o consumo, aqui tudo acaba e se destrói, ali tudo começa e recomeça....Uma sociedade não pode parar de produzir, tal como não pode parar de consumir. (BRAUDEL, 2005, p.72).

Em nossa sociedade capitalista contemporânea, também tratada como sociedade de consumo pela importância que o ato de consumir representa na sua dinâmica e estruturação, os contratos também ganham características específicas, caso do contrato por adesão.

Este tipo de contratação tornou-se basilar, indispensável e essencial, uma vez que viabiliza o uso-acesso-consumo de bens em escala universal, produzidos, porém, por um número reduzido de empresas que se expandem mundialmente nos territórios e mercados dos diferentes países, mas suas matrizes são, preponderantemente, das nações que controlam a indústria, as finanças, as tecnologias e também as mídias.

Essas empresas são as chamadas multinacionais, as donas do grande capital internacional e as que constituem um dos principais elementos do sistema econômico contemporâneo, uma vez que possibilitam e viabilizam o fornecimento e utilização de bens e serviços de consumo de maneira coletiva e homogênea.

Outro tema que merece destaque é a análise da natureza jurídica dos contratos por adesão, pois surge a questão de se seria ele um contrato. A discussão já existia desde 1905, quando Raymond Saleilles, esboça em sua obra sobre a declaração de vontade das relações jurídicas: “Se há o predomínio exclusivo de uma só vontade nas relações contratuais, atuando como uma vontade unilateral, deve ser excluído o caráter contratual dessas transações”. (SALEILLES, 1905, p. 229).

Esse debate ganhou força com a publicação, em 1974, da obra *The Death of Contract* (A morte do contrato) de Grant Guilmore, na qual tratou da ação demolidora dos novos tempos nos alicerces conceituais do contrato, sobretudo no princípio da autonomia da vontade, elemento basilar da teoria contratual clássica.

Afirmou que o fenômeno da padronização das transações comerciais, decorrente de uma economia massificada (mass production), teria subvertido e aniquilado o princípio da liberdade contratual, transformando o contrato numa norma unilateral, imposta pelo contratante mais forte da relação negocial.

Se nos restringirmos a ideia de paridade e igualdade das partes nessa forma de contratar, de fato deveria ser entendido apenas como um ato unilateral onde a mera aceitação não constituiria um consentimento efetivo. Contudo, essa não é a melhor forma de tratar o assunto, pois não se pode negar a natureza contratual desse instituto jurídico, pois existe, mesmo que de maneira minorada a bilateralidade em sua formação.

O radicalismo não deve prevalecer, a discussão e construção mútua do conteúdo contratual não são pressupostos indeclináveis na configuração do contrato e, ao aderente, sempre vai existir a possibilidade de aceitar, ou não, a contratação.

O ato de aderir deve ser considerado como um fenômeno de consciência e vontade que, mesmo minorado e restringido, representa uma expressão e manifestação válida de vontade que outorga validade ao instrumento que deve, portanto, submeter-se aos mesmos pressupostos e requisitos de legitimação e validade das outras formas contratuais. Para finalizarmos este tópico, é necessário apontarmos as principais características que constituem o contrato por adesão, vejamos:

2.1. AUSÊNCIA DE FASE PRÉ-NEGOCIAL

É um elemento essencial do contrato por adesão a inexistência de uma negociação entre os contratantes (proponente e aderente), não existe uma discussão prévia acerca das cláusulas e do conteúdo contratual – se existisse desconfiguraria o formato da contratação em massa, que deve ser rígida e uniforme – restando apenas à outra parte a opção de aceitar inteiramente ou rejeitar a contratação, a vontade do aderente é manifestada pela mera adesão ao que foi proposto (imposto).

2.2. CONSENTIMENTO

O contrato por adesão deve seguir todos os requisitos de validade dos contratos, além de agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, requisitos de

validade dos negócios jurídicos estipulados pelo artigo 104 do Código Civil brasileiro. Cientes que o contrato é formado e validado pelo acordo de vontades, é o consentimento outro requisito essencial na contratação, uma vez que é a expressão, a manifestação da vontade.

No caso dos contratos por adesão, o consentimento é dado pela simples aceitação da vontade manifestada pelo proponente, exigindo-se apenas a capacidade civil dos contratantes. Surge daí o questionamento da necessidade da análise do grau de efetivo entendimento das disposições contratuais para a validação do negócio.

Sabe-se que diante do grande volume negocial, da pressa cotidiana, da falta de atenção, da forma muitas vezes ilegível ou rebuscada, pela falta de conhecimento do consumidor, pelo mero fato de não dar importância ao contrato/ termo de adesão ou pelo não interesse em refletir sobre o que ele representa (processo advindo da alienação, que será tratada em momento oportuno), os contratos não são entendidos ou nem sequer são lidos pelo aderente, suscita-se então a validade desse consentimento.

Diante de toda essa discussão, o Código Civil do Brasil estabeleceu em seu artigo 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”, entendeu o legislador que, em muitos casos, a compreensão no ato de aderir não existe, pelo menos de forma total, determinando que a interpretação deva ser contra aquele que redigiu o instrumento de modo dúbio ou dificultoso, sendo essa determinação mais uma expressão do dirigismo contratual e da proteção à parte mais fraca da relação negocial, postura assumida de maneira clara pelo Sistema de Defesa do Consumidor, fortemente presente nos países latino americanos.

E essa postura estatal protecionista torna-se uma necessidade, em virtude da clara fragilidade de uma das partes contratantes e do prejuízo que essa debilidade representa para todo o sistema econômico e social. Nesse sentido, esclarece Joaquim de Souza Ribeiro:

A própria práxis negocial foi pondo a nu, em certas áreas da contratação, em especial as coletivas, que a autonomia privada, expressada pelo livre consentimento, deixados a si próprios, não mediavam satisfatoriamente determinados conflitos entre os agentes do tráfico jurídico – econômico. Também porque, e desde logo, uma incondicionada

liberdade contratual, em todos os domínios, não se mostrou capaz de organizar eficientemente as relações de troca e de cooperação no mercado (RIBEIRO, 2007, p. 47).

Outra determinação protetiva e intervencionista é a estabelecida no artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor do Brasil:

Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Trata-se de uma norma que aborda o consentimento nas relações de consumo, determina a lei, a necessidade de conhecimento prévio do conteúdo contratual sob pena de falta de obrigatoriedade do acordo, e esse ponto é fundamental na busca do entendimento de como se validam essas contratações, pois o conteúdo contratual normalmente é apresentado ao consumidor, e isso cumpre com o que a lei determina e exige, mas que em verdade mascara uma efetiva aceitação e concordância com o que foi proposto.

Pois como não há a possibilidade de discussão ou alteração do que foi posto, nada muda em relação ao aderente, que tem apenas a possibilidade de concordar ou não contratar, é o que parte da doutrina anglo – americana denomina de “take it or leave it contracts”, que podemos entender como tome-o ou deixe-o, em outras palavras, concorde ou não contrate, e numa sociedade onde o consumo assume papel tão relevante e direcionador, normalmente o consumidor concorda, e não questiona.

2.3. INEXISTÊNCIA DA LIBERDADE CONTRATUAL

É característica essencial do contrato por adesão a predisposição unilateral das cláusulas contratuais, cabe ao consumidor concordar com o proposto ou não contratar, extingui-se a liberdade contratual, a possibilidade de formulação bilateral dos termos do negócio.

É a forma mais latente de restrição da vontade do aderente, porém não é a única. A partir do momento que o contrato é aceito e firmado, a

imposição da vontade do contratante mais forte, e por consequência as limitações da vontade do consumidor, prolongam-se durante todo o cumprimento da contratação.

Claro que existem todas as possibilidades jurídicas de revisão ou até mesmo anulação do contrato, baseadas na justiça contratual, estabelecidas de maneira clara em nosso ordenamento, mas até que o Poder Judiciário seja acionado, atue com seu poder de império e emita uma decisão favorável ao consumidor, até mesmo de maneira retroativa ao momento da contratação, prevalecem os ditames estabelecidos no texto do contrato.

Em outras palavras, nosso Direito atua de maneira eficaz na proteção do contratante/consumidor, vários dispositivos e diplomas legais, sobretudo o Código de Defesa do Consumidor, apresentam um arcabouço protetivo ao ente mais vulnerável na relação negocial, não se tratando rigorosamente do intuito de promover uma igualdade, mas sim uma igualação entre os contratantes.

Outorga um tratamento jurídico diferenciado a essas relações através da revisão dos acordos celebrados entre as partes, o Ordenamento Jurídico, com sua postura dirigente e protetiva, objetiva estabelecer um equilíbrio econômico das prestações, ato que implica na admissão da noção de desigualdade entre os sujeitos contratantes nas relações de consumo. Mas até o momento que exista efetivamente uma decisão judicial protetiva, vigoram as cláusulas impostas na contratação.

3. DIALÉTICA: BREVES QUESTÕES

Sem maiores ênfases nas questões ontológicas, o materialismo determina que o mundo fático, exterior ao sujeito, existe independente de sua consciência, de maneira que devemos entender a dialética não apenas como uma construção ou conceituação humana, mas como o próprio movimento natural da realidade, seja ela, ontologicamente falando, do mundo inorgânico, orgânico e/ou social.

Desta forma, devemos romper com o obstáculo epistemológico⁵ da falsa transparência, que propõe a simplificação demasiada dos conceitos jurídicos: o contrato é conceituado e classificado de maneira simplista e

⁵ Aqui tratamos especificamente da obra de Michel Miaille “Introdução Crítica ao Direito”, que apresenta esses obstáculos como entraves e impedimentos à construção do saber científico.

com pouca crítica e profundidade, alicerçado na comodidade da superficialidade, sem buscar sua verdadeira estrutura dialética e sem vínculo com a realidade social, econômica e capitalista.

Precisamos entender e compreender o contrato como uma síntese de relações sociais e humanas, de interesses opostos e contraditórios, e termos esse entendimento é essencial para a real compreensão de nossa sociedade pois, nas palavras de Baudrillard:

Na prática cotidiana de nossa sociedade, os resultados e benefícios do consumo não se vivem como frutos do trabalho ou dos processos de produção e negociação; vivem-se como milagres. (BAUDRILLARD, 1995, p.22).

Esse processo de questionamento torna-se fundamental porque se não for problematizando, expressa somente a noção que o contrato por adesão representa um elemento que fortalece os/as consumidores/as no sentido de possibilitar a concretização de suas necessidades e desejos de consumo, além de passar a ideia que expressa uma relação de paridade e isonomia entre os contratantes.

Contudo, o monopólio do conteúdo do contrato, das cláusulas, está com a parte contratante mais forte, a do capital, a do empresariado (industrial, comercial, financeiro e midiático). Os/as consumidores/as, a outra parte da relação, se não aceitam, não aderem, não podem usufruir o bem/mercadoria. Dessa maneira, o contrato revela-se como uma expressão de relações assimétricas e desiguais.

Nesse processo, o contrato por adesão atua como um instrumento da lógica do lucro capitalista, utilizado pelo sistema econômico para estimular, estruturar, possibilitar e direcionar as lucrativas práticas de consumo em suas várias vertentes.

Para compreender o contrato por adesão, nesse desafio desde uma perspectiva de totalidade, deve ser analisado sob a ótica da dialética de sua construção, como um elemento econômico, social e também simbólico, cristalizador das forças de trabalho humano, construído e constituído por contradições e interesses que vão além dos classicamente apresentados como segurança jurídica, facilitador de negociações e provedor de uma “igualação” negocial e social.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devemos ter a consciência que a verdade absoluta não existe e que o conhecimento científico está em constante processo de apreensão, compreensão, construção e significação da realidade e da pluralidade que o constitui.

Não pretendemos, portanto, encerrar aqui as discussões acerca do tema e problemas em análise, nem oferecer definições concluídas, o objetivo foi mostrar que as questões aqui apresentadas são relevantes e merecem ser discutidas, debatidas e repensadas. Suas múltiplas determinações e mediações precisam ser conhecidas e compreendidas num processo crítico e de questionamento e mudança das práticas de consumo e dos conceitos que são impostos e de certa forma, internalizados e aceitos por nós.

Diante dos enunciados e perspectivas apresentados, fica claro que o contrato por adesão mostra-se como elemento fundamental na sociedade contemporânea, é fruto e resultado do desenvolvimento e dos anseios sociais, produtivos e econômicos, atua como um elemento viável e necessário que possibilita e permite o intercâmbio de bens, valores e serviços, estimulando a cooperação e promovendo a maximização do bem estar dos consumidores⁶.

Mas como é um elemento multifacetado, também representa uma relação de disparidade entre os contratantes, é preciso termos a consciência que esse modo de contratar também apresenta uma face reversa e dicotômica, pois dá a falsa ideia de que é um elemento que simplesmente fortalece o consumidor no sentido de possibilitar a concretização de suas necessidades e desejos de consumo, quando na realidade é um instrumento utilizado pelo sistema econômico para estimular e direcionar o consumo.

Precisamos ir além da simples aparência, das manifestações imediatas da realidade, dos processos sociais e suas relações. Devemos observar, questionar e investigar a complexidade dessas relações sociais e históricas de forma mais ampla, crítica e profunda, pois diante de uma sociedade tão célere e ávida por novidades e transformações, novas possibilidades e caminhos nos são apresentados a todo momento.

⁶ Embora não seja pacífico na doutrina, neste trabalho, aceitar que as contratações por adesão são restritas às relações de consumo.

Devemos contemplar, apreender e investigar as múltiplas nuances da realidade, que muitas vezes é configurada por relações sociais, ideias e visões de mundo (ideologias) conflituosas, sendo a contradição um componente dessa confluência, que merece ser identificada e compreendida também sob uma perspectiva dialética, crítica e questionadora.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERINI, Atilio Aníbal. (2014) Contratos Civiles, comerciales, de consumo. Teoría General. 2.ed. Buenos Aires: Editora Abeledo Perrot

BAUDRILLARD, Jean. (1995) A sociedade de consumo. Lisboa: Editora Edições 70

BAUMAN, Zygmunt. (2009) A sociedade individualizada. São Paulo: Editora Zahar

----- (2003) Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Editora Zahar

BOBBIO, Norberto. (2005) Teoria da Norma Jurídica. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Editora Forense

BONAVIDES, Paulo. (1972) Do estado liberal ao estado social. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas

BOURDIEU, Pierre. (1984). A economia das trocas simbólicas. São Paulo: Editora Perspectiva.

BRAUDEL, Fernand. (2005) Civilização material, econômica e capitalismo – Século XV-XVIII. São Paulo: Editora Martins Fontes

BUSTAMANTE, Laura Pérez. (2008) Los Derechos de la Sustentabilidad: Desarrollo, consumo y ambiente. Buenos Aires: Editora Colihue

CANCLINI, N. G. (2010) Consumidores e Cidadãos. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ

CÁRCOVA, Carlos Maria. (2012) Las teorías jurídicas post positivistas. Buenos Aires: Editora Abeledo Perrot, 2.ed

DOUGLAS, M.; ISHERWOOD, B. (2010) El mundo de los bienes. Hacia una antropología del consumo. Ciudad de México: Editora Grijalbo

GEHLEN, Frank. (2005) Perspectivas Filosóficas do Direito. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

GHERSI, Carlos. (2011) Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores. Buenos Aires: Editora La Ley

HALL, Stuart. (2006) A identidade cultural na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Editora DP & A

IHERING, Rudolf von. (2003) A luta pelo Direito. São Paulo: Martin Claret

KUNZ, Ana Elena Margarita, (2013) CARDINAUX, Nancy Susana. Investigar en Derecho. 1.ed. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires

LIPOVETSKY, Gilles. (1989) *Império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Editora Companhia das Letras

LISBOA, Roberto Senise. (2004) Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, locação e autor. 6.ed. São Paulo: revista dos Tribunais

LORENZETTI, Ricardo Luis. (2010) Tratado de los contratos. Parte general. 2.ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni

MANDELBAUM, Renata. (2008) **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

MANDEL, Ernest. (1968) A formação do pensamento econômico de Karl Marx. Rio de Janeiro: Editora Zahar

_____, (1982) Capitalismo Tardio. São Paulo: Editora Abril Cultural.

MARQUES, Cláudia Lima. (2012) Contratos no Código de defesa do Consumidor. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

MARX, Karl. (1985) Formações Econômicas Pré-capitalistas. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra

_____, Karl. (2010) O Capital. 8.ed. São Paulo: Editora La Paz

_____, Karl. (1990) Introducción General a la Crítica de la Economía Política. Medellín: Editora Prisma

McCRACKEN, Grant. (2004) Cultura e Consumo. Rio de Janeiro: Editora Mauad

MIAILLE, Michel. (2012) Introdução Crítica ao Direito. 2.ed. São Paulo. Editora dos Tribunais

MORI, Giorgio. (2000) La Revolución Industrial. Barcelona: Editora Crítica

NETO, Guilherme Fernandes. (2014) O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Editora Brasília Jurídica

NOZAKI, Haiime T. (2008) A produção em Marx e a utilização do método materialista dialético para sua análise. Brasília: Editora Trabalho *necessário*, ano 6, Nº 6

PACHUKANIS, Evgeny Bronislanovich. (1989) A Teoria Geral do Direito e o Marxismo. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Editora Renovar

PINTO, João Bosco Guedes. (2014) Metodologia, teoria do conhecimento e pesquisa-ação. Organização: Laura Susana Duque-Arazola, Michel Jean Marie Thiollent. Belém: Editora Ciências Sociais Aplicadas

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. (2010) Principios Generales del Derecho Latinoamericano. 1.ed. Buenos Aires: Editora Astrea.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. (2007) Direito dos Contratos – Estudos. Coimbra: Editora Coimbra

ROCHA, Maria Eduarda da Mota. (2010) A Nova Retórica do Capital: a Publicidade Brasileira em Tempos Neoliberais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo

RUBIN, Isaac Illich. (1980) Ensayo sobre la teoria marxista del valor. Ciudad de Mexico: Editora Siglo XXI

RUIZ, Roberto Martínez. (2012) Contratos – temas actuales. Buenos Aires: Editora Abeledo – Perrot

SALEILLES, Raymond. (1905) La Déclaration de Volonté. Tradução: Stella Doranni. Paris: Editora Journals

STOUDER, Eduardo. (2011) Análisis Económico del Derecho. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot

TASCNER, Gisela. (1995) Proteção do Consumidor: um estudo comparativo internacional. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo/ Fundação Getúlio Vargas – Relatório 1

TAUSSIG, Michael. (2010) O diabo e o fetichismo da mercadoria na América do Sul – Tradução: Priscila Santos da Costa. São Paulo: Editora Unesp

TINANT, Eduardo Luis. (2011) Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos. Buenos Aires: Editora Dunken, 2. Ed

ZACHETO, Etorino. (1998) Comunicación y actitud crítica. Tucumán: Editora Paulianas

Legislação:

ARGENTINA

Código Civil da la República Argentina. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

Ley de Defensa del Consumidor. Buenos Aires: La Ley, 2012.

BRASIL

Código Civil da República Federativa do Brasil. São Paulo: Rideel, 2012.

Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLÔMBIA

Estatuto del Consumidor. Bogotá (Ley 1.480/2011), 2013.

PORTADA:

RESEÑA DEL MAESTRO GERMÁN JIMÉNEZ Y DE SU OBRA

Para este número de la revista Temas Socio- Jurídicos se ha escogido una muestra de la obra del artista santandereano Germán Jiménez quien es Diseñador Gráfico graduado de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano (1993).

Su práctica profesional en diseño se especializa en la creación de identidad visual, medios editoriales, señalética y comunicación para entidades públicas, privadas y culturales.

A partir de 1995 desarrolla proyectos desde la ciudad de Bucaramanga, Colombia. Ha sido profesor de la Facultad de Comunicación Social de la Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Bucaramanga desde el año 1999, creador, coordinador y docente del Primer Diplomado en Comunicación Gráfica de la Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Bucaramanga, docente del Programa de Diseño Gráfico en el área de Diseño y Comunicación en la UDI, docente del Programa de Mercadeo & Publicidad de la Universidad de Santander UDES, codirector de Espacios Alternos Proyecto de Artes Visuales Bucaramanga y coeditor de la revista Alterno, realidad en Zig-Zag. En 2002 crea Taller Azul estudio de diseño, participando en este proyecto hasta el año 2007. Desde el año 2008 crea y dirige su propio estudio.

Su obra gráfica se ha expuesto en exhibiciones colectivas e individuales desde el año 1992.

EXPOSICIONES INDIVIDUALES

Germán Jiménez Exposición de Carteles en China
Galería Biblioteca de Wenzhou
Wenzhou. China 2016

Símbolo e Imagen
Alianza Francesa de Bucaramanga
Bucaramanga. 2016

Interactive Words

ESAP. Universidad del Estado Regional Bucaramanga

Bucaramanga. 2006

Grabados en Linóleo 2000 – 2003

Sala de Exposiciones Universidad Pontificia Bolivariana Bucaramanga

Bucaramanga. 2003

Reflejos

Café 1815 Casa Luis Perú de la Croix

Bucaramanga. 2000

Trabajos Sobre Papel

Universidad Pontificia Bolivariana Bucaramanga

Bucaramanga. 1999

Paisajes Interiores

Casa de la Cultura de Girón

Girón. 1995

EXPOSICIONES COLECTIVAS

Más de 30 exposiciones desde 1992. Algunas de ellas son:

Type+Text

International Exhibition of Typography Posters

Guilin. China 2016

Beijing Design Week 2015

The City Poster Exhibition

Beijing. China 2015

BICEBE. Bienal del Cartel Bolivia 2015

Museo Nacional de Arte

La Paz. Bolivia 2015

Correlaciones

Universidad de Santander UDES

Bucaramanga 2015

Mandela Poster Project

Curitiba and Salvador Bahia, Brazil. Gliptoteka Hazu Gallery, Zagreb, Croatia.

National Museum of Contemporary History, Ljubljana, Slovenia.

Melbourne

International Design Week 2014, Australia. Toolkit Startup in
Thessaloniki, Greece.

University of Pretoria, South Africa.

2013/2014

Tributo a David Consuegra

Sede Administrativa Comfenalco Santander

Bucaramanga 2011

Arte de Frontera. Cuarenta Artistas de Colombia y Venezuela

Galería Manuel Osorio Velasco

San Cristóbal, Venezuela 2007

La Dinámica del Cuerpo

Cámara de Comercio de Bucaramanga 2005

Bolívar, un Libertador que Vive

Galería Arte Vértice

San Cristóbal, Venezuela 2005

Artistas Santandereanos

Casa de Santander

Santafé de Bogotá 2001

Proyecto Premios en los Salones Nacionales 1940 – 1998

Museo de Arte Moderno de Bucaramanga

Bucaramanga 2000

Arte por los Niños. Primera Venta Corrida de Obras de Artistas
Santandereanos

Museo de Arte Moderno de Bucaramanga

Bucaramanga 1.998

Arte Móvil. Intervención Colectiva

Plaza de Mercado Central

Bucaramanga 1.997

Primer Salón del Pequeño Formato

Fusader, Bucaramanga 1.995

PUBLICACIONES

Plus 81 Magazine Vol.62 World's Poster Designs Issue 2013. Japan. Entrevista.

Sus artículos e ilustraciones han sido publicados en libros, periódicos y revistas en Santafé de Bogotá y Bucaramanga desde el año 1992. Trabaja actualmente en la edición de los libros Poemas & Cartas Sin Marcar y Sensorium.

RECONOCIMIENTOS

Diseñador Invitado por Colombia Type + Text International Exhibition of Typography Posters Guilin. China 2016

Diseñador Invitado por Colombia Beijing Design Week 2015

Seleccionado por Colombia Bienal del Cartel BICEBE 2015. La Paz, Bolivia

Seleccionado por Colombia Mandela Posters Project. Pretoria, South Africa 2013.

GESTIÓN CULTURAL

Curador y director de proyectos, exhibiciones artísticas y de diseño desde el año 1999

CONTACTO

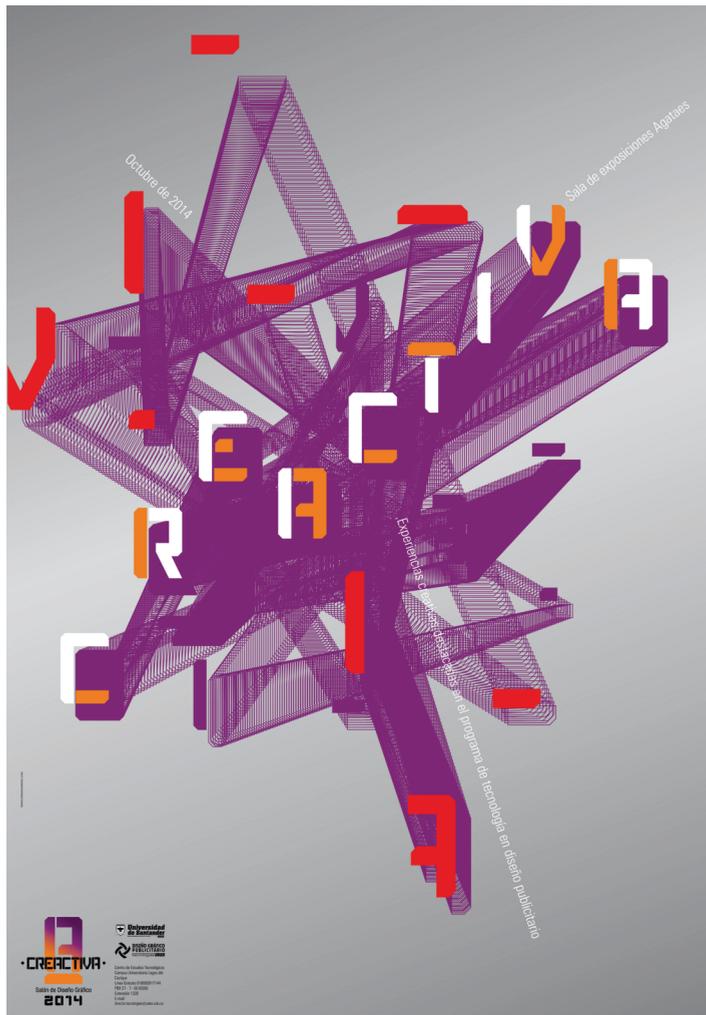
Germán Jiménez Estudio de Diseño
(07) 6 47 75 99
(57) 315 640 03 48 / 316 763 81 16
Carrera 28 No. 50 - 59 Barrio Sotomayor
Bucaramanga. COLOMBIA
info@germanjimenezdesign.com
PORTFOLIO
www.germanjimenezdesing.com

En esta edición de la Revista se publican las siguientes obras:

01. VIVE. CARTEL. 70 X 100 CM. 2016

02. COLOMBIA ES LO QUE SOMOS. CARTEL. 70 X 100 CM. 2016

03. ARKO TYPEFACE. CARTEL. 70 X 100 CM. 2015
04. CREATIVA. CARTEL. 70 X 100 CM. 2014
05. HECHO EN SANTANDER. CARTEL. 70 X 100 CM. 2008
06. LOVE FOREVER. CARTEL. 70 X 100 CM. 2006



CREATIVA.
CARTEL. 70 X 100 CM. 2014

Política editorial y criterios para la publicación de artículos en la Revista Temas Socio Jurídicos

La Revista Temas Socio- Jurídicos es una publicación arbitrada de carácter científico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, que semestralmente presenta a la comunidad académica y a la sociedad en general artículos de investigación científica, artículos de reflexión y de revisión que constituyen obras originales e inéditas producto de investigación y reflexión en torno a la indagación jurídica, socio-jurídica y de disciplinas afines al derecho. La Revista busca aportar un espacio para el desarrollo y divulgación de la investigación, para propiciar el debate académico y la construcción de redes de conocimiento.

En la revista se tendrán en cuenta las siguientes formas de participación teniendo en cuenta las directrices de Colciencias (2006):

1. **Artículos de investigación científica:** Entendidos como documentos que presenta resultados originales de proyectos de investigación. Su estructura generalmente supone una introducción, la descripción de la metodología, los resultados y las conclusiones.
2. **Artículos de reflexión:** Presenta los resultados de proyectos de investigación desde la perspectiva analítica, interpretativa o creativa del autor.
3. **Artículo de revisión:** Presenta resultados de investigación dando cuenta de los avances y las tendencias del desarrollo en el campo científico. Presenta una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.
4. **Documentos de reflexión no derivados de investigación:** Presenta la reflexión del autor sobre temas relevantes para el derecho y las disciplinas afines.
5. **Reseña bibliográfica:** Deberá tener una extensión no mayor a 4 páginas, desde una perspectiva crítica o descriptiva.

Para la publicación de los textos se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a. La Revista partirá de la consideración de que todo autor o autora que participe en la convocatoria de publicación presenta un texto que no ha sido publicado previamente, ni que ha sido presentado a otra convocatoria de publicación y que la presentación del texto en la convocatoria supone su autorización para que sea publicado.
- b. Todos los textos que se presenten en la convocatoria serán sometidos a evaluación por parte de pares académicos y a revisión por parte del Comité Editorial, lo cual supone que ante la sugerencia de modificaciones la aprobación para su publicación estará sujeta a la verificación de las mismas.
- c. Todo texto debe cumplir con lo siguiente:

- 1) Resumen en español e inglés (Máximo 200 palabras)
- 2) Palabras clave en español e inglés (Máximo 5)
- 3) Bibliografía que incluya todas las citas dentro del artículo.
- 4) Las referencias bibliográficas tienen que hacerse de acuerdo con las normas de citación (APA 6ª. edición).
- 5) En la primera página se debe hacer la correspondiente referencia a pie de página sobre el autor y sus calidades académicas e investigativas. Igualmente señalar, si es el caso, el proyecto de investigación del cual procede el artículo y la institución que financia dicho proyecto. Debe dejarse clara la filiación institucional del autor y los datos de correspondencia. En el caso de los trabajos cuyos autores sean estudiantes, deberá indicar el proceso de investigación formativa del cual es origen el trabajo que se presenta.
- 6) La extensión máxima de los trabajos no debe ser mayor a 30 páginas tamaño carta, letra Arial 12, a espacio y medio y debe ser presentado en un procesador de palabras compatible con Word.

d. Todos los trabajos se someterán a arbitraje para su aprobación, como requisito previo de su publicación. Los pares académicos serán expertos en el tema del trabajo y realizarán la evaluación sin conocer la identidad del autor.

La evaluación que se realizará conforme a una guía dispuesta para ello puede tener como resultado:

- Cumple con las condiciones para su publicación
- No cumple con las condiciones para su publicación
- Cumple con las condiciones para su publicación siempre y cuando se realicen las modificaciones.

Los autores y autoras cuyos escritos sean aprobados con modificaciones tendrán hasta 10 días para la realización de las mismas.

e. Los autores y autoras cuyos trabajos sean aprobados deberán enviar una comunicación escrita en la que autoricen la publicación de su artículo. El contenido del mismo es responsabilidad exclusiva de los autores. Los autores recibirán tres ejemplares del número de la revista en que aparece su artículo.

f. Los interesados en participar en la convocatoria deberán enviar sus artículos al correo: temassj@unab.edu.co.

Política editorial e critérios para a publicação de artigos na Revista Temas Sócio Jurídicos

A Revista Temas Socio-Jurídicos é uma publicação arbitrada de caráter científico da Faculdade de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Autônoma de Bucaramanga, que semestralmente apresenta à comunidade acadêmica e à sociedade em geral artigos de pesquisa científica, artigos de reflexão e de revisão que constituem obras originais e inéditas produto de pesquisa e reflexão em base ao inquérito jurídico, sócio jurídico e de disciplinas afins ao direito. A revista procura aportar um espaço para o desenvolvimento e divulgação da pesquisa, para propiciar o debate acadêmico e a construção de redes de conhecimento.

Na revista se terá em conta as seguintes formas de participação tendo em conta as diretrizes de Colciências (2006)

- 1. Artigos de pesquisa científica:** Entendidos como documentos que apresentam resultados originais de projetos de pesquisa. Sua estrutura geralmente supõe uma introdução, a descrição da metodologia, os resultados e as conclusões.
- 2. Artigos de reflexão:** Apresenta os resultados de projetos de pesquisa desde a perspectiva analítica, interpretativa ou criativa do autor.
- 3. Artigos de revisão:** Apresenta resultados de pesquisa dando conta dos avanços e as tendências do desenvolvimento no campo científico. Apresenta uma cuidadosa revisão bibliográfica de ao menos 50 referências.
- 4. Documentos de reflexão não derivados de pesquisas:** Apresenta a reflexão do autor sobre temas relevantes pra o direito e as disciplinas afins.
- 5. Resenha bibliográfica:** Deverá ter uma extensão não maior às 4 páginas, desde uma perspectiva crítica ou descritiva.

Para a publicação dos textos ter-se-á em conta os seguintes critérios>

1. A Revista partirá da consideração de que todo autor ou autora que participe na convocatória de publicação apresenta um texto que não tem sido publicado previamente, nem que tem sido apresentado a outra convocatória de publicação e que a apresentação do texto na convocatória supõe sua autorização para que seja publicado.
2. Todos os textos que se apresentem na convocatória serão submetidos a avaliação por profissionais acadêmicos e a revisão por parte do Comitê Editorial, o qual supõe que ante a sugestão de mudanças para a aprovação para sua publicação estará sujeita à verificação das mesmas.
3. Todo o texto deve atender ao seguinte:
 - 1) Resumo em espanhol e inglês (máximo 200 palavras)
 - 2) Palavras-chave na máxima Espanhol e Inglês (de 5)

- 3) Bibliografía que inclui todos os compromissos dentro do artigo.
- 4) As referências devem estar de acordo com as regras de citação (6 APA. Edition).
- 5) Na primeira página você deve fazer as notas de rodapé de referência correspondentes sobre o autor e sua qualidade acadêmica e de pesquisa. Observe também, se for o caso, o projeto de pesquisa que trata o artigo e a instituição que financia o projeto. Deve ser afiliação institucional clara dos dados do autor e de correspondência. No caso de obras cujos autores são estudantes, deve indicar o processo de pesquisa formativa que fonte é o trabalho apresentado.
- 6) O comprimento máximo dos papéis não deve exceder 30 páginas tamanho carta, Arial 12, com espaçamento duplo e deve ser apresentado em um processador de texto compatível com o Word.

4. Todos os trabalhos devem ser submetidos a arbitragem para aprovação como um pré-requisito para publicação. Colegas acadêmicos são especialistas na área de trabalho e realizar a avaliação sem conhecer a identidade do autor.

A avaliação será feita com um guia de moda organizado por isso pode resultar em:

- Atende as condições para publicação
- Não cumpre as condições para publicação
- Atende as condições para a publicação, desde que as alterações são feitas.

Os autores e os autores cujos textos são aprovados com modificações têm até 10 dias para a conclusão dos mesmos.

5. Os autores e autores cujas obras são aprovados deverá enviar uma comunicação escrita para autorizar a publicação de seu artigo. Seu conteúdo é de responsabilidade exclusiva dos autores. Os autores receberão três exemplares do número da revista em seu artigo.
6. Os interessados em participar do concurso devem enviar os artigos ao e-mail: temassj@unab.edu.co.

Editorial policy and criteria for publishing articles in the Socio - Legal Topics Review

The Socio-Legal Topics Review is a scientific peer-reviewed biannual publication of the Faculty of Law and Political Science of Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, which publishes scientific articles and reflections for the academic community and society in general. The papers in the Review are all original contributions and the result of legal and sociolegal research as well as research in disciplines related to Law. The Review promotes the development and publication of research, in order to encourage academic debate and the construction of networks of knowledge.

According to Colciencias (2006) guidelines, the following papers may be accepted by the Review:

- 1. Articles drawing upon scientific research.** These papers are the result of research projects. Their structure is mainly composed by an introduction, the description of the methodology, the results and the conclusions.
- 2. Reflections** – These papers present the results of research projects from the author’s analytical, interpretative or creative perspective.
- 3. Revisions** –These papers present the results of research, pointing out the progresses and the emerging patterns within the scientific field. They include an accurate bibliography of at least 50 references.
- 4. Reflections that are not derived from research.** They concentrate on the author’s thought about key legal topics and related disciplines.
- 5. Bibliographical review.** This cannot exceed 4 pages in length, and it must be written from a critical or descriptive perspective.

In order to publish any of the above papers, the following criteria should be observed:

- a. Authors must present an original text, i.e. one that has not already been published or presented in response to any call for papers. On receipt of the paper, the Review will presume that its publication is authorized.
- b. Authors must consent to the evaluation of their papers by peer review and revised by the Editorial Committee. On receiving comments from the Review, authors must comply with suggestions and modifications made.
- c. Every paper should:

- 1) Provide a summary in Spanish and in English (Maximum 200 words)
- 2) Provide key words in Spanish and in English (Maximum 5)
- 3) Provide a bibliography with all references included in the article.
- 4) Observe APA 6th Edition conventions when providing bibliographical references
- 5) Include on the first page a footnote with the author's name and the corresponding academic and research qualifications. Where appropriate, details about underlying research projects and funding institutions should be included (if the authors are students, they should indicate the research process from which the paper originates. The author's institutional affiliations and contact details should also be noted.
- 6) Be no longer than 30 pages. Articles should also be written in – Arial 12 pt font-, use spacing of one and a half space, and be compatible with Word.

d- As noted above all papers will be peer reviewed prior to the Review making a decision about publication. Peer reviewers will be experts in the field in question and submissions will be anonymised before being sent for review.

Decisions about whether to publish a submission will take one of the following forms:

- The submission meets the requirements for publication.
- The submission does not meet the requirements for publication.
- The submission will be published subject to modifications being made.

Authors whose articles are approved for publication will have up to 10 days to make the changes indicated by peers.

e. Authors must provide written consent for publication of their work. Authors are exclusively responsible for the contents of their articles. Authors will receive three samples of the Review in which their articles are being published.

f. Those interested in applying for the call of papers should send them to the following email address: temassj@unab.edu.co.